



Universidad de Salamanca
Departamento de Derecho Público
General



Programa de Doctorado: Nuevas Tendencias en Derecho Constitucional

Tesis Doctoral

**TIPOLOGÍA Y EFECTOS DE LA
SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN
BOLIVIA**

**ESTUDIO COMPARADO DESDE LA EXPERIENCIA
JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL EUROPEA**

Por

D. Edwin Santiago Cocarico Lucas

Dirigido por

Dr. D. Augusto Martín de la Vega

Septiembre de 2013

*A mis Padres, Ignacio y Pascuala
los tesoros más preciados de mi vida*

*A mi hijo Ariel,
con su noble inocencia representa el significado de mi existencia*

Nota Preliminar

El presente trabajo de investigación es el resultado de la admiración por la historia y la tradición académica del antaño Estudio Salmantino, que me llevó a sumarme hace unos años atrás al claustro doctoral, a fin de abordar uno de los temas que incluso hoy, en la perspectiva postmoderna adquiere la importancia que suscitó su análisis en el contexto de lo que podría considerarse la génesis del Derecho Público, a raíz de los célebres debates entre Schmitt y Kelsen sobre quién debía ser el defensor de la Constitución. En aquél período de entreguerras (1920-1945), la esencia de la polémica se centró en que no era lo mismo la defensa existencial de la Constitución, que la preocupación por garantizar su aplicación, puesto que en el primer caso, lo que se buscaba era avalar la continuidad de la estructura política, mientras que en el otro, se procuraba depurar y dar coherencia al orden normativo.

Así, al abordar el programa de doctorado, pronto llamaron mi atención los mecanismos de reparación de la inconstitucionalidad en el sistema de control de constitucionalidad europeo. Precisamente, un primer punto de reflexión que marcó mi interés por ahondar el tema que hoy constituye el objeto de la tesis, se centró en la determinación de aquel rasgo decisivo que debía caracterizar a los Tribunales Constitucionales en Europa, es decir, su calificación como «*legisladores negativos*», adoptada en su momento como fundamento teórico de su función y límites. Sin duda, la importancia de aquella teoría atribuida a Kelsen, radicaba en que a partir de ella, se fundamentaba la legitimidad del Tribunal Constitucional (TC) como contralor de la Supremacía de la Constitución. Por lo mismo, –al hilo de la reflexión– mi atención se centró en contemplar a través de la amplia doctrina sobre el tema, cómo el vínculo inseparable «*inconstitucionalidad – nulidad*» en la que se desenvolvía aquella instancia de control, como consecuencia del paradigma del legislador negativo, en la práctica resultó insuficiente para que el TC cumpla efectivamente su labor contralora y hermenéutica, por lo que se vio *motivado* a buscar alternativas reales para definir lineamientos y herramientas destinados a proteger la Ley Fundamental.

Por lo mismo, luego de realizar una revisión preliminar de la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada, pude advertir cómo, en las últimas décadas, los Tribunales Constitucionales en Europa, vienen adoptando un nuevo tipo de sentencias conocidas como «*atípicas*», y que se caracterizan por el alejamiento de los intérpretes supremos de la Constitución del paradigma del legislador negativo, emitiendo sentencias constitucionales que se apartan de la mera estimación o desestimación del recurso. Así, valiéndose de la escisión *crisafuliana* entre disposición y norma, en algunos casos, el TC no se limita a suprimir el precepto declarado inconstitucional, y en su lugar, emite un pronunciamiento desestimatorio o estimatorio «*interpretativo*», a través del cual condiciona la constitucionalidad de la norma a una determinada interpretación realizada por el Tribunal, es decir, asignándole un significado conforme con la Constitución. Empero, llamó la atención también, cómo en otros supuestos, el TC no se limitó a operar en el marco de la norma, e incidió en el ámbito de la disposición al emitir otra categoría de sentencias catalogadas desde la doctrina como «*manipulativas*» a través de las cuales, el TC declara la inconstitucionalidad de la disposición por no prever, o por prever un determinado supuesto en lugar de otro, dando paso con ello al dictado de sentencias «*aditivas*» o «*sustitutivas*» que, al igual que las sentencias interpretativas «*lato sensu*», fueron fuertemente cuestionadas desde la doctrina y la magistratura en general ya sea rechazando el reconocimiento de cualquier eficacia desprendible de aquella tipología decisional, o criticando

su naturaleza transfiguradora de la voluntad del legislador, aspectos éstos que desde luego, atraparon mi curiosidad. A la vista de las dificultades de este modelo al que la doctrina denomina genéricamente como el «*unilateral*» de reparación de la inconstitucionalidad, llamó mi atención cómo el TC se da modos para alternar el modelo anterior con otro de naturaleza «*bilateral o multilateral*». Bajo el paraguas de esta otra categoría de pronunciamientos, los Tribunales Constitucionales, sólo se limitan a declarar el vicio de inconstitucionalidad, pero no declaran la nulidad de la norma, puesto que esta última es aplazada por un plazo determinado al efecto por el TC, y dentro del cual, deben actuar la autoridades llamadas por la Constitución a corregir el vicio de inconstitucionalidad una vez que el TC los hubiera exhortado (convocado, invitado, apelado) a tal fin. En efecto, al igual que en el modelo unilateral, el bilateral también invita a investigar sobre los inconvenientes que le atingen, como el qué hacer con la norma inconstitucional pero no nula y su correlato por el principio de la seguridad jurídica.

Planteado de este modo el estado de la cuestión, me embarqué –al igual que muchos otros que emprendieron el estudio de la jurisprudencia constitucional europea–, en la apasionante travesía quijotesca que implica el articular explicaciones que permitan defender el abandono o el mantenimiento de una teoría como la del legislador negativo para explicar el fundamento de la existencia del TC, pero siendo sensato a la vez, en la necesidad de reconstruir tanto desde una perspectiva teórica, como práctica, una dogmática constitucional que permita comprender el rol y funciones del TC como institución, y a partir de ello, dotar al custodio de la Constitución de un marco normativo que precise no sólo el contenido sino también el alcance de aquella variada tipología de pronunciamientos y el sistema de eficacias desprendible de aquellas. En tal sentido, el estudio además de contemplar una revisión teórica y jurisprudencial constitucional europea, prevé también la consideración del contrapunto boliviano.

Sin duda, para que la travesía llegue a buen puerto, ha sido necesaria la participación de valiosas personas a quienes en justicia expreso mis reconocimientos y agradecimientos.

En primer lugar, mi agradecimiento sincero al Director de este trabajo, el profesor Augusto Martín de la Vega, a quien considero un gran amigo y maestro, no sólo por la confianza y el apoyo dispensado en la elaboración del presente trabajo, sino también, por su apertura intelectual y calidad humana que siempre me supo transmitir. La culminación de la tesis no habría podido darse de no ser por su vocación de estímulo.

Asimismo, hago extensiva mi gratitud al maestro de la Escuela Salmantina, el Doctor José Luis Cascajo Castro, por haberme reflexionado –cuando tuve el privilegio de tenerlo como mi profesor en el Seminario de Derecho Público–, sobre la importancia de saber recurrir a las principales fuentes de investigación a fin de contar con un criterio claro y coherente sobre el concepto y método del Derecho Constitucional.

De igual modo, agradezco a los profesores del programa de Doctorado «Nuevas Tendencias en Derecho Constitucional», Profesor Rafael Bustos Gisbert, Profesora María José Corchete Martín, Profesora Ángela Figueruelo, por su incansable labor y contribución académica, quienes en el desarrollo del curso, pusieron a mi disposición muy generosamente todos sus conocimientos. Espero que el presente trabajo refleje los conocimientos y enseñanzas transmitidas durante las jornadas académicas.

Desde luego, mi estancia y experiencia vivida en Salamanca no habría sido posible sin el apoyo financiero de la Fundación Carolina, al concederme la beca de estudios de postgrado, la que me permitió conocer no sólo España sino también otras latitudes del orbe europeo, y permitieron ampliar los horizontes culturales de este boliviano ahora cosmopolita.

Por último, mi agradecimiento está dirigido también a Misael Gómez de la Torre Marañón, amigo incondicional y cómplice académico, por las tertulias y ateneos jurídicos que nos tocó vivir mientras se desarrollaba el presente trabajo.

Finalmente comparto mi alegría con quienes siempre estuvieron a mi lado pacientemente aguardando a que la travesía concluya, mi familia, gracias por permitirme llegar donde siempre fue impensable hacerlo.

INTRODUCCIÓN

En España –y por así decirlo– en el resto de países europeos que así lo hicieron, la introducción del Tribunal Constitucional (TC) ha significado de alguna forma, la coronación de su Estado de Derecho. Sin embargo, después de un poco más de un cuarto de siglo de su creación, el TC aún continúa generando sendos debates en torno a su función, legitimación y límites sobre el control judicial de la ley dentro del sistema democrático, que desde ya, está íntimamente vinculado con la reconocida insuficiencia de aquel clásico concepto del «*legislador negativo*»¹ que en su momento le fuera atribuido a Kelsen. Así, estos debates, tampoco estuvieron ausentes en el seno mismo del TC español, prueba de ello son los «*votos particulares*»² emitidos por algunos de sus miembros, en los que se reflejan claramente y de manera objetiva, los problemas reales por los que atraviesa la justicia constitucional, acusada de actuar como legislador positivo.

Sin duda, el problema inicial radica en que el TC, ha momento de ejercer el control de constitucionalidad de la ley, se encuentra con que la dicotomía «*inconstitucionalidad – nulidad*» en la que se desenvuelve (a raíz del paradigma del legislador negativo), resulta en la práctica, rígida, y de continuar aplicándose literalmente, provocaría –en ocasiones– que la sentencia anulatoria dictada por el TC como consecuencia de los recursos de inconstitucionalidad, generara efectos más perniciosos que la ley anulada –esto es– si el TC, además de dictar la nulidad de la norma, no adoptara medidas reparadoras, provocaría vacíos legales y la consiguiente inseguridad jurídica³.

Para evitar los inconvenientes del binomio validez – nulidad, el TC ha construido una modalidad de reparación de la inconstitucionalidad, doctrinalmente denominadas «*sentencias unilaterales*»⁴. Dicha categoría se caracteriza precisamente, porque la sentencia constitucional no

¹ Así, concluyentemente Eliseo Aja y Markuz González Beilfuss en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998, p. 258, establecen que el rasgo decisivo que caracteriza al Tribunal Constitucional en Europa, radica en su calificación como *legislador negativo*, adoptada en su momento como fundamento teórico de su ubicación y funciones. La importancia de esta teoría atribuida a Kelsen, radica en que a partir de la ella, se fundamenta la legitimidad del TC, como contralor de las leyes aprobadas por los representantes del pueblo.

² Véase la Sentencia 103/1983 (régimen general de las pensiones de viudedad) donde constan los votos particulares de los magistrados Arozamena Sierra y Pera Verdaguer, de igual modo la Sentencia 116/1987 (amnistía de los militares profesionales de la república) donde figuran los votos particulares de los magistrados Rubio Llorente y Díez Picazo, en ambas sentencias, se acusa la vulneración de la libertad de configuración del legislador por parte del Tribunal Constitucional.

³ Similar dimensión enfoca Eduardo García de Enterría en referencia al principio de «interpretación conforme» a la Constitución de todo el ordenamiento, en su obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, p. 96. Sobre el principio de interpretación conforme, véanse también las obras de Burmeister, J., *Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung*, Vahlen, Berlín, 1966; Burmeister, J., *Das Bundesverfassungsgerichts als Revisionsinstanz*, Deutsches Verwaltungsblatt, v.15, 1969; Betterman, K.A., *Die Verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*. C.F.Müller, Heidelberg, 1986; Spanner, H., *Die Verfassungskonformen Auslegung in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts* «*Archiv des öffentlichen Rechts*», n.91, 1966; Zippelius, R., *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, en Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol II, Mohr, Tübingen, 1976; Eckardt, W.D., *Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1964; Michel, H., *Die verfassungskonforme Auslegung*, Juristische Schulung, 1961; y Sachs, M., *Bindungswirkungen bei verfassungskonformer Gesetzesauslegung durch Bundesverfassungsgericht*, en Neue Juristische Wochenschrift, vol. 8, 1979.

⁴ Jiménez Campo, Javier, *La declaración de inconstitucionalidad de la ley*, en Estudios sobre Jurisdicción Constitucional. McGraw–Hill, Madrid, 1998, p. 121, en relación a esta misma modalidad, el autor hace referencia a la categoría de la *reparación mediata* de la inconstitucionalidad, en la que el TC, constatada o declarada la

se limita a suprimir el precepto legal declarado inconstitucional, sino que además crea e innova⁵ Derecho, a través del empleo de técnicas específicas como las sentencias interpretativas, manipulativas, aditivas y apelativas entre otras, a partir de las cuales, otorga efectos positivos a sus decisiones, prescindiendo del binomio *inconstitucionalidad – nulidad*, y desde luego, invadiendo las funciones del Poder Legislativo.

Se debe tener en cuenta, que el recurso a este tipo de pronunciamientos por parte del TC español, no es un fenómeno reciente. Para el caso de las sentencias interpretativas⁶, es necesario recordar las SSTC 4/1981 y 5/1981, en las que el TC justificó que éstas «son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al mismo tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución». Empero, no se debe olvidar, que el TC español no siempre se ha preocupado por justificar las consecuencias materiales de este tipo de fallos, ya sea porque consideró que era parte de su función el dictar fallos interpretativos o de inconstitucionalidad sin nulidad a raíz de los problemas generados por la rigidez del binomio inconstitucionalidad – nulidad, previsto por el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), o porque dichas sentencias, lejos de contradecir⁷ la condición última del Estado Constitucional, contribuían a fortalecerla.

Tomando en cuenta la legislación comparada, uno de los países con más experiencia en el manejo de las sentencias unilaterales es Italia⁸, donde La Corte Constitucional, desde inicios de su funcionamiento, recurrió a la fórmula de la *sentencia desestimatoria interpretativa*, debido a la insuficiencia de las sentencias de estimación y desestimación simples para hacer frente a las cuestiones de inconstitucionalidad que se le planteaban. Sin embargo, a partir de la interpretación sobre los alcances del artículo 163 de la Constitución italiana, se planteó un

inconstitucionalidad de un precepto legal suscita inmediatamente la reparación del vicio apreciado, bastando para ello, la sola intervención y pronunciamiento del órgano de la jurisdicción constitucional.

⁵ Como lo ha señalado Francisco Balaguer Callejón en su artículo *El Tribunal Constitucional y creación de Derecho*, en Espín Templado, Eduardo et al. *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 383, la capacidad de innovación jurídica no es una consecuencia de la evolución práctica de la jurisdicción constitucional, sino un rasgo estructural inherente a la misma.

⁶ En ese sentido, Garrarena Morales, *Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas*, en *La Democracia Constitucional*. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente, CEPC, Madrid, 2002, p. 1844, señala que lo que ha sucedido es que el simplificado esquema que Kelsen inicialmente manejara, reducido a distinguir dos únicos tipos de sentencias, las estimatorias y las desestimatorias, y abocado, por tanto, a considerar al Tribunal Constitucional como un mero legislador negativo cuyas sentencias no podían conllevar más creación de Derecho que la escueta anulación de la ley, ha dejado de ser útil como respuesta a las cada vez más complejas operaciones en las que, día tras día, se ven implicados los Tribunales Constitucionales. Al final todos nos hemos acostumbrado a ver también en tales Tribunales a un legislador positivo cuyas resoluciones pueden incidir sobre los sentidos de la ley sin alterar sus enunciados.

⁷ Aunque a decir de González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, CEPC, Madrid, 2000, p. 125, cabe notar que las más de las veces, el TC, actuó desde sus primeros años de funcionamiento con plena naturalidad y silencio en relación a los efectos aditivos de sus sentencias, como queriendo encubrir los problemas funcionales que acarrearaban su actuar.

⁸ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate constitucional*, CEPC, Madrid, 2003, p. 394, señala tres pilares teóricos como fundamentos de las sentencias interpretativas, en primer lugar se reafirma la libertad de la Corte para interpretar la ley, en segundo lugar, se hace referencia al principio de interpretación conforme, como premisa para la salvación del texto constitucional, y por último, de la distinción teórica entre disposición y norma, se asume que el objeto del juicio de constitucional, no es la disposición sino la norma que de ella se deriva.

inamovible rechazo a cualquier eficacia ya sea en relación al juez «a quo», o en general frente a la magistratura, que derivasen de las sentencias desestimatorias interpretativas⁹. Luego de intensos debates y de duras críticas hacia este tipo de pronunciamientos, la Corte Constitucional, antes de abandonar esta categoría decisional, optó por aplicar la técnica de la «*doppie pronuncie*», propuesta en su momento por Crisafulli, a partir de la cual se buscará conferir fuerza vinculante a las sentencias desestimatorias, introduciendo expresamente en el fallo, tanto la estimación de la inconstitucionalidad de una interpretación, como la desestimación de la cuestión en función a la norma considerada constitucional por la Corte, dotando al dispositivo de una naturaleza bastante compleja. Sin duda, esta fórmula también causó una serie de críticas y debates que obligaron a la Corte para que a inicios de la década de los setenta se decantara por la aplicación de sentencias estimatorias, pero de carácter interpretativo, que servirán de base para la posterior introducción de las sentencias de estimación parcial o manipulativas, a través de las cuales la Corte continuará modulando los efectos de las sentencias. Como es de suponer, la libertad hermenéutica de la Corte también presente en este tipo de sentencias de estimación parcial, continúa siendo objeto de rigurosas críticas de naturaleza funcional, en la que se comprometía no solamente su relación con la magistratura, sino también con el propio Órgano Legislativo¹⁰.

Sin embargo, a través de mecanismos de interpretación como el «*diritto vivente*»¹¹ y el «*principio de interpretación conforme*»¹², la Corte —en los últimos tiempos— ha empezado a desarrollar una nueva técnica de reparación de la inconstitucionalidad, pero esta vez, ya no de naturaleza unilateral, sino «*bilaterab*». Así a partir de las «*sentencias aditivas de principio*»¹³, la Corte Constitucional solamente se remite a detectar la inconstitucionalidad de la norma, pero a su vez, establece un principio jurídico que deberá ser desarrollado por el legislador para reparar la inconstitucionalidad, y mientras esto sucede, los tribunales ordinarios quedan habilitados para reparar de igual modo la inconstitucionalidad en base a dicho principio. Esta conducta, prueba del «*self restraint*» de la Corte, busca la corresponsabilidad institucional en la ardua tarea que implica ser el custodio de la primacía constitucional.

Al igual que en Italia, en la jurisprudencia constitucional alemana, también se planteó con bastante frecuencia el problema que generaría la nulidad total de la norma inconstitucional, si se aplicase taxativamente el artículo 78 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (LTCF). A partir de dicha constatación, en Alemania, el Tribunal Constitucional Federal Alemán

⁹ Como aprecia Martín de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 391, esta polémica que data de la década de los cincuenta sobre la ausencia de eficacia de las sentencias desestimatorias en relación al juez a quo, así como a la magistratura ordinaria en general, «condicionará el sistema de efectos de los pronunciamientos constitucionales y determinará decisivamente el posterior desarrollo de nuevos instrumentos de decisión por parte de la Corte.»

¹⁰ Sin duda, la elevada carga programática de la Constitución italiana, la preocupación por la continuidad del orden legal, y la inercia del Órgano Legislativo, serán los fundamentos esbozados por la Corte, para justificar este tipo de sentencias a través de las cuales, repara de manera unilateral la inconstitucionalidad de la norma.

¹¹ Zagrebelski, *La doctrina del diritto vivente*, en Martín de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p.186.

¹² García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 96.

¹³ Por otro lado, González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 207. entiende que las sentencias aditivas de principio, constituyen una rectificación de la tendencia iniciada en la década de los ochenta de limitar la presentación de cuestiones de inconstitucionalidad que buscaban sentencias con efectos aditivos, y su oposición hacia las mismas, por considerar que ellas incidirían en la discrecionalidad del legislador.

(TCFA) empezó a dictar las sentencias de «*inconstitucionalidad sin nulidad*»¹⁴, enmarcándose esta conducta dentro del mecanismo de reparación unilateral de la inconstitucionalidad, que al igual que en otros países tuvo que hacer frente al tradicional binomio de la inconstitucionalidad – nulidad y los efectos «*ex tunc*» (o retroactivos). En vista de ello, el TCFA, esbozó criterios generales que le permitieran fundamentar las sentencias con efectos aditivos, pues como se verá luego, el TCFA, a diferencia de Austria, no contaba con un precepto normativo que le permitiera dictar este tipo de pronunciamientos¹⁵.

Sin embargo, y luego de que se observasen los inconvenientes funcionales que provocaban las sentencias de inconstitucional sin nulidad, el TCFA en los últimos años, replanteo su rol inicial de juez de la constitucionalidad, para asumir esta función no de manera aislada, sino en corresponsabilidad con el legislador, por ello, empezó a pronunciarse sobre los concretos efectos jurídicos de este tipo de fallos, y a su vez, emplazando al legislador ordinario, para que sea éste quien repare la inconstitucionalidad de la norma.

Y desde luego, como ya se adelantó, recientemente ha despertado un cierto interés en la doctrina Constitucional, la técnica utilizada por el Tribunal Constitucional austriaco (TCA), consistente en diferir la entrada en vigor de la derogación de la norma declarada inconstitucional¹⁶. Sin duda el TCA es el ejemplo prototipo de lo que es la «*reparación multilateral*»¹⁷ de la inconstitucionalidad de la norma, cuyo origen no se debe a la práctica jurisprudencial, sino a la previsión constitucional del artículo 140.5, vigente desde su creación en 1920¹⁸, que como regla, prevé la derogación de la norma declarada inconstitucional, salvo –y con carácter excepcional– que el TCA disponga un plazo para dicha derogación, que en todo caso, no deberá exceder los dieciocho meses, desde el momento de su constatación.

Si bien es cierto que esta técnica evita los consabidos problemas funcionales con que se han encontrado los Tribunales Constitucionales de los diversos países citados, no menos cierto es que la misma, también cuenta con sus propios inconvenientes que afectan desde luego, la

¹⁴ González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 199, su origen pragmático explica que dichas sentencias estén dotadas de bastante incertidumbre, ya sea porque a diferencia de los fallos que declaraban la incompatibilidad de la norma con la Constitución y que por tanto eran nulas, las que declaraban la inconstitucionalidad sin nulidad, hacían referencia a la *mera inconstitucionalidad*, o que violaba un *determinado precepto constitucional*. De igual modo Weber, Albrecht, sobre la Justicia Constitucional alemana en Eliseo Aja y Markuz González Beilfuss en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador...opus cit.*, p. 80 hace referencia al carácter apelativo de la dichas sentencias.

¹⁵ Como se verá más adelante, las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad serán positivizadas en ocasión de la Cuarta Ley de reforma de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de diciembre de 1970, aunque de su texto no se llegará a excluir la rigidez del binomio inconstitucionalidad – nulidad.

¹⁶ Schäffer Heinz, *Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador* en Eliseo Aja y Markuz González Beilfuss en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador...opus cit.*, p. 44, señala el periodo de la *vacatio* para normas legales y normas reglamentarias, al igual como se verá más adelante en González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 184 y ss.

¹⁷ En la clasificación de Jiménez Campo *La declaración de inconstitucionalidad...*, *opus cit.*, p. 121, denomina a esta categoría como *reparación mediata*, son casos en los que la declaración y reparación de la inconstitucionalidad corresponden a órganos distintos, la primera al Tribunal Constitucional, y la segunda al legislador, o provisionalmente, al Poder Judicial.

¹⁸ En su momento este mecanismo fue introducido a propuesta del propio Hans Kelsen, quien había previsto de inicio, la conveniencia –en determinados casos– de otorgar un margen de tiempo prudente al legislador ordinario para que pueda reparar la inconstitucionalidad, y evitar problemas de carácter funcional que afectarían el paradigma del legislador negativo que legitimaba el actuar del Tribunal Constitucional.

propia finalidad del control de constitucionalidad de la ley y, también la seguridad jurídica de los recurrentes. Sin duda, uno de los problemas reside en determinar cuál debe ser el comportamiento de los operadores jurídicos durante el «*periodo interino*», es decir, aún se discute si se debe inaplicar el régimen jurídico inconstitucional, o si debe encomendarse esta tarea a los tribunales ordinarios para que sean éstos quienes terminen integrando el vacío normativo, o que por último, sea el propio TCA quien repare provisionalmente la inconstitucionalidad mientras se aguarda a la ley reparadora del Legislativo. A ello se suma un otro problema también complicado cual es, la discusión sobre los alcances y el contenido de la «*ley reparadora*» del legislador.

En el caso de España, el TC español cuenta con una experiencia relativamente menor al resto de países señalados en cuanto al empleo de mecanismos de reparación bilateral o multilateral de la inconstitucionalidad, y ello se debe, como se vio, a la tradicional rigidez del binomio inconstitucionalidad – nulidad, los efectos *ex tunc*¹⁹ de sus sentencias y la ausencia de diálogo entre el TC y el legislador. Sin duda el primer intento de colaboración entre el TC y el legislador ordinario se dio a raíz de la STC 45/1989 relativa al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)²⁰, a partir de este fallo, puede afirmarse que el TC español tiende a decantarse por esta forma de reparación de la inconstitucionalidad, prueba de ello son las SSTC 195/1998 (Reserva Natural de Santoña) y 208/1999 (Tribunal de defensa de la Competencia), que son casos en los que el TC retrasó la entrada en vigor de la nulidad hasta que el legislador las repare.

Sin embargo, el legislador español no siempre ha respondido favorablemente a los emplazamientos del TC, ya sea porque en algunos casos, volvió a promulgar normas similares a las que el TC declaró inconstitucional²¹, o porque en algunos casos, luego de haber transcurrido el plazo suficiente para que el legislador sancionase una norma reparadora, aún no existe una respuesta legislativa en ese sentido. Desde luego, este tipo de situaciones pueden explicarse, partiendo de la determinación del régimen jurídico en el que se desenvuelve el TC, lo que conlleva a preguntarse si esta nueva forma de pronunciamientos tienen cabida a la luz de lo previsto en el artículo 39.1 de la LOTC, y el consiguiente cuestionamiento sobre la emergencia de una verdadera obligación del legislador para responder a los emplazamientos del TC.

Lo cierto es –como se verá– que la práctica jurisprudencial constitucional es la que está marcando el nuevo rumbo por el que los supremos intérpretes de la Constitución de los distintos países desean encaminarse. En un nuevo panorama tan lejano del modelo Austriaco de 1920, que inspiró la teoría del legislador negativo, cabe preguntarse en la actualidad si dicha teoría es aún válida para legitimar y limitar las funciones del TC. Tal vez la razón para sostener una teoría que ya no responde a la realidad, radica en la dificultad para sustituirla. Pero esta dificultad, no debe ser el pretexto para impedir la tarea de reconstrucción teórica, ya que

¹⁹ Como se verá más adelante, en torno a la predeterminación constitucional de la rigidez del binomio inconstitucionalidad – nulidad y los efectos *ex tunc* de las sentencias, se han suscitado sendos debates frente a quienes rechazan dicha configuración, llegando en algunos casos a plantearse la necesidad de reformar los arts. 39.1 y 40.1 de la LOTC.

²⁰ Esta y otras sentencias relacionadas por su naturaleza como la 36/1991 Procedimiento corrector de menores, serán analizados detenidamente en los siguientes capítulos.

²¹ Véase a manera de ejemplo la Ley de la Defensa de la Competencia que en su texto reproduce preceptos declarados en su momento por el TC como inconstitucionales a través de la STC 208/1999.

mantener un falso modelo puede llevar a serios inconvenientes, ya sea porque proporciona una falsa explicación del TC como institución, o porque a su vez, origina una ausencia de previsiones legales sobre las sentencias positivas que permiten al TC una variedad en sus decisiones «*imprevisibles*», poniendo en riesgo la legitimidad misma de la justicia constitucional.

Como se verá también, la tendencia del modelo de justicia constitucional europea, se inclina por trabajar en una línea de avance a través de la configuración de una colaboración entre el TC y el Legislativo –que no implica plantear un abandono de la teoría del legislador negativo– sino mas bien, reestructurar el sistema, de modo tal que el TC no sea catalogado como un auténtico colegislador, sino por el contrario, se fomente y fortalezca su función jurisdiccional, y que su incidencia positiva, sólo pueda fundarse en una real necesidad por contrarrestar los problemas que generarían los vacíos jurídicos producidos por la nulidad de las normas declaradas inconstitucionales, canalizando a su vez, mecanismos de diálogo con el legislador, a manera de garantizar su participación en la reparación de la inconstitucionalidad.

Presentado el estado de la cuestión de esta manera, corresponde ahora adentrarse sobre las múltiples problemáticas que presenta el tratamiento de la teoría del legislador negativo y sus implicancias en los modos de reparar la inconstitucionalidad de las normas por parte de los Tribunales Constitucionales estudiados en esta parte, para contrastarlos con la práctica jurisprudencial constitucional en Bolivia.

CAPÍTULO I

LA DISTINCIÓN ENTRE DISPOSICIÓN Y NORMA COMO FUNDAMENTO PARA EL REPLANTEAMIENTO DE LA NATURALEZA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

I. LA CRISIS DEL MECANISMO CLÁSICO DE REPARACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE A LOS EMBATES DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS: DISTINCIÓN ENTRE DISPOSICIÓN Y NORMA.

Si bien es cierto que el paradigma del «*legislador negativo*», se constituyó en uno de los pilares fundamentales para el establecimiento del Tribunal Constitucional en Europa, sin embargo, la práctica jurisprudencial de la Justicia Constitucional comparada demuestra que dicho modelo, resultó insuficiente incluso para describir su propia actividad, puesto que no reflejaba la «*función normativa*» que (aún hoy en algunos casos) realizan dichos Tribunales tanto en el plano legal como en el constitucional, a través de su labor interpretativa.²² Los Tribunales Constitucionales no se limitaron a dictar sentencias de estimación/desestimación simples propios del paradigma clásico, sino que optaron por dictar «*sentencias interpretativas*» a partir de las cuales repararon en forma unilateral el vicio de inconstitucionalidad.

Sin duda, como se verá en el siguiente capítulo, el recurso a esta categoría de sentencias por parte del Tribunal Constitucional, significará la base y el inicio para la construcción de nuevas tipologías de sentencias de similares dimensiones, reiterando como argumento central en cada una de estas categorías: en primer lugar, el ejercicio de la libertad de la Corte para interpretar la ley, en segundo lugar, el principio de «*interpretación conforme*» como premisa para la salvación del texto constitucional, y por último, la distinción teórica entre disposición y norma, a partir de la cual, se asume que el objeto del juicio de constitucional, no lo constituye la disposición sino la norma que de ella se deriva.

Ahora bien, se considera necesario para el presente estudio, absolver el problema de cuál de ellos –disposición o norma, o bien los dos– sea realmente el objeto de control de constitucionalidad, pues su precisión servirá para comprender el fenómeno de las sentencias interpretativas y, ayudará a precisar además, su propio concepto. A partir de este análisis, se podrán contar con ideas iniciales y, datos concretos que ayuden a identificar criterios sobre la legitimidad de este tipo de pronunciamientos, o prever en qué supuestos es posible considerar su admisibilidad, tomando en cuenta siempre, las funciones y posición que ocupa un Tribunal Constitucional dentro de un Estado democrático, frente a las funciones de los demás poderes públicos. Desde esa perspectiva, debe tenerse en cuenta que, si la interpretación realizada por la Corte, constituye una entre varias opciones igualmente admisibles desde el punto de vista constitucional para reparar el vicio de inconstitucionalidad, en ese caso, podría discutirse sobre la legitimidad del Tribunal para precisar el alcance normativo de la disposición impugnada, y con ella, se abre paso al debate ampliamente tratado sobre el exceso en las funciones del Tribunal Constitucional, al incurrir en una especie de «creación legislativa», discutible como se

²² La afirmación corresponde a González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, pp. 12 – 13.

verá más adelante²³, y ello también, dependerá de una análisis de la realidad constitucional, y la frecuencia con que el Tribunal recurra a este tipo de pronunciamientos, y más aún el cómo justifica la naturaleza de las mismas cuando de por medio encuentra limitaciones de orden constitucional y legal.

Lo que interesa abordar en lo que sigue de este capítulo, es si el objeto de los procesos de constitucionalidad, esto es, tanto de la impugnación, como de la posterior declaración de inconstitucionalidad, lo constituye la disposición o la norma extraída de la misma mediante la interpretación, o ambas, y en este último caso, si el pronunciamiento del Tribunal Constitucional tendrá idéntico sentido en relación con la disposición y la norma o normas.

1. LAS NORMAS SOBRE LA PRODUCCIÓN JURÍDICA DE LA FUENTE DEL DERECHO, DISPOSICIÓN Y NORMA: NOCIONES PRELIMINARES SOBRE EL OBJETO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

Como se manifestó en el apartado anterior, para abordar un análisis cabal sobre la dimensión de las sentencias del Tribunal Constitucional, que ayude a determinar con mayores niveles de precisión la tipología y efectos de los fallos constitucionales y su incidencia positiva, se considera oportuno trabajar previamente, en un estudio que coadyuve a determinar el objeto del control de constitucionalidad de las leyes. Y esto, se asume, será posible a partir del análisis sobre la distinción entre fuente del Derecho, disposición normativa y norma jurídica.

Antes de ingresar al estudio de las normas sobre la producción jurídica de la fuente del Derecho, disposición y norma, es necesario dejar sentado que, las normas jurídicas no regulan únicamente las conductas de los ciudadanos o de los poderes públicos, sino también su propia creación. Partiendo de ello, cabe hacer la primera distinción entre la actividad que realizan los órganos con competencia para dictar normas, de la norma como resultado de la expresión lingüística enunciada en el texto normativo. En el primer caso, se está haciendo referencia al proceso de producción de los distintos materiales normativos, que implica un despliegue complejo caracterizado por cuatro elementos²⁴: La actuación de una *autoridad normativa*, o sujeto

²³ Empero, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional desprenda consecuencias positivas – creativas– de Derecho a través de sus fallos, parece ser una consecuencia necesaria y consustancial a su función. Esto es así, porque incluso, en aquellos casos en los que Tribunal, al operar dentro del paradigma clásico, declarase la inconstitucionalidad – nulidad de un precepto, dicha decisión provocaría modificaciones en el ordenamiento jurídico, desprendiéndose de estos pronunciamientos consecuencias activas. En su momento, fue el mismo Kelsen quien aclaró que la anulación de una ley, tiene el mismo carácter de generalidad que su producción, pero, con signo negativo. Con esto, el jurista vienés, quiso dejar en claro que, la anulación de una ley se produce, esencialmente, en aplicación de las normas de la Constitución, estando ausente la libre creación que es más una característica de la actividad del legislador. Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)* en *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Debate, Madrid, 1988, pp. 131. Asimismo, Kelsen había previsto que «Mientras el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento, y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes que debe dictar –y tan sólo por medio de principios o directivas generales–, la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución. Y es precisamente por ello, por lo que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal; pues se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho y, por tanto, de algo propiamente jurisdiccional» (punto 9).

²⁴ En referencia a estos elementos Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*. Tirant lo blanch, Valencia 1999, pp. 22 y 23, resalta la utilidad del proceso de producción normativa para distinguir: 1º) el *documento creado* por una autoridad normativa siguiendo un procedimiento determinado, 2º) la categoría utilizada por esa autoridad para la introducción del documento en el sistema jurídico,

al que el ordenamiento jurídico le confiere el poder para crear Derecho. Un *procedimiento normativo* que debe ser desarrollado por la autoridad normativa a fin de producir Derecho²⁵. Este procedimiento constituye una conjunción de actos normativos, que llevados a cabo por la autoridad normativa, no alcanzan al producto resultante de ese procedimiento: la ley o norma como expresión lingüística. Como resultado del elemento anterior se desprende el *documento normativo*, que se traduce en el texto aprobado por la autoridad normativa, que pertenece a una determinada categoría de las fuentes del Derecho, *v. gr.* la ley, que a su vez se manifiesta en un conjunto de *enunciados*, a los que también se denominan, *disposiciones normativas*. Y por último, se tiene al *contenido del documento normativo*, como resultado obtenido del significado otorgado a las disposiciones a través de su interpretación. A ese significado se denomina *norma jurídica*²⁶.

Ahora bien, hecha esta explicación preliminar, Ezquiaga Ganuzas señala que, todos los elementos del proceso de producción jurídica (autoridad normativa, procedimiento, documento normativo y significado), los diversos productos o resultados del mismo (diferentes tipos de fuentes del Derecho, disposiciones y normas), las características de éstos (posición jerárquica, materias que pueden regular) sus relaciones entre sí, son cuestiones reguladas por las denominadas «*normas sobre la producción jurídica*». Estas normas, son definidas como aquellas que regulan la creación, modificación y extinción de otras normas (leyes orgánicas, leyes ordinarias entre otras). Empero, su ámbito normativo no se reduce sólo a ello, pues se debe tomar en cuenta que, las normas sólo pueden ser incorporadas al sistema por medio de disposiciones que formen parte de documentos normativos pertenecientes a un tipo de fuente del Derecho, aspectos que también son regulados por las normas sobre la producción jurídica.

Partiendo de esta dimensión, se puede entender por fuentes del Derecho, a las diferentes categorías normativas creadas por las normas sobre la producción jurídica (o procedimiento normativo), de acuerdo con los requisitos formales y materiales que para cada una de ellas éstas establecen, las cuales fijan el régimen jurídico de las normas que sean adscritas a las disposiciones que las componen tras su interpretación. En ese sentido, debe quedar claro que, si bien existe una relación entre fuente del Derecho, disposición y norma, entre estos conceptos existen diferencias, que conviene aclararlas aún más, sobre la base de la distinción descrita anteriormente.

Así, es necesario diferenciar entre el concepto de fuente del Derecho del de disposición. Las disposiciones –como se manifestó– son enunciados o expresiones lingüísticas gramaticalmente completas. La disposición lo es por estar contenida en un documento normativo perteneciente a una de las categorías de las fuentes del Derecho²⁷ y, al mismo

o también denominado *Fuente del Derecho*, 3º) los enunciados que componen el documento, o conocido también como *disposiciones normativas* y 4º) el contenido normativo de esas disposiciones, como el significado atribuido tras su interpretación, o también denominado *normas jurídicas*.

²⁵ En la exposición del proceso de producción jurídica de Guastini, Ricardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993, p. 4 – 6, señala de que el procedimiento normativo es complejo y suele constar de varias fases, *v. gr.* si la autoridad normativa es el Parlamento se pueden identificar las siguientes fases: la iniciativa legislativa, la tramitación parlamentaria en una o dos Cámaras, el acto de aprobación, la sanción y la posterior promulgación.

²⁶ A decir de Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica... opus cit.*, p. 21, no caben ni normas sin disposición, ni disposiciones sin norma, ya que, por definición, una disposición lo es sólo si posee algún significado, por lo que en ausencia de esta no cabe hablar de norma.

²⁷ Es pertinente citar la aclaración elaborada por Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica... opus cit.*, p. 43 y 44, en relación al manejo indistinto de las expresiones *fuentes del Derecho* y *documento normativo*, debiendo entenderse por el primero, a las diversas categorías normativas creadas por las normas sobre la

tiempo, que el tipo de fuente de que se trate determina el régimen jurídico de las normas que de la interpretación de sus disposiciones se obtenga.

Tomando en cuenta la postura de Guastini la «disposición» es cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, es decir, cualquier enunciado del discurso de las fuentes. En consecuencia, la «norma» sería cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones²⁸, y en consecuencia, la relación entre fuente del Derecho y disposición puede dar a lugar a distintas matizaciones: Es posible presenciar una fuente del Derecho compuesta por una única disposición, siendo la fuente la que otorgue el régimen jurídico de la norma que sea considerada el significado de la disposición, y ésta última fungirá como el soporte lingüístico de la norma²⁹.

Tomando en cuenta los elementos explicados anteriormente, Guastini³⁰ introduce el concepto de los «*enunciados interpretativos*» como aquellos reconducibles de la fórmula estándar, donde «T» significa «S», es decir, «T» es un texto del discurso de las fuentes y «S» el significado adscrito a ese texto por el intérprete. En otras palabras, «T» viene a constituir la disposición o lo que es lo mismo, el enunciado interpretado y «S» sería la norma o enunciado interpretante. Ambos enunciados junto al vocablo «*significa*», forman el enunciado interpretativo.

En este mismo contexto, es importante también, apuntar la diferencia entre las disposiciones y los artículos o apartados de artículos. Un artículo está conformado por distintas disposiciones, y de cada una de ellas o en forma conjunta derivan normas o sus significados vía interpretación. En referencia a este punto, Crisafulli manifestó que, sólo los enunciados que expresan normas pueden ser calificados de disposición. En consecuencia, si un enunciado por sí mismo no expresa ninguna norma, deberá combinarse con otros enunciados para construir la disposición³¹.

producción jurídica del sistema, que deben ser utilizadas por las autoridades normativas, para que los significados que se atribuyan a las disposiciones que componen los documentos normativos que produzcan, puedan ser consideradas como normas jurídicas. Así, las autoridades normativas no producen estrictamente fuentes del Derecho, sino que las utilizan para producir documentos normativos. Por lo que distintos documentos normativos pueden pertenecer a la misma fuente de Derecho y un mismo documento puede incorporar el régimen jurídico de dos fuentes de Derecho distintas. A manera de ejemplo, el autor hace referencia a la Ley Orgánica como fuente del Derecho, mientras que la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional son diferentes documentos normativos promulgados, ambos pertenecen a un mismo tipo de fuente del Derecho; y un documento normativo, puede contener disposiciones con el régimen jurídico de la fuente del Derecho ley orgánica, y de la fuente ley ordinaria.

²⁸ Guastini, Ricardo, *Disposizione vs. norma*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 2.

²⁹ Sobre el tema, Paladin, Livio, *Le fonti del diritto italiano*. Il Mulino, Bolonia, 1996, p. 20, denomina *derecho escrito* a las disposiciones constitucionales, legislativas o reglamentarias, y *derecho viviente* a los significados que asumen esos textos como consecuencia de su interpretación y aplicación.

³⁰ Guastini, Ricardo, *Disposizione vs. Norma...opus cit.*, pp. 4 y 5; e ID., *Fragments of a Theory of Legal Sources*, en *Ratio Juris*, Vol.9 No. 4, 1996, pp. 364.

³¹ Guastini, Ricardo, *Disposizione vs. Norma...opus cit.*, p. 7 y 8, formula una crítica en relación a la aseveración hecha por Crisafulli, cuando hace referencia al proceso de construcción de la disposición a partir de la combinación de otros enunciados. Para Guastini, la construcción de la disposición como fruto de la combinación de otros enunciados, implica una interpretación de los enunciados (disposiciones), y que la construcción de la disposición, no es otra cosa que la construcción de una norma derivada de la combinación de varios enunciados. Esta situación también es advertida por Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica... opus cit.*, p. 46, quien señala que si se desea denominar al resultado de esa combinación *disposición*, deberá tenerse en cuenta de que se trata de un disposición apócrifa que encubre la formulación de una norma.

Seguidamente, una segunda distinción que debe llevarse a cabo es entre fuente de Derecho y norma jurídica. Así, si se toma en cuenta el concepto de norma como el significado que se atribuye a una disposición tras su interpretación, se tendrá que el resultado de la actividad legislativa son disposiciones y no normas. Por lo que una vez más, el producto de ese proceso son documentos normativos pertenecientes a una concreta categoría de fuente del Derecho, la cual establece el régimen jurídico de todas las normas que sean obtenidas al interpretar las disposiciones que forman parte de dicho documento. Es por ello que se afirma, que la autoridad normativa (legislador), cuyo objetivo en el ejercicio de sus funciones, es buscar influir en el comportamiento de los destinatarios (la sociedad) para que éstos adecuen su comportamiento a lo prescrito por ella. Es indudable que esa «*intención normativa*» sólo se manifieste a través de disposiciones como único canal válido.

Partiendo de lo anteriormente explicado, se desprende también, que la interrelación entre fuente del Derecho, disposición y norma, está dada a su vez, desde el punto de vista de la validez. Esto quiere decir, que la invalidez del documento normativo conllevará necesariamente la de todas sus disposiciones y la de todas las normas obtenidas por interpretación de éstas. Dicho de otro modo, la validez de las normas jurídicas depende en buena medida de la validez de los documentos normativos y de sus disposiciones. Esto es así, si se toma en cuenta que las normas sobre la producción jurídica que prevén el cumplimiento necesario de requisitos formales y materiales para que una fuente del Derecho, el documento normativo, sus disposiciones y normas, sean plenamente válidas.

Así, Ezquiaga Ganuzas, aclara que, las normas sobre la producción jurídica establecen requisitos que cada documento perteneciente a una determinada categoría de fuente del Derecho debe cumplir. Algunos de esos requisitos son formales y relacionados con el autor normativo o al procedimiento normativo, pero existen también otro tipo de requisitos de carácter material³², sobre el que cada tipo de fuente puede o no regular. La validez del documento normativo dependerá en estos casos del significado que se atribuya a sus disposiciones. Si el significado derivado de la interpretación de las disposiciones representa un exceso de los límites materiales establecidos para el tipo de fuente del Derecho, la consecuencia inmediata será, que la declaración de invalidez, en primer término, sólo esté limitada a la norma jurídica o a su disposición, pero no se encuentra ausente la posibilidad de que la validez del documento normativo en su conjunto dependa –tomando en cuenta los límites materiales– del significado que se pueda atribuir a sus disposiciones³³.

³² Pizzorusso, Alessandro, *Fonti del diritto*. artículo 1 – 9 disp, prel., Zanichelli/Il Foro Italiano, Bolonia/Roma, 1977, cae en cuenta que, con relación a las normas que imponen un determinado contenido a las fuentes a la hora de regular las materias para las que son competentes, puede hablarse de un verdadera reserva material reformada.

³³ Sobre la relación de validez de la fuente del Derecho, sus disposiciones y normas, Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica... opus cit.*, p. 50, aclara que, Dentro de los requisitos formales puede citarse a la *competencia* que se confiere a una autoridad normativa para redactar una cierta categoría de documentos normativos (las leyes orgánicas y su elaboración por las Cortes Generales) con un régimen jurídico establecido en ella misma. Un otro requisito formal está relacionado con el señalamiento de *parámetros procedimentales* (plazos, tipo de votación) para la elaboración de los documentos normativos pertenecientes a cada tipo de fuente, que deben ser observados por la autoridad normativa, ya que su infracción acarrearía la invalidez del documento normativo como fuente del Derecho, sus disposiciones y normas. En lo que se refiere a los requisitos materiales, se prevén normas que delimitan la *materia* a regular, ya sea condicionando las materias que puede regular, bien indicando las materias que necesariamente deben ser reguladas por una fuente concreta con exclusión de otras (reserva

Por último, cabe abordar también las relaciones entre disposición y norma. Así, conviene recordar una vez más, que la norma se identifica con el significado atribuido a una disposición a través de la interpretación que de esta última se haga. Ezquiaga Ganuzas precisa que la relación entre disposición y norma no es biunívoca, con esto se quiere decir que cada disposición no sería expresión de una única norma, ni cada norma el único significado de una disposición³⁴. Por lo mismo, señala que la posibilidad de que una disposición exprese una única norma es prácticamente inexistente³⁵. Ni siquiera el significado «*prima facie*» de la interpretación literal de la disposición puede constituir o limitarse en la expresión de una sola norma, esto porque casi siempre, cabe lugar para la duda interpretativa.

En una explicación más sencilla, se tiene que la disposición es el conjunto de palabras que forman una oración, mientras que la norma sería su significado como resultado de su interpretación³⁶. Al interpretar una disposición, lo que se hace es atribuir un sentido o significado a un texto normativo, por lo que resulta inconcebible que exista una norma si antes no la precede una interpretación, ni puede hablarse ya de disposición (sino de norma) para referirse al resultado de dicha actividad o proceso³⁷. Por ello, autores como Díaz Revorio³⁸, señalan que la distinción entre disposición y norma, no implica que cada una de ellas posea una existencia independiente, sino más bien, se encuentran estrechamente relacionadas (relación significante – significado)³⁹: la norma necesita de un «soporte»: la disposición para existir, y la

material). Asimismo, puede suceder también que en ocasiones, la validez de la fuente del Derecho, así como de sus disposiciones, dependa de las normas jurídicas que sean consideradas por el intérprete como su significado.

³⁴ Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica... opus cit.*, p. 51.

³⁵ En desacuerdo con la afirmación, Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, en AA.VV., *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Cedam, Pádua, 1985 p. 774 – 776, señala que, en el plano cultural, ninguna disposición puede considerarse unívoca, y que desde el punto de vista de la existencia jurídica cada disposición contiene una sola norma, que es la que se extrae en el momento de su aplicación; por ello las sentencias interpretativas de acogimiento, según este autor, caen en el error de considerar existentes y vigentes simultáneamente dos normas, de las cuales una es considerada inconstitucional; a cada disposición sólo le corresponde una norma: la que el juez decide y ninguna otra. Incluso, cuando un tribunal revisa la interpretación realizada por otro órgano judicial inferior y la modifica, lo que hace es construir una nueva norma que toma el puesto de la anterior, por lo que en cada momento, cada disposición expresa una única norma. Para el jurista italiano, esta consecuencia es inevitable, debido a que en cada acto de interpretación de cada disposición, a ésta le está atribuido un único significado, o lo que es lo mismo, le corresponde una única norma. Si con posterioridad otro órgano judicial pueda atribuir a la misma disposición otro significado distinto, o incluso que el mismo órgano judicial en dos momentos diferentes otorgue significados distintos a la misma disposición, constituyen claros ejemplos de la inexistencia de una discrepancia con la tesis planteada por Crisafulli, reflejándose la real posibilidad de atribuir a una disposición distintas normas interpretando su enunciado lingüístico.

³⁶ En una de sus obras magistrales, Crisafulli, Vezio. *Disposizione (e norma)*, en VV.AA. Enciclopedia del Diritto, Tomo XII, Gufré editores, Italia, 1964, p. 195 y ss., entiende a la norma como regla de conducta, y a la disposición como la fórmula institucionalmente dirigida a expresar y revelar la norma. En consecuencia, las disposiciones son el contenido prescriptivo del «acto» (como forma en que se manifiesta la fuente normativa), y pueden entenderse como el propio acto (o una parte de él) en su unidad de forma y contenido; mientras que las normas son en cierto modo externas al acto, configurándose como su efecto o producto.

³⁷ Para Guastini, Ricardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione...opus cit.*, p. 18, desde el punto de vista de la interpretación, las disposiciones constituyen su objeto, y las normas su resultado.

³⁸ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 56.

³⁹ Desde luego, no han faltado autores como Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución*, en López Pina, A., (Editor), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 161, quien partiendo de la distinción al uso disposición/norma, precepto/norma planteada por Guastini, Ricardo, *Disposizione vs. Norma...opus cit.*, p. 9, ha propuesto también,

disposición encuentra su sentido porque permite expresar una o varias normas. Por ello, si bien la escisión entre disposición y norma no implica que cada una posea una vida independiente, si es necesario tomar en cuenta que en esa escisión descansan conceptos y realidades diferentes.

La representación cuantitativa de las normas que puedan derivar de una disposición, está relacionada con el carácter dinámico de la actividad interpretativa, así como de la mutación de los significados atribuidos por el intérprete a una misma disposición⁴⁰. Esta modificación de los significados puede asociarse con la evolución de la «*realidad social*» adoptada como criterio interpretativo. En ese sentido, se habla de una interpretación evolutiva a partir de la cual se justifica la adaptación del significado de las disposiciones a los cambios sociales⁴¹, sin que para ello sea necesario cambiar la redacción del enunciado lingüístico. Asimismo, se ha establecido que los cambios normativos pueden generarse en el sistema jurídico, a través de la incorporación de nuevas disposiciones⁴² o, por la derogación de otras. Por lo mismo, si se asume que las normas jurídicas derivan casi con frecuencia de la interpretación combinada de varias disposiciones, cada vez que se modifique una de ellas, implicará también la modificación de las normas, resultando en consecuencia, normas distintas a las anteriores.

Puede darse el caso también, de la presencia de disposiciones que forman parte de documentos normativos pertenecientes a fuentes del Derecho de diverso rango jerárquico, es decir, que dos disposiciones expresen exactamente la misma norma, llegando a establecerse *disposiciones totalmente sinónimas*, sirviendo de ejemplo la relación existente entre las disposiciones constitucionales y las disposiciones legales de desarrollo de la Constitución. Así también, suele ser frecuente que las disposiciones sean *polisémicas* y sólo algunos de sus significados sean idénticos⁴³, estando presentes en este caso, ante disposiciones parcialmente sinónimas.

trabajar una distinción general y horizontal entre significado (sentido ideal) y significante (signo sensible en el que se marca el sentido ideal). Para Zagrebelsky, la eliminación del signo sensible en el que la idea se plasma, conlleva repercusiones decisivas en la propia idea. Al eliminar un precepto se produce una recomposición, un estremecimiento, que transforma no sólo el enunciado textual, sino también las normas ideales que se deducen del mismo y, por ende, el conjunto del sistema normativo. Partiendo de la relación hecha por Zagrebelsky, al parangonar la distinción entre disposición y norma y, la terminología propiamente lingüística significado/significante, refuerza la idea inicial de la necesidad de una interpretación sobre la disposición normativa. Es decir, su tesis propone que la interpretación jurídica es un proceso intelectual a través del cual, partiendo de las fórmulas lingüísticas contenidas en un enunciado, se llega al contenido normativo.

⁴⁰ En relación a los cambios que podrían operar sobre las disposiciones constitucionales y sus normas véase a Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 7, quien afirma que la mutación de la Constitución implica la modificación de ésta, pero sin alterarla formalmente, situación que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por las intención, o conciencia de tal reforma.

⁴¹ El Tribunal Constitucional español se ha referido a este tema en a STC 27/81 de 20 de julio, señalando que «el ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y de perfeccionamiento».

⁴² Es el caso de las disposiciones preconstitucionales, que son objeto de una reinterpretación conforme a la Constitución, en virtud de la cual, se le asignará un nuevo significado compatible con la Constitución, cuestionándose la validez de aquellas que contrasten con la ésta.

⁴³ Si se asume que una disposición puede ser entendida de diferentes modos, esto implica que muchas veces, se puedan derivar significaciones distintas, es decir, normas contrapuestas, que pueden generar una disputa interpretativa que se manifiesta en las discrepancias sobre el significado de una disposición. Es aquí donde el intérprete judicial, debe elegir una, pues las normas que se obtienen de la misma disposición son incompatibles.

Por otro lado, como un caso extremo, dentro de la doctrina se ha discutido bastante sobre la posibilidad de considerar la existencia de disposiciones sin norma. Al respecto, Ezquiaga señala que, ante la insólita posibilidad de que la defectuosa redacción del enunciado impida reconocer una frase con sentido en una determinada lengua, habrá que pensar que su autor ha pretendido transmitir un mensaje normativo⁴⁴, pero lo ha realizado de forma defectuosa⁴⁵. De tal modo, ante este defecto, el órgano judicial, en caso de enfrentarse a una situación tan singular, de un texto sin ningún sentido, no podría concluir en que se trata de una disposición sin significado, por el contrario, su labor consiste en otorgarle algún significado con ayuda en los diferentes métodos de interpretación jurídica, y determinar qué norma, o fragmento de norma⁴⁶ se deriva de ella.

Dicho de otro modo, de una disposición necesariamente deben desprenderse normas o fragmentos de normas, y en este último caso, es preciso recurrir a otra u otras disposiciones para obtener una norma íntegra, situación que suele ser bastante frecuente en los procesos de aplicación del Derecho. A este tipo de normas, la doctrina las catalogó como «*implícitas*» o «*inexpresas*», porque se derivan de un conjunto de disposiciones, sin las cuales, sería imposible determinar su origen ni, consecuentemente, su validez como norma jurídica⁴⁷.

Hasta esta parte del estudio, se han desarrollado una serie de matizaciones preliminares sobre las interrelaciones y diferenciaciones entre la fuente del Derecho, disposición y norma, sobre la base de las normas sobre la producción jurídica. Sin embargo, considero necesario abordar ahora un estudio en relación a las normas que regulan la interpretación de la fuente de Derecho, disposición y norma, para determinar a los destinatarios de cada una de ellas – buscando aclarar en todo caso– la existencia o no de la incidencia positiva de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional en relación al resto de los órganos públicos a momento de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, aspectos que serán analizados seguidamente.

⁴⁴ La aclaración realizada por Mendonça, D., *Exploraciones normativas. Hacia una teoría general de las normas*, Fontamara, México D.F., 1995, p. 20, acudiendo a la forma en que se lleva a cabo el proceso de comunicación entre la autoridad normativa y los sujetos destinatarios, establece que, como en todo proceso de comunicación, en la emisión de normas se exige esencialmente la presencia de cinco elementos: un sujeto emisor o sujeto responsable (autoridad normativa) de disponer en un código lingüístico (enunciado o disposición), el contenido o mensaje objeto de la comunicación (norma jurídica), un receptor o sujeto destinatario de la misma, y un canal que actúa como medio portador del mensaje (interpretación). En tal sentido, no podría haber un código lingüístico sin contenido o mensaje, pues no habría posibilidad alguna de comunicación entre la autoridad normativa y los destinatarios. (las aclaraciones entre paréntesis son propias).

⁴⁵ Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica...opus cit.*, p. 73.

⁴⁶ Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica...opus cit.*, p. 74, señala la existencia de al menos dos supuestos en los que por medio de la interpretación conjunta de varias disposiciones se puede obtener una norma. Dichas hipótesis se presentan cuando una disposición se refiere expresa o tácitamente a otra, la cual determina su sentido o ámbito de aplicación.

⁴⁷ El reconocimiento de esta categoría normativa no fue casual, de hecho, su naturaleza hizo que la consideraran como el medio adecuado para la solución de lagunas jurídicas, bien porque permite la regulación a través de ellas, de situaciones o supuestos de hecho no contemplados expresamente por las disposiciones del sistema. Esto es posible a través de la aplicación de técnicas interpretativas, es decir, la realización de una interpretación extensiva de una disposición, ampliando su ámbito de aplicación hasta incluir el supuesto de hecho no contemplado. Esto implicaría la ampliación de una norma implícitamente formulada por el legislador.

2. LAS NORMAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN: AUTORIDAD NORMATIVA CREATIVA DE FUENTE DE DERECHO Y DISPOSICIONES, FRENTE AL ÓRGANO DE CONTROL CREADOR DE NORMAS.

Es preciso reiterar que, las normas que disciplinan el paso de la disposición a la norma, se encuentran incluidas entre las normas sobre producción jurídica. Esto implica que en los sistemas jurídicos, la interpretación –entendida como el proceso a través del cual la norma deriva de la disposición–, está, al menos en parte, regulado por normas cuya infracción puede generar, en algunos casos, la invalidez de la norma producida.

Desde luego, las normas que regulan la interpretación, tienen como principales destinatarios a los jueces, quienes fungiendo como órganos de control de la validez de las fuentes, derivan de las disposiciones el significado correcto de éstas, que se manifiestan en normas. A esta función desarrollada en primer término por el Tribunal Constitucional como intérprete supremo del ordenamiento jurídico, se la ha catalogado –como se recordará– como una forma de *creación de Derecho*, sin tomar en cuenta las diferencias entre la actividad creativa de los sujetos u órganos con poder normativo (legislador, Cortes Generales) de las funciones desarrolladas por los órganos jurisdiccionales⁴⁸. Por ello es necesario aclarar que, lo característico de la labor de los órganos con poder normativo es la producción de disposiciones agrupadas en fuentes del Derecho, mientras que la labor propia de los órganos jurisdiccionales, como el Tribunal Constitucional, es la producción de normas para la resolución de casos concretos.

Para que una disposición genere consecuencias jurídicas es necesario que de ella se deriven significaciones, es decir normas, y ello sólo es posible –como se vio anteriormente– a través de la interpretación realizada –en este caso particular– por el Tribunal Constitucional, y sin embargo, esta actividad interpretativa acusada por adoptar una naturaleza legislativa al crear normas, no hace otra cosa que desconocer dos dimensiones distintas: Una que está relacionada con lo anteriormente explicado, es decir, que el TC, al interpretar las disposiciones no crea en ningún momento fuentes del Derecho porque Constitucional y legalmente carece de la cualidad para ser autoridad normativa con competencia para ello, así como de un procedimiento para crear documentos normativos, limitándose su función a la creación de normas jurídicas conforme a la Constitución. En cuanto a la segunda dimensión, si se toma en cuenta que, sólo se interpreta cuando a quien se enfrenta con la disposición le surgen dudas acerca de su significado, ello no implica que en los demás casos en los que la disposición no plantea dudas se prescinda de la interpretación. Lo que está sucediendo en ese caso, es que del enunciado lingüístico –disposición– se está desprendiendo un significado *prima facie* –norma– que es satisfactorio para el caso concreto⁴⁹.

⁴⁸ Por ejemplo para Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 241, «Las decisiones del Tribunal Constitucional contienen sin duda un momento de configuración creadora. Pero toda interpretación tiene un carácter creador».

⁴⁹ Sobre el tema es necesario diferenciar entre un concepto de interpretación limitado y otro amplio. Como defensor de la primera se cita a Wroblewsky, J, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, quien defiende un concepto estricto de interpretación, aplicable sólo en casos de duda sobre el significado de una disposición. En contraposición a esta postura, Guastini, Ricardo, *Le fonti del diritto... opus cit.*, p. 328 y ss. se inclina por un concepto de interpretación más amplio, llegando a distinguir dos tipos de interpretación: la no problemática, cuando el significado inmediato de la disposición es satisfactorio, no habiendo lugar para la duda, estando ausente la obligación del órgano de control de motivar la decisión interpretativa; y por

Si se aprecia el andamiaje doctrinal, lo que se pretende es poner de relieve, la necesidad consustancial de la interpretación como vínculo idóneo para derivar de las disposiciones los significados que se traducen en normas. Y en definitiva, a esta labor interpretativa no puede escapar el Tribunal Constitucional, y más aún, si se toma en cuenta el papel de contralor supremo de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, y que como tal, su tarea consiste en precisar toda fuente del Derecho cuya naturaleza jurídica posea enunciados de donde sea posible deducir siempre normas jurídicas o significaciones.

Tomando en cuenta esta necesidad hermenéutica por parte de la Corte, conviene apuntar aquí, que la actividad interpretativa llevada adelante por el Tribunal Constitucional, no debe ser confundida con la interpretación llevada a cabo por los destinatarios de las normas sobre la producción de fuentes del Derecho, que son las «autoridades normativas»: Las Cortes Generales, las Comunidades Autónomas entre otras. De igual modo, la actividad hermenéutica de éstos últimos, dista de los destinatarios de las normas sobre la producción de normas (disposiciones), que son los órganos jurisdiccionales (en este caso el Tribunal), y que precisamente esta labor productora de normas, justifica y fundamenta la labor interpretativa y en algunos casos positiva del TC, pues sin ella, la disposición carecería de sentido, y no estaría regulando ningún supuesto de hecho. De este modo debe quedar claro –al menos en forma provisional– que la actividad interpretativa del TC carece de naturaleza y rango Legislativo, pues a través de la interpretación lo que crea son normas y no disposiciones o documentos normativos.

La autoridad normativa, siendo consciente de lo anteriormente expuesto, ha buscado reservarse para sí –en la medida de lo posible– la interpretación de las disposiciones, e incluso en algunos casos, llegó a condicionar la interpretación y el significado de las mismas. La finalidad de esta medida busca evitar que los destinatarios de las disposiciones normativas (jueces) lleven adelante la interpretación de éstas, no dejando a éste determinar el significado de las disposiciones, y en su lugar, es la autoridad normativa la que impone el significado que la disposición debe expresar. Cuando la autoridad normativa asume directamente la tarea de fijar el significado que los jueces deberán otorgar con carácter obligatorio a una disposición, se suele recurrir a dos técnicas: las «leyes interpretativas» y las «definiciones legislativas». Sin embargo, más allá de las críticas⁵⁰ formuladas en relación a la primera de las técnicas, se presenta un problema de fondo: las normas interpretativas serán necesariamente expresadas por medio de disposiciones que forman parte de una categoría concreta del Derecho. Con esto, la voluntad de la autoridad normativa por querer establecer una norma para evitar que lo haga el órgano jurisdiccional, queda truncada debido a que lo único que está haciendo en este

otro lado está la interpretación problemática, que se presenta cuando al intérprete le surgen dudas sobre el significado. En ambos tipos de interpretación lo que se hace es asignar a una disposición un significado que se traduce en una norma jurídica.

⁵⁰ Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica...opus cit.*, p. 172 y 174, recuerda que la posibilidad de que los órganos legislativos puedan producir leyes interpretativas fue objeto de sendas polémicas, más que todo en Francia, por concebir un atentado a la independencia judicial. Sin embargo, actualmente su aceptación parece un hecho aunque todavía existen opiniones sobre el carácter no vinculante para los órganos judiciales. Pero además, Ezquiaga, en forma incisiva afirma que estas leyes, sólo impropriadamente pueden ser calificadas como interpretativas, porque en esencia las mismas constituyen disposiciones que no cierran la posibilidad al destinatario de volverlas a interpretar y derivar nuevas significaciones o normas. En similar postura Muñoz Machado, Santiago, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, p. 67, sostiene que las leyes interpretativas constituyen meras pautas aplicativas para los jueces, que no es obligatoria seguirlas, si la interpretación de la norma que ellos creen más correcta es diferente.

caso, es recrear una disposición susceptible de ser sujeta a interpretaciones por parte de los destinatarios: los órganos jurisdiccionales entre otros. Si bien es cierto que la disposición interpretativa posee desde ya, un grado mayor de concreción en relación a la disposición interpretada, generando la reducción del margen de interpretación al destinatario, no menos es cierto es, que no se elimina la posibilidad de reinterpretar la disposición interpretativa.

Algo similar sucede con la técnica de las definiciones legislativas, pues constituyen disposiciones, que pueden estar presentes en cualquier documento normativo, cuya finalidad es: determinar el significado de enunciados o expresiones lingüísticas, a lo sumo puede reducir el margen de maniobra del órgano jurisdiccional y, tratar de imponer una interpretación semántica de las disposiciones, pero más allá de ello, la definición prevista en la disposición aún puede ser objeto de asignación de nuevas normas.

Por otro lado, es pertinente señalar también, que la autoridad normativa, en determinadas situaciones ha previsto delegar en un órgano jurisdiccional la determinación del significado de las disposiciones. Esto se desprende en el caso español, de lo preceptuado en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a través del cual, se obliga a todos los jueces y tribunales a interpretar las leyes y reglamentos asumiendo la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional. Por medio de esta delegación expresa de la ley, es el TC el que a través de las sentencias dictadas dentro de los procesos del control de constitucionalidad, determina las normas expresadas tanto por las disposiciones constitucionales como legales. Sin embargo, cabe destacar que, cuando el TC procede a interpretar una disposición, genera un enunciado interpretativo denominado norma, cuya naturaleza, al igual que cualquier enunciado, es susceptible de una nueva interpretación, pero más allá de esa posibilidad, se debe resaltar que la concreción del enunciado interpretativo será superior a la de las leyes interpretativas y definiciones legislativas, pues su formulación estará relacionada con un problema jurídico concreto que deberá ser resuelto.

Una vez realizada la distinción entre fuente de Derecho, disposición y norma, y luego de que se dimensionara las relaciones que existen entre éstas categorías doctrinales, corresponde ahora realizar algunas puntualizaciones más específicas en relación a la vulneración de las normas sobre la producción jurídica y sus efectos frente a los documentos normativos, las disposiciones y normas, introduciendo algunos tópicos sobre la función del Tribunal Constitucional y el control que este ejerce sobre la infracción del proceso de producción normativa.

3. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS VICIOS EN EL PROCESO DE PRODUCCIÓN NORMATIVA: ENTRE LA INTERPRETACIÓN Y LA CREACIÓN DE DISPOSICIONES Y NORMAS.

En los apartados anteriores, se hizo referencia a las normas sobre la producción jurídica de la fuente de Derecho, disposición y norma, y que ellas preveían expresamente los requisitos tanto formales como materiales para la validez del documento normativo y en consecuencia de los enunciados lingüísticos y sus significaciones jurídicas. A partir de dicho estudio, se pudo describir la indeterminación sobre el objeto del control de constitucionalidad: disposición o norma, y las consecuencias jurídicas que de dicha opción podían derivar, tanto para el

documento normativo como para sus disposiciones y normas. A esto se suma el análisis precedente sobre la naturaleza interpretativa llevada adelante por la autoridad normativa, diferenciándola de la desarrollada por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva de la distinción entre creación dispositiva, de la normativa.

Ahora bien, valiéndonos una vez más de la distinción entre fuente del Derecho, disposición y norma, se ahondará el estudio, en el control de los vicios en el proceso de producción normativa de éstas. Así, se debe partir de la afirmación hecha por Ezquiaga Ganuzas⁵¹ en el entendido de que, si los vicios de validez pueden afectar a estos tres tipos de materiales normativos, tres serán también los tipos de sentencias de control de constitucionalidad: sentencias que se refieren a los documentos normativos, sentencias que se refieren a disposiciones y, sentencias que se refieren a normas. Cada una de ellas con sus propias peculiaridades según se estime o no su inconstitucionalidad.

Habiendo demarcado las líneas de estudio, corresponde analizar en primer lugar, las sentencias que tienen por objeto a los documentos normativos. Este tipo de fallos en el que el TC debe pronunciarse sobre la impugnación de un texto normativo en su conjunto, no suele ser muy frecuente. Sin embargo, ello no significa que el TC no haya conocido de una situación de estas, es más, el Tribunal cuenta con toda la potestad conferida por la Constitución –para el caso que se le presente– de pronunciarse, ya sea a través de una sentencia desestimatoria, lo que supondrá que el documento recurrido cumple con los requisitos⁵² establecidos para el tipo de fuente del Derecho. Esto no implica que el TC no pueda declarar la inconstitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en el documento normativo o sobre algunos de los significados que se puedan derivar de ellas, sin que ello afecte a la fuente del Derecho (documento normativo); en caso contrario, a través de una sentencia estimatoria, puede también declarar la inconstitucionalidad del documento normativo ya sea porque el autor normativo de la misma carece de competencia para producir la fuente de Derecho, o porque el procedimiento para su elaboración no fue respetado o, que en último, la autoridad normativa haya excedido el límite material normativo.

No mereciendo el punto anterior mayores consideraciones que las señaladas, corresponde ahora referirse a las sentencias que tienen por objeto las disposiciones, tomando en consideración que las sentencias del Tribunal suelen pronunciarse con mayor frecuencia sobre éstas. Pero antes bien, para abordar este punto, es menester partir de un inicial desacuerdo, que se traduce en la indeterminación tanto Constitucional, legal, como jurisprudencial, de cuál sea en realidad el objeto de control y pronunciamiento. Si se acude a la legislación comparada, de la revisión de los textos constitucionales, legales y la misma jurisprudencia no es posible arribar a una conclusión precisa, aunque sí puede sostenerse que en principio, se parte de que el objeto de la declaración es la disposición normativa y no así la norma. Así, el artículo 136 de la Constitución Italiana señala que «Cuando la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una norma de ley o de un acto con fuerza de ley, la eficacia de la

⁵¹ Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica...opus cit.*, p. 236.

⁵² Los elementos (requisitos) constitutivos de la fuente del Derecho, como se recordará, son básicamente tres: Autor, procedimiento y materia. Citando el ejemplo de Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica...opus cit.*, p. 236, las leyes orgánicas como fuente del Derecho, prevén como autor normativo a las Cortes Generales, como procedimiento de elaboración específico, la mayoría absoluta del Congreso en una votación de conjunto para su aprobación y, como materia susceptible de regulación, las señalan con carácter expreso en el artículo 81.1 de la CE.

norma cesa al día siguiente a la publicación de la resolución», de igual forma, la Ley constitucional de 9 de febrero de 1948, número 1, artículo 1, se refiere a la cuestión de legitimidad de una ley o de un acto con fuerza de ley. Si bien, de igual forma la ley No. 83 de 11 de marzo de 1953 emplea una idéntica denominación en sus artículos 27 al 33, hace referencia a «las normas declaradas inconstitucionales...» o a «la norma declarada inconstitucional». Si se toma en cuenta también los pronunciamientos de la Corte Constitucional Italiana, en ellos se hace referencia indistintamente a normas como disposiciones. Por todo ello se afirmó que, en general, tanto la cuestión como el pronunciamiento de la Corte recaen sobre normas derivadas de la interpretación de uno o más textos legislativos⁵³.

Analizando la legislación española, el desacuerdo italiano sobre el objeto de control y pronunciamiento de la Corte, se reproducen en España. El artículo 161.1,a) de la Constitución española hace referencia al «recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley», así como a la «declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley». Por su lado, el artículo 164 refiere a las sentencias que «declaren la inconstitucionalidad de la ley o una norma con fuerza de ley», desprendiéndose de esta manera la imprecisión y el manejo indistinto de los términos disposición y norma. Analizando la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) en los artículos 27.1, 28.1, 31, 32.2, 39.1 y 40.1, de igual modo se desprende el empleo indistinto de términos como «norma con rango de ley» o «con fuerza de ley». Más allá de cualquier otra observación, es necesario tomar en cuenta la postura última asumida por el Tribunal Constitucional, en el sentido en que, «si se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer» la conclusión a la que se debe arribar es que el objeto del control de constitucionalidad es básicamente la norma y no así la disposición.

Algunos autores como Sandulli⁵⁴, sostienen que el objeto del control de constitucionalidad, así como el objeto del pronunciamiento de la sentencia constitucional, es el texto o disposición, pero la valoración recae sobre normas deducibles de dicho texto, o bien, que sobre el mismo recae la actividad interpretativa de la Corte Constitucional, que puede ser divisoria o combinatoria. Por su parte Lavagna⁵⁵, apunta que la Corte ha de tomar en consideración textos y normas en la motivación, y exclusivamente textos en la parte dispositiva. De estas aseveraciones vertidas por los autores se desprende que, en realidad, lo que el Tribunal valora en un juicio de constitucionalidad es una norma que se deriva de un precepto o disposición normativa vía interpretación. Por ello, este sector de la doctrina que sostiene la tesis de que es el texto o la disposición el objeto de control de constitucionalidad no niega la necesaria presencia de dicho contenido normativo.

Sobre el punto, es necesario precisar que, entre los partidarios que sostienen que es el texto y no la norma el objeto de control de constitucionalidad, no siempre cada una de estas posturas, comparten criterios uniformes sobre los fundamentos. Por ello es necesario apuntar algunas características básicas que de un modo u otro ayudan a identificar a esta tesis: a) que el

⁵³ Vid Pizzorusso, Alessandro, *La justicia constitucional en Italia*, en *Teoría y realidad constitucional*, No. 14, 1999, p. 163.

⁵⁴ Sandulli, Aldo, *Atto Legislativo, statuzione legislativa e giudizio di legittimà costituzionale*, en *Scritti giuridici I*, Napoli 1990, p. 481.

⁵⁵ Lavagna, C., *Sulle sentenze «additive» della...opus cit.*, p. 670.

órgano que pide el pronunciamiento sobre la constitucionalidad, lo hace en relación a un texto; b) que la interpretación que del texto pudiera hacer dicho órgano, no vincula al Tribunal Constitucional; c) que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, debe referirse al texto impugnado, y no a las posibles interpretaciones o normas que puedan deducirse del mismo⁵⁶.

Si el control de constitucionalidad es ejercido sobre disposiciones, se partirá afirmando que el objeto de control lo constituyen las normas atribuidas a las disposiciones de rango constitucional, así como las atribuidas a las disposiciones de rango legal enjuiciadas. Del cotejo de ambos tipos de normas (constitucional y legal) se determinará la compatibilidad – conformidad o no con la Constitución. Así, si la sentencia que estimase la inconstitucionalidad de la disposición, con ella invalidaría también las normas que pudieran derivarse de la misma. Por el contrario, si la sentencia fuese desestimatoria de la inconstitucionalidad, la disposición se mantendría intacta, siendo válidas todas las normas que se le pudieran atribuir. Sin embargo, esta última forma de pronunciamiento no es inmutable, siendo posible que el pronunciamiento cambie de punto de vista, ya sea porque se produjo una inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición o norma enjuiciada, o porque operó un cambio en el canon de constitucionalidad o bloque de constitucionalidad que sirvió como parámetro para su apreciación. También es posible que, como consecuencia de una evolución de la interpretación, así como la mutación de la realidad social⁵⁷, modifiquen la norma que es atribuida a la disposición. Dadas estas posibilidades de cambio valorativo sobre la conformidad o no de las disposiciones y normas con la Constitución, estaría abierta también, la posibilidad de volver a enjuiciar la compatibilidad de dichas disposiciones.

Ahora bien, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición y su alcance, merecen algunas puntualizaciones también preliminares. Así, la declaración de

⁵⁶ En la observación del Profesor Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho*, en la *Forma del Poder: Escritos sobre la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 483, si se tomase en cuenta en forma estricta y exclusiva esta última característica, los únicos pronunciamientos legítimos serían las declaraciones de constitucionalidad/inconstitucionalidad, o la declaración de inconstitucionalidad parcial del texto, esto conllevaría inevitablemente, a que cuando el Tribunal se enfrente a disposiciones susceptibles de varias interpretaciones, algunas de ellas inconstitucional y otra u otras no, debería elegir entre la declaración de inconstitucionalidad, que elimina del ordenamiento conjuntamente normas constitucionales e inconstitucionales, acarreando una situación de mayor inconstitucionalidad. Por otro lado, si se pronunciasse por la declaración de constitucionalidad, esto haría que permanecieran intactas en el ordenamiento, todas las normas derivadas de dicha disposición, independientemente del juicio de constitucionalidad que merezcan. Así, al sostenerse que el objeto de control y pronunciamiento lo constituye exclusivamente la disposición, implica aceptar que no existe espacio para las sentencias interpretativas.

⁵⁷ Así, para Jellinek, Georg, en su obra *Verfassungsänderung und verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich – politische abhandlung*, Verlag von O. Haring, Berlín, 1906, p. 7, sostenía: «Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, toma conciencia clara del contenido de las leyes aplicar. Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación». Por lo mismo, las mutaciones de la Constitución no solamente pueden provocarse por parte del legislador, sino también, a través de la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales, de modo tal que, al interpretarse las disposiciones constitucionales, de a poco, estas pueden contemplar un significado totalmente distinto al que tenía en el sistema jurídico originario.

inconstitucionalidad no necesariamente afectará a toda la disposición⁵⁸, pues de ser así (la invalidez total de la disposición), se debe entender que a juicio del Tribunal todas las interpretaciones o normas que puedan deducirse de la misma contrastan con la Constitución, sobreviniendo la nulidad de la disposición y su expulsión del ordenamiento jurídico. Pero por otro lado, el TC también puede emitir sentencias de inconstitucionalidad parcial, donde se anula únicamente algunas palabras o frases del texto, manteniéndose la validez del resto. Empero, esta mutilación de la disposición como señala Ezquiaga, implica la producción de una norma nueva⁵⁹ (a juicio propio una disposición nueva), donde el TC busca que en la interpretación de dicha disposición no sean tenidas en cuenta ciertas palabras, reduciéndose de esta forma el contenido normativo de la disposición. Desde un punto de vista personal, se considera que aquí, podría afirmarse que el objeto del control de constitucionalidad son las disposiciones.

Habiendo realizado las matizaciones sobre las sentencias que tienen como objeto las disposiciones, corresponde ahora realizar un similar estudio en cuanto a las sentencias que tienen por objeto, a los significados normativos⁶⁰ o normas⁶¹.

⁵⁸ Si el objeto del pronunciamiento lo constituye el texto, será válida la sentencia por la cual, el Tribunal declare la inconstitucionalidad y anule incisos o parte de dicho texto normativo, resultando de este modo el contenido normativo alterado a todas luces. En ese sentido, dependiendo de la forma en que se exprese un texto, una sentencia podría ser considerada aditiva o no: Si en un supuesto, el texto de la disposición «D» dice aplicar una determinada consecuencia al supuesto «A», pero excluye expresamente al supuesto «B», y la Constitución exige que se aplique la misma consecuencia a los supuestos «A» y «B», la sentencia que se enfrenta a dicha disposición será de acogimiento parcial –ello desde el punto de vista del texto–, declarando en consecuencia, inconstitucional el inciso que excluye la aplicación al supuesto «B». Un análisis detenido nos indica que este tipo de pronunciamientos importa un efecto aditivo sobre el plano normativo. Por el contrario, en otro supuesto, si la disposición «D¹» aplica la misma consecuencia al supuesto «A», omitiendo toda referencia al «B», a pesar de que dicha disposición «D¹» posea idéntico contenido normativo a «D», la sentencia que valore su constitucionalidad afirmaría que «D¹ es inconstitucional en cuanto no prevé la aplicación de su consecuencia a B», esta operación implicaría aceptar que el pronunciamiento del Tribunal constituye una sentencia aditiva desde el punto de vista del texto.

⁵⁹ Generalmente se emplea esta operación para los casos de presencia de omisiones legislativas, al anular parte de una disposición se amplía su campo de aplicación personal a nuevos sujetos antes no comprendidos o excluidos por una discriminación normativa.

⁶⁰ En posiciones eclécticas se ubica autores como Delfino, F., *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi. Natura ed effetti*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1970, p. 75, quien sostiene que el objeto del control de constitucionalidad no se centra exclusivamente en el texto o la norma. Para ello trabajó en la distinción entre abrogación –cesación de la eficacia–, que debe operar exclusivamente sobre la norma –y sólo sobre la norma que dio lugar a la antinomia–, sin extender sus efectos al acto fuente o disposición legislativa, afirmando que «la extinción de la norma no determina en sí misma la extinción de la ley», y la declaración de ilegitimidad constitucionalidad, que recae directamente sobre la ley o acto – fuente. Por su parte, para Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 2ª ed., 1988, p. 281, los pronunciamientos de la Corte inciden, en primer lugar, y generalmente sobre el texto, pero también sobre normas, y esto es así, cuando no existe una correspondencia unívoca entre texto y norma, y el mantenimiento de la disposición se justifica porque también derivan de ella normas constitucionales. De esta forma, el control de constitucionalidad tiene por objeto no sólo las disposiciones, sino también las normas, y que si todas las normas que derivan de la disposición son inconstitucionales, la declaración de ilegitimidad afectará también en este caso a la disposición. Otros autores, apartándose de los conceptos de disposición y norma, buscaron un *tertium genus*. Así para Ruggeri, Roberto, *Le attività conseguenziali nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 55 y ss., ni la disposición ni la norma, como datos abstractamente considerados, son el objeto del juicio de constitucionalidad, sino que dicho objeto lo constituye la «situación normativa» como síntesis de significados deducidos de las interconexiones entre norma y sistema jurídico global, o bien la misma situación real, calificada por los efectos producidos o que pueden derivarse de las disposiciones normativas sometidos a control de constitucionalidad; por ello el objeto no sería la norma o disposición consideradas de forma estática, sino las mismas como calificación de

Para Giannini⁶², la distinción entre la norma como hecho y el texto normativo, señala que la fuente crea la norma, pero sólo parcialmente determina su contenido, ya que éste está determinado también por el sistema. En ese sentido, para Giannini, es la norma y no el texto la que es objeto control y de la declaración de (in)constitucionalidad; si la misma es declarada válida, ello no impide la posterior impugnación de otras normas deducibles del texto. Por su parte, Montilla⁶³, apunta que, si la disposición posee una interpretación unívoca y contrastante con la Constitución, han de anularse norma y disposición. Pero si la disposición puede ser interpretada en varios sentidos, la Corte puede adoptar una decisión interpretativa de rechazo o una de acogimiento, eliminando en todo o en parte la disposición. Ahora bien, si la disposición no es escindible, y de la misma es posible deducir una multiplicidad de normas, la Corte puede utilizar un pronunciamiento interpretativo de rechazo o de acogimiento, en el caso de que la norma, o parte de la norma que sea inconstitucional, sea deducible correctamente del texto. De ello se desprende que todas las sentencias que tienen como objeto normas, serán sentencias interpretativas, y la disposición de la cual derivan no resultará alterada como consecuencia de la estimación de la inconstitucionalidad.⁶⁴

Asimismo, se debe tener en cuenta que, por definición, las sentencias interpretativas deben ser siempre sentencias desestimatorias, a partir de la cual, deberían determinar la conformidad con la Constitución de la disposición, limitando su pronunciamiento a las normas que de ella puedan obtenerse, ya sea señalando el sentido en el que debe ser entendida necesariamente la disposición, o indicando el sentido en el que ésta no puede entenderse. En el primer supuesto, el TC está señalando la única norma que puede obtenerse para mantener la constitucionalidad de la disposición, y a la vez, está declarando implícitamente la inconstitucionalidad de las demás normas que puedan derivarse de dicha disposición. A la inversa, en el segundo supuesto, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una de las normas expresadas por la disposición para mantener la constitucionalidad de ésta.

un hecho en relación a los otros hechos jurídicamente calificados, y por tanto el efecto de la norma, en cuanto idóneo a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

⁶¹ A decir de Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 34, se debe partir del supuesto en que el Tribunal se pronuncie también sobre las normas, y que alguna o algunas de éstas puedan ser inconstitucionales –al menos parcialmente– a pesar de que el texto de la disposición sea completamente acorde a la Constitución, es el presupuesto básico de toda sentencia interpretativa sin el cual no podrían entenderse este tipo de decisiones. Para el autor, las sentencias se enfrentan a una disposición D, de la cual derivan (conjunta o alternativamente) las normas N₁ y N₂, siendo sólo N₂ inconstitucional, mientras que D y N₁ son conformes a la Constitución. Así, una sentencia interpretativa entiende que un precepto es constitucional –o inconstitucional– «si se interpreta en un sentido determinado» o bien que es inconstitucional «en la parte que...» o «en cuanto...», porque la misma considera que parte del contenido normativo derivado alternativa o conjuntamente del precepto es inconstitucional, aunque su texto no lo sea. Este esquema ayuda a comprender y precisar cuándo una sentencia de este tipo ha de ser de acogimiento (accoglimento) o de rechazo (rigetto).

⁶² Giannini, M.S., *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, p. 902.

⁶³ Montilla, M., *Tipologia delle sentenze della Corte costituzionale*, Maggioli Editore, Rimini, 1992, p. 93 y ss.

⁶⁴ La STC 341/1993, de 18 de noviembre, fj. 2, plasma esta afirmación explicando que «el fundamento de todo pronunciamiento interpretativo está en el principio de conservación de la Ley y en la exigencia de su interpretación conforme a la Constitución». Así también, Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica...opus cit.*, p. 255 considera que el TC desde muy temprano, entendió que las sentencias interpretativas son aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados.

Empero, en contraste con el apunte doctrinal señalado anteriormente, se encuentra la práctica del Tribunal Constitucional que demuestra la existencia de sentencias interpretativas en sentencias estimatorias. Esto se debe a la estructura⁶⁵ de las sentencias interpretativas, donde da lo mismo declarar conforme a la constitución una disposición, siempre que se entienda de cierto modo (o siempre que no se entienda de cierto modo), que declarar la inconstitucionalidad una disposición siempre que no se entienda de cierto modo (o siempre que se entienda de cierto modo). En el fondo del asunto subyace la declaración de inconstitucionalidad de normas o, de declaración de conformidad con la Constitución de normas, siendo que en ambos tipos de pronunciamientos no se anula la disposición, pudiendo manifestarse tanto a través de estimaciones como de desestimaciones, siendo en todo caso, aparente cada una de estas formas de decisiones por parte del Tribunal.

En ese sentido, las sentencias interpretativas que estiman el recurso no declaran la inconstitucionalidad de ninguna ley, disposición o acto, es por eso que sólo en apariencia son estimativas. Dicho de otro modo, la sentencia que aparentemente estima el recurso declarando una norma inconstitucional, no afecta en nada al texto, enunciado o disposición normativa. Sólo se limitan en consecuencia, a establecer que la disposición es inconstitucional siempre que sea entendida de un determinado modo, es decir, determina la inconstitucionalidad de una de las normas que puede deducirse de la disposición⁶⁶. Claro está, que con este tipo de pronunciamientos no se condiciona en modo alguno, la interpretación futura de la disposición, dejando el margen de interpretación abierto a la derivación de otras normas –significados– de la disposición, independientemente de la señalada por el Tribunal.

En otro supuesto, las sentencias que aparentemente estiman el recurso declarando la norma inconstitucional, la disposición sigue siendo constitucional salvo que se entienda de un determinado modo. Con ello, lo que se hace es establecer la inconstitucionalidad de todas las normas –significados– que pueden derivarse de la disposición, excepto una: la establecida por el Tribunal⁶⁷. No cabe duda de que a través de este tipo de fallos, se llega a condicionar completamente la interpretación de la disposición a futuro, siendo la única norma válida deducible la formulada por el TC.

Ahora bien, si lo que se busca a través de las sentencias interpretativas, es mantener la validez de la disposición, la doctrina se decanta por la aplicación de las sentencias desestimatorias, como adecuadas a ese fin. Asimismo, se propugna la función exclusiva del

⁶⁵ La estimación o desestimación de un recurso de inconstitucionalidad lleva aparejada la inconstitucionalidad o la conformidad con la Constitución de disposiciones (y, eventualmente de documentos normativos), esta estructura se desprende de la explicación realizada por Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica...opus cit.*, p. 256 – 257.

⁶⁶ Se trae a colación sobre el tema, la STC 22/1981, de 2 de julio, en la que su fallo establece: «Que es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, interpretada como norma que establece la incapacidad para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad». La sentencia no afecta a la disposición adicional quinta, sino a uno de los sentidos interpretativos –normas– de la disposición.

⁶⁷ A manera de ejemplo la STC 11/1981, de 8 de abril. Dicho fallo prevé: «Estimar parcialmente el recurso y, en su virtud, hacer las siguientes declaraciones sobre el Real decreto – ley 17/1977: a) Que el artículo 3º no es inconstitucional, siempre que se entienda que el ejercicio del derecho de huelga, que pertenece a los trabajadores, puede ser ejercitado por ellos personalmente, por sus representantes y por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que la huelga se extienda». Pese a la estimación, la sentencia no afecta en nada a la disposición más que su limitación al significado normativo atribuido por el Tribunal.

control de constitucionalidad de las leyes, a partir de la cual, el Tribunal Constitucional puede y debe pronunciarse sobre el modo de entender las disposiciones legales, indicando, sobre todo, los sentidos en los que éstas vulneran la Constitución, limitando en la medida posible la imposición normativa que el Tribunal pueda realizar como consecuencia del ejercicio de su función de intérprete supremo.

Lo explicado hasta esta parte, puede ser mejor ejemplificado y comprendido, a través de la cita y análisis de algunas modalidades específicas de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Sin embargo, es preciso aclarar previamente, que su presentación y estudio sólo posee un carácter introductorio para el siguiente capítulo, no pretendiendo agotar su análisis en esta parte del trabajo.

En ese sentido, como una modalidad de las sentencias interpretativas, se tiene a las sentencias manipulativas, cuya característica explicada por Ezquiaga⁶⁸, radica en que éstas, no se pronuncian simplemente acerca de la conformidad o no con la Constitución de las normas que pueden extraerse de la disposición sometida al control de constitucionalidad, sino que, junto a ello (o para ello), el Tribunal Constitucional produce una nueva norma, que no es el resultado de la interpretación de la disposición enjuiciada, sino que, a juicio del Tribunal, viene impuesta por la Constitución para conservar la validez de la disposición, aunque finalmente esa norma nueva es presentada como un significado de la disposición impugnada⁶⁹.

Si a un principio se evidenció que las sentencias interpretativas (lato sensu) tienen como finalidad crear normas a partir de la interpretación de las disposiciones, en el caso de las

⁶⁸ Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica...opus cit.*, p. 265.

⁶⁹ Si de la disposición «D», interpretada de acuerdo a la Constitución, puede derivar «X», en realidad «X» no es una norma añadida, y lo que hace el Tribunal es interpretar «D», realizando una «*interpretazione adeguatrice*». La sentencia en este supuesto, adoptaría la forma de una decisión meramente interpretativa, y no supondría añadido ni sobre la disposición, ni tampoco realmente sobre la norma. El trabajo de la norma se limitaría a señalar que dicha norma deriva de «D», y es la única conforme a la Constitución entre dos interpretaciones posibles, debiendo decantarse por la interpretación más amplia o extensiva. En otro supuesto, si de la disposición «D» no se puede derivar «X», pero «X» es exigido de acuerdo con la Constitución para que «D» sea constitucional, cabría entender, alternativamente: Que la consecuencia «X» sólo puede derivar de una norma añadida por la sentencia. En este caso, se puede afirmar que se está frente a una sentencia aditiva, pues el pronunciamiento de la Corte añade una norma no incluida en «D», y el elemento normativo añadido, viene a constituir una aditividad normativa. La observación hecha por Díaz Revorio Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 58, sobre el punto, explica en que en este supuesto debiera rechazarse el empleo de una sentencia aditiva, pues la única solución constitucionalmente correcta no sería añadir «X», sino declarar la inconstitucionalidad y nulidad de todo el texto de «D». Pero es necesario recordar una vez más, que la inconstitucionalidad de «D», no radica en su contraste positivo con la Constitución, sino en su incapacidad para generar la consecuencia «X». En otro supuesto, si de «D» no puede derivar X, ni siquiera a la luz de la Constitución, se debe entender que esto se debe a que de «D» deriva una norma implícita que excluye «X». Bajo esta comprensión, la sentencia debiera limitarse a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la norma implícita, siendo la naturaleza de este pronunciamiento, parcialmente anulatorio respecto a las normas, y no teniendo en consecuencia, ningún efecto aditivo ni restrictivo sino interpretativo en relación a la disposición «D», al proceder a una interpretación extensiva de la disposición. En el razonamiento de Díaz Revorio...*opus cit.*, p. 59, los supuestos descritos anteriormente, implican dos momentos distintos: a) la anulación de la norma implícita inconstitucional; y b) la extensión o ampliación de los efectos normativos al supuesto implícitamente excluido. Así la sentencia aditiva implica una doble operación de anulación – interpretación, pero no conllevaría una adición en el sentido de creación discrecional de una nueva norma.

sentencias manipulativas, este grado de creatividad normativa es mayor aún⁷⁰. Esto debido a que las normas obtenidas no derivan de la propia disposición, aunque luego se atribuya a ésta.

Las sentencias manipulativas, constituyen el género mayor –por así decirlo– de otras subespecies de ésta, conocidas doctrinalmente como sentencias aditivas y sentencias sustitutivas. Las primeras, son aquellas que declaran (aparentemente) la inconstitucionalidad de una disposición por no prever determinado supuesto indicado por el Tribunal en su decisión que, según el mismo, debería contemplar para ser conforme a la Constitución⁷¹

Al igual que en las sentencias interpretativas, la disposición enjuiciada queda incólume al ser considerada conforme a la Constitución, (aunque formalmente sea declarada inconstitucional por lo que no prevé), se declara inconstitucional una norma y, finalmente se produce otra norma conforme a la Constitución y derivada de ésta, lo que le permite y garantiza su permanencia en el ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo y, a mayores puntualizaciones, la disposición no se ve alterada puesto que ninguna de sus partes es declarada inconstitucional; el pronunciamiento de inconstitucionalidad recae en una parte ausente de la disposición, lo que impide declarar la nulidad de ésta. Como resultado de la sentencia aditiva, la disposición sometida a control, es declarada conforme a la Constitución con un plus normativo determinado por el Tribunal. Así, la declaración de inconstitucionalidad recae sobre la norma que es deducible a *contrario sensu* de la disposición, por no contemplar la norma prevista por el Tribunal. Este añadido normativo, no se trata de uno de los posibles significados de la disposición, sino una exigencia constitucional.

Si se adopta una lectura estricta de las sentencias aditivas, razones sobran para afirmar con contundencia, que a través de este tipo de fallos, el Tribunal crea una disposición nueva, cuando su labor debería estar limitada a la creación de normas a partir de las disposiciones que le son proporcionadas por la autoridad normativa: el legislador. Por ello se ha llamado la atención al Tribunal por emitir este tipo de fallos, reflexionándolo para que adopte una posición más productiva donde sólo se dedique a declarar la inconstitucionalidad de la norma, más no a declarar la nulidad de la disposición⁷².

⁷⁰ Como ya lo sostuviera Balaguer Callejón, Francisco, *Tribunal Constitucional y creación...opus cit.*, p. 398, si se comparase a las sentencias interpretativas clásicas (entiéndase a éstas en el sentido restrictivo que normalmente la doctrina les confiere) con las Sentencias Manipulativas, en estas últimas, el proceso creativo es todavía más visible. Para este autor, puede pensarse que, el Tribunal Constitucional, al operar en el sentido ideal, esto es el de las normas o el del significado, se mantiene dentro de sus márgenes, pero, resulta innegable que con la manipulación de significados, el precepto se acaba transformando en su totalidad, complementando (y a veces contradiciendo) aquello que el legislador había establecido. Sobre el particular, se pueden citar algunos votos particulares que no comulgan con la apreciación anterior: Vid el voto particular de Rubio Llorente a la STC 116/1987, de 9 de julio, o el voto particular de Rodríguez Bereijo a la STC 222/1992, de 11 de diciembre.

⁷¹ Una de las referencias sobre el tema, se encuentra en Gómez Puente, Marco, *La inactividad del legislador: Una realidad susceptible de control*, McGraw – Hill, Madrid, 1997, p. 86 y ss.

⁷² Como se verá con más profundidad más adelante, uno los planteamientos alternativos a las sentencias aditivas, se encuentran en las sentencias denominadas de mera inconstitucionalidad, que se caracterizan precisamente, por reparar en la diferenciación: la declaración de inconstitucionalidad afecta a las normas, mientras que la declaración de nulidad afecta únicamente a las disposiciones. Para mayores elementos véase Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho*, en *La forma del poder*, (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 495 – 536, y Figueruelo, Ángela, *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 81, 1993.

En relación a las sentencias sustitutivas, la doctrina las define como aquellas que declaran (aparentemente o no) la inconstitucionalidad de una disposición por prever, o en la parte en que prevé, un determinado supuesto en lugar de otro indicado por el Tribunal en su decisión, que según el mismo, debería contemplar para ser conforme a la Constitución⁷³.

Al igual que en las sentencias aditivas, las sustitutivas no llegan a afectar la disposición enjuiciada, que es declarada conforme a la Constitución. Sólo se llega a declarar inconstitucional una norma y, en su lugar se produce otra a partir de la Constitución, considerándose a la misma, significado de la disposición. De esta forma, se permite a la disposición mantenerse dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la diferencia esencial entre estas sentencias, radica en que para el caso de las sentencias aditivas intervienen tres normas: una que es la atribuida directamente de la disposición (N_1), la obtenida a contrario (N_2) y la producida y añadida por el Tribunal (N_3); en cambio, para las sentencias sustitutivas únicamente intervienen dos normas: la atribuida directamente a la disposición, que es declarada inconstitucional, y la producida por el Tribunal para sustituir a aquélla y convertir a la disposición en constitucional. Además, se debe precisar que, cuando se trata de una sentencia sustitutiva, el Tribunal Constitucional realiza una labor legislativa incluso superior que cuando se dicta una sentencia aditiva⁷⁴, pues el efecto es el mismo que si una frase de la disposición hubiera sido sustituida por otra.

Hasta esta parte, es necesario adherirse a la conclusión sostenida por Díaz Revorio⁷⁵, en el entendido de que la disposición y la norma son dos conceptos distintos, pero que en la práctica viven de manera conjunta en cada precepto legal, y que el control de constitucionalidad no puede prescindir ni de una ni de la otra, y que en consecuencia, las sentencias que declaran la constitucionalidad – inconstitucionalidad de una disposición inciden ya sea de forma directa o indirecta sobre su contenido normativo. Por ello en coincidencia con Díaz Revorio⁷⁶, se sostiene que la distinción entre disposición y norma es más un recurso procesal de gran utilidad para la conservación y composición del ordenamiento jurídico que una distinción entre dos fenómenos que tuvieran vida jurídica propia.

Así conviene recordar que, «no puede entenderse que el objeto del control de constitucionalidad sea exclusivamente la disposición, o la norma. Cuando el Tribunal Constitucional ha de valorar la constitucionalidad de uno o varios preceptos legales, ineludiblemente ha de interpretarlos, al igual que ha de interpretar la Constitución. Esta interpretación se produce en todos los procesos de constitucionalidad –no solamente en la vía incidental– y no sólo cuando la sentencia finalmente emanada es interpretativa, sino en todos los supuestos»⁷⁷.

⁷³ Véase por todos a Guastini, Ricardo, *Fragments of a Theory of Legal Sources...opus cit.*, p. 383.

⁷⁴ En el análisis de Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica...opus cit.*, p. 276, en una sentencia aditiva, el Tribunal produce una norma nueva con incidencia en la disposición, pero respeta una norma obtenida de ésta y declara inconstitucional otra norma obtenida a contrario de la disposición. Por el contrario, en una sentencia sustitutiva, la declaración de la inconstitucionalidad afecta a una norma (N_1) atribuida a la disposición impugnada, que es sustituida por otra norma (N_2) con un contenido no obtenido a partir de una interpretación enjuiciada.

⁷⁵ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 85.

⁷⁶ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 78.

⁷⁷ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 78.

Asimismo, es necesario acordar que, al menos desde un punto de vista teórico, la jurisdicción constitucional conduce a acentuar la diferencia entre disposición y norma. Pues si solamente se considerase que el objeto del control y del pronunciamiento radica exclusivamente en la disposición, ello conllevaría a afirmar que al Tribunal, sólo le quedaría pronunciarse sobre la constitucionalidad – inconstitucionalidad de la disposición, lo cual generaría, como se vio, situaciones de mayor inconstitucionalidad. Asimismo, se debe tomar muy en cuenta que, las normas jurídicas derivan necesariamente de una o varias disposiciones, y sólo se concibe su existencia en función de ellas.

Luego de haber esbozado una serie de matizaciones de las interrelaciones y divergencias entre la fuente de Derecho, disposición y norma, se considera que a través de ellas, se ha podido obtener una visión panorámica más amplia sobre el control de constitucional ejercido por el Tribunal Constitucional y la naturaleza indeterminada de su objeto. Ello, se asume, ayudará a desarrollar en los siguientes capítulos, un estudio más comprensible sobre la tipología, las formas de reparación de la inconstitucionalidad y los efectos de los fallos constitucionales.

4. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD.

4.1. La hermenéutica y el rechazo de una teoría general de la interpretación. Entre la interpretación jurídica y la constitucional.

Partiendo del estudio preliminar realizado por Canosa, se entiende que la interpretación jurídica pertenece al mundo de la «Hermenéutica»⁷⁸. Para realizar esta afirmación, el autor, cita a uno de los mayores exponentes italianos sobre la materia, es decir, la obra de Emilio Betti⁷⁹, de donde se desprende que la hermenéutica, «es la ciencia del espíritu que abarca el estudio de la actividad humana de interpretar». Por lo mismo, la interpretación se relacionaba con una operación del intelecto que busca indefectiblemente un resultado, o en palabras de Betti, «...*il problema del intendere per agire o, comunque, per decidere...*»⁸⁰.

Para Canosa, uno de los aspectos a resaltar en cuanto al contenido conceptual de la interpretación jurídica, radica en su estrechamiento producido en los últimos tiempos, y que este fenómeno no sólo no contrasta con la idea de una hermenéutica general, sino que la hace resaltar al verificar la división de los objetos de las diferentes ramas interpretativas con la consiguiente asignación a cada una de ellas de unos confines lo más perfilados posibles a fin de

⁷⁸ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 1.

⁷⁹ En el criterio de Canosa, la construcción de una Teoría general hermenéutica por parte de Betti, Emilio, *Teoría generale della interpretazione*, Giufrè, Milán, 1955, representa uno de los hitos en la Historia del pensamiento jurídico moderno y desde luego supone para cualquier estudioso de la interpretación el punto obligado de referencia, y lo que a su vez supone, a fin de profundizar un estudio sobre el tema, un constante diálogo con la obra de Betti.

⁸⁰ Vid Betti, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Guifrè, Milán, 1971, p. 90.

no incurrir en transgresiones metodológicas inoportunas⁸¹. Este pensamiento es corroborado por Giannini, otro entendido en la materia, quien sostiene que «*il concetto di interpretazione si é sempre piu circoscritto*»⁸²; a partir de esta precisión conceptual, fruto de la evolución de la ciencia jurídica, es posible diferenciar lo que significa interpretar de lo que implica la aplicación o la calificación, entre otros.

Desde esta perspectiva, la existencia de una teoría general de la interpretación no cuenta con una aceptación generalizada. Uno de los planteamientos opositores a esta idea lo presenta Laserra, quien deja patente su «*rigetto della teoria generale di ogni interpretazione*»⁸³, partiendo para ello, de una enunciación acerca de las diferencias existentes que separan el mundo del derecho de los ámbitos metajurídicos.

Es en este escenario, que surgen los debates en torno a la vinculación entre una hipotética teoría de la interpretación jurídica y la existencia, paralela o no, de una correspondiente teoría de la interpretación constitucional⁸⁴. Desde luego, las posturas más representativas en torno a la duplicidad interpretativa, es decir, entre quienes sostienen la interpretación jurídica, frente a quienes plantean la interpretación constitucional, se hallan en autores como Scialoja⁸⁵ y Rocco⁸⁶, entre otros.

En el planteamiento de Scialoja, los principios de la interpretación venían a constituirse en elementos de total relatividad, en tanto que los mismos se aplicaban de modo distinto en cada rama del derecho, sobre todo, si se tomaba en cuenta a la naturaleza de la disposición interpretada. Por lo mismo, para este autor, como consecuencia de la interpretación, podían desprenderse diversas e independientes aproximaciones hermenéuticas⁸⁷. En contrapartida, y en forma algo más contemporánea, Rocco discrepa con el planteamiento de Scialoja y su tesis sobre el relativismo de los principios interpretativos. En su lugar, sostiene la necesidad de unir aquella diversidad de teorías hermenéuticas en una sola, donde determinados principios generales devendrían como válidos para todo el ámbito del derecho, siendo esta hipótesis básica la que debiera tener en cuenta el *operatore dell'interpretazione*⁸⁸, en todos los supuestos en los que se examina una disposición legal, independientemente de su naturaleza particular, aunque claro está, Rocco entiende que, más allá de la unidad metodológica sustantiva sostenida, advierte de la existencia de otros principios particulares que sirven para la

⁸¹ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 2.

⁸² Giannini, Massimo, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Guifré, Milán, 1939, p.4.

⁸³ Para Laserra, Giorgio, *L'interpretazione della legge*, Jovene, Nápoles, 1955, p. 111, no es posible advertir una coherencia en un paradigma nada uniforme, donde independientemente de la existencia de criterios comunes, las actividades desarrolladas son francamente diversas.

⁸⁴ En criterio de Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 3, considera que es más importante prestar atención a esta relación esbozada e inferir de ella las conclusiones pertinentes. Pero advierte también, que sí bien la acepta como buena, más no así en la práctica si se toma en cuenta su relevancia para un estudio como el que aquí se abarca, la idea patrocinada por Betti de encuadrar el hacer interpretador jurídico en una clase de actividad humana más amplia, estudiada por lo que él denomina hermenéutica.

⁸⁵ Scialoja, Vittorio, *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi*, en *Studi in onore di F. Schupfer*, Diritto Odierno, Turín, 1898, pp. 303 y ss.

⁸⁶ Rocco, Alfredo, *La teoria generale della interpretazione delle norme giuridiche e la sua applicazione alle singole categorie di norme*, en *Scritti di diritto commerciale*, Roma, 1933, vol. I, p. 79 y ss.

⁸⁷ Scialoja, Vittorio, *Sulla teoria dell'interpretazione...opus cit.*, p. 303.

⁸⁸ Rocco, Alfredo, *La teoria generale della interpretazione delle norme giuridiche...opus cit.*, p. 78.

interpretación de diversas categorías de normas en el ordenamiento jurídico⁸⁹. En la tesis de Rocco, resaltan como características principales, la unidad del propio sistema jurídico y la multiplicidad inherente al mismo, y termina señalando que son esos principios generales los que vienen a constituirse en el contenido esencial en una Teoría general de la interpretación jurídica, dotada de una dimensión ontológica independiente en relación a la particular naturaleza de la norma a la cual se refiera⁹⁰.

A partir de los razonamientos esbozados por Scialoja y Rocco, se han ido posicionando adeptos en una y otra línea de pensamiento. Así, surge el planteamiento de Santi Romano, quien al adscribirse al planteamiento de Scialoja, refuerza la idea de la necesidad de la separación de principios interpretativos dependientes de cada rama del derecho⁹¹. Mientras tanto, en la otra vereda del pensamiento, se tiene que a Carbone, quien comulgando con el pensamiento de Rocco, reivindica la necesidad de construir una sola teoría general de la interpretación, partiendo para ello, de una idea unitaria del Ordenamiento jurídico, a partir de la cual, justifica la existencia de una unidad del proceder interpretativo⁹².

En tanto el debate se afianza, el surgimiento de un *tertium genus* sobre el tema no se deja esperar. Así, Lucas Verdú sale a la palestra con su brillante aporte sobre la «Teoría de la interpretación como parte capital del Derecho Constitucional»⁹³. En esta nueva perspectiva, el profesor español comparte con la noción del maestro italiano Crisafulli, en tanto entiende a los principios de interpretación y aplicación como principios constitucionales⁹⁴. Esta afirmación es posible, en la medida en que para Crisafulli, existe una inevitable conexión entre la interpretación jurídica general y la constitucional, que opera a partir de la constitucionalización de la primera⁹⁵.

Llegado a este punto, conviene realizar una recapitulación sobre el tema. No se puede desestimar el aporte de Betti, de incluir la Teoría de la interpretación jurídica dentro de la Hermenéutica General, empero, tampoco se puede dejar de lado, que la interpretación jurídica se distingue de las formas de interpretación que según Radbruch devienen intuitivas dado su naturaleza plenamente racional⁹⁶, por lo mismo, bajo este razonamiento, se hace necesario buscar el elemento diferenciador entre una actividad hermenéutica cualquiera y aquella propiamente jurídica. Quizá ese elemento diferenciador se encuentre en la fórmula planteada por Canosa, quien sostiene que la clave definidora de la interpretación jurídica viene

⁸⁹ Rocco, Alfredo, *La teoría general de la interpretación de las normas jurídicas...opus cit.*, p. 78.

⁹⁰ Para Rocco, Alfredo, *La teoría general de la interpretación de las normas jurídicas...opus cit.*, p. 76, a contrario sensu, rechaza la necesidad de establecer otras tantas específicas construcciones teóricas sobre la interpretación, en atención a las específicas especialidades de cada categoría de normas.

⁹¹ Romano, Santi, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, en *Scritti minori*, 1950, vol. I, p. 93.

⁹² Carbone, Carmelo, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Cedam, Padua, 1951, p. 11.

⁹³ Lucas Verdú, Pablo, *Constitución de 1978 e interpretación constitucional. Un enfoque interpretativo de la Constitución española*, en Obra colectiva coordinada por Igartua I., *La interpretación de la Constitución. Demarcación y perspectivas*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, III Cursos de Verano, 1985, p. 210.

⁹⁴ Vid por todos a Crisafulli, Vezio, *I principi costituzionali dell'interpretazione delle leggi*, Cedam, Padua, 1939, p. 21.

⁹⁵ Podría señalarse que en esta misma línea se adscribe Wroblewsky, Jerzy, *An outline of a general theory of legal interpretation*, en Obra colectiva coordinada por Igartua I., *La interpretación de la Constitución. Demarcación y perspectivas*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, III Cursos de Verano, 1985, p. 42, quien asume un similar planteamiento que se traduce en una teoría general de la interpretación de la que formaría parte, también, la misma tarea en el terreno constitucional.

⁹⁶ Radbruch, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 20.

constituida por la función normativa que desempeña⁹⁷. Es decir, y parafraseando a autores como Betti⁹⁸ y Pierandrei, aplicar una norma implica necesariamente poner en marcha el sentido normativo de la disposición en cuestión, o lo que es lo mismo, restringir taxativamente la diversidad entre una cualquiera acción hermenéutica y la interpretación jurídica a la función normativa de la última⁹⁹.

4.2. Importancia, contenido y fines de la interpretación jurídica.

Es importante partir por definir a la interpretación, como aquel método por el cual se obtiene una síntesis desde la compulsión entre dos elementos de una relación. En el entendimiento de Tarello, los elementos que hacen a la interpretación son *el dato y el resultado*¹⁰⁰. Sin duda, llevar a cabo una distinción entre estos elementos es de capital importancia para el presente estudio, ya sea por la necesidad de precisar una distinción conceptual, o porque dicha diferenciación, repercutirá a la hora de medir los efectos prácticos de la misma, en tanto que el resultado no es otro que la norma extraída lista para ser aplicada. En criterio de Ascarelli, desde el momento en que el operador de la interpretación analiza el dato, un texto o un comportamiento, el resultado inmediato será la extracción de la fórmula o norma¹⁰¹, por lo que el interpretar resulta una actividad al igual que necesario, con un correlato por demás problemático, en la medida en que la extracción de la norma o el descubrimiento del sentido de un texto se tornan complejos. A esto debe sumarse el hecho de que el dato o texto resulta problemático siempre que la extracción de la norma aplicable presenta dudas, y éstas surgen, por lo general, por la multiplicidad de combinaciones posibles con las que el intérprete puede jugar en su búsqueda del resultado que plasme el sentido normativo y que la haga «pertinente»¹⁰². Luego, la interpretación importa la resolución de un problema, en el que se ve envuelta la elección entre diversas normas posibles. Sin duda, esta actividad representa un proceso que entraña fundamentalmente dos elementos, uno cognoscitivo y otro volitivo, en tanto que la decisión sobre la posible solución adoptada depende enteramente del operador interpretativo. Adviértase que en este proceso reflexivo, no se hace referencia a una «única solución». Desde esta perspectiva, claramente es posible desprender una estrecha relación entre intelectualismo y decisionismo, o conciencia y voluntad en la labor interpretativa que, como lo entiende Pierandrei, importa un conocimiento de la ley en su verdad¹⁰³.

Es a raíz de todos estos razonamientos, que la interpretación implica una real necesidad por despejar las dudas que lo interpretado presenta, y que se plasma ineludiblemente en el

⁹⁷ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 5.

⁹⁸ Betti, Emilio, *Interpretazione della legge e degli...opus. Cit.*, p. 225.

⁹⁹ Pierandrei, Franco, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, en *Scritti di dirittocostituzionale*, Spe, Turín, 1965, pág. 647.

¹⁰⁰ Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980, p. 40.

¹⁰¹ Ascarelli, Tulio, y Carnelutti, F., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, con «postilla» de F. Carnelutti, en *Revista de diritto processuale*, 1957. p. 349.

¹⁰² Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1980, p. 308. Por su parte, Betti, Emilio, *Di una teoria generale della interpretazione*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1965, p. 236, sostiene que la norma representa el resultado que el intérprete modela produciendo «una reconstrucción del pensamiento contenido en la ley». Esta reconstrucción ha de ser concebida como un quehacer intelectual, una actividad humana desarrollada en exclusiva por el intérprete; él formula una norma y lo hace con su propia «spontaneità spirituale».

¹⁰³ Pierandrei, Franco, *L'interpretazione delle norme...opus cit.*, p. 647.

proceso de aplicación de la norma. Como ya lo sostuviera Larenz, la interpretación se traduce en el proceso de transformación de un hecho bruto hacia un hecho definitivo, o lo que es lo mismo, se trata de la migración de la norma como dato hacia el contenido de la norma aplicable¹⁰⁴. En ese sentido, Larenz se ha encargado de precisar también, que toda esta labor no es otra cosa que un acto de *concretar* la norma, es decir, representa un proceso intelectual y de toma de decisiones para trasladar el resultado de la acción descrita al campo de los hechos, siendo necesario a tal efecto, establecer en concreto los hechos concretos que la norma general a definido en abstracto, aunque claro está, debe tenerse en cuenta según Hesse, que dicha «concretización presupone la comprensión del contenido de la norma a concretizar, la cual no cabe desvincular ni de la precomprensión del intérprete ni del problema concreto a resolver»¹⁰⁵.

Ahora bien, ya Canosa advertía preliminarmente, que al proceso de interpretación entendida como acto de concretización de la norma abstracta, subyacían también la creatividad y un cierto grado de discrecionalidad, aspectos éstos que completan el proceso interpretativo. Sin embargo, conviene aclarar aquí, que sobre esta última afirmación, han surgido en la doctrina criterios que buscan bifurcar el significado de la interpretación, esto es, entender a la interpretación en la dimensión últimamente estudiada, o lo que es lo mismo, como la actividad del operar jurídico, y el resultado de la misma, frente a aquella concepción que entiende a la interpretación de la norma como producto final del «círculo hermenéutico»¹⁰⁶.

Así también, cuando se hace referencia a la interpretación suelen escindirse los criterios acerca de su significación. Precisamente, no han faltado doctrinarios que han defendido la idea de que la interpretación implicaba no otra cosa que un proceso de «subsunción»¹⁰⁷, que operaba bajo la lógica de un silogismo básico, es decir, la fórmula o dato normativo venía a constituir la premisa mayor, mientras que el supuesto de hecho representaba la premisa menor, siendo la consecuencia jurídica la culminación de dicho silogismo¹⁰⁸.

Independientemente de las críticas surgidas desde la doctrina hacia la corriente de la subsunción, para Canosa, «la mecánica silogística conserva hoy en día para los jueces y teóricos aura de legitimidad jurídica. Queda, difusamente, como manera pura de hacer derecho, y los resultados que son alcanzados mediante su empleo parecen ser más jurídicos que otros a los que se llega por vías más heterodoxas»¹⁰⁹. Desde luego, las críticas reaccionarias sobre este pensamiento a las que se hacía referencia, buscan socavar el paradigma de certeza cimentado

¹⁰⁴ Para Larenz, Karl, *Metodología de la...opus cit.*, p. 308, la causa eficiente de la interpretación es aplicar la norma a un caso concreto.

¹⁰⁵ Hesse, Konrad, *La interpretación constitucional*, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 43.

¹⁰⁶ Vid, las apreciaciones de Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della...opus cit.*, y Larenz, Karl, *Metodología de la...opus cit.*

¹⁰⁷ Históricamente se tiene como muestra de esta forma de pensamiento el período iluminista en el que se resaltan las célebres frases de Charles de Secondat Barón de la Brette et Montesquieu, quien por aquel entonces sostenía que «el juez es la boca a través de la cual hablan las palabras de la ley», dando paso con ello y en cierto modo, a la interpretación literal de la norma.

¹⁰⁸ Esta postura es explicada ampliamente por Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, p. 57, al sostener que la subsunción es la comprobación de que efectivamente se dan las condiciones de una *consecuencia jurídica* (un debe ser), pero paralelamente se permite comprobar la actualidad de estas consecuencias jurídicas. Para Engisch, a través de la subsunción es posible advertir cómo de la generalidad de un debe ser, de sus «implicaciones generales», se obtienen las proposiciones concretas de ese deber ser y, desde luego la conjunción del silogismo permite una efectiva aplicación del derecho.

¹⁰⁹ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 10.

artificialmente a través del literalismo de la interpretación entendida como subsunción. Estas contraposturas traspolarán la idea de la interpretación como subsunción, hacia otra forma de comprensión en la que la interpretación juega un papel más activo en cuanto implica una forma de creación del derecho¹¹⁰. Así, es Lombardi quien trabaja la trilogía entre la interpretación, la aplicación y la creación de la norma. De igual modo, Ascarelli sostiene que, «Durante la interpretación el sujeto busca y descubre el sentido normativo de un texto, éste, a su vez se materializa, justo en el momento de aplicación»¹¹¹. Ahora bien, a esta reflexión inicial, que sostiene la necesaria vinculación entre interpretación y aplicación, o como Betti la describió como los dos momentos en el ciclo del derecho¹¹², Canosa apunta un elemento esencial adicional desprendible de dicho ciclo, esto es, la creación de la norma¹¹³. Siguiendo con este razonamiento, la legislación y jurisprudencia devienen como dos actividades sucesivas en un mismo proceso de creación y aplicación del Derecho¹¹⁴, salvando las diferencias en cuanto la jurisprudencia implica la creación de normas particulares, en tanto que la legislación, refleja la creación de normas generales. Desde luego, las repercusiones inmediatas que se desprenden de este razonamiento, nos permiten derivar dos afirmaciones: Una básica y elemental, en la que crear implica en derecho introducir un elemento que no se encontraba previsto con anterioridad dentro del ordenamiento jurídico. Y segundo, que si tanto la interpretación como la aplicación son en esencia creativas, el acto interpretativo conlleva una naturaleza constitutiva. En otras palabras, la función judicial deviene parangonable con la función legislativa, en cuanto los operadores: el juez y el legislador, en procura de aplicar la norma, deben interpretarla y, necesariamente a través de esta actividad se encuentran creando derecho. Es por esta razón, que Kelsen, tomando en cuenta la identidad, o equivalencia de funciones entre la actividad judicial y legislativa, sostenía que «el juez es siempre legislador»¹¹⁵. Quizá la sutil diferencia entre ambas es apuntada por Ascoli, para quien, a la interpretación legislativa se la debe denominar como interpretación auténtica, mientras que a la actividad judicial, como interpretación judicial¹¹⁶.

Empero, para Canosa, si bien han sido ampliamente explicadas las razones por las que se defiende la existencia de una identidad entre aplicación e interpretación, es necesario

¹¹⁰ Uno de los exponentes de este pensamiento es Lombardi, Luigi, *Saggi sull diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milán, 1975.

¹¹¹ Ascarelli, Tulio, y Camelutti, F., *Giurisprudenza costituzionale e teoria ...opus cit.*, p. 352. Así también, para Larenz, Karl, *Metodología de la...opus cit.*, p. 305, el ciclo de creación del derecho se resume en un proceso dialéctico, en cuyo escenario se resuelven las antinomias surgidas durante su transcurso mediante una individualización de la norma que inmediatamente se aplica.

¹¹² Betti, Emilio, *Interpretazione della legge e degli...opus. Cit.*, p. 91.

¹¹³ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 11, quien parafraseando a Kelsen Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Autónoma de México, 1979, p. 172, entiende que de esta forma el derecho es creado y aplicado en un proceso de individualización creciente.

¹¹⁴ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 12, refleja el pensamiento de Ascoli, Max, *La interpretazione delle leggi*, Athenaeum, Roma, 1928, p. 92, quien sostiene la «*intima identità di creazione ed interpretazione*», criterio que es compartido por Pensovechio, Antonio, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1972.

¹¹⁵ Kelsen Hans, *Teoría general del Derecho...opus cit.* p. 158, para quien en definitiva, se producen en ambos casos, legislativo y judicial, los mismos momentos, creación y aplicación del derecho. Sin duda, la concreción se hace necesaria en la medida en que permite resolver un supuesto de hecho ofrecido por la realidad, que en este caso lo viene a constituir la disposición, y que debe ser entendida como un deber ser genérico, deviene un deber ser particular y produce la consecuencia jurídica, la norma. Esto, para el maestro austriaco, constituye una forma de creación del derecho.

¹¹⁶ Ascoli, Max, *La interpretazione...opus cit.*, p. 110.

advertir que los ámbitos en los que operan cada uno de estos conceptos, no coinciden completamente, y a fin de evitar futuras confusiones metodológicas urge trabajar una coherente diferenciación¹¹⁷. Por ello, para Canosa, la *interpretación* se encarga de canalizar el resultado que producirá en cada caso la norma *ad hoc*, empero, esta labor culmina en el momento en que el sujeto intérprete adopta una de las soluciones posibles. A partir de aquel instante, la interpretación pasa a materializarse en un segundo momento, esto es, el de la *aplicación*. Luego, salta a la vista la finalidad común entre la interpretación y la aplicación, esta es, la resolución de un caso concreto extrayendo de la disposición general la norma individual pertinente¹¹⁸.

Adviértase también, que para Tarello, además de trabajar en la diferenciación entre interpretación y aplicación, debe prestarse atención en la diferenciación entre lo que representa la *concreción* de la *resolución*. Si bien en el razonamiento expuesto por el autor, se destaca que el objeto de ambas actividades lo constituye la norma; no menos cierto es, que en el primer caso, lo que se está haciendo, es ofrecer al sujeto para que escoja rectamente, mientras que en el segundo supuesto, se ponen en relación la norma y el hecho para extraer la consecuencia jurídica que proceda¹¹⁹.

Ya para recapitular esta postura que identifica a la interpretación con la aplicación y la creación, es posible entender, que la característica *creativa* de la interpretación, responde a una inconmensurable necesidad que le asiste al operador para resolver un determinado asunto. Así, la decisión asumida por parte del juez implica necesariamente un acto de creación del derecho. No debe olvidarse que, bajo este planteamiento, toda creación supone una decisión, que según Ascarelli, recae sobre una entre varias alternativas de solución, y esta decisión equivale a una elección sustanciada conforme a reglas jurídicas, pero cuyo componente básico viene representado por una evaluación del operador de la interpretación¹²⁰, aunque claro está, habrán quienes rechacen esta característica evaluativa, bajo el argumento de que se trataría de un interpretación política¹²¹. Sin duda, este último aspecto no es compartido por Canosa, quien discrepa con la consideración anterior, y entiende que se tratan de dos situaciones distintas, es decir, la valoración no recae sobre la ley misma, sino sobre normas hipotéticas que todavía no fueron creadas, lo contrario, implicaría concebir a la actividad jurisdiccional bregando en ámbitos que no le están permitidos¹²².

Ahora bien, una vez que se tuvo oportunidad de centrar la atención en determinar el objetivo del quehacer interpretativo, esto es, la extracción de la norma jurídica aplicable,

¹¹⁷ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 13.

¹¹⁸ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 13.

¹¹⁹ Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della...opus cit.*, p. 42. Pero al final, el resultado no varía por mucho, puesto que en la explicación de Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 14, el momento mismo de la decisión o elección del intérprete entre las varias normas posibles pertenece al mismo tiempo a la interpretación y a la aplicación; no es posible asignarlo a una u otra acción sin variar de contenido una de ellas. Este momento común sustancia la esencial unidad, sobre la que se apoya la creación del derecho en su faceta de producción de normas individuales (sentencias).

¹²⁰ La interpretación y aplicación, en opinión de Ascarelli, Tulio, y Carnelutti, F., *Giurisprudenza costituzionale e teoria...opus cit.*, p. 355, se identifica con el proceso de evaluación o ponderación de la posible solución.

¹²¹ Vid por todos a Bobbio, Norberto, *L'interpretazione delle leggi e la ragion di stato*, en *Scritti in onore di Santi Romano*, Cedam, Padua, 1939, vol. I, p. 390.

¹²² Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 14.

corresponde ahora definir el modo en que son construidas las propuestas de solución, pero sobre todo, comprender la dimensión o la base sobre la que se asume la decisión final por parte del intérprete. En ese sentido, se parte de la siguiente constatación: Que la construcción de una norma no representa una tarea fácil, puesto que la preliminar dificultad que entraña la misma, radica en la necesidad de comprender *a priori* el sentido normativo que es posible desprender de la misma. Empero, cuando se tiene en frente a una construcción terminológica que peca de ser insuficiente, se reafirma la dificultad inicial a la que se hacía referencia.

Por lo mismo, para que la interpretación permita extraer el sentido normativo de la disposición, en opinión de Larenz, es necesario que antes se indague en la voluntad contenida en el texto legal que se pretende aplicar. Bajo este razonamiento, la construcción de la norma implica un proceso intelectual que debe detenerse en desentrañar previamente la voluntad del legislador o constituyente. Desde luego, esta labor si bien proporciona los instrumentos básicos para la construcción de la norma a través de la interpretación, no es lo suficientemente claro para permitir determinar, en primer lugar, sobre el origen de ese sentido normativo. Pero además, un segundo inconveniente apunta a la inevitable afirmación de que el sentido normativo –supuestamente– contenido en el texto a interpretar, se halla dotada de una ambigüedad tanto mayor cuanto más evidente sea la paralela ambigüedad de la solución desprendible del mismo¹²³.

En ese sentido, y aún a riesgo de no contar con una respuesta contundente frente al cuestionamiento acerca de cuál es el contenido efectivo del significado que se pretende esclarecer, se describen a colación, las posturas doctrinales que se construyeron al respecto. Un primer intento por encontrar el sentido o significado, sería posible a partir de su identificación con otros sentidos normativos de normas precedentes, jerárquicamente situadas por encima de la norma interpretada, empero, según Kelsen, inevitablemente este camino que en principio guiaría al operador en la dirección justa a la hora de incorporar el sentido normativo en la norma interpretada, tal sentido acabaría siendo en mayor o menor medida expresión de otro más general, entiéndase de naturaleza constitucional¹²⁴. Desde luego, las consecuencias desprendibles de este razonamiento, se colocarían en una situación en la que independientemente de la evidente jerarquía de disposiciones legales se situaría una paralela jerarquía de sentidos normativos.

Otro sector doctrinal que buscó precisar el contenido efectivo del significado desprendible del texto, propuso indagar en la *voluntas legis*, siendo irrelevante para esta postura considerar la *voluntas legislatoris*, bajo el argumento de que el centrarse en indagar la voluntad del legislador, dificultaría al intérprete obtener una posible y más acertada comprensión de la ley. En consecuencia, sostienen la libertad del intérprete para desprender del texto la voluntad de la norma, librándose por tanto al intérprete, de averiguar acerca de una voluntad ajena. Canosa sostiene que es el propio texto normativo, el que una vez que se encuentra en vigencia, personifica y da la clave de su propia solución, es decir, la producción de normas particulares¹²⁵. En forma coincidente con el anterior criterio, Larenz sostiene también, que el

¹²³ Larenz, Karl, *Metodología de la...opus cit.*, p. 309.

¹²⁴ Kelsen Hans, *Teoría general del Derecho...opus cit.* p. 155.

¹²⁵ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 16.

fin último de la interpretación radica en la averiguación de un significado actualizado de la ley, dejando de lado la estéril tarea de indagar en la voluntad del legislador histórico¹²⁶.

Ahora bien, no han estado ausentes otros planteamientos doctrinales como el sostenido por Radbruch, que de un modo u otro, vienen a constituirse en posturas sincréticas, lo que no quiere decir que hayan abandonado sus planteamientos iniciales. Así, para Radbruch, la *voluntas legislatoris* no representa un elemento que se deba desechar ha momento de desprender el significado de la disposición normativa, al contrario, el tratadista alemán se encarga de situar a la voluntad del legislador no como medio de interpretación sino como finalidad de la misma¹²⁷. Para ello, repara en una salvedad a partir de la cual, deja en claro que una cosa es el pensamiento, que ya se encuentra objetivado en la ley, y que es distinta en su naturaleza, de la voluntad del legislador considerada por él como finalidad del quehacer hermenéutico. Siendo más explicativo aún señala que «la voluntad del legislador es la voluntad del Estado» y «el Estado habla por la ley misma»¹²⁸.

Lejos de decantarse por una u otra postura de las que ya se tuvo oportunidad de explicar, es posible convenir con Canosa, sobre la conveniencia de aceptar a esta última como la más próxima para permitir desentrañar el significado desprendible del texto normativo, ya sea porque asiente indagar en ambas voluntades, o porque nos proporciona mayores categorías de datos en la interpretación, aunque claro está, ello no debe significar reducir a la interpretación a una mera ecuación de aquella categoría de datos. Esto se explica sobre la base de aquella comprensión en la cual, lo preponderante se encuentra en la voluntad propia del sujeto interpretador, en la medida en que es éste quien traduce su voluntad en la adopción de un significado o sentido en una norma. Desde luego, para asumir una decisión, necesariamente tomará en cuenta como datos a la *voluntas legis* o a la *voluntas legislatoris* decantándose por alguno de ellos¹²⁹. Sin embargo, cabe hacer una precisión en relación al punto anterior, esto es, que cuando se trata de interpretar la Constitución, la libertad del intérprete para asumir uno u otro dato, no es tan amplia. Sin duda, es necesario aclarar, que cuando de la hermenéutica constitucional se refiere, asumir la voluntad del legislador histórico en la interpretación, es de capital importancia. Debe comprenderse, que no es posible tratar al proceso constituyente como un dato más a ser considerado con ligereza por el intérprete. Por lo mismo, en aquellos supuestos en los que la disposición constitucional sea ambigua, se requiere tener en cuenta las actas en las que se registran los debates y discusiones de las plenarias constituyentes.

Para Canosa, otro de los fines de la interpretación radica en la función orientadora del sujeto intérprete¹³⁰. Así, cuando el intérprete se decanta por una solución posible al caso concreto, debe tener en cuenta que dicha solución debe ser componer el fenómeno social que se busca regular, pero también, según Betti, debe también integrar la legislación¹³¹.

Por último, aunque en un plano más subjetivo, para Larenz, la interpretación tiene como fin, fungir como un límite del factor emocional que motiva en el intérprete asumir una decisión concreta como la solución al caso concreto. Es decir, si bien el intérprete busca

¹²⁶ Larenz, Karl, *Metodología de la...opus cit.*, p. 344.

¹²⁷ Radbruch, Gustav, *Filosofía...opus cit.*, p. 147.

¹²⁸ Radbruch, Gustav, *Filosofía...opus cit.*, p. 148.

¹²⁹ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 17.

¹³⁰ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 18.

¹³¹ Betti, Emilio, *Interpretazione della legge e degli...opus. Cit.*, p. 92.

desprender a través de la interpretación una norma legítima, no se encuentra lejana la posibilidad de que el sujeto interpretador pueda manipular el objeto interpretado a tenor de sus propias convicciones personales, al grado de motivarlo a vulnerar los límites que en cualquier circunstancia deben presidir la actuación judicial que, como se verá más adelante, llega a estadios en los que aquella interpretación, llega a sustituir el contenido del mismo texto normativo¹³².

4.3. De la interpretación legislativa y la judicial: Una aproximación acerca de la comprensión sobre el rol de los intérpretes de la Constitución.

El texto constitucional, al igual que cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, requiere ser interpretado para su aplicación, empero, dada su naturaleza de norma fundante, presenta una particularidad al respecto, esto es, el carácter diverso de los sujetos intérpretes. Si se recuerda las palabras de Smend, en un Estado Democrático de Derecho, todo el entramado social se encuentra sometido al imperio de la Constitución, pero no sólo el colectivo social, sino también, todos los poderes públicos sobre el que se estructura el Estado, los que imperativamente se hallan obligados a aplicarla a través de sus específicas actividades. Luego, la Constitución, requiere de una inevitable y constante reactualización de sus disposiciones, y dicha labor, es realizada a través de la interpretación integradora del Ordenamiento, a cargo de quienes acudan como sus legítimos intérpretes¹³³. Partiendo de esta noción elemental, se desechan aquellos planteamientos que pretenden confinar la interpretación constitucional al desenvolvimiento de un solo operador jurídico, que en gran parte de los casos lo constituye el Tribunal Constitucional. Sin duda, esta perspectiva reduccionista, implicaría limitar al máximo la fuerza normativa de la Constitución, en tanto que los contenidos normativos desprendibles del texto constitucional, sólo tendrían eficacia en forma *a posteriori*, es decir, sólo después de que el Tribunal Constitucional emita su criterio a través del control de constitucionalidad¹³⁴. Como ya lo advirtiera Zafra, asignar el monopolio de la interpretación constitucional al Tribunal Constitucional, encerraría graves riesgos inadmisibles. Desde ya, se estaría presenciando un impacto negativo que en un sistema de equilibrio de poderes supondría una competencia exclusiva de este tipo. Pero además, esta particularidad, en lugar de fortalecer la propia justicia constitucional, la debilitaría en la medida en que la convertiría en la única portadora del entendimiento constitucional, y con ello, se estaría aceptando una actuación extraconstitucional de las otras instituciones¹³⁵. Por lo mismo, ya Kelsen entendía perfectamente, que un control de constitucionalidad disperso y más eficaz, sólo era posible a través de una pluralidad de intérpretes¹³⁶.

¹³² Larenz, Karl, *Metodología de la...opus cit.*, p. 346.

¹³³ Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 76.

¹³⁴ Sin embargo, convengamos con De Elizalde y Aymerich, Pedro, *El Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia*, en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, Vol. I, p. 859, que la creación del Tribunal Constitucional no significa que en él deba concentrarse toda la aplicación judicial de la Constitución, ni siquiera que se le encomiende el monopolio de su interpretación. Si bien se afirma para el caso español (artículo 1.º de su Ley Orgánica), que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, pero no el único. No se olvide que su aplicación por los jueces ordinarios, directa de sus preceptos o de los principios que contiene, entraña una previa interpretación de su contenido y eficacia.

¹³⁵ Zafra, José, «La interpretación de las Constituciones», en *Revista de Estudios Políticos*, 1971, p. 49.

¹³⁶ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 64.

Amén de estas observaciones realizadas en torno a las dificultades que entrañaría la asignación monopólica de la interpretación constitucional al Tribunal Constitucional, es necesario aclarar que, para el caso español, la única reserva que se establece a favor del Tribunal Constitucional comprende las concretas funciones que le asigna la Constitución (artículo 161) pero no su interpretación y aplicación. Es cierto que la llamada defensa de la Constitución y su medio fundamental, el control de constitucionalidad de las leyes, tienen a este Tribunal como operador específico, pero ni siquiera en este ámbito su intervención es exclusiva u oficiosa¹³⁷. Como es lógico, los valores proclamados en la Constitución deben ser tutelados por todos los poderes públicos y, entre ellos, los Tribunales en el ejercicio de sus funciones¹³⁸.

Otro ejemplo que echa por tierra aquel pensamiento reduccionista que considera al Tribunal Constitucional como único intérprete de la Constitución, se plasma en la forma en que se tramita la «cuestión de constitucionalidad». En él, es posible advertir, la facultad de los jueces ordinarios para controlar el ajuste de las leyes a la Constitución. Es decir, cuando el órgano judicial advierta de la duda sobre la constitucionalidad de una norma, éste se encuentra legitimado para plantear la cuestión ante el Tribunal. Ahora bien, la decisión que adopte esta instancia de control, si bien no susceptible de recurso alguno, no menos cierto es, que deviene de un enjuiciamiento previo por el juez ordinario, de la misma cuestión que se eleva al Tribunal Constitucional¹³⁹.

Como se tendrá oportunidad de apreciar más adelante, si bien no es correcto atribuir facultades interpretativas monopólicas al Tribunal Constitucional, no menos cierto es, la innegable importancia de las funciones propias del Tribunal Constitucional. Como ya distinguiera De Elizalde y Aymerich, sin acoger el modelo kelseniano, en el cual sólo este Tribunal queda vinculado por la Constitución, se le coloca en un lugar fundamental, considerado como «el intérprete supremo» de la norma fundamental, lo que implícitamente lleva a reconocer su autoridad superior en ese ámbito¹⁴⁰. Por consiguiente, su prelación

¹³⁷ Sobre el tema, para Erichsen Hans-Uwe, *Die einstweilige Anordnung*, en «ed. hom. TCF», Tomo I, pág. 170, en referencia al TCFA, sostiene que al ser un Tribunal de justicia, nunca puede actuar por su propia iniciativa cuando se encuentra amenazada la Constitución. Tal posibilidad no ha sido contemplada en la Ley Fundamental ni en la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal. Existe, sí, la ordenanza o mandato provisional que el Tribunal Constitucional puede dictar de oficio, sin que le anteceda la correspondiente solicitud de una de las partes en el proceso o de algún interviniente en el mismo. La ordenanza (*einstweilige Anordnung*) no constituye, sin embargo, un instrumento idóneo para poner en marcha una efectiva defensa constitucional fuera de un proceso pendiente o próximo a ser iniciado.

¹³⁸ Como ya lo apuntara De Elizalde y Aymerich, Pedro, *El Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 866, la situación no se altera porque el examen de constitucionalidad, previo a la aplicación de las normas, afecte a una ley; en cuyo caso el Tribunal que obtenga un juicio negativo no podrá decidir la inaplicación de la norma inconstitucional (como corresponde si la norma es reglamentaria, artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870) sino que deberá plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

¹³⁹ Ahora bien, en una de las obras más completas sobre la temática, esta es la de Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, se destaca la relevancia del papel propio del juez ordinario en la aplicación de la Constitución italiana junto al Tribunal Constitucional. Así, de inicio, en un afán de obtener una realización unívoca de la Constitución, en Italia se determinó que a raíz de la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, no se considerase otra forma de aplicarla que el planteamiento de cuestiones de legitimidad constitucional. Sin embargo, el mismo autor refleja claramente, como esta postura fue variando de orientación, al actuarse directamente por el juez los valores constitucionales, mediante una interpretación correctora de la legislación ordinaria.

¹⁴⁰ De Elizalde y Aymerich, Pedro, *El Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 867.

hermenéutica se desprende de la eficacia general de que gozan sus pronunciamientos en ciertos casos, aunque el alcance concreto de esta regla requiera ser precisado.

4.3.1. La Constitución y los intérpretes: Caracterización de la interpretación.

La Constitución, al ser el texto fundamental de un Estado, requiere ser interpretado constantemente por quienes buscan su aplicación. Sin duda, de la diversidad de intérpretes con los que cuenta la Constitución, a los efectos del presente estudio, son tres los que adquieren mayor relevancia, dada su función y la necesidad que tienen por consultar las disposiciones constitucionales¹⁴¹. Así, en la nomenclatura constitucional, en primer lugar se tiene al legislador y, paralelamente, se hallan el Órgano Judicial y el Tribunal Constitucional¹⁴². La importancia de este grupo de intérpretes de la Constitución, radica en que a fin de cumplir y alcanzar sus fines y funciones dentro del Estado, se ven obligados a consultar las disposiciones contenidas en el texto constitucional y, a partir de la labor interpretativa, adoptan decisiones que, según sea el caso, representan el desarrollo normativo desprendible y necesario para explicar y aplicar la Ley Fundamental en un caso concreto. Empero, si bien a partir de la explicación precedente es posible advertir que el común denominador que caracteriza a estas tres instancias, radica en la amplia labor interpretativa que les asiste respecto de la Constitución, no debe olvidarse que, en atención a la diferente posición de cada uno de estos operadores dentro del marco general del sistema constitucional, las perspectivas interpretativas y el resultado que producen en el ordenamiento jurídico, son completamente distintas. Así, para Canosa, la interpretación legislativa no puede equipararse a la interpretación judicial, puesto que la primera, necesariamente *innova* el ordenamiento jurídico, en la medida en que persigue desarrollar la Constitución a través de la sanción de disposiciones generales, mientras que la segunda, no innova sino más bien *conserva* el ordenamiento normativo, ya sea aplicando el derecho vigente al ajustar su contenido al espíritu de la Constitución, o a través de la censura de un acto de cualquier institución estatal, cuando las circunstancias así lo ameriten¹⁴³. Es este el

¹⁴¹ Aunque en la obra de Häberle, Peter, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, en *Juristenzeitung*, 1975, p. 297, desde un perspectiva democrática, refuta contra la sociedad cerrada de los intérpretes profesionales de la Constitución, bajo el argumento inicial, de que la interpretación por los juristas comporta empobrecimiento o autoengaño. El iuspublicista defiende la postura que entiende a la concreción de las normas constitucionales como un asunto que compete a una sociedad abierta, es decir, que la interpretación es un proceso abierto. Y, por lo mismo, tiene posibilidades alternativas, lo que evidencian los votos particulares. Asimismo, es partidario de redefinir la interpretación, en el sentido de quién vive e interpreta la norma. En este escenario de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución, Häberle contempla a los ciudadanos, grupos sociales, órganos estatales y el foro público civil (*öffentlichkeit*). Todos ellos constituyen fuerzas interpretadoras positivas. En planteamiento de Häberle, caben resaltar dos aspectos primordiales: Por un lado, que ni la regla de la mayoría ni el consenso de los profesionales del Derecho pueden monopolizar la interpretación auténtica. Y por otro, que el Derecho Constitucional es Derecho del conflicto y del compromiso, vale sobre todo su tesis, de que el consenso también resulta del conflicto y del compromiso entre partes que representan opiniones e intereses opuestos. El escenario personal de Häberle describe objetivamente el horizonte de reflexión de los jueces constitucionales, registrando el alcance de su comunicación con los actores políticos y sociales. Para este autor, el objeto de la indagación de conocimiento de los jueces no debe ser una presunta objetividad o la constatación de lo socialmente correcto, sino el pleno conocimiento de la tarea de ordenación a realizar así como de los divergentes idearios e intereses en la Sociedad.

¹⁴² En el concepto de Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 25, las decisiones adoptadas por estos órganos constitucionales, influyen decisivamente en la orientación que el desarrollo de los preceptos constitucionales adopte.

¹⁴³ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 26.

razonamiento expresado por Betti, «*l'una e l'altra hanno carattere di competenza normativa della condotta, ma in senso ben differente; la prima è competenza a porre le norme costitutive dell'ordine giuridico; la seconda è competenza a mantenere in afficenza l'ordine giuridico così costituito mediante l'interpretazione e la pratica applicazione delle norme poste*»¹⁴⁴. Ahora bien, si la necesaria labor desarrollada por este grupo de intérpretes, es la interpretación del texto constitucional, pero que dicha labor hermenéutica es distinta en cada caso, sobre todo si se toma en cuenta la posición jurídica de cada operador dentro del paradigma constitucional, a la postre, los actos de unos y otros operadores jurídicos coinciden en poseer fuerza normativa, puesto que los resultados de ambos tienden a la aplicación de la Constitución. Es por esta razón, como sostiene Canosa, que los órganos constitucionales son llamados, sin posibilidad de negativa, a colaborar en la realización del derecho, es decir, ambos, tanto el Tribunal Constitucional como el legislador, se encuentran comprometidos en prestarse una asistencia mutua en el quehacer interpretativo y la aplicación de la Constitución¹⁴⁵. Claro está, que este proceso de mutua asistencia que debe regir entre los intérpretes de la Constitución, debe ser equilibrado y en modo alguno debe permitir espacios para la suplantación de uno por el otro, puesto que con ello, se estaría yendo en contra de la racionalización del proceso de desarrollo constitucional. Por lo ya expresado, el respeto a la función desempeñada por cada intérprete de la Constitución, implica considerar en todo momento, que la transformación o depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes, y siempre a salvo la acción del propio legislador, es resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial, y el TC¹⁴⁶.

Antes de reflexionar sobre el papel hermenéutico desarrollado por la judicatura y el Tribunal Constitucional, se debe centrarse en analizar las características y naturaleza de la interpretación desarrollada por el legislador. En ese sentido, huelga señalar que las constituciones por lo general, encierran entre sus disposiciones un alto contenido programático y, una de las primeras instancias llamadas a desarrollar el precepto constitucional, es el legislador a través de la promulgación de leyes. Empero, desde que operó el tránsito del principio de *legalidad* hacia el principio de *constitucionalidad*, en puridad, el Legislativo no es el único ente de los poderes constituidos, el llamado a interpretar, sino también, son los gabinetes técnicos del Ejecutivo, quienes en ejercicio de sus funciones, también están llamados a interpretar las disposiciones de la Constitución, y así, emitir normas reglamentarias que completan la aplicación del ordenamiento jurídico. De todo esto puede colegirse que, en la primera línea de los intérpretes de la Constitución, se encuentran los operadores de gobierno, en un sentido amplio.

Si se pone énfasis en la caracterización de la interpretación hecha por el legislador, se podrá apreciar que la misma refleja a su vez, un punto de diferenciación con la interpretación judicial, es decir, la interpretación auténtica no requiere de una motivación. Asumiendo la explicación de Canosa, se tiene que, «mientras que el juez, bien o mal, está constreñido a

¹⁴⁴ Betti, Emilio, *Interpretazione della legge e degli...opus. Cit.*, p. 247.

¹⁴⁵ A tal efecto, para Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 26, se hace necesario un redimensionamiento de la tradicional teoría de la separación de poderes, y esto pasa por concebir una fórmula más suavizada de distribución, para luego arribar en una necesaria concurrencia en los fines de ambas actividades.

¹⁴⁶ Ya Calamandrei, Piero, *Corte Costituzionale e Autorità giudiziaria*, en *Rivista de Diritto Processuale*, 1956, p. 49, hacía referencia al fruto provechoso de una coordinada acción entre estos dos operadores: «*la trasformazione giuridica della società*». Véase también en ese sentido a Azzariti, Gaetano, *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, en *Foro Italiano*, 1956, IV.

concluir su actividad en virtud de una fundamentación jurídica, lo que se llama motivar una sentencia; el legislador puede adoptar sus decisiones sin responder a razonamientos jurídicos, predominando entre las causas que lo animan aquellas a las cuales podríamos calificar de políticas»¹⁴⁷. Con todo, Canosa no comparte asignar esta característica política a la interpretación desarrollada por el legislador, puesto que ello contribuiría a resultados indeseables como el excluir del ámbito de la ciencia jurídica, no sólo a la actividad desarrollada por el legislador, sino también, a la actividad hermenéutica desarrollada por otros operadores extrajudiciales en general¹⁴⁸. Por ello, se aboga por afianzar una diferencia concreta entre ambas labores interpretativas en una relación de género a especie, esto es, caracterizar dentro de la efectividad general a las decisiones legislativas, en tanto que la decisión judicial sólo despliega una eficacia particular, es decir, para el caso concreto¹⁴⁹.

Ahora bien, dentro de la interpretación judicial, es posible identificar a la labor desarrollada por el juez ordinario propiamente dicho, y a la actividad hermenéutica llevada a cabo por el Tribunal Constitucional¹⁵⁰, sobre todo en ocasión de tutelar los derechos fundamentales, aunque claro está, cada uno dentro de su ámbito de actuación constitucional. Sin duda, la interrelación del quehacer interpretativo por parte de la judicatura, así como del Tribunal Constitucional¹⁵¹ dependerá del modelo de control de constitucionalidad asumido por cada Estado, siendo pertinente detenernos en analizar cada una de estas.

Partamos por analizar la interrelación interpretativa desarrollada dentro del control difuso de constitucionalidad, que se caracteriza, porque tamaña labor entraña que todos los jueces independientemente de la posición jerárquica que ocupen al interior del Órgano Judicial, se encuentran facultados para fiscalizar los actos de los demás órganos constitucionales, velando que los mismos se encuentren en consonancia con la Constitución. Este particular

¹⁴⁷ Aunque Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 30, rechaza que esta característica política de la interpretación auténtica sirva como fundamento para negar espacio a la misma dentro de la categoría de interpretación jurídica, oponiéndose de esta forma a Galloni, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Guifrè, Milán, 1955, p. 201, bajo los siguientes argumentos: Para empezar, Canosa refiere a la necesaria toma en consideración por parte del legislador de cierta rectitud jurídica exigible a su producción legislativa que ha de desarrollar, en base no sólo a motivos políticos, sino a criterios plasmados en la propia Constitución. Lugo, la interpretación judicial, aun siendo fundamentalmente jurídica, recibe el influjo insoslayable de elementos extrajurídicos; los mismos, en ocasiones, que han determinado al legislador a conformar de ese modo la ley.

¹⁴⁸ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 30.

¹⁴⁹ La particularidad de la hermenéutica judicial, en criterio de Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 31, se traduce, no sólo en cuanto a la necesidad de motivación que requieren en general las decisiones asumidas por el juez intérprete –salvo algunos autos de mero trámite, y por ende de escasisima importancia, carecen de ella–, su alcance, con la excepción del precedente, y aun así esto también es relativo, es particular, solamente para un caso y una materia concreta.

¹⁵⁰ Vid, por ejemplo el artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

¹⁵¹ V. Gr., para el caso concreto del control de constitucionalidad en vía de la cuestión, el Tribunal Constitucional, se encuentra vinculado a los hechos declarados probados por el juzgador de instancia, por lo mismo, se encuentra compelido a aceptar el precepto declarado aplicable por el órgano competente. En ese sentido, cuando de la disposición constitucional, es posible desprender más de un sentido normativo, el Tribunal Constitucional se encuentra obligado a respetar el margen de apreciación del juez sin cuestionar el criterio asumido, en tanto dicho resultado dentro de la esfera de la interpretación conforme. Dicho de otro modo, el entendimiento traducido en la adopción de una norma por parte del intérprete judicial, podrá ser corregida o desaprobada por la magistratura constitucional cuando la fundamentación sea insuficiente o la interpretación defectuosa y, esta operación a la que podría denominarse correctiva, enlazará al juez ordinario.

sistema que inicia sus raíces en la experiencia norteamericana¹⁵², se caracteriza por la facultad que se concede al juez ordinario quien, ha momento de enjuiciar la norma, si entiende que la misma contrasta con el texto constitucional, puede sin más inaplicarla. En ese sentido, el instrumento que le permite al juez ordinario llevar a cabo en forma activa la depuración del ordenamiento, es la cuestión de constitucionalidad, aunque no han faltado voces críticas que han refutado el quiebro de la seguridad jurídica que su fórmula implica¹⁵³. A través de la *judicial review*, a medida en que el juez va emitiendo su criterio sobre la constitucionalidad o no de la norma enjuiciada, se va estructurando la *jurisprudencia* a través de la regla del *precedente*. Dicha labor, ha sido calificada por un sector de la doctrina, como una fuente efectiva para la creación del derecho¹⁵⁴. En efecto, para esta corriente doctrinal, la interpretación llevada a cabo por el juez ordinario equivale a una verdadera «construcción»¹⁵⁵ de normas cuya incidencia, rebasa la esfera particular, y asume una dimensión general. De este modo, para García Pelayo, el juez ordinario vendría a constituirse en un copartícipe en el proceso legislativo¹⁵⁶.

Buscando traspasar el sistema norteamericano de la *judicial review* al caso español, Canosa identifica a la cuestión de inconstitucionalidad, como el medio idóneo para propiciar un diálogo abierto entre el Tribunal y la judicatura en general¹⁵⁷. Es decir, dada la estructura de la cuestión de inconstitucionalidad, en ella se contempla la posibilidad de elevación por parte del juez ordinario de cuestiones de inconstitucionalidad. Al constituirse la consulta hecha por el juez ordinario en una cuestión prejudicial al caso concreto, suspende el proceso mientras se halle pendiente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional¹⁵⁸. Así se desprende de la lectura realizada al artículo 5.3 del Título preliminar de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el que en consonancia con lo contemplado en la LOTC, refiere de los supuestos en los que el juez ordinario se ve compelido a elevar la cuestión, estándole prohibido¹⁵⁹ interpretar la norma sobre la que se cuestiona su legitimidad constitucional. Por lo mismo, es el Tribunal Constitucional, la instancia que deberá resolver acerca de la legitimidad o no del precepto cuestionado.

¹⁵² Vid la célebre jurisprudencia del caso Marbury Vs. Madison de 1803, como antecedente e inicio del control de constitucionalidad, denominado también, como difuso.

¹⁵³ Partidario de este criterio, es Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 31, quien sostiene vehementemente que, la fórmula de inaplicación de la norma inconstitucional por parte del juez ordinario, inevitablemente irrumpe con el principio de la seguridad jurídica.

¹⁵⁴ Aunque claro, García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1952, p. 345, contextualiza esta fórmula en relación al sistema de control, de donde se desprende que allí (entiéndase los EE.UU.) no es escandaloso ni infrajurídico afirmar esta realidad evidente.

¹⁵⁵ En la obras de Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución...opus cit.*, y *¿Quién debe ser el defensor...opus cit.*, se esgrimen criterios a favor y en contra de atribuir competencias, relativas al control de legitimidad constitucional, a los jueces ordinarios, cuestionando desde luego, la idea de atribuir dicha facultad a tribunales *ad hoc*.

¹⁵⁶ García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional...opus cit.*, p. 347.

¹⁵⁷ En criterio de Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 33, el constituyente español, se encargó de prever este procedimiento prejudicial, no sólo como una forma más de precautelar el texto constitucional, sino también, porque entendió que se constituiría en el puente para una conveniente colaboración entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional.

¹⁵⁸ Recuérdese que, según la obra de Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, el empleo de la cuestión de constitucionalidad en Italia, permitió a la jurisdicción ordinaria, constituirse en colaboradora de la justicia constitucional, salvando los impasses iniciales suscitados entre ambas instancias.

¹⁵⁹ Esta prohibición como se tendrá oportunidad de apreciar en el Capítulo II del presente trabajo de investigación, no es absoluta y contempla una serie de matizaciones, las que serán ampliamente estudiadas en su momento.

En fin, independientemente de las similitudes que pudieran existir entre el control difuso de constitucionalidad que emergió como modelo en los Estados Unidos de Norteamérica y la cuestión de constitucionalidad como mecanismo de control propio del modelo concentrado o europeo de constitucionalidad, el sistema de control proyectado por el ilustre maestro austriaco Kelsen, que en su momento se constituyó en el prototipo esencial para la realización del principio de supremacía normativa de la Constitución, fue adoptado por gran parte de los ordenamientos jurídicos europeos –entre ellos España claro está– y, desde luego, en otras latitudes del globo, más allá de las construcciones doctrinales que, como Schmitt, fundaron su rechazo al mismo¹⁶⁰.

Precisamente en ese ámbito, es oportuno señalar, que ya el artículo 1 de la LOTC señala expresamente, que el Tribunal Constitucional es el «intérprete supremo de la Constitución», sin embargo, esto no quiere decir en modo alguno, que la interpretación de la Constitución llevada a cabo de este órgano revista un carácter exclusivo. Como sostuviera Calamandrei, al catalogarse de «suprema» la interpretación realizada por el Tribunal, lo que se está haciendo, es dar referencia sobre la existencia de una jerarquía interpretativa, donde el órgano privilegiado lo ostenta el Tribunal¹⁶¹. Empero, cabe aclarar también, que la relación hermenéutica que encarna el Tribunal Constitucional, no responde a un criterio meramente discrecional, sino antes bien, representa la viva imagen de superioridad normativa de la Constitución dentro del sistema de fuentes¹⁶². Dentro de este paradigma, el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional, al determinar la constitucionalidad de la norma, contempla un alto grado de responsabilidad¹⁶³, sobre todo en los supuestos en que entienda a través de la interpretación, que la norma cuestionada es ilegítima por no encuadrarse dentro de los mínimos constitucionales. Es ahí, donde surge el deber ineludible del Tribunal –salvo los supuestos no convencionales de reparación de la inconstitucionalidad en que el Tribunal rompe con el esquema básico de la inconstitucionalidad nulidad– de anular o inaplicar lo estimado como contrastante con la Constitución. Es precisamente en esta labor hermenéutica transformada en una decisión de anulación, en la que se traduce la labor de mayor envergadura encomendada al Tribunal Constitucional, y es de donde nace su esencia primigenia de «legislador negativo», cuyos efectos constitutivos de la inconstitucionalidad de la norma, incidirán en el contenido del ordenamiento jurídico. Sin duda, el protagonismo que asume el Tribunal Constitucional es de tal naturaleza, que en Italia, autores como Calamandrei, no dudaron en honrar a la Corte

¹⁶⁰ Las reacciones hacia la creación de un Tribunal *ad hoc* para el ejercicio del control de la supremacía de la Constitución, fue explicada inicialmente por Schmitt, Carl, durante el Congreso de profesores de Derecho Público, a través de su ponencia titulada «*Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung*», así como en su estudio posterior titulado «*Der Hüter der Verfassung*», en *Archiv für öffentliches Recht*, que sirvió de base para su obra *La defensa de la Constitución*, (Traducción de Sánchez Sarto), Tecnos, Madrid, 1982.

¹⁶¹ Calamandrei, Piero, *Corte Costituzionale...opus cit.*, p. 50. Similar regulación prevé la Ley Fundamental de Bonn, cuyo texto empleando fórmulas semejantes, en su artículo 93, señala textualmente: «1. La Corte Constitucional federal conoce; 1) De la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a...».

¹⁶² Resulta por demás pertinente la afirmación hecha por Lucas Verdú, Pablo, *Constitución de 1978 e interpretación constitucional...opus cit.*, p. 212, en sentido de que «la justicia constitucional significa la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo» y «garantía ordinaria» de la misma.

¹⁶³ Para Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 68, entiende que las máximas instancias de interpretación de la Constitución, se constituyen en vestales de la voluntad del constituyente. Luego, para Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 35, la custodia de la Constitución, puede entenderse entonces como la vigilancia de la voluntad de una mayoría pretérita, en claro perjuicio de sucesivas mayorías que sólo podrían equipararse a ella si cumplieran las exigencias, en ciertos supuestos insalvables, previstas por la propia Constitución como procedimiento de reforma.

Constitucional con el apelativo de «*organo di chiusura*»¹⁶⁴, en atención a la preponderancia de su interpretación, lo que no implica dejar de lado el plano de igualdad entre esta instancia y los demás órganos de idéntica categoría a los que la Constitución también faculta como sus intérpretes.

4.3.2. Naturaleza de la interpretación Constitucional: Breve excursio sobre las implicancias de una interpretación jurídica Vs. la interpretación política.

Uno de los ejes de debate sobre los que se ha detenido la doctrina especializada sobre el tema, es el relacionado a la naturaleza de la interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional. Así, el espectro de posturas abarca desde aquellas posiciones doctrinales que defienden el carácter jurisdiccional de la actividad hermenéutica ejercitada por el Tribunal, hasta aquellas que, negando a la primera, denuncian la naturaleza política de dicha actividad¹⁶⁵.

Quienes asumen la naturaleza estrictamente jurídica de la labor interpretativa ejercida por el Tribunal, como Kelsen, basan su fundamento¹⁶⁶, en el hecho de que el supremo intérprete, ha momento de desentrañar el sentido de la norma constitucional, lo hace recurriendo a la aplicación de todas las reglas que rigen la actividad de los tribunales ordinarios. En base a esta explicación, el quehacer interpretativo desarrollado por el Tribunal adquiere una dimensión común que la ubica en parangón con el órgano jurisdiccional, en tanto su fin último, es la resolución de *conflictos jurídicos* nacidos de la ponderación entre la norma constitucional y la norma infraconstitucional¹⁶⁷.

Empero, para el clásico opositor al pensamiento kelseniano, Schmitt, la actividad hermenéutica llevada a cabo por el Tribunal y, en consecuencia, la Justicia Constitucional, adquieren un carácter estrictamente político¹⁶⁸. En la misma línea de la perspectiva schmittiana, Modugno sostiene, que no se puede pretender atribuir un carácter jurídico a una actividad en

¹⁶⁴ Calamandrei, Piero, *Corte Costituzionale...opus cit.*, p. 52. Similar criterio sostiene Friedrich, Carl, *Gobierno Constitucional y democracia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 508, quien haciendo mención al Tribunal Supremo americano señala que se trata del «*intérprete y guardián de las palabras simbólicas sagradas*».

¹⁶⁵ En el planteamiento de De Otto Pardo, Ignacio, *La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la Interpretación Constitucional*, en AAVV, *Estudios sobre el Tribunal Constitucional*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1979, Vol. III, p. 1941, sostiene que la introducción de la jurisdicción constitucional en el mundo europeo ha suscitado desde el primer momento, más específicamente desde la Constitución austríaca de 1920, una serie de críticas unidas por un rasgo común: la sospecha de que los Tribunales Constitucionales son órganos políticos y no simplemente jurídicos, órganos que a través de su poder de jurisdicción hacen algo más que decir el derecho: adoptan decisiones políticas.

¹⁶⁶ Ya lo afirmaba también Friesenhahn, Ernst, *Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en ocasión de la Conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Berna el 19 de enero de 1954, impreso en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, n. e. tomo 73, cuaderno 2, págs. 129 y sigs., al señalar, que la actividad de los tribunales constitucionales, entre ellos, también el Tribunal Constitucional Federal Alemán, no consiste en legislar ni en administrar, sino en juzgar. Asimismo sostenía, que incluso, cuando el pronunciamiento del Tribunal no sea fuerza de ley, trátase de un acto de jurisdicción y no de un acto legislativo. De esto surgen límites inmanentes para toda actividad jurisdiccional de ámbito constitucional. Sus decisiones tienen que estar referidas al parámetro de una norma constitucional escrita. Con esto se toca un punto neurálgico de la jurisdicción constitucional. Tanto en el pasado como en el presente se ha reprochado a menudo a los tribunales constitucionales que sus sentencias sean decisiones políticas, sin embargo, éstas no le competen al Tribunal Constitucional.

¹⁶⁷ Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Autónoma de México, México, 1979.

¹⁶⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1931, p. 133.

esencia política, puesto que el proceso de depuración del ordenamiento jurídico de aquellas normas que no comulgan con los mínimos constitucionales, responde a un acto de *decisión oportuna*, que conduce irremediabilmente al Tribunal, a asumir una medida política que absorbe lo jurídico al grado de vaciarlo de contenido¹⁶⁹.

Convengamos entonces con De Otto Pardo, en que el problema básico de la interpretación asumida por el Tribunal Constitucional, radica en la determinación del carácter político o no de la jurisdicción constitucional¹⁷⁰. Por ello sostiene vehementemente, que para la jurisdicción constitucional, es de vital importancia asegurar su carácter jurisdiccional, porque éste constituye la fuente principal de legitimación de aquellos órganos del Estado que han de decidir sobre litigios concretos. Por lo mismo, insiste en que se trata, en definitiva, de un problema de legitimación tanto de la existencia misma del Tribunal cuanto de cada una de sus decisiones¹⁷¹. En criterio de Crisafulli, la adopción de una instancia *ad hoc* dentro del diseño constitucional, representa la «*L'introduzione di un terzo incomodo tra Potere legislativo e Potere giudiziario*»¹⁷². Es por esta situación compleja que algunos sectores doctrinales, no logran distinguir la actividad jurisdiccional desempeñada por el Tribunal de aquella otra, cuya dimensión política le está vedada al intérprete supremo. Precisamente, para aclarar esta confusión, es que se trae a colación la tesis planteada por De Otto, quien afirma que «al decir que la jurisdicción constitucional hace política, que adopta decisiones políticas y que no se limita a aplicar derecho, se está haciendo una afirmación que es al mismo tiempo obvia y falsa»¹⁷³. La obviedad se desprende de la labor misma realizada por el Tribunal Constitucional, es decir, que como instancia de control, está llamada inevitablemente a aplicar el derecho, pero esta actividad es llevada a cabo de un modo distinto al de cualquier otro órgano jurisdiccional, y en consecuencia, también se encuentra presente una considerable carga de decisión política. Ahora bien, esto último que se acaba de afirmar, no quiere decir que en realidad, el Tribunal

¹⁶⁹ Ya desde la realidad italiana, Modugno, Franco, *La giurisprudenza costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1978, p. 1232, sostenía que el carácter político de la interpretación realizada por la Corte Constitucional, devenía de la inevitable tarea que le fue encomendada a esta instancia, de enfrentarse a un objeto político. Similar criterio es sostenido por Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 37, al manifestar que el objeto de la interpretación constitucional, de naturaleza política, arrastra consigo el mismo carácter definitorio para la institución interpretadora. Lo más reprochable aún para los partidarios de esta postura, radica en que lejos de situar a los tribunales constitucionales en la función de garantía los coloca como árbitros dominantes y supremos del proceso político. En palabras de García Pelayo, Manuel, *El status del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, p. 12, más allá de regular la constitucionalidad de la acción de las demás instituciones, estos tribunales comprueban y censuran la politicidad, en uno u otro sentido, del proceso en sí, colocándose al supremo intérprete, en un peligroso papel de copartícipe en la dirección política del Estado, al marcar orientaciones para las demás instituciones cuyo incumplimiento llevaría aparejado la nulidad de orientaciones contrarias.

¹⁷⁰ Dilucidar este aspecto sobre el Tribunal, para De Otto Pardo, Ignacio, *La posición del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 1939, importa aclarar no solo la propia actuación del Tribunal, sino también su aceptación. Es decir, en un escenario en el que el Tribunal Constitucional no dispone de una legitimación popular directa, las decisiones adoptadas por esta instancia de control, sólo serán admisibles si aparecen como aplicación de derecho, más no así como creación política de normas.

¹⁷¹ La polémica se agrava aún más, en criterio de De Otto Pardo, Ignacio, *La posición del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 1940, si se asume que el Tribunal tiene por tarea resolver conflictos, y dichas soluciones no aparecen como resultado de la norma constitucional, sino como fruto de la voluntad política de un órgano que ni por su composición ni por su funcionamiento puede equipararse a los órganos constitucionales específicamente decisorios en cuestiones políticas.

¹⁷² Crisafulli, Vezio, *La Corte vent'anni*, en *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Il Mulino, Bolonia, 1978, p. 74.

¹⁷³ De Otto Pardo, Ignacio, *La posición del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 1941.

desarrolle una actividad política en un sentido estricto. Es ahí donde radica la falsedad de aquella tesis que sostiene el carácter político de la interpretación realizada por el Tribunal, puesto que no considera que la actividad desarrollada por esta instancia *ad hoc*, no encierra las mismas características que la de los órganos específicamente políticos. Esta afirmación y negación del carácter político de la interpretación realizada por el Tribunal, sin duda constituye una verdadera «paradoja», atribuible desde todo punto de vista a un desconocimiento de la forma en que el Tribunal se encuentra vinculado a las normas jurídicas, o dicho de otro modo, a un conocimiento limitado sobre la verdadera naturaleza de la relación entre las decisiones del Tribunal Constitucional y las normas jurídicas que en ellas se activan.

A partir de estos planteamientos, se buscó ahondar aún más en aquella tesis errada que parangona a las decisiones del Tribunal Constitucional con una actividad política. En ese sentido, De Otto, esboza un razonamiento en el que, el patrón de la crítica no radica tanto en la índole de las materias a las que afecta el juicio de constitucionalidad, sino en la libertad con que el Tribunal decide¹⁷⁴, es decir, aquella libertad que se entiende, deviene de las características propias de las normas constitucionales. Desde la perspectiva de esta teoría, una decisión política se diferencia de la decisión jurídica, en tanto que los actos políticos devienen como frutos de una decisión libre, no sometida a normas, mientras que la decisión jurídica es aquella que se encuentra normativamente predeterminada o programada. En otras palabras, lo político representa siempre una deducción libre, mientras que lo jurídico, una decisión metódica. Luego, Órganos de poder como el ejecutivo y el judicial, por regla general, adoptan decisiones políticas, puesto que si bien su accionar se encuentra limitada por las normas constitucionales, éstas no la predeterminan ni la programan; En contrapartida, la decisión asumida por el Órgano jurisdiccional, (y aquí también debería considerarse al propio Tribunal Constitucional), no arrojan un carácter político, sino jurídico, en la medida en que dichos actos se encuentran previamente programados en normas¹⁷⁵. Ahora bien, el punto de discusión se centra en

¹⁷⁴ Una retrospectiva dogmática sobre la evolución de la doctrina jurídica, puede apreciarse en el estudio de Kriele, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2ª. ed. Berlín, 1976, donde a partir de una exposición del pensamiento clásico, hasta llegar a una perspectiva moderna, es posible advertir, que la actual tendencia hermenéutica, sostiene que la aplicación de derecho es más que aplicación, que es también un acto de creación y, en buena medida, de decisión libre. Asimismo, esta corriente contemporánea, entiende que, entre este acto (hermenéutico) y el de la pura y simple creación de derecho, existe una importante diferencia cualitativa. Ahondando un poco más el análisis en este razonamiento, se tiene que los defensores de esta postura, sostienen firmemente que la aplicación de la norma es al mismo tiempo un acto de creación de derecho, es decir, constituye un acto de creación normativa que no está predeterminado en todos sus extremos. Ahora bien, si se entiende que la norma no predetermina por completo en ningún caso el acto de aplicación, sino que éste se produce al amparo de un sistema normativo que abarca diversas posibilidades, luego, la consecuencia que se desprenden de este teorema, nos permiten sostener, que esta falta de predeterminación en la creación normativa, no sólo se afirma respecto de la jurisdicción constitucional, y esto en atención a la especial índole de las normas que a través de la cuales interactúa, sino que también, esta característica, es predicable de cualquier jurisdicción posible, aunque claro está, que en esta situación, la diferencia entre estas es de carácter cuantitativo.

¹⁷⁵ De Otto Pardo, Ignacio, *La posición del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 1942. Aunque, siguiendo el criterio de Kriele, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung...opus cit.*, p. 76, las modernas teorías de la interpretación de la norma, plantean que el acto hermenéutico, lejos de asumirse como un acto puramente cognoscitivo, viene a constituirse más bien (esto en cuanto a su naturaleza), como un mecanismo necesario para una volición: Así, en contraposición a aquella postura que sostiene el carácter predeterminado de la interpretación realizada por el Tribunal y a la que se le atribuye una naturaleza jurídica, esta otra corriente de pensamiento, entiende que, la aplicación de derecho no es un acto resultante de una deducción lógica, sino un acto de volición al que sirven los diversos modelos de interpretación. En otras palabras, dentro del paradigma de la teoría contemporánea de la interpretación, los diversos métodos hermenéuticos no constituyen el medio para desprender una única solución preexistente, sino más bien, representan los canales necesarios para crear la solución dentro del campo cuyos

determinar a cuáles de estas dos esferas pertenecen las decisiones asumidas por el Tribunal. Una primera postura, se encarga de defender que el Tribunal Constitucional, necesariamente aparece como un órgano político, puesto que si bien es cierto, en ejercicio de su papel como custodio de la Constitución lo que hace es aplicar normas, para esta tendencia, no menos cierto es, que la predeterminación que contienen las normas constitucionales es escasa. En contraposición a este razonamiento, se tiene a la tesis que afirma la naturaleza puramente jurídica ejercida por el Tribunal Constitucional, esto, claro está, si esta instancia *ad hoc*, en vez de adoptar decisiones se limitase a actuar lo ya decidido por el poder constituyente, mediante una deducción de sus juicios a partir de la norma constitucional con un método puramente jurídico¹⁷⁶. Claro está, que para la postura que sostiene el carácter político de las decisiones asumidas por el Tribunal, las normas constitucionales, y más aún las que declaran los derechos fundamentales, difícilmente podrían fungir como premisa mayor de una subsunción¹⁷⁷, rechazando por tanto el carácter jurídico defendido por De Otto. Empero, el mismo Kriele, afirmando en parte, la libertad del juez para asumir una decisión, cuestiona que dicha libertad sea suficiente para asegurar que el juez hace política. Utilizando los mismos argumentos esbozados por la doctrina moderna de la interpretación, el autor se encarga de construir una contraargumentación basada por un lado, en que los fundamentos que sostienen la libertad del juez, también permiten a su vez, diferenciar a aquellos actos en los que se aplican las normas, de aquellos en los que se originan por la voluntad de un Órgano político¹⁷⁸. Bajo estas premisas, Kriele sostiene que la diferencia entre política y derecho no se encuentra en distinguir la decisión de la deducción metódica, sino antes bien, a través de los mecanismos de fundamentación y argumentación de las decisiones que se asumen. Luego, el acto de decisión y la política, en modo alguno, podrían parangonarse, puesto que el patrón de la fundamentación, no en todos los casos deviene libre e indeterminado. Son de importancia en ese sentido, las anotaciones hechas por Bryde, para quien, el Tribunal debe ser consciente de que la Ley Fundamental quiso hacer del legislador el protagonista de la modelación social de la comunidad, debiendo reconocerse a la autonomía del legislador en esa plenitud. No se puede negar que el perfil con el que actúa el TCFA, no siempre le permiten medir los aspectos sociales del caso, sobre todo, que no acierten a prever efectos o consecuencias. Todo lo contrario sucede con el legislador, quien cuenta con amplios instrumentos para perseguir los resultados de sus decisiones y, en su caso, corregirlas; el legislador continúa controlando el producto de su acción¹⁷⁹. Asimismo, para De Otto, si bien la moderna doctrina sostiene que en todo acto de decisión existe una volición –*ex ante*– que torna en política a la misma, sin embargo, ya el autor advierte que, esa *volición o racionalidad*, puede manifestarse distinta en su

límites semánticos describe la norma a aplicar. A esta misma conclusión llega De Otto Pardo, Ignacio, *La posición del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 1943, al sostener que el intérprete no emplea un modelo de racionalidad a través del cual arribe a una solución preexistente, al contrario, es el modelo el que le permite asumir una decisión, de entre las múltiples posibilidades que el texto (documento dispositivo) le permita. Es precisamente en esta otra visión que Kriele, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung...opus cit.*, p. 77, ubica al intérprete y el acto de adoptar una «decisión responsable».

¹⁷⁶ De Otto Pardo, Ignacio, *La posición del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 1942.

¹⁷⁷ Es más, como ya lo señalara Kriele, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung...opus cit.*, p. 76, en la medida en que la doctrina sobre la interpretación evoluciona, esto no hace otra cosa que contribuir a la construcción de nuevos modelos, en muchos casos más complejos en su comprensión, y con ello, se incrementa el número de las posibilidades de elección, o lo que viene a ser lo mismo, se abre la cobertura de la libertad del intérprete.

¹⁷⁸ Kriele, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung...opus cit.*, p. 76

¹⁷⁹ Bryde, Brun–Otto, *Verfassungsentwicklung*, Baden–Baden 1982, p. 336.

naturaleza¹⁸⁰. Así, la decisión política cuenta con un soporte racional, y dicha volición es necesariamente fundamentada desde los fines que esta persigue. En contrapartida, la decisión judicial o la que se encuentra predeterminada normativamente, si bien representa una medida racional, su fundamentación es distinta en relación a la decisión política. Por eso mismo se sostiene que la decisión jurídica, debe propender a alcanzar una «*aceptación general*», siendo su objetivo final el alcanzar una legitimidad que se apoya, por un lado, en su sumisión a la norma y, de esta misma, se desprende el otro pilar, esto es, que la decisión asumida por el intérprete, debe ser capaz de fundamentar la misma, dentro del marco de posibilidades que el texto se lo permita¹⁸¹, siendo válidas a tal fin, el empleo de la doctrina y el precedente. Partiendo de este razonamiento, y asumiendo que, en la medida en que el juez (de la constitucionalidad) se halla vinculado a las reglas de la interpretación, los precedentes y la doctrina, De Otto, demuestra a la doctrina moderna de la interpretación, que la libertad con la que opera el intérprete de la Constitución, es relativa, y en todo caso, no constituyen coordenadas que el intérprete político deba aplicar¹⁸².

Por ello, si acaso cabe un consenso desprendible a partir del análisis de ambas teorías, inevitablemente tendría que partirse por afirmar la existencia de aquella escasa densidad de la normación constitucional y la consiguiente libertad del que la aplica. En este escenario, las teorías que se esfuerzan por tratar de diferenciar y luego caracterizar como política o jurídica a las decisiones asumidas por el Tribunal Constitucional, carecerían de validez, dando paso con ello, a un escenario en el que el Tribunal, inevitablemente, aparece como órgano que adopta decisiones políticas pero, bajo el ropaje de la aplicación de normas. Y por ello, el razonamiento

¹⁸⁰ Esta misma postura es sostenida por Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 197, quien partiendo de un presupuesto en el que sostiene la necesidad de conceptualizar a la fundamentación como doctrina, entiende que su naturaleza no es vinculante, sino orientadora. Bajo este razonamiento, la fundamentación aparece como interpretación doctrinal, y cuyo resultado puede variar por sus efectos: uno constituye la sentencia y otro sienta una conclusión, pero el hacer interpretador es siempre jurídico. Similar criterio es sostenido por Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 48, para quien, resultaría una insensatez afirmar que las sentencias del Tribunal se encuentran arropadas todas de una fuerza política originaria e inmanente a su propia naturaleza. Cosa muy distinta para este autor, es encontrar aquella significación política en diversos asuntos sobre los que ha fallado esta instancia. Empero, esta fuerza a la que se hace referencia, derivaría, generalmente, de la materia sobre la que recae el pronunciamiento del órgano en cuestión.

¹⁸¹ De Otto Pardo, Ignacio, *La posición del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 1943.

¹⁸² De Otto Pardo, Ignacio, *La posición del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 1943, no rechaza la posibilidad de que el Tribunal pueda desplegar una actividad política, es decir, que esta instancia de control, a raíz de la motivación de una razón política, asuma decisiones que irremediablemente desemboquen en una especie de suplantación del poder constituyente. Sin duda, esta situación, además de desnaturalizar el principio de la primacía de la Constitución, también llegaría a comprometer el sentido mismo de su existencia como instancia de control. Pero, amén de esta eventual posibilidad, para este autor, no existen suficientes razones para desechar un comportamiento contrario al manifestado, es decir, que el Tribunal Constitucional cumpla a cabalidad con su misión, esto es, emitir una decisión apegada a un razonamiento jurídico en el cual, la amplitud de las normas constitucionales, bien permitirían, en base a principios estructurales, una concreción del texto constitucional. Para que esta segunda posibilidad sea la que asuma en Tribunal, es necesario que, como instancia de control, cuente con una visión normativa de la Constitución, más no así, como un simple proyecto y mucho menos como reflejo de la realidad política subyacente. Desde luego, sólo a través de este razonamiento, es que el Tribunal evitará proyectar una jurisprudencia pragmática, sin una orientación uniforme, e imbuida por la necesidad del caso y por la consideración de las consecuencias de la sentencia. Aunque claro está, no se puede negar tampoco, la cada vez más creciente tendencia doctrinal, que pregona la destrucción de la normatividad de la Constitución, y en su lugar, se propugna la consolidación, en palabras de Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1992, una «ductilidad constitucional». Luego, la Constitución no se interpreta como algo dado sino como algo a hacer, y en concreto como algo a hacer a partir del caso.

de De Otto, nos permite concluir sosteniendo, que el problema del carácter político o no político de la jurisdicción constitucional es en definitiva el problema de la interpretación constitucional. Dicho de otro modo, las dificultades en la determinación del carácter y la naturaleza de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, y las confusiones que esta indeterminación generan, se deben en buena medida, a un escaso, cuando no, inexistente desarrollo de una teoría de la Constitución que sirva como criterio de interpretación, que proporcione puntos de vista orientadores y estructuras dogmáticas. Mientras este vacío persista, ningún otro método de interpretación podrá paliar las deficiencias antes anotadas, al contrario, el desarrollo de más y novedosas teorías hermenéuticas, antes que resolver el conflicto de fondo, sólo permitirán agravar la indeterminación de la norma¹⁸³. Por todo ello, se entiende, es necesario insistir en el planteamiento de Böckenförde, de construir y consolidar una dogmática hermenéutica constitucional, que sirva de base a líneas orientadoras de la interpretación y a la elaboración de una dogmática constitucional, desechando con ello, la interpretación de las normas constitucionales a partir del puro pragmatismo¹⁸⁴. En efecto, el autor germano, entiende que, más que depuraciones metodológicas, lo que se precisa es asentar cierto conceso argumentativo, cimentado sobre un concepto de constitución y una teoría constitucional «capaces de consignar puntos de vista orientadores y estructuras fundadas en ellos para la interpretación»¹⁸⁵. En este contexto, Böckenförde se cuestiona sino abra llegado el momento de desprender las consecuencias pertinentes del doble carácter del Tribunal constitucional, esto es, como intérprete cuya labor es medible a la luz de la hermenéutica judicial, y por el otro, como órgano constitucional. En atención a este último carácter, la determinación de los cometidos de la jurisdicción constitucional hay que buscarla en «la competencia atribuida y en su inserción en el orden de competencias articulante de poderes de la constitución»¹⁸⁶. En criterio de Revenga Sánchez, el razonamiento planteado por Böckenförde es correcta en tanto que, partiendo de este análisis, es posible sostener, que la mejor garantía de que la interpretación de la constitución realizada con carácter determinada por el intérprete último no será la burda imposición de la voluntad de unos cuantos jueces con intereses inconfesables, sino el resultado de una operación realizada con arreglo a una técnica jurídica generalmente aceptada, es una de tipo estructural. O mejor dicho, no una, sino varias razones de tipo estructural,¹⁸⁷ donde el juez constitucional debe ceñirse a condiciones restrictivas como la argumentación, el precedente y la dogmática.

Una visión quizá más sincrética, que busca clarificar la naturaleza de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, se remite a estudiar y distinguir a la vez, el control de constitucionalidad formal, del material. Así, cuando el control consiste en verificar la legitimidad del modo de producción normativa, esto es, determinar, si se han cumplido con las «normas sobre la producción jurídica»¹⁸⁸. Como se recordará, para Ezquiaga Ganuzas, este proceso

¹⁸³ Ya Böckenförde, Wolfgang Ernst, en un estudio expuesto por vez primera en 1975, titulado, *Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica*, en Escritos sobre derechos fundamentales, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 37, concluye su estudio formulando un panorama decepcionante, esto es, de que «todos los métodos interpretativos producen como resultado, en definitiva (...) la degradación de la normatividad de la constitución».

¹⁸⁴ Böckenförde, Wolfgang Ernst, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, en N. J. W., 1976, párrafo 46, páginas 2089 y siguientes.

¹⁸⁵ Böckenförde, Wolfgang Ernst, *Los métodos de la interpretación constitucional...opus cit.*, p. 40.

¹⁸⁶ Böckenförde, Wolfgang Ernst, *Los métodos de la interpretación constitucional...opus cit.*, p. 42.

¹⁸⁷ Revenga Sánchez, Miguel, *Notas sobre Justicia Constitucional e interpretación de la Constitución (O en defensa de la interpretación como diálogo)*, en Teoría y Realidad Constitucional, No. 16, UNED, Madrid, 2005, p. 151.

¹⁸⁸ Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica... opus cit.*, p. 21.

de producción de los distintos materiales normativos, implica, entre otros elementos, la concurrencia de una *autoridad normativa*, o sujeto al que el ordenamiento jurídico le confiere el poder para crear Derecho, así también, un *procedimiento normativo* que debe ser desarrollado por la autoridad normativa a fin de producir Derecho, o como en el caso concreto, nos dé como resultado al *documento normativo*, que se traduce en el texto aprobado por la autoridad normativa, que pertenece a una determinada categoría de las fuentes del Derecho¹⁸⁹. En ese sentido, si como consecuencia del control, el Tribunal entiende que no se han cumplido con algunos de los elementos propios del proceso de producción normativa, estimará la existencia de una inconstitucionalidad de tipo formal.

Desde luego, la regulación sobre la producción normativa, no es el único objeto de la Constitución, puesto que también en su texto, se prevén disposiciones normativas programáticas que deberán ser desarrolladas a través de normas ulteriores, y éstas no necesariamente podrán hallarse en armonía con la Ley suprema. En efecto, ya Kelsen sostenía que, cuando el supremo intérprete de la Constitución, advierta que el contenido de la ley no guarda correspondencia con los preceptos constitucionales, de igual modo al caso anterior, tendrá que estimar la inconstitucionalidad, pero cabe aclarar que aquí, el pronunciamiento asume una dimensión de tipo material¹⁹⁰.

Empero en criterio de Canosa, la validez de separar la inconstitucionalidad formal de la material, puede resultar siendo una quimera¹⁹¹, sobre todo, si cabe afirmar la existencia de supuestos en los que la declaración de inconstitucionalidad de carácter formal bien podría comprometer también la inconstitucionalidad en una dimensión material de la norma impugnada¹⁹². En criterio del autor español, si acaso cabe una distinción entre la inconstitucionalidad de tipo formal de la material, ella sólo se explica en atención a que la primera se sustancia, *a priori* fácilmente, mientras que la segunda, requiere una operación más compleja que conlleva a una interpretación que, puede trastocar el escenario jurídico y discurrir el político. Con base en este razonamiento, Canosa defiende la necesidad de hacer énfasis en la dimensión material del control de constitucionalidad, a fin dirimir los entuertos acerca de la naturaleza interpretativa desarrollada por el Tribunal¹⁹³. Así, la crítica más incisiva, apunta a que a través del control de constitucionalidad en su dimensión material, los intérpretes supremos

¹⁸⁹ Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica... opus cit.*, p. 22.

¹⁹⁰ Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución... opus cit.*, p. 202.

¹⁹¹ Pese a que Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula... opus cit.* p. 40, repara en la conveniencia de conservar siempre, a efectos teóricos y prácticos, la diferencia entre una y otra.

¹⁹² Ya lo sostenía Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho... opus cit.*, p. 194, en *estricto sensu* la ilegitimidad material trae aparejada también la inconstitucionalidad formal.

¹⁹³ Por ello, para Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula... opus cit.* p. 40 y 41, «No es de recibo el intento de quienes se esfuerzan ante lo inevitable por reducir la inconstitucionalidad material a meros problemas formales».

de la Constitución, asumen para sí un poder de dimensiones inimaginables¹⁹⁴, lo que torna en ineludible el establecimiento de una limitación ya sea de tipo constitucional, cuando no, legal¹⁹⁵.

Lejos de adoptar una postura u otra, cabe recordar, que ambas posiciones coinciden en que la labor hermenéutica desarrollada por el Tribunal Constitucional constituye un elemento inexcusable para alcanzar su función depuradora del ordenamiento jurídico, empero, quienes sostienen el carácter político que conlleva el quehacer interpretativo del Tribunal, lo hacen temerosos de que esta instancia de control, asuma un rol demasiado activista al extremo de rebasar la función para la que fue creada, e incursionar en ámbitos criticables desde la perspectiva democrática y el principio de división de poderes¹⁹⁶. Sin embargo, si se busca concretar una solución conciliadora al problema, cabe formular algunas de las reflexiones también construidas desde la doctrina. Así, en la explicación de Prieto Sanchíz, la actividad interpretativa realizada por el Tribunal Constitucional, más allá de constituirse en una decisión de naturaleza política, lo que busca es remozar el *statu quo* de la disposición normativa y, a través de él, brindar respuestas a nuevos conflictos¹⁹⁷. En efecto, se ha sostenido que frente a la insuficiencia de la letra de la ley, como transmisora de los fines o intereses sociales, es el Tribunal el que debe adecuar el contenido de la norma, a las necesidades históricas del momento¹⁹⁸. Así, también, para Tomás y Valiente, el carácter normativamente abierto de las

¹⁹⁴ Para Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale...opus cit.*, p. 322, la Corte Constitucional, en lugar de asumir para sí en supra poder, debiera más bien constituirse en atención a su situación frente a los demás órganos constitucionales, en moderador del sistema institucional, aunque Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 42, difiera de esta postura, al entender que el rol de árbitro asumido por el Tribunal, podría distorsionarse y derivar en un arbitrio con la consecuente relajación de las formas jurídicas. Lamenta y advierte por lo tanto, que este rol de árbitro asumido por el Tribunal, se haya consolidado en la experiencia de los tribunales contemporáneos, lo que lo lleva a apelar a la necesidad de prevención que sobre incorrectas evoluciones se debe cuidar.

¹⁹⁵ Un común denominador que caracteriza a los diversos Estados donde se atribuyó la facultad de velar por la primacía de la Constitución a una instancia *ad hoc*, radica en la limitación técnica de su accionar, es decir, el Tribunal Constitucional, por mandato constitucional y legal, se encuentra impedido de iniciar cualquier acción de oficio, debiendo permanecer inactivo hasta que no sea requerido por alguno de los sujetos legitimados para hacerlo.

¹⁹⁶ Frente a aquellas posturas que rechazaban la posibilidad de que un juez pueda crear derecho, y mucho más aún un Tribunal Constitucional, en tanto que el riesgo se traducía, en que de presentarse tamaño supuesto, esto es, que él mismo dictase materialmente las leyes, esta situación abriría paso a una intolerable usurpación, ya Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución...opus cit.*, 203, aclaraba, a partir de la caracterización de la actividad de la jurisdicción constitucional como la actividad de un legislador negativo, que la anulación también es una forma de creación. «La anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo, y por tanto una función legislativa». Desde luego, cabe recordar que, la creación de Derecho bajo la forma de anulación de una ley, venía a constituir dentro de la *Teoría general del Derecho*, un apéndice en la que se reconocían los elementos de producción normativa inherentes a toda interpretación de textos legales.

¹⁹⁷ Para Prieto Sanchíz, Luis, *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1998. p. 20, la interpretación permite recrear y renovar el texto mudo de la ley, y revivificar la percepción y la comprensión de los enunciados jurídicos dentro de las variantes de la sociedad y la cultura.

¹⁹⁸ En la perspectiva de Wintrich Josef, *Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung*, en *Verfassung und Verwaltung*, homenaje a Lafort, Munich, 1952, págs. 227 y sigs., la interpretación de la Constitución y la fijación de su sentido son las tareas específicas de todo Tribunal Constitucional. Ello incluye también, necesariamente, un elemento creador de derecho, que por lo demás es propio de la esencia de toda actividad jurisdiccional. Partiendo del presupuesto de que también la Constitución se encuentra sometida al cambio, defiende la idea de que es el Tribunal Constitucional el llamado, en el más alto grado, a participar, con sus decisiones jurisdiccionales, en la evolución de la Constitución. Ese componente de creación jurídica posee un significado muy especial para la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, ya que numerosas cláusulas

fórmulas constitucionales hace que necesariamente se encomiende al Tribunal Constitucional una función creativa constituyente, completiva y necesaria, que es condición elemental para la acción integradora a través del tiempo de la Constitución¹⁹⁹. En sí, para Larenz, todo acto de aplicación del derecho abre un espectro de posibilidades de concreción y, en el proceso de selección de estas posibilidades es que inevitablemente, se incorporan vía Tribunal Constitucional, elementos de sentido creativos, que no necesariamente se desprenden del precepto legal invocado²⁰⁰.

Llegados a este punto, es posible concluir en que, frente a la crítica que acusa a la interpretación elaborada por el Tribunal como política, es posible sostener que, la intervención de la jurisdicción constitucional, aunque creativa, siempre se produce en sede de control, pero además, su alcance es fragmentario, en tanto tiene por objeto, eliminar un precepto contrastante con la Constitución, pudiendo desprenderse de este rasgo, el primer límite a su función hermenéutica. En ese sentido, recordemos las palabras de Simons, quien sostiene que, por más que como árbitro supremo esté el Bundesverfassungsgericht por encima de todos los órganos estatales y tenga la última palabra a la hora de interpretar la Ley Fundamental, no está dotado del máximo poder. Esto porque el Tribunal no actúa ex officio, sino tan sólo a instancia de parte. Por otra parte, su función es tan sólo de control, de freno y limitación del poder. Su principal labor es vincular la política al Derecho sometiéndola al mismo²⁰¹. La tarea del Tribunal es tan limitada, como interpretar y aplicar la Constitución a un contencioso concreto en un procedimiento judicial. Luego, no le incumbe al Bundesverfassungsgericht la toma en consideración de razones de oportunidad política. Por ello, para Clemens, el Tribunal ha sido concebido como un órgano del Derecho y no como un órgano político, independientemente de que sus decisiones conlleven inevitablemente efectos políticos²⁰².

Por otro lado, se ha señalado que a diferencia de la función legislativa en la que se expresa una voluntad de conformación íntegra de todos los elementos normativos: el legislador levanta el bloque de la ley, y el Tribunal se contenta con pulirlo. Aunque como señala Balaguer Callejón, si bien este segundo límite, correcto en su formulación inicial, no lo es cuanto a su desarrollo, en tanto desconoce que, justamente, la crisis abierta por las formas interpretativas de decisión, lo que pone de manifiesto es que el juez de constitucionalidad impone una voluntad mucho menos fragmentaria de lo que se supone²⁰³. Luego, el juicio de

constitucionales poseen solamente un carácter programático o direccional que debe ser concretizado a través de la doctrina jurisprudencial de los tribunales constitucionales.

¹⁹⁹ Tomás y Valiente, Francisco, *Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador*, en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 106.

²⁰⁰ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del...opus cit.*, p. 103. Esta posición también ha sido advertida por Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, (Trad. J. Ferrer), Gedisa, Barcelona, 2000, p. 259, aunque este autor la califica de inconsistente con la teoría del conocimiento jurídico esbozada en su momento por el propio Kelsen. Guastini, recogiendo el pensamiento del maestro austriaco, mantiene que las normas son el objeto de la ciencia jurídica, sin introducir en este contexto ninguna alusión al fenómeno de la interpretación, ni a la diferencia entre normas y formulaciones normativas. Al constatar, posteriormente, el amplio marco de posibilidades de concreción que la práctica interpretativa puede llegar a generar, quedaría relativizado el conocimiento de la «norma» como entidad metafísica independiente en el ámbito del «deber ser».

²⁰¹ Simon, Helmut, *La Jurisdicción constitucional*, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Manual de Derecho Constitucional, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Pina, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid:, 1996, p. 825.

²⁰² Clemens, Thomas, *Das Bundesverfassungsgericht im Rechts- und Verfassungsstaat*, en Piazzola, Michael, *Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, Mainz 1995, p. 15.

²⁰³ Balaguer Callejón, Francisco, *Tribunal Constitucional y creación...opus cit.*, p. 388.

constitucionalidad parte también de un horizonte de integridad y por ello las soluciones parecen insuficientes si no se estructuran con mayor amplitud y con menos dependencia del defecto legislativo (político) que buscan remediar.

En base a estos criterios, Canosa rechaza aquellas afirmaciones que califican a las sentencias emitidas por el Tribunal de políticas, o que se encuentran revestidas de una fuerza política originaria e inmanente a su propia naturaleza. Cosa muy distinta es, para este autor, identificar una «*significación política*» en diversos asuntos sobre los que se ha visto obligado a fallar el Tribunal. Pero esta «significación», representa un efecto derivado que no hace ni a la naturaleza ni esencia de la sentencia constitucional²⁰⁴. Esta aseveración es corroborada por Martínez Sospedra, quien sostiene que los tribunales constitucionales, dada su posición dentro del paradigma de intérpretes de la Constitución, en reiteradas ocasiones, se exponen a convertirse en activistas, e inevitablemente, llegan a constituirse en copartícipes en la formación del «*indirizzò*» político²⁰⁵. En efecto, hay quienes como Hopler, han defendido la tesis de que el Tribunal Constitucional no es una instancia política. Si se convirtiera en una instancia política cuyas decisiones respondiesen a razones de conveniencia política, ello significaría el fin de la jurisdicción constitucional. Por significativas que sean las consecuencias políticas de sus fallos, las decisiones del Tribunal Constitucional son actos intelectuales de conocimiento jurídico y no actos de voluntas política²⁰⁶.

Entretanto, Casadei aclara que este efecto derivado, no debe ser confundido con el «activismo judicial», que es el término utilizado para caracterizar al rol desempeñado por algunos jueces que, conscientes o no, traspasan los límites de su función, y que, aplicado a la labor del Tribunal Constitucional, sobre todo en aquellos supuestos en los que la interpretación incide no en la norma jurídica específicamente, sino en la disposición normativa, se equipararía a una suplencia del Parlamento por parte de dicho Tribunal²⁰⁷. Por lo mismo, para Wintrich, claro es que la materia política no está, en principio, exenta de toda regulación normativa. Sólo se habrán alcanzado las fronteras de la jurisdicción constitucional allí donde falte la regulación jurídica, allí donde el juez constitucional, sin respaldo en la Constitución, tuviese que decidir libremente y con ello crear derecho por sí mismo, en lugar de interpretar una norma que le ha sido dada. Dicho de otro modo, los límites de la jurisdicción constitucional están allí donde comienza el libre ámbito de decisión política de legislador o del Gobierno. Va de suyo que estos límites resultan fluidos y a veces difíciles de reconocer. De ahí que corresponda al Tribunal Constitucional la responsabilidad de sopesar cuidadosamente y actuar con restrictiva prudencia, pues el principio de eficacia estatal requiere que no se pongan

²⁰⁴ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 47.

²⁰⁵ Martínez Sospedra, Manuel, *El Tribunal Constitucional como órgano político*, en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, vol. II, p. 814.

²⁰⁶ En su discurso de inauguración del Tribunal Constitucional Federal el 28 de septiembre de 1951, el primer presidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Hopler, Aschoff, *Das Bundesverfassungsgericht*, editado por el Tribunal Constitucional Federal, Karlsruhe, 1963, págs. 1–2 y pág. 3., sostuvo al respecto: «No es tarea del Tribunal Constitucional Federal la de decidir sobre las luchas políticas, sino tan sólo la de controlar que en dichas luchas se respeten las normas de la Ley Fundamental, obligatorias para todos y que posibilitan el orden del conjunto». ... «También los jueces del Tribunal Constitucional Federal son servidores del Derecho y están obligados a acatar las leyes».

²⁰⁷ Casadei Monti, Pier, *Il giudice fra sistema politico e società civile*, en *Giustizia e Costituzione*, 1978, págs. 11. En el criterio de Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 49, la experiencia jurisprudencial europea comparada, contempla casos interesantes en los cuales, esta labor activista del Tribunal, ha derivado en una mutación del sistema de reparto de atribuciones distinto del diseñado por la Carta Magna.

trabas a la libre actuación de legisladores y gobernadores y gobernantes dentro del espacio político discrecional que les pertenece²⁰⁸.

Sin duda, a raíz del proceso de control de constitucionalidad de la norma, el Tribunal Constitucional, con frecuencia, incide directamente sobre las decisiones asumidas por el Parlamento (no debe dejarse de lado a las decisiones asumidas por el Ejecutivo y el Judicial), puesto que su posición como intérprete supremo del ordenamiento, lo faculta para censurar o anular una medida política contenida en las disposiciones normativas aprobadas en aquella instancia política. Algunos sectores de la doctrina, no dudaron en calificar a esta situación, como un episodio en el cual, el Tribunal, asume un rol de custodio de una mayoritaria voluntad constituyente pretérita, cuyo producto: La Constitución, extiende su influencia en el tiempo y mantiene constante el producto de su decisión²⁰⁹. Para Canosa, este rol de custodio de la voluntad constituyente atribuida al Tribunal, se debe al carácter programático de las constituciones, y a la generalidad en que se hallan preceptuadas el contenido de su propia voluntad. Si bien con ello, el constituyente buscó proporcionar coberturas amplias para la aplicabilidad de sus disposiciones a casos concretos, es a partir de la institucionalización de un guardián de la Constitución que se introduce una instancia de control que se encarga de depurar los actos discrecionales de los otros órganos estatales que, debieran sumir sus actos a la voluntad constituyente objetivada en los preceptos fundamentales, e irremediablemente, al criterio superior del Tribunal²¹⁰.

Independientemente de las explicaciones vertidas, el activismo judicial y, más recientemente, la emergencia de un nuevo concepto: «El gobierno de los jueces»²¹¹, nos permiten exhortar nuevamente, a trabajar en la delimitación de los fines y funciones del Tribunal Constitucional, sobre todo en aquellas situaciones en las que asumen actividades para las que no cuentan ni con la legitimación necesaria, menos aún, con la aquiescencia de la propia Constitución.

Conscientes de que la solución al problema de los límites a la función desempeñada por el Tribunal, no pasa por el establecimiento de otro control, existe un criterio general que apela

²⁰⁸ Wintrich, Josep: *Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, en homenaje a Hans Nawiaski, Munich, 1956, págs. 191.

²⁰⁹ Precisamente Capelletti, Mauro, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1981, p. 779, defiende al Tribunal Constitucional, de aquellas posturas que acusan a esta instancia de control, de ser contramayoritarios, y ello porque su legitimidad deriva, no de la voluntad de la mayoría presente, sino de otra mayoría pretérita y constituyente.

²¹⁰ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 50.

²¹¹ En alusión a este concepto, De Otto Pardo, Ignacio, *La posición del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 1944, hace referencia a un problema agudo que emerge al interior de las nuevas doctrinas de la interpretación, las que presentan una faceta en la que el juez desarrolla una característica totalmente alejada a su deber de sumisión al texto legal. La amplitud de este fenómeno es tal, que dicha característica no sólo es atribuible respecto de los Tribunales Constitucionales, sino también, respecto de toda jurisdicción. Para este autor, «La sospecha que tradicionalmente han suscitado los Tribunales Constitucionales ha dejado de corresponderles en régimen de monopolio y se extiende ahora a la totalidad de los jueces.» Las consecuencias de este denominado gobierno de los jueces, desembocan en una «usurpación» de las funciones constitucionales, o la consiguiente «judicialización del Estado», o consolidación de de «Estado judicial», caracterizado por el «desbocamiento del tercer poder». Desde ya, para este autor, esta situación implica aceptar que el esquema tradicional o clásico del Estado de derecho, el imperio de la ley y la sumisión de los jueces a ella, deben ser replanteados en su concepción. En este otro paradigma, el juez –en su generalidad, ordinario y el de la constitucionalidad– hace política en mayor o menor medida, si por política entendemos la adopción de decisiones no programadas en todos sus extremos.

al *self restraint* del Tribunal Constitucional, a través del cual, se entiende que debe ser la propia instancia de control, la que autolimita su ejercicio, ciñéndose a sus propias competencias²¹². De este modo, el Tribunal debe actuar dentro de un escenario regido por un sistema de frenos y contrapesos que caracteriza a las relaciones entre los órganos de poder de un Estado. Esta afirmación, no implica sostener que el Tribunal Constitucional se constituye en una instancia más de poder dentro del Estado, al contrario, dado el rol que le toca desempeñar dentro del concierto constitucional, es inevitable que el mismo incida en la actividad desarrollada por los órganos de poder del Estado, y por eso, es necesario que, así como entre los mencionados órganos existe una relación guiada por los principios de coordinación y fiscalización, es importante que el Tribunal se encargue de reforzar dicha relación, velando porque ninguna de estas instancias de poder sobrepase sus funciones y facultades. Luego, no es admisible contemplar un escenario en el que es el Tribunal, la instancia que distorsiona el sistema de reparto de competencias establecida en la Constitución, y que forma parte del principio de la supremacía constitucional en su dimensión material. En ese sentido, es posible afirmar que, el Tribunal, al enjuiciar los actos de un órgano de poder del Estado, lo que está haciendo, es someter a control la decisión asumida por una parte del poder constituido que goza de una legitimidad, en tanto son portadores de la voluntad popular. Como ya lo señalara Dworkin, de inicio, resultaría por demás cuestionable que la jurisdicción constitucional pueda invalidar leyes, ya que ello significaría no otra cosa que un contraste con el principio democrático, ya que tal competencia afectaría a la supremacía de la representación popular. Dicho de otro modo, altera el equilibrio de poderes y limita la soberanía de la mayoría popular. En este panorama, los jueces constitucionales aparecen como los revisores de las leyes aprobadas mayoritariamente por un legislador popularmente elegido, colocándose por encima del principio mayoritario, independientemente de que no hayan sido popularmente elegidos, ni sean políticamente responsables y revocables²¹³. Por lo mismo, el Tribunal Constitucional, debe manejarse en forma equilibrada, es decir, si bien, debe asegurarse de que ningún operador político desentone con la voluntad mayoritaria del constituyente contenida en la Constitución²¹⁴, también debe velar porque sus decisiones arropen un consenso social que legitime su función y límites²¹⁵.

²¹² En la obra de Troncoso, Antonio, *Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático*, en Espín Templado, Eduardo y Díaz Revorio, Francisco, *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 399, plantea una tesis de importancia sobre el tema: Que la eficacia jurídica del principio democrático exige auto contención judicial en las interpretaciones de las cláusulas generales cuando de los procedimientos de control de constitucionalidad se trata. En ese sentido, la consideración no sólo hacia el legislador sino también hacia el Órgano Judicial deberían ser así la suprema lex del juez constitucional, salvo que se encontrara ante un supuesto de incompatibilidad manifiesta entre la constitución y el texto enjuiciado o bien cuando el parámetro de juicio no fuera una clausura general, sino una clausula cerrada o, con otros términos una regla constitucional.

²¹³ Dworkin, Ronald, *Gleichheit, Demokratie und die Verfassung: Wir, das Volk und die Richter*, en Ulrich K. Preuss (Hg.), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt a. M. 1994, p. 171.

²¹⁴ Concluyamos entonces con las afirmaciones hechas por Modugno, Franco, *La giurisprudenza costituzionale...opus cit.*, p. 1662, para quien, conviene significar el papel de mediador entre intereses sustanciales jugado por la Justicia Constitucional en aras de solventar conflictos de mayor o menor trascendencia política. En esta dimensión su acercamiento a las necesidades de la sociedad le ha convertido, en un mediador entre el Estado – comunidad y el Estado – aparato.

²¹⁵ Por todo ello, viene pertinente acá el razonamiento final de Aragón Reyes, Manuel, *Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo*, en Revista española de Derecho Constitucional, Madrid, núm 6, enero – abril, 2006, p. 46, quien apuesta por un equilibrio interpretativo por parte del Tribunal Constitucional (o para cualquier Tribunal Constitucional) que implica asumir en toda labor hermenéutica, dos premisas fundamentales: en su actividad de control de emanación constitucional de las leyes, en caso de duda, a favor del legislador; y en su actividad de control de la aplicación constitucional de las leyes, en caso de duda, a favor del poder judicial y, por supuesto, de su órgano superior (creador de la jurisprudencia legal), el Tribunal Supremo.

Para ello, es necesario que se tome en cuenta, que toda resolución asumida por el Tribunal, propende siempre a la legitimación institucional y a la legitimidad de sus decisiones. Es decir, la legitimación institucional hace referencia a que el intérprete supremo de la Constitución encuentra fundamentada su existencia en el Estatuto normativo previsto en la propia Ley Fundamental, así como su Ley reguladora. Luego, la legitimación del Tribunal Constitucional es incuestionable, en cuanto que su existencia obedece a una manifestación de la voluntad constituyente; por lo mismo, si bien es cierto que su origen está fuera de toda duda, no menos cierto es, que no existen mecanismos jurídicos de reactualización del apoyo popular a este órgano, como sucede con el Legislativo. Esta reactualización del apoyo y aprobación social hacia el Tribunal, sólo puede realizarse a través de la creación de un consenso difuso en la conciencia de los ciudadanos, para que así, de este modo, la legitimación constituyente se mantenga vigente en la percepción de la sociedad en su conjunto. Para tal fin, el Tribunal debe ser prudente y saber canalizar la demanda social a través de la interpretación del conflicto sometido a su conocimiento. En todo caso, esta labor hermenéutica debe caracterizarse por ser orientadora y resolutoria del conflicto de constitucionalidad, de modo tal que la decisión adoptada por el Tribunal, consagre difusamente la voluntad mayoritaria del presente. La solución que adopte el intérprete supremo de la Constitución será aquella que más se adecúe a los principios que deviene de la Constitución, y así el Tribunal reactiva su vigencia institucional, y la toma de decisiones. Véase entonces, la estrecha vinculación existente entre la legitimidad institucional y la legitimidad de las decisiones que caracterizan el accionar del Tribunal, y que sin duda, caracterizan el rasgo esencial de la actividad interpretadora constitucional.

CAPÍTULO II

EL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EUROPEO Y LOS MODELOS DE REPARACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

EL MODELO UNILATERAL DE REPARACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD.

Abordar un estudio sobre el modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad y, en consecuencia, hacer referencia a las sentencias interpretativas²¹⁶ desentrañando sus especies y matices, implica realizar un análisis, que comienza con el estudio de la práctica jurisprudencial del sistema de justicia constitucional en Italia. En dicho ordenamiento se hace énfasis en la «eficacia del pronunciamiento»²¹⁷ sobre la que descansa no sólo la capacidad real de la Corte para cumplir con sus funciones constitucionales, sino también del estatus que el órgano constitucional asumirá dentro de la estructura de los órganos de poder del Estado, así como en el sistema político en el que se desenvuelve²¹⁸.

²¹⁶ Para Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 40 – 41, una de las características centrales de las sentencias interpretativas, radica en sus efectos inmediatos, es decir, que el precepto deberá aplicarse, desde la propia sentencia, en el sentido señalado por el Tribunal, sin que haya que esperar una posterior intervención del legislador, autoaplicación que no sólo en el caso italiano, trajo muchas resistencias para ser aceptadas por parte de la magistratura en general, así como el propio juez «a quo».

²¹⁷ Abordar el tema de las sentencias interpretativas, implica en muchos casos, resaltar los problemas que afectan al núcleo de la interpretación constitucional de la ley, o lo que es igual a decir, a la interpretación de todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución. El estudio debe ser enfocado teniendo en cuenta que esta necesaria adecuación interpretativa o «interpretación adecuadora» de la norma a la Constitución, que es por necesidad un remedio previo empleado con preferencia a la declaración de inconstitucionalidad siempre que sea posible, su aplicación, por lo general conlleva una serie de problemas referidos a su naturaleza y legitimidad, planteándose un estudio sobre sus límites.

²¹⁸ El escenario en el que comenzó a desenvolverse la Corte Costituzionale italiana, tiene como antecedente el contexto fascista, y la emergencia del Estatuto concedido por el Rey Carlos Alberto, el 4 de marzo de 1848, que, si bien importaba el introducir en el campo normativo una «ley fundamental, perpetua e irrevocable», no dejaba de constituir un ícono de la Monarquía, y como tal, su naturaleza, lejos de constituir un documento normativo, arropaba una esencia política que dio paso a considerar al Estatuto como una Constitución flexible. Luego, el ejercicio del control de constitucionalidad a través del cual se velase por la primacía de la Constitución, era una situación impracticable, puesto que la ley omnipotente no debía encontrar otros límites que los del respeto de las normas de procedimiento legislativo dictadas para formarla. Sin embargo de lo anteriormente manifestado, no puede negarse que al interior de régimen fascista se prevenían mecanismos que, en la actualidad, podrían catalogarse como pseudo controles, o bien, el germen de lo que luego vendría a constituir un control de constitucionalidad. Así, la ley número 2.693 de 9 de diciembre de 1928, instituyó el dispositivo del «dictamen previo» como facultad del Consejo del Fascismo, aplicable para todas las cuestiones de carácter constitucional. La norma precitada se complementaba con otra: La ley de 1922, que reconocía potestad a los jueces para inaplicar las leyes emanadas sin la formalidad del dictamen previo. Asimismo, para el control en el ámbito financiero, la ley número 4 de 7 de enero de 1929, atribuyó facultades de control a la Corte de Casación. Con todo, para el juez La Pergola, Antonio, *Le garanzie giurisdizionale della Costituzione*, en *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Bologna, 1978, p. 4, sostenía la incompatibilidad de la Justicia constitucional con los regímenes autoritarios, manifestando que «A veces pueden aparecer réplicas de un Tribunal Constitucional en tales sistemas, pero son joyas falsas. Se trata de galas con las que se adorna, impúdica, la dictadura cuando se quiere demostrar con la imagen respetable de la democracia representativa». Empero, para Barile, Paolo, *La Corte costituzionale organo sovrano: Implicazioni pratiche*, Giurisprudenza Costituzionale, 1957, p. 907, la existencia de estos resultaba desde todo punto de vista insuficientes, por lo que ya, durante el fascismo, surgieron voces que pregonaban acerca de la necesidad de introducir una Corte Constitucional en el paradigma de un nuevo ordenamiento, mucho más aún, cuando se advertía de los posibles excesos del Parlamento hacia el régimen

En este escenario, las decisiones adoptadas por la Corte a partir del conocimiento de las cuestiones de inconstitucionalidad²¹⁹ que le fueron planteadas, no pueden entenderse sin

político. Ya Crisafulli Vezio, *La Corte Costituzionale tra magistratura e Parlamento*, en Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei, IV, Padova, 1958, p. 280, hacía referencia a la necesidad de que una Constitución que sucedía a un régimen autoritario contuviese en su seno un eficaz sistema de Justicia constitucional que actuase como un filtro depurador del ordenamiento. A tal fin, y si era necesario, la Corte Constitucional debía ser conservadora, pero entiéndase bien, conservadora de la Constitución. Sin duda, esta afirmación, implicaba afirmar en la Italia de aquel entonces, que al Corte estaba predestinada a asumir un rol progresista, en tanto que la legislación ordinaria imperante y vigente en ese entonces, continuaba siendo un complejo entramado normativo resabio del fascismo. Desde luego, este razonamiento, sirvió para que la doctrina italiana comenzase a madurar en estas ideas previas al surgimiento y consolidación del nuevo régimen republicano. Para ello, se empieza a argumentar y demostrar, la existencia de «límites» a la ley ordinaria incluso en aquellos regímenes de Constitución flexible como la italiana. Semejante planteamiento, no podía provenir sino de un maestro de la época, es decir, Esposito, Carlo, quien en su obra *La validità delle leggi, Studio su limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Giufre editores, Padua, 1934, quien dando secuencia al razonamiento anterior, postula el control de la constitucionalidad de la ley, exhortando a la judicatura, las autoridades administrativas y a los súbditos a desaplicar la norma cuando esté viciada de nulidad. Es en este escenario en el que surge la Corte Constitucional italiana, y su papel y funciones han sido recogidas fundadamente en su Sentencia número 15 de 17 de febrero de 1969, al catalogarse como «altísimo órgano de garantía del ordenamiento republicano al que corresponde la forma exclusiva, y con efectos definitivos, hacer valer el imperio de la Constitución frente a todos los agentes constitucionales», todo ello, rescatando la voluntad constituyente contenida en la Constitución de 1948, que la ha regulado como institución en el título VI de su parte II, «garanzie costituzionali», la que a su vez, no solamente preceptúa la existencia y atribuciones de la Corte constitucional, sino también, el procedimiento de revisión de la Constitución y el de aprobación y modificación de las leyes constitucionales (véase las secciones I y II). Como no podía ser de otra manera, ya los sectores doctrinales advirtieron de la naturaleza rígida de la Constitución que buscaba consolidar el establecimiento de la Corte Constitucional y su labor de control. Por ello, Crisafulli, Vezio, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, en *Aspetto e tendenze del Diritto Costituzionale (Scritti in onore di Costantino Mortati)*, IV, Milán, 1977, p. 131, sostiene que la labor de la Corte, representa un límite al principio democrático mayoritario en cuanto la Constitución, aún siendo fruto de una voluntad democrática encierra en sí una «voluntad política pasada» que sujeta, con su rigidez, la voluntad política futura. Por lo mismo, es la Corte la legitimada para hacer efectiva la garantía contenida en la rigidez de la Constitución. De este modo, la Justicia constitucional viene a constituir un logro específico del moderno Estado de Derecho, o en palabras de Crisafulli, Vezio, *Le système de controle de la constitutionnalité des loi en Italie*, en Rev. Droit Pub, et de la Sc. Pol, 1968, I, p. 86, la Corte representa el fin del dogma decimonónico de la omnipotente de la ley, por cuanto ha frenado la soberanía del Parlamento que no es otra cosa que la soberanía de la mayoría parlamentaria, aunque ésta se esconda tras la fórmula mágica: *volonté du peuple*. Italia ha huido de la «democracia absoluta» y ha construido una «democracia liberal».

²¹⁹ En la obra de Crisafulli, Vezio, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, volumen II, 4ª, Padua, 1978, p. 202 y ss., nos presenta los cuatro ámbitos en los que la Corte constitucional italiana se desenvuelve. En un primer bloque de competencias, la Corte Juzga, conoce sobre la constitucionalidad de las leyes y de los actos «con fuerza de ley» del Estado y de las Regiones (véase en ese sentido, el Artículo 134 – 1 de la Constitución italiana). Esta situación representa en el razonamiento del autor, ampliar el principio de legalidad a los órganos legislativos en el ejercicio de su función y, en consecuencia, a la propia ley formal. Dicho de otro modo, el principio de legalidad no solamente comprende a los actos administrativos y jurisdiccionales, como ocurre a falta de un órgano que «elimine del sistema la ley patológica». En un segundo apartado de atribuciones, la Corte conoce de los conflictos de atribuciones entre los «poderes del Estado» (véase el Artículo 134 – 2 de la Constitución italiana). Sin duda, acá el principio de legalidad amplía su cobertura al tratamiento de un ámbito, por excelencia, político, en tanto refiere al reparto de poder, que se encuentra sujeto a control. De igual modo, un tercer sector abraza al juicio sobre los conflictos entre el Estado y las Regiones, así como entre las propias Regiones (Véase el Artículo 134 – 2 de la Constitución italiana), donde la Corte asume el rol de custodio de las competencias constitucionales tanto frente el Estado como frente a las Regiones. Y por último, la Corte también se encuentra facultada de conocer según el artículo 2 de la Ley constitucional número 1 de 11 de marzo de 1953, sobre las propuestas de referéndum abrogatorio y su relación en torno al artículo 75 – 2 de la Constitución.

tomar en cuenta el contexto político – constitucional²²⁰ en el que se desarrollaba²²¹. La Corte Constitucional empieza a construir de inicio una tipología respecto de sus sentencias a partir de la cual reestructurará sus relaciones con el Órgano Legislativo y con la magistratura²²²: la polémica sobre la mayor o menor vinculación de sus decisiones impulsará al órgano de control constitucional a construir una «política constitucional»²²³ que contribuirá a su legitimación ante la sociedad, a tal punto en que se ha afirmado con razón, que la compleja tipología italiana de

²²⁰ Romboli, Roberto, *Italia*, en Aja Eliseo y González Beilfuss Markuz. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998, p. 91 y 92, señala que en un primer momento, la Corte fue convocada a confrontar las disposiciones de las leyes fascistas que se encontraban inspiradas en principios distintos y en contraste a los nuevos valores constitucionales, con lo cual resultaba bastante fácil la labor de limpieza iniciada y desarrollada por ésta. Posteriormente, en un segunda etapa, la Corte es llamada esta vez para enjuiciar la conformidad constitucional de las leyes del período republicano, dando paso de esta forma a una tercera etapa donde la Corte se siente atraída con más fuerza a la esfera de las valoraciones políticas por lo que ve la necesidad de dotarse de técnicas e instrumentos decisorios capaces de garantizar su autonomía de juicio respecto de la expresada inmediatamente antes por el Parlamento y de fundamentar su legitimación propia en el sistema Constitucional.

²²¹ Asimismo, es necesario recalcar también, que el fenómeno de las sentencias interpretativas viene impuesto por la realidad, por la práctica de los Tribunales Constitucionales, y como tal, es algo previo a la preocupación teórica y doctrinal por las mismas. En ese sentido, su estudio no puede sumirse a una esfera meramente doctrinal, sino que debe ser analizada tomando en cuenta el contexto real en el que se desenvuelven.

²²² Sin duda, en los primeros años de funcionamiento de la Corte, no se contaba con un conocimiento exacto acerca del papel y posición de esta institución. Una omisión desafortunada dentro del ordenamiento jurídico italiano, hizo que se cuestionara el alcance de sus funciones. Habría sido de gran ayuda replicar para el caso italiano el artículo 1–1 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional español, quien a su vez heredero del artículo 1–1 de la B. Ver. G. G. alemana, reconocía al «El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución...», al ser como instancia de control, «independiente de los demás órganos constitucionales (...) sometido sólo a la Constitución y a la presente ley orgánica.» Frente a esta situación, ya Sandulli, Aldo, *Sulla posizione della corte costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato*, en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1960, p. 706 – 707, defendía la posición de la Corte frente a los órganos ordinarios de poder, catalogándola como órgano constitucional. Para ello, identificó dos presupuestos necesarios: En primer lugar, era importante gozar de la «autoridad», que para el caso de la Corte, se desprendían no solamente de su naturaleza y sus funciones, sino también del nivel en el que como institución se desempeñaba, así como de la eficacia de los actos en que alcanzaba su incidencia. En segundo lugar, se tomaba en cuenta a la «posición» que le reserva el ordenamiento a la Corte, ya sea como institución, cuanto a quienes asumen su representatividad. A partir de estos dos elementos, Sandulli pregona la posición de supremacía e independencia de la Corte como órgano constitucional. Este razonamiento sirvió en forma posterior, para que Sandulli, otorgue indirectamente el status de órgano constitucional a la Corte al tipificar y prever en el artículo 289 del Código penal italiano la protección contra los atentados a los órganos constitucionales y las asambleas regionales, y en cuya redacción se comprendía también a la Corte Constitucional. Para Sandulli, Aldo, juez de la Corte desde 1957 hasta 1969 y uno de los Presidentes más importantes en la historia de dicha instancia, en su obra *Sulla posizione della corte costituzionale nel...opus cit.*, p. 711, esta supremacía e independencia de la Corte, implicaba también, afirmar y diferenciar, que aunque la Corte Constitucional realice una actividad Jurisdiccional, no puede encuadrarse, de ninguna forma, dentro del ámbito de los jueces ordinarios o especiales. Admitiendo que los actos en los que se sustancia la actividad de la Corte son manifestaciones de soberanía vinculada, y que en consecuencia, revisten la forma de verdaderas decisiones cuyo carácter irrevocable las dota del efecto de la cosa juzgada, sin embargo, la Corte resuelve de forma objetiva e imparcial, en función del ordenamiento general, sobre cuestiones jurídicas que no fueron planteadas de oficio. Por lo mismo, la actividad de esta instancia se desenvuelve en un nivel muy elevado, cual es el de los poderes supremos del Estado, en tanto que, como ya se manifestó, sus sentencias están dotadas de una eficacia extraordinaria (fuerza de ley) y, además, la materia sobre la que le toca juzgar a la Corte (desprendible de la previsión de los artículos 134 a 137 de la Constitución italiana) difiere de la materia sobre la que determina la judicatura ordinaria (que también se encuentran reguladas en los artículos 101 a 113 de la precitada Ley fundamental).

²²³ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 29.

decisiones constitucionales ofrece claros indicios de la potencialidad intrínseca del ejercicio de esa verdadera «función constitucional» que se encomienda al Tribunal²²⁴.

Precisamente, la tipología de las sentencias de la Corte se erige con el surgimiento de las sentencias interpretativas²²⁵ y las consecuentes discusiones sobre la vinculación interpretativa de las mismas, aspectos éstos que significarán un viraje en el enfoque del problema y la profundización en los elementos teóricos que subyacían al objeto del juicio y a la actividad hermenéutica del Tribunal. Por ello, la polémica surgida en relación a las competencias sobre la interpretación de la ley, y su carácter no vinculante, comienzan a adoptar desde ese momento un nivel de generalidad y abstracción que se complementan con la importancia de la labor adecuadora del ordenamiento que realiza la Corte. Dicha labor discurre de forma paralela a la labor de interiorización de los valores constitucionales y de reafirmación del carácter estrictamente normativo de la Constitución del que serán coparticipes el Tribunal y, posteriormente, los jueces ordinarios.

I. LAS SENTENCIAS DESESTIMATORIAS INTERPRETATIVAS.

Ya en 1981, luego de haber transcurrido casi veinticinco años de experiencia jurisprudencial en la formulación de las sentencias interpretativas, Modugno²²⁶, justificó que, la Corte Constitucional italiana, a través de la cuestión de inconstitucionalidad no podía limitarse a la mera estimación o desestimación pura y simple de la cuestión suscitada, y ello debido a la necesidad de operar el control de constitucionalidad sobre el significado normativo o, sobre la combinación de los significados normativos²²⁷ de la disposición cuestionada²²⁸.

²²⁴ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 29, quien resalta a su vez, que la elaboración de una teoría general en Italia puede probablemente enriquecer la reflexión sobre conceptos como la cosa juzgada constitucional, la vinculación interpretativa del pronunciamiento, el objeto del mismo, o los límites de la manipulación normativa y temporal realizada por la Corte.

²²⁵ A decir de Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 81, son pronunciamientos que recaen sobre disposiciones ambiguas, de cuyo texto pueden derivarse varias normas alternativamente, pero a su vez, este tipo de sentencias, puede recaer también sobre disposiciones complejas de las que pueden derivar varias normas conjuntamente. La forma en que se pueden presentar estas sentencias interpretativas son como desestimatorias que, cuyo supuesto común y frecuente, declaran que el precepto impugnado «es inconstitucional, interpretado en el sentido señalado en el fundamento N. 1». Este tipo de sentencias también puede adoptar otra fórmula en la que se afirma que la disposición «es constitucional, salvo que se interprete» en uno o varios sentidos que el Tribunal señale. Esta última fórmula ha sido considerada la solución más respetuosa que busca conservar la disposición impugnada. Así, si de una disposición pueden derivarse dos sentidos, uno de ellos constitucional (N₁) y otro inconstitucional (N₂), sería más adecuado afirmar que la disposición impugnada es constitucional «salvo que se interprete en el sentido (N₂)», y ello pues puede existir una disposición (N₃) acorde con la Constitución, cuya constitucionalidad quedaría afectada si el Tribunal adoptase la fórmula en la que señala que «es constitucional si se interpreta en el sentido (N₁)». Este tipo de pronunciamientos pueden recaer también, sobre la disposición que es declarada constitucional, así como sobre las normas, siendo alguna (s) de ellas declaradas inconstitucional y otras no, tratándose en este caso de un pronunciamiento parcialmente estimatorio.

²²⁶ Modugno, Franco, *Corte Costituzionale e potere legislativo*, en VV.AA. *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 48.

²²⁷ Guastini, Ricardo, *Disposizione vs. norma*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 14, entiende que en las sentencias interpretativas desestimatorias, al igual que en las de acogimiento, el control y pronunciamiento versan sobre normas, en la medida en que dejan incólume la disposición. En ambos casos, existe un pronunciamiento implícito sobre la disposición impugnada, y a la vez, existe un pronunciamiento más o menos

De esta forma, emergía dentro del paradigma del control de constitucionalidad de la ley un nuevo tipo de pronunciamiento de la Corte que, sin dejar de lado el esquema básico de las sentencias desestimatorias, vendría a constituir el inicio de un largo proceso de potenciación de la capacidad operativa del Tribunal, y ello tomando en cuenta la inexistencia de una previsión positiva que regule o sirva de parámetro al efecto²²⁹.

Así pues, es la propia Corte Constitucional la que a través de su jurisprudencia se encarga de poner en evidencia las peculiares consecuencias de la implementación y posterior desarrollo de un modelo mixto de jurisdicción constitucional con base en el planteamiento inicial de la cuestión de inconstitucionalidad de los jueces ordinarios, que desde ya tendrá sus repercusiones en la pureza teórica del clásico modelo kelseniano de control jurisdiccional. En ese sentido, Cappelletti²³⁰ advirtió en 1956, que la lógica del supremo intérprete constitucional se revelaba como una actividad teleológicamente vinculada a la actuación de la voluntad de la Constitución, y por tanto inevitablemente interpretativa y creativa²³¹.

De esta forma, era también evidente que la vía del control concreto de inconstitucionalidad plantearía a la Corte desde el primer momento la alternativa de aceptar la interpretación que de la norma realizará el juez «a quo», o por el contrario, reafirmar su propia libertad hermenéutica, no sólo con relación a la Constitución, sino también, respecto a la norma legal objeto de examen.

Así, la estructuración de las sentencias desestimatorias (SD) interpretativas, descansa sobre tres pilares fundamentales: En primer lugar, la reafirmación desde el primer momento de la ausencia de vinculación de la Corte a la interpretación realizada por el juez «a quo»,

expreso sobre la constitucionalidad de una –o varias– de las normas que se derivan de dicha disposición. En todo caso, la inconstitucionalidad y la nulidad sólo operan en el plano de las normas.

²²⁸ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 101 recuerda que en el primer grupo de veintidós sentencias, emitió cuatro sentencias desestimatorias, dos en el procedimiento incidental y dos como resultado del conflicto entre las regiones y el Estado. En dichos fallos, la Corte realizó una interpretación de la ley impugnada, distinta de la efectuada por el órgano recurrente, y se condicionaba a semejante interpretación de la desestimación de la inconstitucionalidad de la norma.

²²⁹ En efecto, no existía ninguna mención a la eficacia de las sentencias desestimatorias en la ley constitucional de 1948, como tampoco lo hacía la ley de 1953. El artículo 136 de la Constitución, sólo se limitaba a hacer referencia a la eficacia en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad. Esta falta de regulación expresa, y la ausencia de una jurisprudencia de la Corte sobre el tema, obligaron a la doctrina jurídica italiana a construir un primer esquema de efectos de la sentencia «di rigetto» sobre la base de las concepciones teóricas acerca del control de constitucionalidad recientemente instaurado, aunque posteriormente fuera desechado.

²³⁰ Cappelletti, Mauro, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)*, en Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei, III, Padova, 1958, p. 93.

²³¹ Aunque claro está, para autores como Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Costituzionale e il legislatore*, en AAVV: *Corte Costituzionale e sviluppo della forma de governo in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1982, así como Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, en AA.VV: *Scritti su la giustizia Costituzionale (in onore di Vezio Crisafulli)*, vol. I, CEDAM, Pádua, 1985, p. 756, reduciendo todo el acervo de apreciaciones y de matices de la tipología de sentencias emitidas por la Corte, englobarán básicamente a dichos pronunciamientos en dos grandes categorías: Por un lado, aquellas sentencias en las que la Corte Constitucional –entienden– crea directamente Derecho. La característica de este tipo de pronunciamientos radica en que no requieren de la interposición de otro sujeto normativo, por lo que se las ha denominado también, como «sentenze – legge», mientras que por otro lado, se encuentran las sentencias que únicamente pretenden tener efectos normativos indirectos pero que no implican la creación de Derecho, por lo que se las ha denominado también, como «sentenze – indirizzo».

aseveración ésta sólo compartida por la doctrina constitucional²³². Sobre el tema, Crisafulli²³³ afirmará que toda sentencia es, en cierto sentido, interpretativa, y en particular lo son las sentencias de la Corte Constitucional (italiana).

En consecuencia, el segundo pilar de las sentencias interpretativas derivará de la posibilidad de que la disposición legislativa sea susceptible de interpretaciones diversas, de las cuales alguna atribuya a la norma un significado en contraste con la Constitución. La Corte deberá adoptar en todo caso, la interpretación que sea conforme con la Constitución y permita el mantenimiento del texto legal, para lo cual, será necesario que el órgano de control de constitucionalidad opte por declarar la «non fondatezza»²³⁴ de la cuestión planteada que se elevó, partiendo de una interpretación distinta pero no conforme a la Constitución²³⁵. Sin embargo, este principio de conservación de la norma legal, irá diluyéndose con el tiempo para convertirse en el principio de constitucionalidad y, como señala Redenti²³⁶, la Corte no debe decidir que interpretación era correcta o no, sino qué norma es inconstitucional o no²³⁷.

²³² Véase a Crisafulli, Vezio, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, Giurisprudenza costituzionale, 1956 y Pizzorusso, Alessandro, *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale: comandi o consigli?*, en Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 1963.

²³³ Crisafulli, Vezio, *Le sentenze interpretative della Corte costituzionale*, en Riv. Trim. dir e proc civ., 1967, p.1.

²³⁴ En la obra de Amoroso, G., *L'interpretazione «adeguata» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, en Foro Italiano, 1998, febrero, V-3, pp. 92-95, aparece explicada la doctrina de la «manifesta infondatezza», según la cual sólo cuando la cuestión podía ser calificada de manifiestamente infundada, es decir, que el intento de interpretación constitucionalmente conforme de la ley practicado por el juez ordinario como requisito previo para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional italiana entendía que podía rechazar su planteamiento o su admisión a trámite. Para este autor, no debía confundirse a la «interpretación constitucionalmente adecuada» con la doctrina de la «manifesta infondatezza», ya que ambos se refieren a conceptos que definen distintos aspectos. Así, la doctrina de la «manifesta infondatezza», es un concepto que permite hacer referencia a la ausencia de aplicabilidad de la ley al caso concreto, o también, a la poca argumentación de las dudas por parte del juez a quo, así como a aquellos supuestos de existencia de una cuestión ya decidida sobre el mismo tema. En tanto, la doctrina de la «interpretación constitucionalmente adecuada» hace referencia a una etapa posterior en la que la cuestión, ya se entiende fundada, pero se busca una interpretación constitucional que evite el procedimiento incidental ante la Corte Constitucional. Ahora bien, en criterio de este autor, la obligación estricta por parte del juez a quo, de acreditar el intento de una interpretación constitucionalmente conforme de la ley, previo al planteamiento del problema a la jurisdicción constitucional, constituye inevitablemente, un obstáculo que dificulta el acceso a la Corte Constitucional, traspasando lo que debiera entenderse como manifiestamente infundado. Sin embargo, para Amoroso, esta exigencia por parte de la jurisdicción constitucional, de un previo intento de acomodación interpretativa de ley por parte de la magistratura ordinaria, encuentra su fundamento, en la necesidad de contar con un mayor control sobre la fundamentación de la cuestión de inconstitucionalidad.

²³⁵ Para Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 38, son sentencias interpretativas «aquellas que señalan qué interpretaciones derivadas de un texto legislativo no son acordes con la Constitución, o bien cuál es la interpretación de dicho texto conforme con la Norma Fundamental», sin embargo, el autor aclara que no toda sentencia interpretativa elige una interpretación constitucional entre varias derivadas alternativamente de un texto, sino que entienden que una parte del contenido normativo del precepto es inconstitucional, aunque dicha parte no se corresponda con un inciso textual (esto es, con una palabra o conjunto de palabras), por lo que se hace necesario tener que construir un concepto más amplio de lo que debe entenderse por sentencia interpretativa. En ese sentido, el autor apunta que son sentencias interpretativas «aquellas cuyo fallo se pronuncia sobre el contenido normativo de un precepto, sin afectar a su texto».

²³⁶ Redenti, E., *Legittimità delle leggi e Corte Costituzionale*, Milano, 1957. Por otro lado, será Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, en Scritti su la Giustizia Costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli, vol. I, Cedam, Padova, 1985, p. 155, quien sostenga que el fin último de la sentencia desestimatoria interpretativa es la creación de una norma jurídica «ex novo», y que para ello el TC realiza un salto lógico entre la

El tercer pilar de la sentencia interpretativa, está relacionado con la escisión entre disposición y norma y la determinación del objeto de control de constitucionalidad ejercido por la Corte, llegando ésta luego de sendos debates aún en vigencia, a una conclusión expresa en la que sostiene que la Corte juzga sobre normas, pero se pronuncia sobre las disposiciones²³⁸.

De la confluencia de estos tres pilares, Crisafulli²³⁹, sostiene que la expresión sentencia interpretativa, ha sido utilizada en un principio para asignar un particular tipo de sentencia desestimatoria, basada en una interpretación de la disposición impugnada que no es aquella propuesta por el juez «a quo» –o por las partes en el juicio en vía de acción–, sino la considerada por la Corte –aún cuando al hilo de los principios del ordenamiento–, la más exacta y aquella capaz de hacer que el contenido normativo no sea incompatible con la Constitución, (o mejor, con las normas de la Constitución o de otras leyes constitucionales cuya violación se denunciaba). Por tanto las SD interpretativas declaran no fundada la cuestión de inconstitucionalidad, respecto a una norma diferente, sin embargo, a aquella deducida en el recurso, y que es, por tanto, otra norma, a juicio de la Corte correctamente deducible de las disposiciones indicadas en el acto introductorio del juicio constitucional.

Por su parte, Pizzorusso²⁴⁰, explica que este tipo de sentencias se caracterizan por contener un fallo donde se declara la falta de fundamentación de la cuestión de inconstitucionalidad, y una motivación en la que se aclara que la decisión adoptada está condicionada a la atribución de un determinado significado a la norma impugnada, dejando constancia a su vez, que una interpretación distinta a la establecida por la Corte podría conducir a un resultado distinto.

El consenso sobre la construcción del concepto de las SD interpretativas es casi generalizado, salvando las matizaciones hechas por Zagrebelsky²⁴¹, quien afirma que las sentencias interpretativas son adoptadas para separar las interpretaciones (o las normas) inconstitucionales de aquellas conformes a la Constitución. Así, desde un punto de vista externo, las sentencias interpretativas se caracterizan por adoptar un dispositivo dentro del cual la no contrariedad de la ley con la Constitución no es afirmada en forma absoluta, sino en función a que se otorgue a la disposición un determinado significado, en el sentido y modo interpretativo aclarado en la motivación.

interpretación considerada inconstitucional y la propuesta como constitucional, entre la realidad y la hipótesis, entre la jurisdicción y la legislación, en definitiva.

²³⁷ En criterio de Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Costituzionale e il legislatore...opus cit.*, p. 105, Si bien a través de esta técnica, la Corte Constitucional italiana, buscaba desarrollar un equilibrio entre dos bienes jurídicos, esto son, modular los efectos de la declaración de constitucionalidad pero preservando la seguridad jurídica, en los hechos, se criticaba la forma en la que la Corte condicionaba la validez de la disposición normativa a una solución –como la entendía en aquel entonces– como constitucionalmente adecuada, independientemente si a través de ella se buscara respetar la discrecionalidad del legislador, o que la misma sea aplicable por parte de los jueces ordinarios.

²³⁸ Véase las SSTC 84/96 y 360/96, como ejemplos de dicha conclusión sobre el objeto del control de constitucionalidad.

²³⁹ Crisafulli, Vezio, *Le sentenze interpretative della Corte costituzionale...opus cit.*, p. 3

²⁴⁰ Pizzorusso, Alessandro, *La motivazione delle decisioni della Corte...opus cit.*, p. 346.

²⁴¹ Zagrebelsky, Gustavo, voz *Processo costituzionale*, en Enciclopedia del Diritto, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 691.

Esta matización planteada por Zagrebelsky en la que plantea la taxativa ligazón entre el dispositivo y la motivación propios de las SD interpretativas, permitirá a la doctrina italiana elaborar una diferenciación más escueta entre las SD interpretativas strictu sensu, de aquellos pronunciamientos desestimatorios en los que la interpretación de la norma, si bien juega un papel fundamental y se presenta como una alternativa a la realizada por el juez «a quo», no lleva a considerar a la SD como propiamente interpretativa. A este último tipo de sentencias la doctrina²⁴² contemporánea las catalogó como sentencias desestimatorias «*per erronea premessa interpretativa*» (o de rigetto con interpretazione).

En lo que se refiere a las SD con interpretación, la Corte deja de lado la interpretación realizada por el juez «a quo», no precisamente porque es inconstitucional «prima facie», sino porque a la luz de los principios hermenéuticos comunes no resulta en modo alguno fundada, o bien, tras la prevalencia de la doctrina del «diritto vivente»²⁴³, al no ser compartida por la jurisprudencia. Es en estas situaciones en las que la Corte se decanta por reconstruir el normal significado de la disposición, y si este no resulta contrario a la Constitución dicta una sentencia desestimatoria por errónea premisa interpretativa.

Por el contrario, en las SD interpretativas propiamente dichas, el accionar de la Corte difiere, al juzgar que existe otra interpretación que, siendo conforme con la Constitución, evita pronunciarse al Tribunal a través de un pronunciamiento estimatorio, y esto sucede así cuando la Corte toma en cuenta la interpretación propuesta de la disposición por parte del juez «a quo» a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. De esta forma, la Corte a través de las SD interpretativas, salva la constitucionalidad de la disposición interpretada en el sentido indicado en la motivación.

Como se advirtió a un principio, el escenario político – constitucional en el que se desenvuelve la Corte Constitucional italiana²⁴⁴, la empuja a asumir en sus inicios, la técnica de las SD interpretativas «adecuadoras», para que a través de ellas, se pueda adaptar el ordenamiento preconstitucional a la norma fundamental sin crear vacíos legislativos. Esta nueva modalidad de sentencias inmersa dentro de la tipología italiana, cumplieron su finalidad al dotar a la disposición preconstitucional impugnada, de un sentido (llegando a forzar los

²⁴² Vid, por todos, Onida y D'Amico, *I giudizi di costituzionalità delle leggi*, Torino, 1998, p. 273 – 4; y Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 110 – 111.

²⁴³ A partir de la doctrina del «diritto vivente» introducida en la década de los setenta por Zagrebelsky, Gustavo, *La dottrina del diritto vivente*, en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale (Tai del Convegno, Trieste 26 – 28, maggio 1986)*, Milano, 1998, se incorporan matizaciones a la actividad de la Corte ha momento de llevar a cabo la interpretación de la norma legal, operando éste como un límite flexible a la libertad hermenéutica del Tribunal.

²⁴⁴ Se coincide con lo señalado por Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, en *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 387, cuando asevera que, la necesidad de conservar en la medida de lo posible la validez de los preceptos impugnados, requiere en ocasiones pronunciamientos de tipo interpretativo. Aunque también, se debe tener muy en cuenta, que las sentencias interpretativas exigidas por la realidad, introducen una notable complejidad en el sistema de control de constitucionalidad de la ley. En ese sentido, para el autor, no puede entenderse que las exigencias de la realidad sean en sí mismas fuentes de legitimación de este tipo de pronunciamientos. Pero sí es cierto que la frecuencia de este tipo de pronunciamientos, deja advertir claramente, que en ocasiones –constituye una solución menos mala– «salvar» la constitucionalidad de una disposición, que en sí misma es perfectamente constitucional, aunque no pueda mantenerse todo su contenido normativo, ya que algunas normas contrastan con la Constitución.

límites hermenéuticos en su mayoría) acorde a la Constitución, salvando de esta manera su declaración de inconstitucionalidad.

Como se verá un poco más adelante, sobre la base de la lógica de las SD interpretativas adecuadoras, la Corte llegará a establecer nuevos pronunciamientos de naturaleza manipulativa, dando lugar a una nueva distinción dentro de la doctrina italiana en los años setenta, entre la sentencia desestimatoria interpretativa «corrective» y la «adeguatrice»²⁴⁵, utilizándose el primer término para señalar a las SD interpretativas strictu sensu; siendo utilizado el segundo término para hacer referencia al proceso de limpieza y adecuación de las normas preconstitucionales a la Constitución. Sin embargo, a medida que el tiempo avanza, la Corte prescinde de enfrentarse a estas normas preconstitucionales, llegando a centrar su control en las recientes normas post constitucionales y, a ello debe sumarse el hecho de la falta de eficacia «erga omnes» de las SD interpretativas que obligarán al Tribunal a abandonar las SD interpretativas adecuadoras.

1. LA VINCULACIÓN DE LAS SENTENCIAS DESESTIMATORIAS INTERPRETATIVAS.

Frente al surgimiento de las SD interpretativas, los cuestionamientos desde la doctrina y la jurisprudencia (o judicatura ordinaria en general) italiana²⁴⁶ no se dejaron esperar, siendo la

²⁴⁵ Fue Pierandrei, F., *La Corte Costituzionale e l'attività «mayerutica»*, en *Giurisprudenza italiana*, 1961, p. 182, quien introduce el concepto, pero es a su vez Lombardi, G., *Sentenze «corrective» di rigetto della Corte costituzionale come sentenze de accoglimento in rapporto al «punto di diritto»*, en *Giurisprudenza italiana*, 1961, quien desarrolla los conceptos señalados. Para los citados autores, la sentencia desestimatoria «correctiva» partía, no de una interpretación del juez «a quo» de la disposición posible pero inconstitucional, sino de una errónea interpretación de la ley por el juez. Desde este punto de vista, la Corte solamente restituía «a su pureza normativa originaria» la disposición, dotándola de una interpretación constitucional, de lo contrario sería paradójico que la Corte tuviese que pronunciarse a través de una declaración de inconstitucionalidad por el sólo hecho de que una disposición fuera incorrectamente interpretada. En base a este planteamiento, se aclara que en las sentencias correctivas no existe en realidad una antinomia entre Constitución y ley, como sí sucede con las sentencias adecuadoras. Así, dentro del concepto de sentencia correctiva formulada por los autores, se encontraría inmersa la sentencia desestimatoria por errónea premisa interpretativa estudiada por Onida y D'Amico, *I giudizi di costituzionalità delle leggi...opus cit.* p. 110.

²⁴⁶ El escenario en el que la Corte Constitucional italiana empezó a desempeñar su labor, se caracterizó por una marcada confrontación entre esta instancia de control y la «Corte di Cassazione». La razón de esta disputa radicaba en la crítica hacia los instrumentos de carácter interpretativo utilizados por la Corte Constitucional cuando sus decisiones no asumían la forma de una declaración de inconstitucionalidad de la ley impugnada. Desde luego, en un contexto como éste, donde sale a relucir una relación por demás agrietada entre ambas jurisdicciones, urgió la necesidad de trabajar en la reformulación –en forma radical– acerca de la sostenibilidad del recurso a mecanismos decisorios interpretativos. En apreciación de López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2004, p. 146, de nada servía a la Corte recurrir a fórmulas interpretativas, o elaborar técnicas de interpretación conforme tendentes a eludir la declaración de inconstitucionalidad si la mencionada interpretación no sería acatada por el resto de la magistratura, o para el caso concreto, no sería tomada en cuenta por la Corte de Casación. En criterio del autor español, una primera aproximación que permita explicar el fenómeno de la confrontación entre la Corte y la magistratura – genéricamente hablando–, implica tomar en cuenta a la realidad de un sistema constitucional como el italiano, que busca emerger como puede, de un entorno estatal totalitario. Luego, sería lógico suponer, que la introducción de una instancia de control de constitucionalidad, no sería muy bien recibida por parte de una judicatura portadora de valores fascistas. Aunque, inmediatamente después de exponer este razonamiento, el mismo autor reflexiona, afirmando que dicho enfrentamiento, no solamente responde, principalmente a razones sociológicas, en la que la única causa sería acusar del mal a jueces de una Corte de Casación con una mentalidad autoritaria y conservadora, frente al progresismo de los magistrados de la Corte Constitucional. La presencia de esta tensión en las relaciones entre jurisdicciones, muy posiblemente constituya una causa para el surgimiento del conflicto, pero no sería serio afirmar que fue la única, menos aún la principal. Quizá convenga comulgar con la afirmación elaborada por la doctrina mayoritaria, que sostiene que el rechazo a las decisiones interpretativas de la Corte Constitucional por parte de la Corte de Casación se debió más bien, a un temor infundado hacia la expansión desmesurada del

principal interrogante aquella referida al valor que se debía reconocer ya sea frente al juez «a quo», así como frente a los demás jueces ordinarios y a la interpretación de la ley realizada por el Tribunal para la constitucionalidad de la misma.

De inicio, el problema se manifestó en los disensos surgidos entre la Corte Constitucional y la judicatura, en cuanto a la eficacia en general de las sentencias desestimatorias se refiere. Así, un rechazo rotundo desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial hacia cualquier pretensión de configurar la sentencia desestimatoria «pura» como si se tratase de una interpretación auténtica de la ley o de dotarla de una eficacia «erga omnes», vendrían a constituir los puntos de inflexión que repercutirán en la imposibilidad de otorgar algún tipo de efectos a las sentencias interpretativas, que desde ya se representaba en una decisión de «infondatezza». Así, de esta forma, también se presenta una férrea oposición a una jurisdicción constitucional como una jurisdicción de interpretación, así como a toda iniciativa que intente extender más allá del juicio «a quo» la eficacia del pronunciamiento desestimatorio.

A ello debe sumarse el hecho de que las SD interpretativas comparten un elemento común con las SD simples: la ausencia de cualquier previsión de derecho positivo sobre su eficacia, y en este caso sobre la propia posibilidad de su existencia²⁴⁷. En consecuencia, también

ámbito de jurisdicción de la Corte Constitucional. En opinión de Onida, Valerio, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, en Scritti in onore di Constantino Mortati. *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol IV, Giuffrè, Milàn, 1977, pp. 503 y ss., la confrontación entre la Corte de Constitucional y la Corte de Casación, independientemente de que se presentara como un fenómeno persistente, no debe dejarse de lado, que en aquellos episodios en los que otro órgano relevante en el conjunto de poderes rechazaba la visión elaborada por la Corte Constitucional, no significaba otra cosa que exponerse a un escenario riesgoso donde la minusvaloración de la influencia de las decisiones de la jurisdicción constitucional constituye el mecanismo ideal para colapsar el aparato y deteriorar todavía más las esperanzas consolidación del nuevo sistema. Como no podía ser de otra manera, en este complejo ámbito, la única vía de solución pasaba por reforzar la posición del Tribunal Constitucional, y asumir entre todos, que la verdadera interpretación constitucional emana de la misma instancia de control, y de que en el trasfondo del rechazo del órgano adverso –entiéndase la judicatura en general– subyacía un sentimiento contrario al orden constitucional. Sobre este último punto, Onida reflexiona tratando de justificar la posición y accionar de la Corte de Casación, a la que califica de sensata constitucionalmente hablando, y que la misma actuación, en vez de ser criticada, habría sido encomiada de haberse suscitado en el contexto de un Estado constitucional avanzado, tan distinto de aquel en el que apenas emergía la República Italiana y donde el ámbito de actuación de la Corte Constitucional estaba todavía por trazar.

²⁴⁷ La férrea oposición por parte de la judicatura hacia las SDI, tiene su origen y se imputa a la ausencia de previsiones acerca del efecto que proyectan aquellas sentencias de la Corte Constitucional en las que no se declara la inconstitucionalidad de la ley enjuiciada, sino en las que, después de desestimar la impugnación, la Corte Constitucional condiciona la constitucionalidad del precepto examinado a que se interprete del modo que la propia Corte establece. En este escenario, los cuestionamientos acerca de cómo vinculaba a los jueces ordinarios la interpretación de la Corte Constitucional contenida en este tipo de pronunciamientos en los que no existía una declaración formal de inconstitucionalidad, eran comunes. En efecto, como ya se tuvo oportunidad de señalar, tanto el artículo 136 de la Constitución Italiana, así como el artículo 30 de la ley No. 87 de 11 de marzo de 1953, regulaban expresamente las consecuencias desprendibles de la declaración de inconstitucionalidad, esto es, la inaplicación de la norma, empero no existía regulación explícita acerca de los pronunciamientos desestimatorios que condicionaban la validez de la norma cuestionada, al cumplimiento de una interpretación, es decir, la «decisione interpretative di rigetto». Dadas estas circunstancias, es que la Corte de Casación, en reiterados fallos, rechazó cualquier forma de vinculación a la interpretación ofrecida por la Corte Constitucional, lo que sin duda, contribuyó a generar un ámbito de confusión en el resto de los jueces ordinarios, quienes cavilaban acerca de qué criterio seguir: Si el de la Corte Constitucional o el de la Corte de Casación. En la percepción de López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control...opus cit.* p. 147, este rechazo de la Corte de Casación y de la magistratura ordinaria por reconocer eficacia alguna hacia esta categoría de pronunciamientos, no debía vérsela

se presenta una carencia de disposiciones jurídicas que establezcan algún tipo de sanción, o que garanticen de alguna manera el cumplimiento – vinculación²⁴⁸ del juez «a quo», así como del

como un acto de rebelión burda. Más al contrario –sostiene– debía entenderse este accionar, como una actitud depurada a través de la cual, la judicatura en general, no ponía reparo alguno en que la Corte Constitucional declarase la inconstitucionalidad de una ley, ni en que la declaración de ésta tuviese efectos erga omnes. Empero, en lo que sí fue incisiva la magistratura, es en acusar a la Corte Constitucional de emitir sentencias interpretativas de desestimación sin contar con fundamento normativo alguno al efecto, teniendo como lógica consecuencia, que la interpretación conforme señalada por la Corte Constitucional en estas decisiones no desplegaba ningún tipo de efecto vinculante para el resto de jueces, sobre todo, si se tomaba en cuenta que en el contexto del ordenamiento jurídico italiano, a la luz de lo dispuesto por el artículo 65 del «Ordinamento giudiziario» se entiende que la máxima instancia en la aplicación y la «correcta observancia y uniformidad en la interpretación de la ley» correspondía a la Corte de Casación y no a la Corte Constitucional. Por lo mismo, se reclamaba que, si la Corte Constitucional consideraba que la ley se encontraba verdaderamente viciada de problemas de compatibilidad con la Constitución, su deber por mandato constitucional era declarar la inconstitucionalidad del precepto, más no así, recurrir a ésta técnica intermedia, extralimitando su jurisdicción e invadiendo el ámbito de decisión que ostenta la Corte casacional. Ahora bien, la ausencia de norma que regule el grado de vinculación que debían desprender los pronunciamientos interpretativos, constituirán en principal obstáculo para el desarrollo de la justicia constitucional en Italia, sobre todo, en lo que atañe a la década de los años cincuenta y sesenta, lo que no quiere decir, que la discusión sobre este tema haya dejado de tener vigencia, sobre todo en la perspectiva de la legislación comparada, donde estados como Alemania y España, sopesarán con esta misma dificultad, es decir, imputar las relaciones deficitarias entre el Tribunal y la magistratura ordinaria, a la carencia de preceptos normativos que indiquen el grado de vinculación de aquellos juicios en los que la instancia de control, en vez de declarar la inconstitucionalidad de la ley, opta por enunciar la interpretación que mejor se acomoda a los mandatos constitucionales. Esto último, no significa en modo alguno, pretender afirmar que el problema se habría ahorrado o resuelto a través de la positivización de la eficacia de este tipo de pronunciamientos, puesto que en algunos supuestos, dicha positivización deviene redundante, o contribuye a confundir más las relaciones entre jurisdicciones como sucedió en el caso alemán. En efecto, la experiencia ha permitido demostrar que la positivización de las reglas sobre los efectos de la interpretación realizada por el Tribunal, siempre han sido objeto de nuevas interpretaciones y, para el caso de la Corte de Casación, en términos hipotéticos, podría haber encontrado recursos interpretativos alternativos para eludir su sujeción al criterio de la Corte Constitucional. Luego, trabajar un escenario de pacificación entre jurisdicciones, no pasa tanto por el establecimiento de reglas textuales que delimiten el efecto de las operaciones interpretativas como por crear procedimientos enteros de control de constitucionalidad. En fin, para poder resolver el conflicto entre las jurisdicciones y definir el grado de vinculatoriedad de las sentencias interpretativas de desestimación, surgieron desde la perspectiva doctrinal, algunas formulas como las que entendían que las sentencias desestimatorias operaban únicamente como precedentes «persuasivos». Desde luego, la desconfianza de la Corte de Casación hacia este tipo de sentencias, no garantizaba que en realidad dichos pronunciamientos pudieran generar persuasión alguna en dicho ente. Por ello, Crisafulli, Vezio, *Questioni in tema di interpretazione della Corte Costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, en GC, 1, 1956, p.939, plateó que lo más viable para salir de este encono jurisdiccional, era asumir que las sentencias interpretativas desestimatorias eran estimativas no en el plano de la declaración de inconstitucionalidad de preceptos pero si en el plano de las normas abstractas. Sin duda, como ya se tuvo oportunidad de explicar, esta situación significaba afirmar, que el control de constitucionalidad no era textual sino de significados, yendo de este modo, a contracorriente del entendimiento sostenido por otros tribunales constitucionales, tal el caso del español.

²⁴⁸ Como se verá más adelante, las sentencias interpretativas en Alemania, encuadradas en la previsión del artículo 31 LTCFA, a través del cual se otorga a los fallos del Tribunal el efecto de vinculación (Bindungswirkung) en principio, aceptan la fuerza obligatoria de los pronunciamientos del Tribunal más allá de los participantes, llegando a afectar a los órganos estatales: esto es, autoridades y tribunales. Sin embargo, de esta vinculación quedaría excluida el propio Tribunal Constitucional, que puede replantearse sus concepciones del derecho. Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 115, ha precisado también, que el efecto de la Bindungswirkung, se encuentra sometida a unos límites temporales, donde la vinculación desaparecería cuando a juicio del TC se dieran cambios considerables en los hechos, o en las leyes y en el concepto de derecho que fue la base del pronunciamiento constitucional. Sin embargo, por otro lado, Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, pp. 81 y ss., observó sobre la vinculación una cierta contradicción. Al abordar la conocida crítica a la «petrificación» del derecho a partir de la vinculación de las valoraciones del *dictum constitucional*. Si bien el TC no

resto de la magistratura, de la interpretación particular adoptada por la Corte. Así, la magistratura ordinaria no se sentía vinculada a la interpretación de la disposición realizada por la Corte, y que se hallaba reflejada en el fundamento de la SD interpretativa. Por ello es que Martín de la Vega²⁴⁹ señala que las SD interpretativas estaban destinadas a convertirse en un verdadero «banco de pruebas» de las relaciones entre la Corte Constitucional y la magistratura²⁵⁰.

La doctrina italiana era consciente de las peculiaridades que semejante tipo de pronunciamientos implicaba a la hora de determinar sus efectos jurídicos. Para Crisafulli²⁵¹, las SD interpretativas debían superar dos obstáculos: Uno de naturaleza conceptual relacionado con el reconocimiento constitucional de la libertad hermenéutica de la que goza el órgano judicial para llevar adelante una interpretación del derecho vigente según su propio razonamiento y valoración; Y por otro lado, el óbice práctico muy ligado al conceptual, que radicaba en la ausencia de previsiones jurídicas que tiendan a asegurar que el juez «a quo» aplicaría la disposición en el sentido interpretado y señalado por la Corte, dejando de lado el planteado en la cuestión y declarado en forma indirecta como inconstitucional.

Para construir los fundamentos de la eficacia de la SD interpretativa frente al juez «a quo», ha sido necesario que la doctrina italiana separe la vinculación operada sobre el juez «a quo», de la eficacia interpretativa que alcanzaría a los demás jueces ordinarios. Para ello se tomó muy en cuenta que los supuestos eran disímiles, ya que en el caso del juez que elevó la cuestión de inconstitucionalidad, éste se encontraba en una relación mucho más estrecha a la Corte, pues entre ambas existía un vínculo de prejudicialidad que nacía de un incidente suscitado por el juez «a quo»²⁵². Como tal, el proceso principal dependía para su prosecución del pronunciamiento de la Corte a través del juicio de constitucionalidad.

se encontraría vinculado a sus propios pronunciamientos, no menos cierto es que, al estar la magistratura alcanzada por los efectos de la Bindungswirkung (y en consecuencia la fuerza de su jurisprudencia) dejarían de elevar las cuestiones, dificultando cualquier cambio de orientación en las decisiones del propio Tribunal.

²⁴⁹ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 116.

²⁵⁰ El motivo por el que en el modelo italiano del control de constitucionalidad de las leyes, asuma una preocupación —quizá en extremo— por delimitar la acción de la Corte Constitucional en sus pronunciamientos, encuentra su justificación no solamente en aquellos intentos por buscar un equilibrio y mejorar la relación entre esta instancia de control y la magistratura en general, sino también, como se verá, la explicación se encuentra en el precitado artículo 28 de la ley No. 87 de 11 de marzo de 1953, que regula expresamente sobre la constitución y el funcionamiento de la Corte. De dicha disposición, se desprende que el control ejercido por la Corte Constitucional sobre una ley o un acto con fuerza de ley, debe excluir cualquier valoración de naturaleza política y cualquier examen sobre el uso del poder discrecional del Parlamento. De este modo, las SD interpretativas no solamente se encontraban destinadas a convertirse en un «banco de pruebas» de las relaciones entre la Corte Constitucional y la magistratura, sino también, entre la Corte y el legislador. Sin embargo, para López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control...opus cit.* p. 151, no queda claro qué diferencia existe en el ámbito del control de las leyes, es decir, entre lo que vendría a representar la «valoración de naturaleza política» y el «poder discrecional del Parlamento». Al final, para este autor, el momento en el que la decisión del legislador termina concretándose en las mallas de una formulación jurídica, la disposición normativa deja su naturaleza política y pasa a asumir una dimensión jurídica y, en consecuencia, la hace pasible a un juicio de legitimidad de acuerdo con los parámetros constitucionales.

²⁵¹ Crisafulli, Vezio, *Le sentenze interpretative della Corte costituzionale...opus cit.*, p. 7 – 8.

²⁵² Para Crisafulli, Vezio, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, p. 97, la sentencia de la Corte debe en todo caso poder resolver las dudas del juez, al cual le está vedado tanto desaplicar, como aplicar leyes y normas de dudosa constitucionalidad, siéndole en consecuencia, prohibido aplicar disposiciones declaradas inconstitucionales por la Corte.

Uno de los autores que con más elocuencia esgrimió fundamentos que sostienen la tesis de la vinculación positiva del juez «a quo» a la interpretación de la ley construida por la Corte, es Crisafulli, quien pone sobre el tapete una serie de reflexiones sobre los inconvenientes que se derivarían si se asumiese la tesis que niega cualquier vinculación del juez al pronunciamiento desestimatorio interpretativo del Tribunal. En ese sentido, el autor apunta que la negación de cualquier vinculación al juez «a quo» permitiría que el juez incidental termine considerando simplemente vigente la disposición e, interpretándola, aplique una norma declarada inconstitucional por la Corte. El mismo autor sostiene que para evitar esta situación, cabrían dos opciones: Una que consiste en asumir que esta distinta interpretación del juez «a quo» recogida en su sentencia, una vez recurrida ésta, se replantee nuevamente una cuestión de inconstitucionalidad por parte de la justicia ordinaria. Tomando en cuenta la dimensión del asunto planteado. Para el jurista italiano, se estaría en presencia de una cuestión de inconstitucionalidad «distinta» si se toma en cuenta que la norma que está siendo reimpugnada es diferente de la que en un principio fue objeto de la sentencia de la Corte.

Ahora bien, más allá de los inconvenientes²⁵³ que pudiera plantear esta primera opción, el mismo Crisafulli esgrime otra alternativa en la que tomando en cuenta que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad suspende el juicio principal, por haberse configurado la cuestión como una prejudicialidad, la eficacia de la sentencia desestimatoria no podría tener en el juicio sino una eficacia vinculante debido a la interna cuestión de inconstitucionalidad, después, y porque en ella se encuentra resguardada la interpretación que de ella se ha pronunciado como el presupuesto para la prosecución del proceso. Sin embargo, el problema teórico con el que tropieza este planteamiento, radica en la forzada situación de tener que dotar de efectos vinculatorios a la interpretación realizada por el Tribunal en una sentencia desestimatoria, y esta situación arrastraría a la Corte hacia una situación en la que se constituiría en una «jurisdicción de interpretación»²⁵⁴ que a juicio del autor resulta inaceptable e incorrecta, pues la sentencia del Tribunal debe limitarse solamente a determinar la compatibilidad entre la ley y la Constitución y no así a determinar la exactitud de la interpretación de la norma legal²⁵⁵.

Años más tarde, Crisafulli, implícitamente aceptará la imposibilidad de establecer una vinculación general de toda la magistratura a la interpretación de la ley contenida en el pronunciamiento, ello tomando en cuenta la falta de eficacia «erga omnes» de la sentencia desestimatoria y mucho más si se toma en cuenta la incorrecta tesis que asemeja a las interpretaciones de la Corte con una interpretación auténtica de la ley. Para el autor italiano, la imposibilidad de que el juez «a quo» pueda apartarse de la interpretación adoptada por el Tribunal es imposible, y ello debido a la naturaleza prejudicial de la cuestión de

²⁵³ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 119, señala que el obstáculo práctico se encuentra en la existencia de múltiples juicios ordinarios donde el ordenamiento procesal no contempla la posibilidad del recurso.

²⁵⁴ En la perspectiva de Crisafulli, Vezio, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, Giurisprudenza costituzionale, 1956, p. 947, era lógica la postura de la Corte Constitucional italiana, de persistir en el rechazo a aceptar impugnaciones en las que se les requiere únicamente un pronunciamiento interpretativo, puesto que a la larga, habrían reducido a este órgano de control *ad hoc*, a una mera instancia de carácter consultivo. Ha sido este mismo argumento, el que ha servido a otros tribunales constitucionales, para asumir similar postura.

²⁵⁵ Es necesario tomar en cuenta, que no es misión del Tribunal señalar cuál es la interpretación correcta o adecuada de la disposición, para pronunciarse seguidamente sobre su constitucionalidad, sino señalar si el precepto impugnado (disposición y contenido normativo) es constitucional, y lo será cuando pueda interpretarse de acuerdo con la Norma fundamental, tarea que sí puede y debe llevar a cabo el Tribunal.

inconstitucionalidad, tanto como el papel que desempeña la Corte y el juez. Desde esta posición, se opone a cualquier teoría que sostenga que el juez «a quo» tan sólo esté obligado a dar una interpretación no inconstitucional de la ley, pudiendo éste en consecuencia apartarse de la interpretación adoptada por la Corte. Para Crisafulli, razonar en este último sentido, significaría conferir al juez, tras la sentencia desestimatoria interpretativa, la libertad de elegir una interpretación no inconstitucional, otorgándole de esta forma, un poder de control de constitucionalidad sobre las normas, que no se encuentra contemplado por el ordenamiento, arrastrando a la sentencia de la Corte en un sin sentido «inutiler data». La incertidumbre del juez «a quo» permanecería igual a antes de elevar la cuestión de inconstitucionalidad, obligándosele a un replanteamiento de la interpretación rechazada, convirtiendo al mecanismo constitucional en un inconcebible «diálogo entre sordos».

En palabras de Crisafulli, aceptar en realidad que la Corte es libre para adoptar una interpretación del acto legal que salve la constitucionalidad del mismo implica, a su vez, aceptar que el juez «a quo», queda vinculado sobre todo el pronunciamiento interpretativo desestimatorio, pues a través de ella se determina el significado válido y correcto de la disposición, ofreciendo al juez la premisa mayor a partir de la cual éste debería extraer las consecuencias que se pudieran aplicar al caso concreto.

Frente a la tesis sostenida por Crisafulli, autores como Zagrebelsky²⁵⁶, sostienen una tesis opuesta, a partir de la cual, afirman que la SD interpretativa no vincula ni positiva ni negativamente²⁵⁷ al juez «a quo», y que por el contrario, el juez que promueve el incidente conserva su potestad interpretativa de la ley para aplicarla al caso en concreto, resultando en este sentido la interpretación de la Corte un mero precedente cuya fuerza no alcanza al campo jurídico sino al de la mera influencia de hecho. Ello, y aunque con un matiz diferente, también es sostenido por Cappelletti²⁵⁸, quien afirma la inexistencia de cualquier vinculación interpretativa al juez «a quo» por parte de la Corte a través de la SD interpretativa, y que la misma no es más que la consecuencia lógica de la carencia de vinculación jurídica del pronunciamiento desestimatorio con carácter general frente al juez.

Cappelletti, funda su postura en la inexistencia de norma positiva que limite el principio por el cual los jueces se sujetan tan sólo a la ley, siendo por tanto autónomos e independientes en la interpretación de las leyes, y nada impide que dicha interpretación sea diversa a la

²⁵⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *Processo...opus cit.*, p. 652.

²⁵⁷ Como se verá en el desarrollo del presente trabajo, es Sandulli, Aldo, *Il Giudizio sulle leggi: la cognizione della Corte Costituzionale e i suoi limiti*, Giufre, Milán, 1967, pp. 55 y ss., quien plantea el contrapunto de la eficacia desprendible de una SD interpretativa. Para este autor, las sentencias desestimatorias interpretativas de la Corte Costituzionale sólo podían desprender una «vinculación negativa» en la medida, en que el pronunciamiento, sólo representaba una prohibición para el juez a quo, de acoger la interpretación contraria a aquella que la Corte Constitucional había considerado inconstitucional, en tanto que para el resto de interpretaciones —incluidas aquellas que la Corte Constitucional declaraba constitucionales sin descartar otras opciones de interpretación constitucionalmente conforme— el juez no se encontraba necesariamente sometido a la obligación de observarlas.

²⁵⁸ Cappelletti, Mauro, *Sentenze condizionali della Corte costituzionale (a proposito della interpretazione delle leggi nel processo costituzionale)*, in *Rivista di diritto procesuale*, 1957, p. 12, para este autor, en principio, no existe fundamento alguno de derecho positivo que sostenga la eficacia de cosa juzgada o de preclusión de las sentencias desestimatorias en el juicio principal, por lo que peor aún, no existirían tampoco fundamentos positivos que hagan sostener la vinculación a la interpretación de la ley realizada por la Corte.

realizada por la Corte. En la misma línea, aunque con un razonamiento distinto, Pierandrei²⁵⁹, también niega la existencia de cualquier efecto vinculante para el juez «a quo» de la interpretación realizada por el Tribunal. Su idea difiere del planteado por Cappelletti, en el sentido de que la eficacia de las sentencias, debe predicarse únicamente del dispositivo de la sentencia, que se limita a desestimar la cuestión, y no así a los motivos en virtud a los cuales se llegó a dicha solución. Esta postura es complementada por Pizzorusso²⁶⁰, para quien es difícil comprender que la interpretación ingrese dentro de la fuerza de la cosa juzgada o de preclusión de la sentencia, y ello debido a que dicha interpretación no se encuentra comprendida ni en el «petitum» ni en la «causa petendi»²⁶¹.

Ahora bien, dentro de la doctrina mayoritaria se configuró un nuevo efecto de las sentencias que permitirán por un lado, salvar la libertad interpretativa del juez ordinario, y por otro, evitar la vanificación de la incidencia de un pronunciamiento cuyo carácter prejudicial frente al juez «a quo» quede en entre dicho, como se pudo observar anteriormente. Esta búsqueda se pudo concretar con el establecimiento de la teoría de la vinculación negativa de la SD interpretativa al juez «a quo» formulada en su versión inicial por Esposito²⁶². A partir de dicha teoría, se deja claramente establecida que la libertad de interpretación del juez «a quo» queda intacta, debiendo el juez ordinario dar a la ley una interpretación constitucional sin estar obligado a asumir la interpretación que ha momento de resolver la cuestión asumiera la Corte. En otras palabras, el juez «a quo» debe arribar a interpretaciones constitucionales de la ley, pues si bien la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad implica un pronunciamiento que declara la constitucionalidad de la disposición por parte del Tribunal, significa también que el juez «a quo» sólo puede extraer de la disposición impugnada interpretaciones conformes a la Constitución²⁶³.

Años más tarde, en 1961, será Sandulli²⁶⁴ quien establezca que la SD interpretativa no solo impide jurídicamente al juez «a quo» decidirse por interpretaciones contrarias a la Constitución, sino que, más concretamente, le prohíbe interpretar la norma en el sentido rechazado por la Corte Constitucional.

Ahora bien, habiéndose planteado la discusión sobre la eficacia de las SD interpretativas en relación a los posibles efectos que éste surtiría dentro del proceso principal, es necesario también, abordar la polémica oposición suscitada por parte de la magistratura

²⁵⁹ Pierandrei, F., voz *Corte Costituzionale*, en enciclopedia del diritto, vol. X, Milano, 1962, p. 984.

²⁶⁰ Pizzorusso, Alessandro, *La motivazione delle decisioni della Corte...opus cit.*, p. 984.

²⁶¹ Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 119, apunta que, ésta lógica obligará a la Corte a transformar sus sentencias en estimatorias de inconstitucionalidad, confirmando de esta manera el valor persuasivo y por tanto libremente apreciable por parte de quienes son destinatarios de la decisión. De esta forma, se impone una rígida bipolarización sentencia estimatoria/sentencia desestimatoria, eficacia jurídica, mera influencia, aspecto este que desde ya abrirá paso a una interrogante pendiente de solución: «¿cómo conjugar la obligación de aplicar la ley tras la desestimación, con la posibilidad de replantear constantemente la cuestión de inconstitucionalidad, sino se quiere admitir que el juez pueda conscientemente aplicar la interpretación considerada por la Corte inconstitucional en su motivación?».

²⁶² Esposito, Carlo, *Nota a la sentenza – 26 gennaio 1957, n. 10, giurisprudenza costituzionale*, 1957, p. 12.

²⁶³ Esposito, Carlo, *Nota a la sentenza...opus cit.*, p.77, aclara que lo vinculante para el juez «a quo» es la declaración de constitucionalidad de la ley hecha por la Corte, y no así la interpretación reconstructiva de éste último, siendo su formulación un útil instrumento de apoyo para el juez ordinario, en la búsqueda de una interpretación constitucional.

²⁶⁴ Sandulli, Aldo, *Atto Legislativo, statuzione legislativa e guidizio di legittimà costituzionale...opus cit.* p. 55.

ordinaria frente a cualquier eficacia de dichos pronunciamientos más allá del ámbito del juicio «a quo». Dicho rechazo, hizo que este tipo de pronunciamientos por parte de la Corte los ubique como un mero instrumento retórico de persuasión sin eficacia jurídica frente al resto de la magistratura. Y ello se desprende del comportamiento de ciertos jueces que manifestaban su oposición a la función interpretativa de la Corte ya sea replanteando la cuestión de inconstitucionalidad sobre las interpretaciones implícitamente rechazadas por el Tribunal o ignorando el carácter de esta clase de fallos.

Esta situación descrita, contribuirá aún más a la crisis en las relaciones entre la Corte y la magistratura, que obligarán a ambas instancias a recomponer sus ámbitos funcionales, forzando para ello, el establecimiento de nuevos fundamentos doctrinales, como el surgimiento de la doctrina del «diritto vivente»²⁶⁵, abarcando como señala Martín de la Vega²⁶⁶, una nueva época dentro de los usos del Tribunal, época que paradójicamente no va a suponer, ni mucho menos, un repliegue en la intervención normativa del órgano constitucional. Pero antes bien, es necesario rememorar algunas tesis que, aunque minoritarias y aisladas dentro de la doctrina italiana, también formularon en su momento argumentos que buscaron extender más allá del juicio «a quo» la eficacia de la SD interpretativa. Así se tiene a la tesis sostenida por Giannini²⁶⁷, quien en parangón con el «contencioso normativo», señala que la sentencia constituiría un «pronunciamiento jurisdiccional normativo», o en otras palabras, se trataría de una sentencia normativa con estructura de sentencia y con efectos de acto normativo.

Esto permitió concebir a la SD interpretativa como un pronunciamiento con una estructura compleja, o lo que es lo mismo, compuesta de dos partes: Una que contiene la declaración de validez de una norma y, la que contiene la declaración de invalidez de la otra norma. Para Giannini²⁶⁸, ambas partes tendrán la eficacia que les corresponde según la naturaleza de su «accertamento». Partiendo de ello, la sentencia que rechaza la demanda «para la parte que contiene la declaración de invalidez de la norma hipotética o problemática proyectada por la demanda judicial es de anulación, y la norma anulada no puede formar más el objeto de sucesivos recursos, por parte de quien sea». Lo contrario sería un sinsentido en el que la declaración de invalidez de las normas hipotéticas a la que eventualmente se procede se quede en la enunciación de una mera opinión²⁶⁹. Pero por otro lado, se sostiene que, si no hay anulación de la norma hipotética o problemática, no habría eficacia constitutiva. De esta forma, cuando se dice que la SD interpretativa no tiene eficacia general se está en lo cierto, pero ello sólo en relación a la parte en que se declara válida una norma, y no así en la parte en que se declara nula una norma hipotética. Esto último implica necesariamente que la SD interpretativa supone en realidad, la anulación con efectos «erga omnes», de la interpretación entendida como inconstitucional por la Corte y, la de tomar por tanto, por cosa juzgada semejante

²⁶⁵ Vid principalmente la obra de Zagrebelsky, Gustavo, *La dottrina del Diritto Vivente*, en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1988.

²⁶⁶ Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 131.

²⁶⁷ Giannini, M.S., *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, Giurisprudenza costituzionale, 1956, p. 904.

²⁶⁸ Giannini, M.S., *Alcuni caratteri della giurisdizione...opus cit.*, p. 927.

²⁶⁹ Giannini, M.S., *Alcuni caratteri della giurisdizione...opus cit.*, p. 923, precisa que, lo que la Corte realiza a través de las SD interpretativas es una actividad compleja consistente en la valoración de varias normas hipotéticas o problemáticas, realizando de entre ellas una elección, de las cuales declara válidas a todas salvo una. Asumiendo esta dimensión el proceso adquiere una naturaleza de anulación por parte del Tribunal.

inconstitucionalidad, obligándose con esta medida a jueces y magistrados a no interpretar en ese sentido la disposición legal.

Más allá de todo intento doctrinal, la tesis de Giannini, fracasó y prueba de ello es el cambio en la jurisprudencia constitucional, al adoptar la Corte sentencias estimatorias interpretativas a partir de las cuales, harán desaparecer del ordenamiento determinadas interpretaciones inconstitucionales.

Pero antes bien, como se pudo observar, ni la teoría de la vinculación negativa general de la interpretación rechazada por la Corte, y menos aún la teoría general de vinculación positiva a la interpretación de la acogida, hallaron eco en la doctrina dominante. Más parece predominar la negación de la eficacia interpretativa general de la SD interpretativa sobre la base de los fundamentos sistemáticos de la jurisdicción constitucional italiana. Así de esta manera, se reafirma que tan sólo la sentencia estimatoria despliega en el sistema de control de constitucionalidad italiano fuerza «erga omnes», y ello si se toma en cuenta la previsión del artículo 136 de la Constitución, en la que se prevén dichos efectos sólo en relación a la anulación de la ley y no a su «conferma». En ese sentido, Cappelletti²⁷⁰, señala que el pronunciamiento desestimatorio no está dotado de semejante eficacia general, sino a lo sumo, de una fuerza preclusiva en el juicio «a quo», limitándose por ello a la constatación de la existencia del vicio denunciado en virtud al principio de congruencia.

Además, si se toma en cuenta la configuración del sistema de justicia constitucional en Italia, se debe tener muy en cuenta, la reducción de la eficacia jurídica al fallo de la sentencia, y no así a su motivación, donde a lo máximo, se realizan consejos y recomendaciones, por lo que la interpretación que se encuentra en la motivación tampoco desplegaría efecto alguno.

Asimismo, se plantea el rechazo a entender la jurisdicción constitucional como una jurisdicción de interpretación y en consecuencia a aceptar que la sentencia constitucional constituya una interpretación auténtica de la ley. Se sostiene que la Corte no tiene como misión la de resolver acerca de las dudas sobre la interpretación de la norma legal, sino antes, decide sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad, lo que induce a afirmar de la inexistencia de cualquier vinculación interpretativa de la magistratura a la jurisprudencia de la Corte.

Ahora bien, los intentos por dotar a la interpretación de una eficacia general no cesaron, pues se buscó evitar la posibilidad de los jueces ordinarios, no sólo de adoptar una interpretación de la ley distinta a la acogida por la Corte, sino también la posibilidad de interpretar la ley en el sentido rechazado por el Tribunal, colocando a la SD interpretativa en una situación de mero dictado carente de eficacia.

Una de las iniciativas para dotar a la interpretación de una eficacia general fue planteada por Crisafulli²⁷¹ a través de su teoría de la «doppia pronuncia»²⁷². Para este tratadista italiano, si

²⁷⁰ Cappelletti, Mauro, *Sentenze condizionali...opus cit.*, p. 12.

²⁷¹ Crisafulli, Vezio, *Ancora delle sentenze interpretative...opus cit.*, p. 94; Crisafulli, Vezio, *Le sentenze interpretative della Corte costituzionale...opus cit.*, p. 7; Crisafulli, Vezio, *Questioni in tema di interpretazione della Corte...opus cit.*, p. 938, aclara que, el hecho de que no se publiquen las sentencias desestimatorias, y que resulten a veces difícil extraer claramente la inconstitucionalidad de la norma de la motivación de la Corte, determina la necesidad de derecho positivo de incluir estas declaraciones en el dispositivo de la sentencia si realmente se quiere dotarlas de fuerza jurídica.

se pretende preservar la seguridad jurídica y sujetarse a las previsiones de derecho positivo, la única forma de conferir fuerza vinculante a este tipo de sentencias sería introduciendo de forma expresa en el fallo, tanto la estimación de la inconstitucionalidad de una interpretación como la desestimación de la cuestión en base a la norma considerada constitucional por la Corte. Este prototipo de sentencia otorgaba a los fallos de la Corte una naturaleza compleja acerca del dispositivo, cuya estructura desde ya las alejaba de ser, atendiendo al fallo, una sentencia meramente desestimatoria, no dejándose esperar en consecuencia, las polémicas sobre su formulación.

Por su parte, Cappelletti²⁷³, plantea que el pronunciamiento constitucional debe adoptar necesariamente y sólo para este tipo de casos, la forma de una «sentenza condizionale», a través de la cual, la Corte declare que la ley impugnada acoge la interpretación «A», y que por tanto la ley es constitucional, pero si se toma en cuenta que esa interpretación no puede vincular a los jueces, se corre el riesgo de que la magistratura considere que la interpretación correcta es la «B», a lo que la Corte se pronunciaría en que interpretada la disposición en este último sentido, sería inconstitucional.

En la idea de Cappelletti²⁷⁴, se debe considerar a la sentencia como una doble decisión, de desestimación y estimación, pero que a diferencia de la «doppia pronuncia» de Crisafulli, cada una de sus distintas partes tendrá una naturaleza distinta: la decisión de desestimación es actual y la de estimación sería hipotética o eventual y estaría sujeta a una condición suspensiva de que el juez «a quo» u otro juez considerare interpretar la ley en el sentido rechazado por la Corte. De cumplirse la condición, el juez estará compelido a desapplicar la ley.

La diferencia de planteamientos entre Crisafulli y Cappelletti, radica en que para el primero, la sentencia tendría efectos realmente «erga omnes», de sentencia estimatoria, si se consagrara en el fallo el rechazo a cierta interpretación, prohibiendo a cualquier juez de esta forma, de interpretar la ley en ese sentido. Por contrario, Cappelletti sostiene firmemente la libertad interpretativa de la magistratura, y en consecuencia, partiendo de ella, el juez continúa operando dentro de ese margen de libertad y podría interpretar la disposición incluso en el sentido rechazado por la Corte. Sin embargo, de suscitarse esta eventualidad, dicha interpretación de la ley, debe ser considerada inconstitucional acogiendo a aquella eventual sentencia estimatoria del Tribunal. Así de esta forma, se estaría dando paso al establecimiento

²⁷² Desde que la Corte Constitucional se decantara por el dictado de SD interpretativas, los ataques de una parte significativa de la doctrina, y la misma magistratura se centraron en acusar de incoherente a este tipo de pronunciamientos, más aún, cuando se pretendía desprender la vinculación de una parte de los fundamentos en los que se encontraba contenida la interpretación, pero que no se publicaba en la gaceta oficial para su difusión. Así, a la Corte no le quedó otra alternativa que, para aquellos supuestos en lo que un nuevo juez de instancia impulsaba una nueva impugnación de la ley controvertida siguiendo la interpretación de la Corte de Casación, la Corte Constitucional volvía a pronunciarse, pero esta vez, declarando sin mayores complicaciones la inconstitucionalidad del precepto impugnado. Es en este tránsito que surgen – coetáneamente podría decirse, las sentencias o «decisioni di doppie pronunce», dotando al pronunciamiento de una naturaleza compleja. Esto desde luego, hizo que el principio de «interpretación conforme» o el de conservación de normas, acaban cediendo a favor de la directa declaración de inconstitucionalidad, y ello como consecuencia del enfrentamiento con la Corte de Casación. Sobre el tema, vid. Pizzorusso, Alessandro, *Delle «doppie pronunce» alle decisioni «overruling»*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, pp.527 y ss.

²⁷³ Cappelletti, Mauro, *Sentenze condizionali...opus cit.*, p. 3.

²⁷⁴ Cappelletti, Mauro, *Sentenze condizionali...opus cit.*, p. 14.

de una extraña categoría de leyes de «vigencia relativa» que, también despertaría la crítica por parte de la doctrina²⁷⁵.

La discusión sobre el reconocimiento o no de alguna forma de eficacia de las SD interpretativas, y los intentos por dotar a la interpretación realizada por la Corte de una eficacia general, fueron cerrando el paso y obligando a la Corte a abandonar este tipo de sentencias, pues dichos fallos terminaron reduciéndose al campo de la mera influencia al descartarse cualquier eficacia real sobre la interpretación de la norma legal contenida en las mismas. Si en un principio se consideró que las interpretaciones derivadas por la Corte gozaban de un valor superior a los meros consejos sin ninguna consecuencia, no menos cierto es que dicho valor quedaba en manos de los destinatarios de la decisión, y que por tanto, se reconocía la importancia de que jueces y Corte colaboraran en la interpretación de la ley, de modo tal que el riesgo de la «inutiler data» se apropiara del fallo del Tribunal. Sin embargo, los casos de rebelión por parte de la magistratura que, desconociendo o pasando por alto la interpretación acogida por la Corte, dieron lugar a lo que la doctrina ha denominado como «de guerre delle due Corti»²⁷⁶, suscitada entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación. Dicha confrontación se verá plasmada precisamente, con la SD interpretativa 11/65 de 19 de febrero, o conocida también como la sentencia sobre el derecho de defensa en la instrucción sumaria, en la que se impugna la constitucionalidad del artículo 392 del Código de procedimiento penal en referencia al artículo 304 del mismo Código. En este caso, la Corte Constitucional procedió a rechazar la interpretación sostenida por la Corte de Casación, fundando su decisión en la prescripción del artículo 392 de la citada ley, dejando por sentado, que el artículo 392 permitía aplicar todas las garantías de la instrucción ordinaria y, en ese entendido, se afirmaba que las disposiciones del artículo 304 reguladoras de la instrucción formal son también aplicables a la instrucción sumaria. La SD interpretativa condicionaba la legitimidad de la disposición a la interpretación adoptada en el fallo. Sin embargo, dos meses después del pronunciamiento por parte del Tribunal, la Corte de Casación desautorizó la interpretación realizada por el primero, al aplicar la interpretación señalada por la Corte como inconstitucional y contraria al artículo 24 de la Constitución italiana²⁷⁷. En ese sentido, la Corte ha momento de pronunciarse sobre el replanteamiento de la cuestión, a través del fallo número 52 de 1965, de 26 de junio, reafirmará la interpretación acogida con anterioridad, sosteniendo su convencimiento de la inexistencia de una natural incompatibilidad entre la instrucción sumaria y el ejercicio del derecho de defensa, aunque también se encuentra consciente que la jurisprudencia de la magistratura ordinaria continua excluyendo semejante interpretación y, aplicando otra en la que la convivencia de la norma adquiere una dimensión inconstitucional.

²⁷⁵ Vid sobre el tema a Pizzorusso, Alessandro, *La motivazione delle decisioni della Corte...opus cit.*, p. 380–382. Redenti, E., *Legitimità delle leggi e...opus cit.*, p. 82, quienes negaban como posible semejantes «accertamenti» hipotéticos, donde la Corte establecería además sin ninguna norma jurídica positiva que le habilitara para ello, las condiciones de eficacia de su propia sentencia.

²⁷⁶ Montesano, L., *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, en *Rivista di diritto processuale*, 1958, pp. 525 a 539; y Mortati, Constantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, t. II, 7ª edición, Padova, 1967, p. 1066 y; Mortati, Constantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, Padova 1976, p. 143, plantean el abandono por parte de la Corte de esta tipología de sentencias dada la inadecuación del instrumento, pues a través de una sentencia desestimatoria, resulta complicado pretender erradicar una interpretación inconstitucional sin provocar un conflicto en el marco de las relaciones entre las dos Cortes.

²⁷⁷ Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 150, señala que el máximo órgano de la magistratura estaba reivindicando «beligerantemente» un papel «cuasi exclusivo» en la interpretación última de los textos legales, y rechazando de facto que la SD interpretativa supusiera un verdadero instrumento vinculante en manos del Tribunal.

Para Mortati²⁷⁸, la Corte debería dejar de llevar adelante este tipo de fallos, pues las SD interpretativas no despliegan ninguna eficacia frente al resto de los jueces, y constituye además una anomalía al reclamar en el dispositivo la argumentación de la motivación, generando de esta forma una fuente de «incertidumbre»²⁷⁹ en la aplicación de la ley, siendo necesario adoptar sentencias estimatorias que eviten lo observado. Similar postura es sostenida por Silvestri²⁸⁰, para quien si la Corte buscaba modificar el ordenamiento jurídico vigente a través de la SD interpretativas, ello resultó imposible debido a la desproporción entre el medio utilizado y el fin perseguido, y mucho más cuando no existe un vínculo jurídico entre los operadores del derecho.

No obstante los llamados por parte de la doctrina italiana a que la Corte abandone este tipo de pronunciamientos, las SD interpretativas continuarán utilizándose, pues como bien apunta Sandulli²⁸¹, la propia existencia de las «doppie pronunzie» (sentencia desestimatoria más una posterior sentencia estimatoria) ponen de manifiesto que la Corte nunca había considerado suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la disposición el hecho de que ésta pudiera dar lugar a interpretaciones inconstitucionales. El riesgo de interpretaciones en un sentido inconstitucional, no es motivo para que la disposición sea declarada inconstitucional. En la misma línea, rescatando el pensamiento del autor de la teoría de la «doppie pronunzie», Crisafulli²⁸² apunta importantes precisiones sobre la eficacia de la SD interpretativa tanto frente al juez «a quo» como frente al resto de la judicatura. En ese sentido, el jurista italiano, parte de la aceptación de que en el pronunciamiento desestimatorio interpretativo no se realiza ninguna «conferma» de la constitucionalidad de la ley sino tan sólo una declaración negativa estrictamente limitada a la cuestión deducida en el juicio²⁸³. Partiendo de este razonamiento, se puede afirmar que la postura de la Corte de Casación, que sostiene que la interpretación acogida por el Tribunal a través de la SD interpretativa no vincula jurídicamente al resto de los jueces, es equivocada. Cuando un juez otorgue a la disposición impugnada la interpretación rechazada por la Corte, nace la obligación de dicho juez para elevar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal.

²⁷⁸ Mortati, Constantino, *Instituzioni di...opus cit.*, p. 1066.

²⁷⁹ Sobre el punto, Branca, Giuseppe, *Politica del Diritto*, núm. 1, febrero de 1971, p. 655, señala que, en la mayoría de las sentencias interpretativas, lo que sucede es que la Corte no ha tenido el coraje de decidir ni en un sentido o en otro, y se ha escuchado de un consenso más o menos confuso. Así, en el fondo, las SD interpretativas son operaciones políticas que buscan lanzar directrices que vayan suscitando el consenso jurídico social; sin embargo, querer un efecto vinculante para ellas significaría cortar el consenso en el momento en que se confía en su nacimiento, y es por ello contradictorio.

²⁸⁰ Asimismo, Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, en Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, Padova, 1985, p. 759 – 760, haciendo referencia a su tesis de que toda sentencia interpretativa es en el fondo una sentencia «aditiva». Partiendo de esta afirmación, el autor señala que toda sentencia interpretativa «bajo el ideológico recurso a la categoría de la interpretación» pretendería en el fondo «introducir una nueva norma creándola a través de una reconstrucción de materiales normativos preexistentes a la luz de su necesaria correlación con los preceptos constitucionales». Así la Corte ejercería una potestad formalmente jurisdiccional, pero sustancialmente legislativa. Sobre la base de estas explicaciones, la «guerra de las dos Cortes», debe entenderse según el autor, no como una controversia sobre la vinculatoriedad de las interpretaciones del juez constitucional, sino un conflicto sobre las reglas de la producción normativa.

²⁸¹ Sandulli, Aldo, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, p. 56.

²⁸² Crisafulli, Vezio, *Ancora delle sentenze interpretative...opus cit.*, p. 91.

²⁸³ Crisafulli, Vezio, *Ancora delle sentenze interpretative...opus cit.*, p. 94.

A través de este planteamiento, Crisafulli busca incorporar un mínimo común de eficacia para la SD interpretativa, a partir del cual, si bien no se establece una vinculación positiva o negativa en su interpretación de la ley para el resto de la magistratura, si genera la obligación jurídica para el juez extraño a la primera causa que pretenda adoptar en el juicio del que conoce la interpretación rechazada por el Tribunal, de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. A partir del planteamiento de la cuestión la Corte podrá reafirmarse en su anterior SD interpretativa, llegando a vincular positivamente con ella a este nuevo juez, que en el caso concreto funge como juez «a quo». Otra de las alternativas con las que cuenta el Tribunal, es que planteada la cuestión, emita un fallo estimatorio interpretativo, que le permitirá eliminar con carácter definitivo y con efectos «erga omnes» aquella interpretación de la ley catalogada por la Corte como inconstitucional desde un principio.

Esta fórmula Crisafulliana, opera como una «cláusula de cierre» del sistema que, valiéndose de la cuestión de inconstitucionalidad, respeta el principio de libertad hermenéutica de la ley por parte de los jueces, dejando intacta la distinción entre eficacia de la sentencia estimatoria y eficacia del pronunciamiento desestimatorio.

Por su parte Elia²⁸⁴, se encarga de ampliar los efectos de la SD interpretativa, más allá del planteamiento propuesto por Crisafulli. Para Elia, el nuevo juez «a quo», no sólo tiene el deber de replantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando pretenda adoptar la interpretación de la ley considerada inconstitucional por el Tribunal, sino también cuando adopte una interpretación distinta de la adoptada expresamente por la Corte como constitucional en su fallo.

Habiendo revisado los principales argumentos que buscaron por un lado reconocer alguna forma de eficacia a las SD interpretativas, así como intentos por dotar a la interpretación realizada por la Corte de una eficacia general, las tendencias opuestas, o que rechazan cualquier forma de efectos positivos por parte de este tipo de fallos, empujaron a la Corte a cambiar su tipología desestimatoria por otra de naturaleza estimatoria, aunque conviene aclarar que, las polémicas y discusiones doctrinales, permanecen aún abiertas.

II. LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS INTERPRETATIVAS.

A principios de la década de los sesenta, comienzan a surgir las primeras sentencias de la Corte Constitucional italiana, cuya naturaleza estimatoria operaba sobre la norma y no sólo sobre la disposición legal. Pero a la vez que esto sucedía, en forma coetánea emergen desde la doctrina las críticas sobre esta nueva tipología de sentencias constitucionales, ya sea atacando su legitimidad, o por la dificultad para su clasificación terminológica²⁸⁵.

²⁸⁴ Elia, Leopoldo, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 1715.

²⁸⁵ Así, Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 164, aclara que algunos autores realizan una distinción terminológica entre «sentencia estimatoria interpretativa» y «sentencia de estimación parcial», vid. Crisafulli, Vezio, *Ancora delle sentenze interpretative...opus cit.*; *La sentenze interpretative della Corte costituzionale...opus cit.*; Cappelletti, Mauro, *Sentenze condizionali...opus cit.*; Pizzorusso, Alessandro, *La motivazione delle decisioni della Corte...opus cit.*, estos autores señalan que el término «sentencia de estimación parcial» o el de sentencia «manipulativa», viene a englobar y sustituir al de «sentencia estimatoria interpretativa», siendo utilizado éste último para hacer referencia a todo pronunciamiento que actúe sobre la norma.

Independientemente de las observaciones doctrinales sobre la utilización terminológica para referirse a este tipo de fallos, a efectos del desarrollo y explicación del presente estudio, se adopta el término «sentencia estimatoria interpretativa», cuyo antecedente, significado, e implicancias, son analizados a continuación.

Para empezar, es necesario recordar que la aparición de las sentencias estimatorias interpretativas (SE interpretativas), se da como consecuencia de la insuficiencia por parte de las SD interpretativas para producir una eficacia jurídica ya sea para el juez «a quo», así como para el resto de la magistratura en general, y ello debido al rechazo²⁸⁶ por parte de este sector de la judicatura hacia cualquier forma de efectos positivos que pudieran surgir a partir de la interpretación realizada por la Corte²⁸⁷ como consecuencia de conocer la cuestión de

²⁸⁶ Como bien lo apuntara Crisafulli, Vezio, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, Giurisprudenza Costituzionale, 1956.p. 943, frente al rechazo de la magistratura ordinaria en general de reconocer eficacia alguna a la SD interpretativa, a la Corte Constitucional, al no contar con instrumentos que le permitan sancionar directamente la interpretación divergente de la jurisdicción ordinaria, no le quedó otra alternativa que, decantarse en una segunda oportunidad, por dictar una Sentencia estimatoria. Sin duda, esta situación, es muy diferente a la que se presenta en otras realidades como la española o alemana, donde, si la interpretación divergente que formularan los jueces y tribunales afectaba a un derecho fundamental, siempre quedaba la opción del recurso de amparo e intentar de este modo, anular la sentencia que se ha apartado del criterio del Tribunal Constitucional. Por lo mismo, en estos países, el recurso de amparo, ha venido a constituir un mecanismo decisivo de control de la interpretación con el que cuenta el Tribunal Constitucional para evitar por un lado, los excesos de la jurisdicción ordinaria, y por el otro, impedir una descoordinación entre ambas instancias jurisdiccionales.

²⁸⁷ Uno de los casos más emblemáticos en el que se suscitó la disputa entre la Corte de Casación y la Corte Constitucional, y que fue objeto de comentarios por estudiosos como Cappelletti, Mauro, *Sentenze condizionali della Corte costituzionale*, en Rivista di Diritto Processuale, 12, fasc. II, 1957, pp. 88 – 109, o también Crisafulli, Vezio, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte...opus cit.* pp. 91 105, es el suscitado a raíz de los problemas de interpretación emergentes en torno a la figura de la «instrucción sumaria» regulada en el Código Procesal Penal italiano de 1931. En efecto, durante la vigencia del régimen fascista, dicha norma adjetiva legal, a la par de la figura de la «instrucción formal» (que se constituía en la primera etapa del proceso penal italiano) se introdujo la figura de la «instrucción sumaria» aplicable para los supuestos relacionados con delitos flagrantes, de confesión del imputado, o cuando se entendiera existían pruebas contundentes en su contra, permitía al fiscal acortar los trámites de la «instrucción formal», y llevar a cabo el proceso sin necesidad de asegurar la presencia y la participación del acusado en muchas de las diligencias. En forma posterior, con la instauración de la nueva República, el artículo 24 de la Constitución Italiana de 1948 establecía expresamente, que «la defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento». En ese sentido, el Parlamento italiano, aprobó en 1955 una serie de reformas al Código de Procedimiento Penal, y se citan aquí los que más interesan por su pertinencia, es decir, los arts. 304 bis, ter y quater, que resguardaba el derecho a la defensa en la fase de instrucción. Ahora bien, el conflicto interpretativo se centró en definir si la reforma operada en el sistema penal, específicamente, los artículos 304 bis, ter y quater, afectaban sólo a la «instrucción formal», o si éstas debían asimismo, extenderse a la «instrucción sumaria». El problema se complejizó aún más, cuando se tomó en cuenta la vigencia del artículo 392 del mismo Código de Procedimiento Penal italiano, que al no haber operado modificación alguna sobre dicha disposición, preceptuaba: que la regulación prevista para la «instrucción formal» era extensible a la «instrucción sumaria» «en los casos en los que fuese aplicable». La Corte Constitucional, en una primera ocasión, dictó la SD interpretativa número 11 de 19 de febrero de 1965, en la que consideró que la mención del artículo 392 «en los casos en los que fuese aplicable» debía interpretarse en el sentido que las garantías previstas por los arts. 304 bis, ter y quater fueran extensibles a la instrucción sumaria, puesto que un razonamiento contrario, esto es, admitir la ausencia de participación del acusado en algunas diligencias, era contrario a lo dispuesto por el artículo 24 de la precitada Constitución Italiana. Empero, la Corte de Casación, en posteriores pronunciamientos, V. Gr. la decisión de 28 de abril de 1965, rechazó el criterio de la Corte Constitucional, sosteniendo en primer lugar, la falta de fundamento para que la Corte Constitucional pueda dictar una interpretación sin declaración de inconstitucionalidad y, en segundo lugar, manifestaba que todo el conflicto, era reconducible a través de una cuestión de interpretación legal sobre la que la Corte Constitucional carecía de

inconstitucionalidad²⁸⁸. Ahora bien, para el caso de las SE interpretativas, los problemas relacionados a su eficacia tampoco estarán ausentes. Y a ello debe sumarse una otra crítica relacionada con los efectos positivos que conlleva este tipo de pronunciamientos.

En ese sentido, el surgimiento de este nuevo tipo de fallos, se encuentra relacionado con la SD interpretativa, y esto se explica mucho mejor si se recuerda el pensamiento de Redenti²⁸⁹, quien sostenía que tras la primera sentencia desestimatoria, y planteada una nueva cuestión de constitucionalidad, la Corte podía volver a determinar que «interpretada la disposición en el sentido antes rechazado» la ley es inconstitucional y en este sentido carecer de eficacia. De este modo surge la posibilidad de que la Corte emita una sentencia de naturaleza estimatoria cuyo objeto sea la eliminación de la interpretación inconstitucional de la ley, que puede ser expulsada del ordenamiento jurídico por parte del Tribunal. Esto último se deriva según este autor, porque «la Corte no puede decir esta interpretación es exacta y aquella incorrecta, pero puede decir, y es su función hacerlo, ésta es legítima y esta otra es ilegítima»²⁹⁰. Así, la SE interpretativa no sólo se configura como un remedio eficaz frente a la falta de seguimiento de la magistratura de la SD interpretativa, sino también, reafirma la obligación de la Corte, en la incidencia sobre una interpretación y declararla inconstitucional con eficacia «erga omnes».

Dentro de la realidad jurídica italiana, se puede precisar que el punto de inicio de la SE interpretativa se da con la STC 26/61 de 27 de mayo. A través de dicho pronunciamiento la Corte somete a una reevaluación el artículo 2 del texto único de la Ley de Seguridad Pública²⁹¹, relativo a los poderes del prefecto para situaciones de urgencia, teniendo como precedente un pronunciamiento desestimatorio interpretativo anterior sobre el mismo asunto. En este replanteamiento de la cuestión, la Corte consideró que gran parte de la administración, hizo caso omiso de la interpretación acogida por el Tribunal en el momento de aplicar semejante

autoridad para pronunciarse. Luego, en criterio de la Corte de Casación, el problema radicaba en saber si los artículos 304 bis, ter y quater del Código de Procedimiento Penal eran aplicables a la «instrucción sumaria» en atención a la salvedad establecida en el artículo 392 de la precitada norma. En criterio de la Corte de Casación, si se extendía el régimen de la reforma a la «instrucción sumaria», ésta etapa del proceso perdía toda su razón de ser, sin dejar de lado, que ello implicaría también inobservar la voluntad del legislador republicano que había mantenido la «instrucción sumaria» sin eliminar la mención del artículo 392 del Código de Procedimiento Penal. Este criterio fue sostenido en forma recalcitrante en diversas decisiones de la Corte de Casación. Por ello, frente a esta situación de impasse, la Corte Constitucional se vio obligada a intervenir en un segundo pronunciamiento a través del dictado de la Sentencia Estimatoria número 52 de 26 de junio de 1965, a través de la cual derogó tácitamente la etapa la «instrucción sumaria» al declarar la inconstitucionalidad del artículo 392 del Código de Procedimiento Penal, en base a los razonamiento antes señalados.

²⁸⁸ Para Anzon, Adele, *Il giudice a quo e la Corte Costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, en GC, 1998, vol.II, p.1083, si bien, tras el desarrollo posterior del control de constitucionalidad de las leyes en Italia, la doctrina de la interpretación conforme que permitió a la Corte el dictado de SD interpretativas debían consolidarse, sin embargo, los pilares sobre los que se estructura dicho principio, estos son, la supremacía jerárquica de la Constitución y la presunción de constitucionalidad de las leyes, no siempre terminaron de fraguar en la perspectiva de una Corte de Casación hostil, sobre todo, cuando de por medio, el artículo 28 de la ley de funcionamiento de la Corte Constitucional, la que señalaba expresamente, que la actividad de control de la Corte se encontraba limitada al respeto al poder discrecional del Parlamento.

²⁸⁹ Redenti, E., *Legittimità delle leggi e...opus cit.*, p. 81.

²⁹⁰ Redenti, E., *Legittimità delle leggi e...opus cit.*, p. 81.

²⁹¹ Ya en una primera oportunidad, en 1931 para ser más exactos, la Corte se pronunció sobre la misma disposición, a través de una SD interpretativa que salvó su inconstitucionalidad al limitar estrictamente en el tiempo los poderes de los prefectos, realizando en consecuencia, una invitación implícita al legislador para que pueda corregir la observación en el sentido entendido por la Corte.

artículo. Por lo que la Corte, en el dispositivo de la Sentencia, declaró la ilegitimidad constitucional del artículo 2 «solamente en los límites en los cuales éste atribuye a los prefectos el poder de emitir ordenanzas sin respetar los principios del ordenamiento jurídico, entendiendo dicha expresión en el sentido anteriormente indicado». Con ello la Corte convierte la SD interpretativa anterior en una SE interpretativa, convirtiendo en obligatoria la interpretación acogida en su decisión. En forma paralela al surgimiento de este tipo de sentencias, las críticas de la doctrina no se dejaron esperar. La crítica central versa sobre su naturaleza normativa y se desarrolló sobre todo en la década de los setenta y mediados de los ochenta. Esta dimensión positiva de dichos fallos superaron desde ya los tradicionales límites teórico institucionales que hacen al paradigma del modelo kelseniano de control de constitucionalidad.

1. EL SUSTENTO DOCTRINAL DE LA CATEGORÍA.

Una vez más, es a Crisafulli a quien se debe la configuración teórica más elaborada sobre esta nueva tipología de sentencias de la Corte Constitucional italiana. El autor italiano, a través de sus estudios²⁹², incorporó la diferencia entre SE interpretativa y Sentencia estimatoria parcial (SE parcial o SEP), siendo su obra más importante «*Le sentenze interpretative della Corte costituzionale*»²⁹³, donde se exponen los elementos esenciales de dicha categoría, argumentando que al invertir una decisión interpretativa desestimatoria es posible obtener una sentencia estimatoria interpretativa, citando como un claro ejemplo de ello a la STC 26/61.

A partir de conceptos preliminares esbozados por Crisafulli, el autor apunta que tanto la SD interpretativa como la SE interpretativa operan una escisión entre disposición y norma.²⁹⁴ En ambos casos, la disposición enjuiciada queda incólume al ser considerada conforme a la Constitución, aunque formalmente exista una declaración de constitucionalidad/inconstitucional, ya sea por lo que prevé o no dicha disposición. Así, la disposición no se ve alterada puesto que ninguna de sus partes es declarada inconstitucional; el pronunciamiento de inconstitucionalidad recae en una parte presente o ausente de la disposición, que se denomina norma o interpretación de la disposición cuestionada.

Ahora bien, sin embargo, entre una SD interpretativa y una SE interpretativa existe una diferencia elemental de tal naturaleza que impide su intercambiabilidad exacta entre ambas y, ello es así, porque la sentencia estimatoria elimina con efectos «erga omnes» determinados significados normativos, en tanto que la SD interpretativa desprende efectos limitados solamente al juicio «a quo» y, en relación al resto de los jueces opera como una mera influencia que implicaría la «obligación» del juez a plantear la cuestión para cuando se haya adoptado la interpretación contraria a la acogida por la Corte.

En ese sentido, Crisafulli reafirma que el objeto del control de constitucionalidad y el pronunciamiento de las sentencias del Tribunal lo constituyen las normas y no así las disposiciones jurídicas. Asimismo, el autor señala que tampoco ve inconveniente alguno que

²⁹² Crisafulli, Vezio, *Ancora delle sentenze interpretative...opus cit.*; y *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, en *Rivista di diritto processuale*, 1966.

²⁹³ Crisafulli, Vezio, *Le sentenze interpretative della Corte costituzionale...opus cit.*, p. 1 – 22.

²⁹⁴ Vid Crisafulli, Vezio. *Disposizione (e norma)...opus cit.*, p. 195 – 209.

impida llevar adelante la conversión de la SD interpretativa en una SE interpretativa, más por el contrario, encuentra a este mecanismo como una solución válida a la «rebelión» de jueces y autoridades administrativas que ya en repetidas veces negaron eficacia alguna a las iniciales SD interpretativas²⁹⁵. Y es esta última explicación la que nos conduce a afirmar que al igual que en el caso de las SD interpretativas, las SE interpretativas surgieron por razones de orden «político» que de a poco predeterminaron a la Corte a construir y adoptar esta nueva tipología de sentencias, debiendo respetarse en todo caso, límites de carácter técnico – jurídico, como la capacidad de la disposición para asumir interpretaciones no contrarias a la Constitución.

Para Crisafulli, no eran desconocidos los trabajos doctrinales que criticaron, ya sea la existencia, así como el planteamiento de la diferencia entre la SE interpretativa y la SE parcial. En respuesta, el autor aclara que la sentencia estimatoria parcial es la que anula una parte de la disposición, o lo que es lo mismo, del enunciado textual, por el contrario, la SE interpretativa es un concepto mucha más amplio que abarca cualquier sentencia estimatoria que actúe sobre la norma²⁹⁶.

2. SENTENCIA ESTIMATORIA INTERPRETATIVA: CRÍTICAS Y JUSTIFICACIONES A SU CATEGORÍA.

La doctrina italiana buscó precisar y restringir el concepto de SE interpretativa²⁹⁷ y, aunque en algunos casos, algún sector de ella la estudio para rechazar su existencia, han habido también quienes la han justificado y fundamentado.

Ya en 1963, Pizzorusso²⁹⁸, apuntó la capacidad de la Corte para juzgar las «normas» y declarar la inconstitucionalidad de varias de ellas, especificándose de esta forma en el dispositivo de la sentencia el objeto de la decisión. Para este autor, la SE parcial, es un concepto que implica la separación de normas obtenidas de un único texto, pero distinguibles por regular distintos supuestos de hecho abstractos o efectos jurídicos diversos. Por el

²⁹⁵ Para Sandulli, Aldo, *Illegittimità delle leggi e rapporti giuridici*, en scritti giuridici, I, Napoli, 1990, p. 532 – 534, el hecho de que la magistratura ignore a las SD interpretativas, obligó a la Corte a adoptar la interpretación «viva» y sobre esta declarar la ilegitimidad. Además, a través de las SE interpretativas, la Corte lograría lo que le era difícil con las SD interpretativas: mayor eficacia «erga omnes».

²⁹⁶ Crisafulli, Vezio, *Le sentenze interpretative della Corte costituzionale...opus cit.*, p. 15.

²⁹⁷ A decir de Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 43, las sentencias interpretativas también pueden ser estimatorias, y a partir de su empleo pueden conseguirse los mismos efectos señalados en las sentencias interpretativas desestimatorias. Así la Corte señalaría que la disposición impugnada es inconstitucional «si se interpreta...» en un determinado sentido. La utilización de esta técnica es reducida en la práctica, pero su empleo pareciera ser más coherente desde la perspectiva de las normas. La única diferencia en cuanto a los efectos producidos en la sentencia interpretativa desestimatoria, radicaría en que en los pronunciamientos hermenéuticos de estimación, la disposición sería declarada formalmente inconstitucional, pero dicha inconstitucionalidad continúa recayendo sobre la norma y no sobre la disposición. Esta categoría de pronunciamientos fue empleada en aquellos supuestos en los que de la disposición derivaran conjuntamente y no alternativamente una o varias normas inconstitucionales. Así, el pronunciamiento se formularía afirmando que la disposición es inconstitucional en cuanto que prevé determinada consecuencia, pero no así en sus demás consecuencias, o en los demás supuestos en los que es aplicable. En este supuesto, más allá de declararse la inconstitucionalidad formal de la disposición, la misma recaería sobre una de las normas que en forma conjunta se derivan de la disposición.

²⁹⁸ Pizzorusso, Alessandro, en su obra *La motivazione delle decisioni della Corte...opus cit.*, p. 375, intenta restringir la categoría de la SE interpretativa, sobre su inicial rechazo a la posible existencia de este tipo de fallos.

contrario, la SE interpretativa conceptualmente hace referencia a que cuando de una misma proposición normativa pueden obtenerse más de una norma, como consecuencia de divergentes orientaciones interpretativas.

En la concepción de Pizzorusso, la diferencia entre una SE interpretativa y una SE parcial radica en que, en ésta última, las distintas normas que resultan de la disposición operan contemporáneamente (coetáneamente)²⁹⁹, mientras que en la primera, se está en presencia de interpretaciones contrastantes destinadas a operar alternativamente en cuanto no pueden aplicarse a la vez al mismo supuesto de hecho. Partiendo de esta aclaración, el autor deduce que las SE parcial vienen a incorporar correctamente al dispositivo la determinación de la norma objeto de la decisión. Muy al contrario, en una SE interpretativa, la interpretación rechazada no tendría por qué constar en el fallo, tomando en cuenta la carencia de una autonomía real con relación al razonamiento que condujo a tal decisión³⁰⁰.

Siguiendo un otro razonamiento similar al de Pizzorusso, es necesario citar las reflexiones de Zagrebelsky³⁰¹ sobre el tema. Para este autor, la distinción conceptual entre la SE interpretativa y la SE parcial radica en la alternatividad de las interpretaciones de la sentencia. Así, la SE interpretativa en general es toda aquella que opta por separar las interpretaciones o normas inconstitucionales de aquellas conformes a la Constitución. Siendo más preciso, señala que la SE interpretativa se pronuncia sobre opciones interpretativas totalmente alternativas, mientras que en la SE parcial lo hace sobre las distintas interpretaciones que regulan distintos supuestos fácticos aplicables paralelamente.

Uno de los autores que esgrimió sus críticas en relación a la categoría de las SE interpretativas es Montesano³⁰², quien tomando en cuenta el elemento de la «divisibilidad» de la disposición en varias normas, sostiene que alguna de ellas debe ser declarada ilegítima y es a esta dimensión a la que alude el concepto de SE parcial. El autor italiano cree haber desarrollado criterios para determinar en qué situaciones la Corte podría utilizar un pronunciamiento estimatorio parcial, y cuándo, «si la disposición no es divisible, se encontraría

²⁹⁹ Cuando las distintas interpretaciones normativas que se pueden obtener de un solo enunciado lingüístico o disposición, pueden ser aplicables a distintos supuestos de hecho en forma paralela, cada regulación que de ellas se desprenda, pueden ser interpretaciones conformes con la Constitución, v. gr. de la disposición «D1» pueden obtenerse las interpretaciones o normas «N1», «N2», «N3» y «N4», cada una de estas normas, regularían a la vez, supuestos de hecho distintos y, como tal, se tratarían de interpretaciones conformes con la Constitución, salvo el contraste de alguna de ellas con la Constitución, aspecto que deberá constar en el dispositivo de la sentencia: estamos en presencia de una SE parcial. Por el contrario, cuando las interpretaciones normativas que son obtenidas de un sola disposición, y éstas son aplicables alternativamente por su imposibilidad para aplicarse a un mismo supuesto de hecho, se está en presencia de una SE interpretativa, v. gr. si se toma en cuenta el análisis anterior, se tendría que de la disposición «D1» se obtendrían diversas normas «N1», «N2», «N3» y «N4». Sin embargo, en cuanto a «N1» también cabría una norma «N-1», tanto «N1» como «N-1» regulan un mismo supuesto de hecho, sin embargo, de ambas interpretaciones, sólo una es conforme a la Constitución y, en consecuencia válida. Y como se observó, el rechazo de una de las interpretaciones (norma) hecha por la Corte, no requiere de su constatación en el dispositivo.

³⁰⁰ Pizzorusso, Alessandro, *La motivazione delle decisioni della Corte...opus cit.*, p. 376.

³⁰¹ Zagrebelsky, Gustavo, *Processo costituzionale...opus cit.*, p. 651 – 654, es uno de los autores que en contraposición a Pizzorusso, Alessandro, y a su obra *La motivazione delle decisioni della Corte...opus cit.*, sí acepta la existencia de la categoría de las SE interpretativas y las distingue de las «sentencias manipulativas» como género que acoge en su seno a las SE parcial, la sentencia «aggiuntiva» y la «sentencia sustitutiva».

³⁰² Montesano, L., *Le sentenze costituzionale e l'individuazione delle norme*, en *Rivista di diritto processuale*, 1963, p. 21.

ante la disyuntiva de dictar una SE interpretativa, que en el fondo no sería más que el intento de dotar a la ley de una interpretación vinculante, o por el contrario, y en forma correcta, una SE total»³⁰³. Una vez más, la divisibilidad del acto sería el elemento fundamental para determinar cuándo se está frente a una SE parcial o una SE interpretativa.

Para Montesano, a través de la SE interpretativa se deja subsistente la disposición, limitándose a prohibir la interpretación rechazada. Por el contrario, en la SE parcial, «el significado inconstitucional se atribuye explícitamente a frases y palabras concretas o enunciados necesariamente contenidos en frases o palabras del acto legislativo, que viene así, en aquellas frases, palabras o enunciaciones, declarado inválido»³⁰⁴. Partiendo de esta aseveración, a decir de este autor, la SE parcial es una verdadera sentencia estimatoria, mientras la llamada sentencia estimatoria interpretativa ni siquiera tendría esta cualidad de sentencia estimatoria, «por lo que en todo caso siempre se puede pensar, al referirse ésta únicamente a la interpretación, que la sentencia tiene un cuerpo y un alma a pesar de todo tipo de pronunciamiento desestimatorio y adecuador, que se oculta mal bajo la forma del dispositivo de la de estimación, escogido con el único objetivo de asegurar para la sentencia una fuerza vinculante «erga omnes» que sería incompatible con su verdadera sustancia»³⁰⁵.

Este tipo de reflexiones representan desde ya una reacción de parte de la doctrina contra la categoría de las SE interpretativas. Las razones fundadas –en primer término– sobre criterios de derecho positivo, sostienen que la existencia de pronunciamientos de declaración de inconstitucionalidad sobre objetos con fórmula escrita, jamás permitirían que la Corte imponga una determinada interpretación no objeto de examen. A ello se suma otro criterio que está relacionado con el de certeza del derecho, que exige a los operadores jurídicos a conocer la pérdida de vigencia de los textos legales de forma clara y precisa.

Por otro lado, Pizzorusso³⁰⁶, cree que es absolutamente imposible que una decisión del Tribunal acoja una interpretación y excluya otra, y que a la vez ésta tenga la eficacia de una sentencia estimatoria. En el razonamiento del autor, cuando la sentencia estimatoria recae sobre la norma, ésta ya no puede ser objeto de ninguna interpretación, pues carece de relevancia jurídica al haber sido expulsada del ordenamiento jurídico. A lo sumo, la Corte podría diferir los efectos de la sentencia estimatoria al momento en que el juez debiera hacer una interpretación de la ley, y ello sin duda conllevaría a reducir los efectos «erga omnes» de la estimación a la mera relación «inter partes». Por otro lado, ésta última posibilidad tampoco tendría sentido, si se toma en cuenta que la sentencia estimatoria no puede ser asimilada con una sentencia condicional, es decir, hacer depender su eficacia del hecho futuro e incierto, pues se estaría yendo contra la naturaleza misma de la estimación que implica el establecimiento de un «accertamento costitutivo», potestad ésta que, al ser conferida por ley al Tribunal, es indelegable hacia la magistratura.

Por su parte, Silvestri³⁰⁷, también formula sus propias críticas en cuanto a la categoría de las SE interpretativas, y ello sobre la base de la distinción entre disposición y norma. Para

³⁰³ Montesano, L., *Le sentenze costituzionale e...opus cit.*, p. 21.

³⁰⁴ Montesano, L., *Le sentenze costituzionale e...opus cit.*, p. 23.

³⁰⁵ Montesano, L. *Sulle sentenze de inconstituzionalità «interpretative»*, en *Giurisprudenza italiana*, 1969, IV, p. 100.

³⁰⁶ Pizzorusso, Alessandro, *La motivazione delle decisioni della Corte...opus cit.*, p. 382 – 397.

³⁰⁷ Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative della...opus cit.*, p. 773.

este autor, a cada disposición sólo le corresponde una norma: la que el juez decide y ninguna otra. Incluso, cuando un tribunal revisa la interpretación realizada por otro órgano judicial inferior y lo modifica, lo que hace es construir una nueva norma que toma el puesto de la anterior, por lo que en cada momento, cada disposición expresa una única norma. Para el jurista italiano, esta consecuencia es inevitable, debido a que en cada acto de interpretación de cada disposición, a ésta le está atribuido un único significado, o lo que es lo mismo, le corresponde una única norma. Si con posterioridad otro órgano judicial pueda atribuir a la misma disposición otro significado distinto, o incluso que el mismo órgano judicial en dos momentos diferentes otorgue significados distintos a la misma disposición, será esa significación que la que exista en el momento y no otra. De lo explicado por el autor, se deriva que a través de las sentencias interpretativas, la Corte considera de facto que, tanto la interpretación realizada por el Tribunal, y la catalogada como ilegítima, coexistirían al mismo tiempo, aspecto este que no deja de ser a juicio de Silvestri, un absurdo.

Así como se han esgrimido críticas en torno a la categoría de las SE interpretativas, es pertinente citar los argumentos que justifican la nueva categoría de sentencias, muchos de ellos apoyados en el principio de oportunidad.

Así, retomando el pensamiento de Montesano³⁰⁸, si se toma en cuenta que el objeto de pronunciamiento de las sentencias lo constituyen las normas, la divisibilidad de la disposición es un factor determinante para la utilización de una SE parcial. Partiendo de ello, se establece que, en las SE interpretativas al no ser divisible la disposición, lo que hace –la sentencia– es perder su carácter anulatorio y se constituye necesariamente en una sentencia normativa al establecer una interpretación vinculante y general de la norma. Participe este autor de las «decisiones puras»³⁰⁹, plantea que ante la indivisibilidad del acto³¹⁰, a la Corte no le queda más alternativa que moverse entre dictar una sentencia desestimatoria o una sentencia de estimación total. Ahora bien, otro problema identificado por el autor en relación a la SE interpretativa, es que el hecho de que la Corte haya recurrido a este mecanismo, que más allá de su eficacia, lo que realmente hace es dejar al descubierto la impotencia por parte del Tribunal para establecer interpretaciones que sean acatadas por los órganos administrativos y judiciales. A su vez, aceptar la validez de la SE interpretativa, importa para este autor, reconocer una «tercera vía» que abre tenues esperanzas a aquellos sectores que propugnan el empleo de este tipo de fallos interpretativos para tamaña labor, ambiciosa desde luego.

En un trabajo posterior, Montesano³¹¹, desarrolla una defensa de la legitimidad de las SE interpretativas, asumiendo a estas como una medida, no contra el poder judicial, sino contra la ley misma y su creador: el Parlamento, que con su inactividad no actúa en los espacios donde se busca el respeto a la Constitución.

³⁰⁸ Montesano, L., *Le sentenze costituzionale e...opus cit.*, p. 24.

³⁰⁹ Adoptar esta medida, se explica desde el entendimiento de que el legislador, al establecer un dispositivo susceptible de graves de peligros de interpretación inconstitucional, incurre «analógicamente» en un exceso de poder que de hecho invalida de «radice» la ley. Montesano, L., *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, en *Rivista di diritto processuale*, 1958, p. 531.

³¹⁰ Para Branca, Giuseppe, *Política del Derecho...opus cit.*, p. 38, acepta que el objeto del pronunciamiento es el texto, y que el criterio para emitir una sentencia estimatoria parcial es el de la divisibilidad del acto, y lo que es más, acepta que la Corte no dispondría en principio de un poder interpretativo que pueda vincular al juez ordinario a una determinada interpretación, resultado de la anulación del significado alternativo en la sentencia estimatoria interpretativa.

³¹¹ Montesano, L. *Sulle sentenze de inconstituzionalità...opus cit.*, p. 103.

Por otro lado, Andrioli³¹², sostiene que son motivos de oportunidad «político – jurídica» los que determinan el uso de cierta clase de pronunciamientos. Es por ello que la Corte debe tomar en cuenta sobre la oportunidad constitucional de permitir que el texto legal continúe o no produciendo «proposiciones normativas». En la misma línea, Branca³¹³ reconoce que en la práctica jurisprudencial constitucional, la Corte, pudiendo optar por pronunciamientos de estimación total o de estimación parcial, ha preferido hacerlo a través de la SE interpretativa, y ello se debe según el autor, a motivos de oportunidad, que permiten tomar en cuenta al Tribunal la peligrosidad del acto legislativo que empujan a la Corte a optar por una SE con interpretación «adeguatrice».

El límite de la utilización de una SE interpretativa debe constituirlo el principio de la «menor incidencia en el ordenamiento»³¹⁴. Así, si bien es cierto que la ley concede a la Corte el arma necesaria para eliminar todo acto contrario a la Constitución a través de la declaración de inconstitucionalidad, no menos cierto es que la ley no obliga al Tribunal ha utilizar este arma en todos aquellos casos de peligro. La Corte debe cuidar de no crear vacíos normativos que, desde ya, representan situaciones de perjuicio para el ordenamiento. Es aquí en donde el Tribunal debe entender y poner en práctica su «self restraint».

Reasumiendo el tema de la eficacia jurídica de la SE interpretativa, es necesario dejar sentado también, que el problema sobre la eficacia jurídica otorgable a este tipo de sentencias, aún se encontraba pendiente de resolución. Por mucho que Crisafulli o Branca hayan justificado sobre la eficacia de las SE interpretativas, a la larga, primaba el acatamiento voluntario tanto de jueces como de la administración, de la interpretación realizada por la Corte de la norma impugnada. Y dado los casos de rebelión e inobservancia de estos últimos a las interpretaciones de la Corte, se corría el riesgo de que la SE interpretativa se redujera al igual que las SD interpretativas a una mera influencia, sin ningún valor jurídico vinculante³¹⁵.

Ante semejante peligro, empieza a gestarse un consenso en la doctrina italiana, a partir del cual, se afirma la eficacia vinculante de la sentencias estimatorias que declaran en todo o en parte la ilegitimidad de una ley. Y para ello, es necesario sustentar la naturaleza escindida de este tipo de fallos entre disposición y norma. Partiendo de este análisis, se tiene que sólo las sentencias estimatorias eliminan con carácter «erga omnes» determinados significados normativos, o lo que es lo mismo, la SE interpretativa, implica la anulación con eficacia «erga omnes» de la interpretación deducida e interpretada por la Corte como inconstitucional.

³¹² Andrioli, V., *Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale*, en *Studi sulla Giustizia Costituzionale*, Milano, 1992, p. 137.

³¹³ Branca, Giuseppe, *Politica del Diritto...opus cit.*, p. 42.

³¹⁴ Branca, Giuseppe, *L'illegittimità parziale nelle sentenze de la Corte costituzionale*, en la *Giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, p. 59.

³¹⁵ Andrioli, V., *Motivazione e dispositivo nelle sentenze Della...opus cit.*, p. 140, afirmaba que no era posible que la interpretación acogida tuviera la misma fuerza vinculante que el texto de la ley, que permanecía íntegramente luego de la sentencia de la Corte. Si los jueces ordinarios podían seguir interpretando la disposición en un sentido contrario a la Constitución, implicaría que la SE interpretativa carece de eficacia y ello consecuentemente llevaría a la Corte a perder el único arma eficaz que la Constitución le reconoce para expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas ilegítimas. Sin duda esta situación abriría paso a que los jueces ordinarios puedan replantear la cuestión, que desde luego debiera ser rechazada por la Corte tomando en cuenta el carácter estimatorio de la sentencia anterior y asumiendo la identidad en cuanto al supuesto de hecho que dio origen ha dicho recurso.

A su vez Elia³¹⁶, sostiene que a través de la SE interpretativa, deriva para el juez ordinario el deber de inaplicar la norma considerada y declara ilegítima por la Corte. Asimismo, el juez se encuentra prohibido de darle a la disposición una interpretación en el sentido que fue rechazado por el Tribunal, pues ello nada más aportaría a llegar a iguales conclusiones a las que se llegaría si la norma inconstitucional continuase vigente.

De este modo, se empezaban a asentar las bases para un oficial efecto «erga omnes» de las sentencias que rechazaban y eliminaban interpretaciones contrarias a la Constitución, o lo que significa lo mismo: reconocer la capacidad de la Corte para anular interpretaciones de la disposición y efectos generales de dicha anulación.

3. LA DOCTRINA DEL «DIRITTO VIVENTE» COMO ALTERNATIVA A LA CRISIS DE RELACIONES ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA MAGISTRATURA.

El supuesto consenso entre la Corte y la Magistratura al que se hizo referencia en la última parte del punto anterior, a raíz de que el Tribunal optase por dictar SE interpretativas para la resolución en los juicios de constitucionalidad de la leyes, y generar en consecuencia una eficacia frente al juez «a quo» y al resto de la magistratura, llegarán a desbordarse. A su vez, también se llegó a cuestionar la eficacia de las «doppie pronunzie» como un mecanismo válido para redefinir las relaciones entre la Corte y la judicatura. Esta nueva ruptura en las relaciones entre Tribunal y magistratura, se debe a que la Corte, procedía a intervenir con más frecuencia –cada vez que se activaba su competencia a través del planteamiento de la cuestión– sobre el contenido normativo de la disposición, jurídicamente cubiertas por la eficacia general del dispositivo estimatorio. De la SE interpretativa como anulación de una interpretación alternativa de la disposición, no constituía ninguna dificultad arribar a la anulación de algunas normas derivables de la disposición, a través de la SE parcial. Es precisamente a través de este mecanismo que, en varias ocasiones, la Corte obtuvo efectos que no solamente se quedaban en la mera anulación de la norma, sino que llegaban a constituirse en efectos «aditivos» o «sustitutivos» en cuanto al contenido normativo original³¹⁷. A través de este tipo de pronunciamientos, la Corte abrió espacio a una nueva modalidad de fallos conocidos en la doctrina con el nombre de «sentencias manipulativas», que desde luego, incidían una vez más, en el problema sobre la eficacia de dichas sentencias. Por ello, en cuanto a las conclusiones sobre la eficacia de la SE interpretativa, a decir de Martín de la Vega³¹⁸, no servían para justificar el perfil creativo o paralegislativo de la nueva tipología de sentencias³¹⁹.

³¹⁶ Elia, Leopoldo, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e...* opus cit., p. 1719.

³¹⁷ Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...* opus cit., p. 184 – 185.

³¹⁸ Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...* opus cit., p. 185.

³¹⁹ En ese sentido, para Gómez de la Escalera, Juan José, *Las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional. Su problemática*, en Revista General de Derecho, enero – febrero, 592 – 593, Valencia, 1994, p. 165, la labor interpretativa del TC, tiene por objeto del establecimiento del sentido y significación del texto, pero no, en cambio, lo que podría entenderse como interpretación en un sentido más amplio, que vendría a constituir la deducción o reconstrucción del mandato normativo, a través de la conexitud de otros textos. En otras palabras, lo que el TC puede hacer, es establecer el significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. Por el contrario, le está vedado reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para luego concluir en que ésta es la norma constitucional.

No se puede dejar de lado, otro factor que desde ya contribuyó con el desborde en la relación entre Corte Constitucional y magistratura, dicha causa se encuentra relacionada también con la naturaleza de la SE interpretativa como forma de anular interpretaciones alternativas e inconstitucionales de la disposición, y ello implicaba un intento expreso por parte del Tribunal de reasumir sus opciones hermenéuticas frente a la resistencia de la judicatura ante la presencia de las SD interpretativas³²⁰.

De esta forma, el estado de la cuestión se centraba tanto para las SE interpretativas como para las SD interpretativas en su eficacia, es decir, en la fuerza que la interpretación de la ley por parte del Tribunal pudiera tener frente a la exégesis de ese mismo texto legal realizada por el juez «a quo», o por el resto de la magistratura, en un momento posterior al dictado de la sentencia³²¹.

3.1. El «Diritto vivente» y el cuestionamiento sobre la capacidad – libertad hermenéutica de la Corte.

Dentro de la práctica jurisprudencial, y con ecos desde la doctrina, las críticas en torno a la SE interpretativa empiezan a dar un viraje, donde lo que se cuestiona no es ya la eficacia de semejante tipo de pronunciamientos, sino más bien, lo que se discute es la autonomía interpretativa de la Corte con relación a la ley impugnada, es decir, la libertad de la Corte para interpretar la disposición cuestionada. Este cambio de perspectiva, provocará el replanteamiento de la finalidad de la SD interpretativa y, con ello, la desaparición «de facto» de las SE interpretativas, para de esta forma saldar los impases generados entre Corte y magistratura que arrastró a la Corte a dictar sentencias con signo estimatorio.

A partir de la recomposición de las relaciones entre Corte y magistratura, se delimitarán en forma rigurosa las posibilidades en las que se pueda utilizar las SD interpretativas y, todo ello, asumiendo la doctrina del «diritto vivente»³²².

Es necesario dejar en claro que, la Corte, aún reafirmando su autonomía de juicio, no dejaba de lado las interpretaciones que pudieron haber realizado los jueces, sean ordinarios, o la misma Corte de Casación, y ello puede desprenderse de la emisión de la STC 3/56 hasta la STC 88/77, donde la Corte reconoce su autonomía interpretativa, reconociendo también a su vez, la importancia que a tiempo de realizar dicha interpretación concede el TC a la opinión de la magistratura.

³²⁰ Para Luiciani, M., *Le decisioni processuale e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, p. 153, a través del dictado de SD interpretativas no existía ante los ojos de la judicatura, y ello se desprende de la falta de seguimiento de las sentencias desestimatorias de este tipo por parte de los jueces, obligando esta situación, a que la Corte acuda a su efectiva capacidad de intervención en el ordenamiento, a partir del dictado de sentencias estimatorias. Para el autor, lo que se buscaba con este tipo de pronunciamientos, era cortar un disenso, más que lograr un consenso que tan sólo sería posible en torno a una conquistar «auctoritas» «aún por conquistar».

³²¹ Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 185.

³²² A decir de Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 185, la doctrina del «diritto vivente» puede considerarse un fenómeno «exquisitamente italiano» fruto a partes iguales del papel central de la cuestión de inconstitucionalidad en este modelo, de las «relaciones de poder» entre los órganos constitucionales del país.

Sin embargo, este equilibrio que pregonaba la Corte en sus sentencias, fue criticado desde la doctrina. Dichas críticas hacían hincapié en la libertad hermenéutica de la Corte con relación a la disposición objeto de control. En respuesta a dichas críticas, uno de los autores en pronunciarse es Crisafulli³²³, quien afirmaba la existencia de una amplia autonomía interpretativa por parte de la Corte, y en ellas defendía el dictado de las SD interpretativas y su vinculación hacia las mismas por parte de la magistratura. Para este autor resulta inevitable el surgimiento de problemas entre la Corte y la magistratura si se toma en cuenta la estrecha relación interpretativa existente entre ambas instancias, y esto es así, si se da cuenta que el Tribunal siente la necesidad de interpretar tanto la norma constitucional que funge como parámetro de control de la norma impugnada, así como la norma sujeta a control, y que además, el juez «a quo» pueda de igual modo al aplicar la norma, asignarle una interpretación quizá no acorde con la acogida por el Tribunal.

Pero por otro lado, es necesario destacar, que el propio Crisafulli pudo advertir que la Corte, a través de las escasas SD interpretativas dictadas en los inicios de funcionamiento de la Corte, demostró no entenderse vinculada a la interpretación del juez ordinario. Asimismo, para el autor italiano, el «hecho de que el Tribunal pueda acoger la interpretación consolidada en la jurisprudencia tan solo viene a reafirmar su libertad frente a la interpretación explícita o implícitamente acogida por el juez «a quo»³²⁴.

En respuesta al planteamiento crisafulliano, Carnelutti³²⁵, sostuvo que, la Corte, no puede entender la disposición de forma distinta en la que fue interpretada por el juez «a quo», ya que de ser así, la Corte estaría absolviendo con su pronunciamiento una duda diferente a la planteada por el juez. Una vez más, y siguiendo dentro de la línea que asume a la jurisdicción constitucional no como una jurisdicción de interpretación, el autor expresa además que, la Corte no fue prevista para realizar interpretaciones de la ley, sino por el contrario, para determinar la constitucionalidad o no de la ley, juzgando la interpretación realizada por el juez que planteó el incidente.

Por su parte, Ascarelli³²⁶, asumiendo que el objeto de la interpretación no lo constituye la norma sino un texto, precisa que la norma como tal, sólo se representa viva cuando la disposición es efectivamente aplicada, requiriéndose para ello un proceso previo consistente en la interpretación de un texto. Por ello, señala el autor, no existen textos unívocos, sino textos que recibieron una aplicación concreta, o lo que es igual a afirmar, que el texto es en esencia polisémico, mientras que la norma aplicada es siempre unívoca, existiendo una necesaria relación instrumental entre interpretación y aplicación de la ley derivándose de esta forma la existencia de una norma, sólo como significado aplicado, y no como un hipotético resultado hermenéutico.

En la dimensión planteada por Ascarelli³²⁷, la Corte, ha momento de juzgar la constitucionalidad de la disposición, debe tener muy en cuenta que, si bien son los jueces

³²³ Crisafulli, Vezio, *Questioni in tema di interpretazione della Corte...opus cit.*, P. 929.

³²⁴ Crisafulli, Vezio, *Questioni in tema di interpretazione della Corte...opus cit.*, P. 934.

³²⁵ Carnelutti, F., *Poteri della Corte costituzionale in tema di interpretazione de la legge impugnata*, en *Rivista di diritto processuale*, 1962, p.349.

³²⁶ Ascarelli, T., y Carnelutti, F., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, con «postilla» de F. Carnelutti, en *Revista de diritto processuale*, 1957, p. 351.

³²⁷ Ascarelli, T., y Carnelutti, F., *Giurisprudenza costituzionale...opus cit.*, p. 361.

quienes aplican y aplicarán el texto, debe ser la norma elegida por ellos la que el Tribunal elija como contenido de la disposición a juzgar.

Al planteamiento de Ascarelli, responderá Crisafulli, arguyendo que, el juicio de constitucionalidad, no puede consistir en realizar un «accertamento storiográfico»³²⁸, sino en declarar un fenómeno actualmente significativo, como regla de hoy y para el futuro.

Así de esta manera, el debate y las discrepancias doctrinales sobre la actividad interpretativa desarrollada por la Corte, continuarán persistiendo hasta fines de la década de los sesenta en Italia. Empero, conforme se van desarrollando las discusiones doctrinales, también se irá consolidando dentro de la jurisprudencia de la Corte, un concepto amplio de «derecho viviente»³²⁹, caracterizado por su referencia al derecho escrito, así como al constituido por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica forense³³⁰. A decir de Martín de la Vega, dentro de este campo semántico, no se llegó a diferenciar entre la jurisprudencia del Tribunal de Casación y la jurisprudencia del resto de los tribunales, como que tampoco se hacía referencia a la aplicación interpretativa de los textos legales³³¹. Por ello, autores como Nocilla, comenzaron a hablar de una Constitución «viviente»³³² que «resultaba no sólo de las fórmulas contenidas en la Constitución y en las leyes constitucionales, sino también de la concreta modalidad con que estas se traducen en las leyes y en la praxis»³³³

³²⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *La dottrina del diritto vivente...opus cit.*, p. 106 – 108, señala que el significado de las leyes es visto como históricamente mutable y sólo determinable en el contexto del conjunto del ordenamiento, lo que desde luego puede considerarse un «anuncio» de una concepción históricamente concreta del control de constitucionalidad que conduciría a la teorización futura del «derecho viviente».

³²⁹ En efecto, como señala Zagrebelsky, Gustavo, *La dottrina del Diritto Vivente...opus cit.*, p. 111, a partir de la adopción de la «dottrina del diritto vivente», la Corte Constitucional italiana, asume un compromiso para valorar las perspectivas interpretativas realizadas por parte del resto órganos judiciales, sobre el entendimiento desprendible de la aplicación de la ley en la realidad social y la tradicional comprensión del precepto. Por su parte, Mangiameli, S., *Sentenza interpretativa, interpretazione giudiziale e «diritto vivente» (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino)* en *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. I, 1989, pp. 15–31, señala que el desarrollo de la «doctrina del derecho viviente», necesariamente se ve envuelta y coincide con la interpretación constitucionalmente adecuada de la norma, de modo tal que, si la aplicación del precepto legal, de acuerdo en la forma en que generalmente es apreciado, genera una duda razonable de constitucionalidad, el juez «a quo» estará facultado para plantear la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte. De igual modo, para la Corte Constitucional, el «derecho viviente» no representa un dato ajeno o desconocido, y por lo mismo, se encuentra llana a recibir las apreciaciones del juez «a quo», y es sobre este interpretación sobre el que virará su pronunciamiento.

³³⁰ Será al autor italiano Nocilla, quien esbozando al máximo dicho concepto, explica que el «diritto vivente» «no es solamente el resultante de los textos normativos o de la aplicación que de estos se haga en sede jurisdiccional o administrativa, sino también aquel que se recaba de la entera experiencia política, comprendiendo aquí aquella que se refiere directamente a las llamadas fuerzas políticas», *A propósito de diritto vivente*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, p. 1880.

³³¹ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 193.

³³² Algunos sectores doctrinales relativamente contemporáneos de la teoría constitucional, en base a los criterios esbozados por Häberle citado por Aragón Reyes, Manuel, *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*, en *REDC*, 1987, p. 37, han planteado una comprensión de la Constitución como un proceso abierto y que ha tenido algún eco dentro del concierto constitucional europea, y a partir de ello, se ha puesto en cuestión los fines del proceso político, contribuyendo con ello a desdibujar la relación entre órganos constitucionales y a dificultar la comprensión constitucional de las relaciones entre ellos, sobre todo, entre el Tribunal Constitucional y el legislador, así como con la misma magistratura.

³³³ Nocilla, D., *A propósito de diritto vivente...opus cit.*, p. 1881.

Sin embargo, a inicios de la década de los ochenta, este concepto amplio de «diritto vivente» al que se hizo referencia anteriormente, irá cediendo espacio a favor de otro concepto al que con propiedad, sí puede denominarse «diritto vivente». Dicho concepto, surge precisamente, del cuestionamiento a la libertad hermenéutica de la Corte, y la búsqueda por recomponer la crisis suscitada en las relaciones entre Corte Constitucional y magistratura. En efecto, si se vuelve a recordar brevemente, una retrospectiva de la realidad político jurídica de Italia, nos presenta un panorama en el que, de principio, se muestra la incómoda situación que generó la introducción de la Corte Constitucional dentro del esquema de poderes constitucionales: las actividades de la Corte fueron observadas por el Poder Legislativo y por el poder judicial en cuanto este órgano bregaba por sus mismos cauces. Si a ello se suma la pasividad por parte de la magistratura para instrumentalizar las disposiciones constitucionales, se tiene que el escenario era el propicio para que la Corte, ha momento de desarrollar sus actividades, asumiera un verdadero papel de «suplenza»³³⁴ del poder judicial en la limpieza de las normas preconstitucionales aún vigentes en aquel entonces³³⁵.

A ello se debe destacar también el antecedente explicado anteriormente, que se encuentra relacionado con el surgimiento de las SD interpretativas y la resistencia por parte de la magistratura por aceptar algún tipo de vinculación hermenéutica de dichos pronunciamientos, hasta arribar a la «guerra de las dos Cortes»³³⁶. Sin embargo, es necesario hacer notar, que paralela a la crisis en las relaciones entre Corte Constitucional y magistratura, también se llevó a cabo una «alianza»³³⁷ de un sector de la judicatura con la Corte. Dicha alianza implicaba un replanteamiento a escala ascendente en cuanto a cuestiones de inconstitucionalidad se refiere, y todo ello con la finalidad de refutar la línea jurisprudencial establecida en forma ortodoxa por la Corte de Casación³³⁸.

³³⁴ Modugno, Franco, *La Corte costituzionale italiana oggi*, en *Scritti sulla giustizia costituzionale* in onore di Vezio Crisafulli, Padova 1985.

³³⁵ Modugno, Franco, *Corte Costituzionale e potere legislativo...opus cit.*, p. 35. De igual modo de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 194, señala que la «suplenza» era por doble partida. Así, por un lado, la Corte llevó adelante una labor «purificadora» del ordenamiento que los jueces debieron realizar antes de que la Corte Constitucional desempeñe sus funciones dentro del concierto constitucional. Por otro lado, en cuanto a la falta de adecuación de la legislación a los dictados constitucionales, la labor de «suplenza» fue llevada en cuanto a las atribuciones del Poder Legislativo.

³³⁶ Sobre el tema, desde la perspectiva española, véase a Serra Cristóbal, R, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1999.

³³⁷ Modugno, Franco, *Corte Costituzionale e potere legislativo...opus cit.*, p. 35.

³³⁸ Ya Bachof, Otto, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, en VV.AA., *Summum ius summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, Tübingen, 1963, p. 41, precisaba que la función del juez ordinario era distinta de la del juez constitucional, en tanto que el primero debía resolver el conflicto entre la fidelidad a la norma general y la justicia individual, mientras que el segundo, además, debía tomar en cuenta la racionalidad o la «necesidad» política como freno al rigor del mandato jurídico. Luego, el juez constitucional no podía dejar de lado las consecuencias de sus sentencias. Partiendo de este razonamiento, para este mismo autor, un Tribunal Constitucional no puede rechazar la validez de una Ley, y para ello, debía argüir que con ello, buscaba evitar las consecuencias jurídicas que acarrearía dicha determinación (horror vacui), permitiéndose de esta manera, la moderación de los efectos de la inconstitucionalidad declarada. Empero, para López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control...opus cit.* p. 142, resulta de mucha importancia precisar que la aceptación del criterio de la «necesidad» como moderador de la rigurosidad textual debía condicionarse a la estabilidad de todo el sistema constitucional. Por ello, debía velarse porque el sistema constitucional funcione con un equilibrio razonable, es decir, el Tribunal Constitucional no se encontraba obligado a anular un precepto inconstitucional pese a que por ley (o ex constitutione) tuviera la obligación de hacerlo, puesto que de por medio se encontraba, debidamente justificado, el principio de la necesidad al que se hacía referencia. En este sentido, la labor hermenéutica desarrollada por la Corte, debía inscribirse sin sobresaltos en el resto de la comunidad de agentes constitucionales,

A las posturas enfrentadas entre la Corte y magistratura, debe traerse a colación también que, ante la resistencia por parte de la judicatura de brindar algún tipo de eficacia a las SD interpretativas, obligó a la Corte a emplear SE interpretativas que, dentro del esquema de las «doppie pronunzie» sirvieron a la Corte para introducir una nueva tipología de sentencias denominadas manipulativas y aditivas, que desde luego, tampoco fueron bien vistas por la magistratura, y más al contrario, criticaron su práctica por constituir una creación normativa con eficacia «erga omnes» de la parte reconstructiva de la sentencia.

La larga historia de enfrentamientos entre Corte Constitucional y magistratura, concluirán en forma simbólica con la STC 49/70, en la que el Tribunal, acepta el criterio interpretativo de la Corte de Casación sobre la retroactividad de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad. A partir de esta nueva tipología de sentencias (manipulativas), la Corte otorgará mayor prevalencia a la interpretación de la ley llevada a cabo por los jueces ordinarios, y sobre todo por la Corte de Casación. De esta forma, la Corte ejercerá un verdadero «self restraint»³³⁹ que implica imponer su interpretación a los jueces, sólo cuando haya podido individualizar un significado normativo susceptible de ser declarado inconstitucional³⁴⁰, pero a su vez, será necesario que ese significado coincida con el significado consolidado en la jurisprudencia ordinaria, para que sea asumido por el juez «a quo»³⁴¹.

Está claro que, la Corte Constitucional, deberá de asumir en forma acrítica la interpretación realizada por el juez «a quo», tomándola como incorporada al texto normativo, y para el caso de su inconstitucionalidad, anulará la disposición. Ahora bien, si la interpretación

o lo que es lo mismo, la interpretación del Tribunal, no debía confrontar con otras visiones interpretativas asumidas por los otros intérpretes de la Constitución, puesto que esta situación, sólo contribuiría a generar un conflicto más grave, suscitando con ello, una «tensión» en la interpretación, cuando en su lugar, la interpretación, debía devenir como el reflejo de un «acuerdo» interpretativo. Sin duda, el objetivo del Tribunal, debía ser el impedir que la torsión interpretativa desemboque en una hostilidad por parte del resto de agentes, como le tocó vivir a la Corte Constitucional italiana.

³³⁹ En el análisis de Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 196, este cambio operado por la Corte conllevará importantes consecuencias, a partir del cual se determinará el uso y sentido de las sentencias interpretativas de la Corte. Esto implicará a su vez, un nuevo reparto de funciones en la interpretación del ordenamiento jurídico, llegando a afectar la configuración del modelo de jurisdicción constitucional.

³⁴⁰ Modugno, Franco, *La Corte costituzionale italiana...opus cit.*, p. 564.

³⁴¹ Sobre el tema, Romboli, Roberto, *La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia*, (Trad. R. Velázquez Álvarez) en Cuadernos de Derecho Público, n.7, 1999, p. 28, recuerda que, una vez planteada la cuestión por parte del juez «a quo», y puesta a consideración de la Corte la interpretación de la norma, la máxima instancia de control de legitimidad del precepto, antes de manifestar su desacuerdo con la interpretación de la ley, que normalmente es asumida por los jueces ordinarios, la Corte Constitucional debía valorar las consecuencias de tal acto. Pero a su vez, ha momento de conocer la interpretación emanada de los jueces, la Corte debía tomar en cuenta y con mucha cautela, si la interpretación recogida por la jurisprudencia de la Corte de Casación venía consolidada o, por el contrario, era incierta. Ahora bien, Montilla, M., *Tipologia delle sentenze della Corte...opus cit.*, p. 53, resalta que el común denominador en el marco de las decisiones asumidas por la Corte Constitucional italiana, devela un escenario en el que las sentencias interpretativas de rechazo han sido empleadas para promover o asegurar orientaciones jurisprudenciales en línea de precedente hacia la jurisdicción ordinaria, más no así para contrarrestar «derecho viviente» que, según la praxis jurisprudencial, ya se encontraba por demás consolidada. Como ya lo advirtiera este mismo, en algunas ocasiones, la Corte Constitucional, temerosa de que la reconstrucción constitucionalmente adecuada de la norma que afecta a «derecho viviente» no sea seguida por el resto de tribunales, la motivó a dictar inmediatamente la declaración de inconstitucionalidad, liberándose de este modo al «a quo» de tener que adecuar constitucionalmente una norma que ha generado «derecho viviente» antes de plantear el incidente de constitucionalidad.

de la ley llevada a cabo por el juez «a quo» se alejara de lo que puede denominarse «diritto vivente», será la Corte quien quede habilitada para dictar una SD interpretativa, tomando en cuenta la constitucionalidad de la interpretación mayoritaria, desechando en este caso, aquella interpretación aislada del juez que planteó el incidente³⁴². De este modo, la Corte, actuando en una línea de total predisposición a limitar su actividad interpretativa de las disposiciones cuestionadas, ratifica que dicha actividad hermenéutica es de competencia propia de los jueces. Asimismo, al entenderse el «diritto vivente» como la praxis interpretativa de los jueces, asumirá un valor obligatorio a momento en que la Corte deba pronunciarse sobre la norma objeto de decisión, o lo que en palabras de Anzon³⁴³, sería sobreponer la interpretación afirmada por la jurisprudencia a la libertad interpretativa de la Corte, de tal forma que el significado judicial del derecho se convierte en un dato del problema a resolver.³⁴⁴

³⁴² Pugiotto, A., *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, en Giurisdizione Costituzionale, 1992, p. 3680. Desde luego, en un primer momento, se hizo referencia al surgimiento de un concepto amplio de «diritto vivente», como un fenómeno que devenía de un conjunto de elementos que terminaban conjugándose en una dinámica plenamente adscrita a la tradición hermenéutica caracterizada por la labor de un juez que se encargaba de compilar los diversos materiales en el momento de la aplicación e interactuaba con ellos tomando en cuenta las repercusiones del impacto social. Sin embargo, en un momento posterior, para López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control...opus cit.* p. 149, la doctrina del derecho viviente en Italia, tuvo que mantener una estrecha vinculación con la doctrina de la interpretación constitucionalmente conforme, y así limitar el escenario del juicio, y derivar de este modo, una interpretación armoniosa en el concierto constitucional, así como en la magistratura ordinaria. En este ámbito, el pronunciamiento de la Corte podía manifestarse en dos formas: Por un lado, podía declarar la desestimación de la impugnación por considerar que la interpretación del precepto legal examinado es constitucionalmente adecuada, o lo que es lo mismo, señalar categóricamente, que el proceso incidental no se encontraba suficientemente motivado; Pero por otro lado, también podía entender que la interpretación desentrañada a la luz del derecho viviente por parte del juez a quo no es constitucionalmente conforme y, por tanto, a esbozar otra interpretación constitucionalmente adecuada, lo que implicaba, ineludiblemente para la Corte, el dictado de una SD interpretativa, empero, como ya se tuvo oportunidad de analizar, los efectos de este tipo de pronunciamientos, no terminan de convencer en el resto de la magistratura, siendo vehemente el rechazo de ésta, a reconocer una vinculación «erga omnes». Aunque el mismo autor, reconocer que la ausencia de vinculación «erga omnes» no representa, en modo alguno, una consecuencia insensata, sobre todo, si lo que se busca a través de esta medida adoptada por parte de la magistratura ordinaria general, es consolidar el principio del respeto por la interpretación legal desarrollada desde aquellas esferas, y de este modo, reducir hasta la posible, el recorte de significados que la Corte Constitucional practica en su juicio de adecuación. Dicho de otro modo, este rechazo a reconocer cualquier eficacia hacia las SD interpretativas por parte de la magistratura ordinaria en general, no significaba otra cosa que, un intento por impedir el resurgimiento de una nueva interpretación de la ley en el seno de los jueces y tribunales que difiera sustancialmente de la interpretación desarrollada por la Corte Constitucional, pero igualmente adecuada a los mandatos de la Constitución. Desde luego, en aquellos supuestos en los que la inconstitucionalidad del precepto impugnado es tan evidente que, resulta imposible salvar la disposición a través de una interpretación conforme, la Corte no tendrá más remedio que declarar la inconstitucionalidad del precepto, amén de aquellas situaciones en las que la declaración de inconstitucionalidad opera ex post, es decir, luego de un nuevo pronunciamiento, cuando la Corte deja en claro que la interpretación inscrita en la sentencia de desestimación ha sido ignorada por las exigencias del «derecho viviente».

³⁴³ Anzon, Adele, *La Corte Costituzionale e il «diritto vivente»*, en Scritti sulla Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, tomo I, Padova, 1985, p. 7.

³⁴⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *La dottrina del diritto vivente...opus cit.*, p. 99. Aunque claro está, también debía preverse aquellos supuestos en los que, dado el escaso desarrollo jurisprudencial sobre el entendimiento de una determinada norma, la posibilidad de recurrir al «diritto vivente», representaba una tarea por demás dificultosa, tal como lo expresara D'Orazio, G, *Aspectos y problemas de la Justicia Constitucional italiana*, (Trad. A. Saiz Arnaiz), en RVAP, núm. 31, 1991, pp. 92-94. Más recientemente sobre el tema, Lucas Bizarro, R., *Comentari al projecte de reforma constitucional italiana en materia d'autonomia regional i administrativa*, en El Clip, núm. 10, Institut d'Estudis Autònoms/Generalitat de Catalunya, 2000, p.10., se refería en su análisis a la aprobación de la ley de la impugnación (directa o indirecta) y a la facultad de resolución por parte de la Corte Constitucional y su relación con la disposición legal impugnada, advirtiendo ya en aquel entonces, que al no haber gozado (el precepto

3.2. La redefinición de las sentencias interpretativas en su significado.

La consecuencia directa de la entrada en vigor de la doctrina del «diritto vivente», será la práctica desaparición de las SE interpretativas, tomadas como anulación de una interpretación alternativa de la norma y, en su lugar cobrarán mayor vigencia la SE parcial a través de la cual se elimina parte del contenido normativo de la disposición. Empero, habrá un cambio aún más trascendental en cuanto a la dimensión de la SD interpretativa se refiere. Así, puede presentarse el supuesto en el que la Corte emplee el «diritto vivente» de la Casación para rechazar la interpretación elaborada por el juez «a quo», y que fue sometida por éste al juicio de constitucionalidad a través de la cuestión de inconstitucionalidad. En este caso, la diferencia de este tipo de pronunciamientos con la tradicional SD interpretativa radica en que en esta última, el Tribunal contraponía su propia interpretación a la interpretación del juez «a quo», mientras que en la primera, la Corte contrapone la interpretación no inconstitucional dominante en la jurisprudencia por sobre la interpretación del juez «a quo», sirviendo como apoyo y fundamento de la decisión de la Corte, la apelación al «diritto vivente»³⁴⁵, dejando de lado su libertad hermenéutica sobre la norma.

Por otro lado, se encuentra el supuesto en que se emite una SD interpretativa ante la ausencia del «diritto vivente». En dicho supuesto, la Corte procede a una intervención exegética sobre la norma, adecuándola a la Constitución. Desde esta perspectiva, lo que se está haciendo es reducir el dictado de las SD interpretativas de naturaleza «corrective o adeguatrice» sólo cuando no se cuente con un «diritto vivente» Constitucional³⁴⁶. De esta forma surgen dos formas de interpretación jurisdiccional de la ley: la proveniente de la magistratura en primer término (derecho vivo) y la recreada por la Corte Constitucional ante la ausencia de derecho vivo.

Si bien es cierto que el criterio de colaboración con el poder judicial y la búsqueda de equilibrio con el resto de los órganos constitucionales mostraban a una Corte Constitucional autolimitada, no menos cierto es que la doctrina del «diritto vivente» presentaba sus propios problemas. En ese sentido, Modugno³⁴⁷ apunta que, asociar el «diritto vivente» con la jurisprudencia de la Corte de Casación, implicaría otorgar una jerarquía tal a la interpretación de la magistratura que se corría el riesgo de limitar la libertad interpretativa de los jueces de

enjuiciado) del suficiente tiempo de vigencia como para ser interpretada y aplicada por los jueces ordinarios, es un hecho evidente que la misma no haya generado «derecho viviente», y por lo mismo, esta situación coyuntural y extrajurídica, fuerza a recurrir al «control previo» y, en ausencia de «diritto vivente» la Corte Constitucional se encuentra con menos restricciones a la hora de interpretar la disposición impugnada conforme a la Constitución, siendo irrelevante atender a alguna tradición interpretativa legal prefijada por los jueces ordinarios, V. Gr. el específico fenómeno de la impugnación directa de leyes regionales que directamente podría calificarse en estos términos, impugnación que podría, en cierto modo, desaparecer con la reforma constitucional de 2001 referente a cuestiones de organización territorial.

³⁴⁵ Luiciani, M., *Le decisioni processuale e la logica del giudizio...opus cit.*, p. 260. Sobre el mismo tema Zagrebelsky, Gustavo, *La dottrina del diritto vivente...opus cit.*, p. 101, señala que la sentencia interpretativa no constituye un instrumento de las propias interpretaciones de la Corte, sino de las interpretaciones de los jueces que conformaron el «diritto vivente» frente a interpretaciones futuras de la magistratura.

³⁴⁶ En esta dimensión, para Zagrebelsky, Gustavo, *La dottrina del diritto vivente...opus cit.*, p. 102, la SD interpretativa no influye en la interpretación de la ley en cuanto tal, sino sobre la interpretación dada por el juez «a quo», lo que evita generar polémica en la magistratura. En otras palabras, la interpretación no repara en la formulación normativa de la disposición sino al contrario, opera sobre la norma interpretada por el juez ordinario.

³⁴⁷ Modugno, Franco, *Corte Costituzionale e potere legislativo...opus cit.*, p. 39.

grado inferior. A esta observación, Zagrebelsky³⁴⁸ se encarga de aclarar la misma, en el entendido de que la teoría del «diritto vivente» no significaba que el juez «a quo» no pueda impugnar la interpretación de la Corte de Casación, y si esta interpretación de la Casación es inconstitucional, es deber de la Corte Constitucional declarar su ilegitimidad. Por lo tanto, el «diritto vivente» sólo implica la renuncia de la Corte a interpretaciones militantes. Partiendo de esta aseveración, se tiene que el juez ordinario es copartícipe con el Tribunal en la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad.

Ahora bien, anteriormente se hizo referencia a que la Corte, en su intento por buscar un equilibrio con los órganos constitucionales, podía emitir SD interpretativas en aquellos casos donde estaba ausente el «diritto vivente» emergente de la praxis jurisprudencial, y que en tales circunstancias, la Corte, a través de la hermenéutica semiótica de la norma, la adecuaba a la Constitución. Ha sido este supuesto el que ha primado en la realidad Constitucional de Italia, y ello es así si se toma en cuenta que, entre la impugnación de la ley y la decisión sobre la misma, se produjeron en periodos demasiado cortos desde la promulgación de la norma legal. Esta situación imposibilitó que se consolidase un «diritto vivente» que sirva para contraponer a la interpretación del juez «a quo» sometida a juicio de constitucionalidad. En consecuencia, y como se explicó anteriormente, la Corte se encuentra dentro de un amplio margen interpretativo que le permite emplear sentencias interpretativas «adeguatrices» con eficacia general si se toma en cuenta que a través de dichos pronunciamientos se señala una interpretación acorde a la Constitución de la disposición impugnada³⁴⁹. Empero, fue esta práctica dominante la que a larga se constituyó en un problema para afianzar el equilibrio buscado, debido a que la Corte había vuelto a reasumir la potestad de condicionar la interpretación de la disposición.

Por otro lado, también se presenta otro elemento que afectará a la doctrina del «diritto vivente» en la década de los noventa, y será la gradual consolidación del principio de «interpretación conforme»³⁵⁰, la que la desplace³⁵¹. A partir de dicho principio, la Constitución

³⁴⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *La dottrina del diritto vivente...opus cit.*, p. 112.

³⁴⁹ Romboli, Roberto, *Introduzione al Seminario de la giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del Seminario di Pisa del 5 maggio, Torino, 1990, p. 16.

³⁵⁰ A decir de García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal...opus cit.*, p. 95 y ss., en virtud al «principio de interpretación conforme», el Tribunal Constitucional (la Corte Constitucional en Italia), toma en cuenta la supremacía de la Constitución a momento interpretar el ordenamiento jurídico en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, sean estos generales o particulares, aplicables a la materia en cuestión. En la perspectiva de Müller, F., *Juristische Methodik*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997, p. 93, la interpretación conforme no es en puridad ningún método autónomo de interpretación, sino que conduce a una selección de normas una vez estas ya se encuentran interpretadas. En consecuencia, se decide sobre aquella interpretación que mejor corresponde al sistema de valores contenido en la Constitución. En ese sentido, la doctrina alemana suele distinguir entre la interpretación constitucionalmente orientada que es a la que se encuentran llamados todos los intérpretes constitucionales, y la interpretación conforme incluida en un proceso de control de normas, cuya misión consiste en imponer el resultado hermenéutico sobre el resto de intérpretes. A la luz de este principio, una ley antes de que sea declarada inconstitucional, el juez de la constitucionalidad deberá buscar en vía de interpretación una concordancia con la Ley Fundamental. En todo caso lo que se busca es evitar con este principio, es el «horror vacui», frente a la falta de agilidad por parte del legislador para reparar el vacío normativo producido por la declaración de nulidad. Con esto se precautela el principio de «presunción de constitucionalidad de la ley», «la confianza otorgada al legislador en la elaboración de la ley» y que la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad sólo pueden operan cuando la duda razonable se encuentre ausente. En ese sentido, Gutiérrez Zarza, María de los Ángeles, *Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español*, en Revista de Derecho Procesal No. 3, Madrid, 1995, p. 1031, al hacer referencia al fundamento de las sentencias interpretativas y aditivas, toma en cuenta al principio de interpretación conforme, en virtud al cual sólo cabe

no sólo funge como canon orientativo de la interpretación de la Corte, sino también del juez «a quo», ya sea a momento de individualizar la norma aplicable al caso concreto, como también a momento de plantear la cuestión de inconstitucionalidad³⁵². Este principio irá evolucionando en la jurisprudencia constitucional italiana, en cuyas sentencias se establecerá la obligación o vínculo jurídico que supone para el juez de elevar la cuestión de inconstitucionalidad³⁵³.

Más allá de cualquier otra complicación y obstáculos para la doctrina del «diritto vivente», Martín de la Vega³⁵⁴, identifica los problemas centrales de dicha teoría, tomando en cuenta «la coexistencia de los dos principios (el de interpretación conforme y el del «diritto vivente») puede plantear al juez la duda de qué interpretación de la ley acoger a la hora de decidir si eleva la cuestión de inconstitucionalidad: la abstractamente posible, y probablemente constitucional, aplicando pues el principio de interpretación conforme, y no elevando la cuestión de inconstitucionalidad, o la consolidada como derecho «vivente», que le obligará a plantear la CI al plantearle dudas sobre su constitucionalidad». La Corte en ese sentido, se decantó por emplear el principio de interpretación conforme, aunque cabe precisar también, que en la actualidad, la jurisprudencia acepta ambas posibilidades, es decir aplicar el principio de interpretación conforme, así como la doctrina del «diritto vivente».

Ahora bien, aunque abiertas estas alternativas, la Corte (por conveniencia funcional) no apuesta por la aplicación del principio de la interpretación conforme, pues ello le obligaría a dictar SD interpretativas carentes de eficacia «erga omnes», por lo que le es mejor aplicar la doctrina del «diritto vivente», y buscar vincular como en el acuerdo inicial en base a la jurisprudencia mayoritaria o, en ausencia de ésta, imponer su interpretación.

4. LAS SENTENCIAS ADITIVAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA.

Cuando la magistratura ordinaria se opuso a reconocer cualquier eficacia jurídica a las SD interpretativas, obligó a la Corte Constitucional italiana a emitir SE interpretativas, y con ellas, aparecerán en el concierto jurídico italiano las «sentencias estimatorias parciales», en cuyo seno se acogía a otra sub clasificación de sentencias que se caracterizan precisamente por operar una escisión entre la disposición sujeta a examen y su contenido normativo. En ese sentido, la Corte declaró que en sus sentencias se pronuncia sobre disposiciones, pero juzga sobre normas³⁵⁵. Esta afirmación implica que en el dispositivo de la sentencia, la Corte declara

declarar la inconstitucionalidad de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulta indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma.

³⁵¹ La década de los noventa significará un viraje al pensamiento de los ochenta, pues se percibe la tendencia a reducir el influjo de la doctrina del «diritto vivente», así como «self restraint» de la Corte. Otra vez se apoya la libertad interpretativa del Tribunal a través del empleo de las SD interpretativas «correctivas o adecuadoras». Otro de los argumentos para tal cambio de postura lo explica Romboli, Roberto, *Introduzione al Seminario de la giustizia...opus cit.*, p. 18, para quien, si de la disposición pueden desprenderse varias interpretaciones posibles, es lógico que se prefiera otra interpretación que sea conforme a la Constitución, y es lógico también que no se puede declarar inconstitucional una disposición por el sólo hecho de que pueda prestarse a interpretaciones inconstitucionales.

³⁵² Onida y D'Amico, *I giudizi di costituzionalità...opus cit.*, p. 151.

³⁵³ Vid las SSTC 121/94, 138/98 y 139/98.

³⁵⁴ Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 210 – 211.

³⁵⁵ Vid las SSTC 84/96 y 360/96, como ejemplos de dicha conclusión sobre el objeto del control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional italiana.

la ilegitimidad de una parte del contenido normativo de la disposición, dejando incólume el enunciado lingüístico de la disposición³⁵⁶.

Este tipo de sentencias, se caracteriza por adoptar la fórmula de la declaración de inconstitucionalidad «en la parte en que se prevé, o en la parte en la que no prevé»³⁵⁷ algún sentido normativo previsto por la Corte. Así, la disposición legal, luego del pronunciamiento del Tribunal, tendrá un sentido distinto y más reducido del que se puede extraer del enunciado lingüístico, o lo que es lo mismo decir, que se está en frente de un texto vigente y formalmente inalterado en el ordenamiento jurídico, pero cuyo entendimiento queda condicionado a la interpretación de la Corte³⁵⁸.

Para Martín de la Vega³⁵⁹, cuando se habla en un sentido estricto de SE interpretativa, se inclina por utilizar el término «sentencia manipulativa»³⁶⁰, y con él se hace referencia al fenómeno denominado en forma general por el Tribunal como «sentencia estimatoria parcial», y ello sin más, por encontrarse consolidado en la doctrina, remarcándose la naturaleza transformadora del sentido de la disposición en este tipo de fallos³⁶¹, y como se verá más adelante, adquieren aceptación dentro de la doctrina española.

³⁵⁶ Sandulli, Aldo, *Il giudizio sulle...opus cit.*, p. 60.

³⁵⁷ En explicación de Pizzorusso, Alessandro, *Las sentencias «manipulativas» del Tribunal Constitucional Italiano*, en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, Madrid, 1981, p. 287, si se asume que a raíz de las interpretaciones realizadas por la Corte al interior del juicio de constitucionalidad siempre producen nuevas normas, luego, en el fondo cualquier pronunciamiento siempre acaba siendo «manipulativo». Sin duda, bajo este razonamiento, la utilización del término, deja de tener importancia. Sin embargo, en Italia, se ha empleado este término por parte de la doctrina, para caracterizar a los pronunciamientos a través de los cuales, la Corte «manipula» la voluntad del legislador. Es decir, el término «sentencias manipulativas» representa un concepto general que encierra en su seno a aquellas sentencias en las que materialmente la Corte redacta el precepto que se inserta en la ley, sea para cubrir una supuesta omisión inconstitucional (sentencia aditiva) o sea para sustituir una disposición declarada inconstitucional (sentencia sustitutiva). Empero, el mismo autor italiano advierte que este término ha sido empleado en otra acepción, es decir, para designar a aquella sentencia desestimatoria a través de la cual se expulsan normas abstractas rechazándose determinadas interpretaciones consideradas inconstitucionales. En este mismo sentido crítico Crisafulli, Vezio, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Padua, 1984, pp. 405–406, denota también el empleo del término «sentencia manipulativa» como una categoría distinta a la de las sentencias aditivas y sustitutivas, asumiendo en consecuencia, una dimensión en la que se desprenden declaraciones selectivas de nulidad de determinadas partes de un precepto legal, buscando con ello, un cambio de sentido en la interpretación del mismo.

³⁵⁸ Modugno, Franco, *Corollari del principio di «legittimità costituzionale» e sentenze «sostitutive» della Corte*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, p. 100.

³⁵⁹ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 216.

³⁶⁰ En relación al concepto «sentencia manipulativa» Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 217, considera que el origen de dicha palabra, podría hallarse en el artículo de Elia, Leopoldo, *Divergenze e convergenze della Corte Costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria*, en *Riv. it. Dir e proc pen.*, 1965, p. 362. Empero, la obra que diera mayor difusión a esta tipología de las sentencias italianas se recoge en Sandulli, Aldo, *Il giudizio sulle...opus cit.*, p. 58, en cuyo trabajo la SE parcial respecto al texto de «Le sentenze manipulative». De igual modo, de dichos pronunciamientos, el autor deriva las «sentencias creativas» en su modalidad «sostitutive o aggiuntive». De ello se desprende que el género lo constituye la «sentencia manipulativa», siendo sus especies, las «sentencias sustitutivas y aditivas».

³⁶¹ Haciendo referencia a Elia, Sandulli, Aldo, *Il giudizio sulle...opus cit.*, p. 60, cree que el primero está en la razón cuando afirma que este tipo de sentencias, están destinadas a incidir a fondo, aún sin alterar formalmente el texto, en la sustancia de las disposiciones legislativas, y en consecuencia, modificando el contenido normativo de las mismas. A su vez, Zagrebelsky, Gustavo, *Processo costituzionale...opus cit.*, p. 654, señala que la denominación de este tipo de pronunciamientos hace referencia al fin que estas persiguen en relación a la disposición legal, y que desde luego no es la anulación o su nueva interpretación conforme a la Constitución, sino más bien, la transformación de su significado.

4.1. Tipología y fundamento de las Sentencias Aditivas.

Cuando se hace referencia a la categoría de las sentencias manipulativas, su naturaleza teórico – doctrinal permite diferenciar entre las sentencias de estimación parcial, o denominadas también en *–strictu sensu–* como sentencias manipulativas, de las sentencias aditivas³⁶² o adjuntivas, así como las sentencias sustitutivas³⁶³. De ello se desprende que, en las llamadas sentencias de simple estimación parcial, la Corte declara la inconstitucionalidad sólo de una parte del contenido normativo de la disposición. Su naturaleza parcial radica en cuanto a la eliminación de un contenido normativo, más no elimina parte alguna del texto dispositivo³⁶⁴.

Lo que en definitiva y en una primera instancia hace la Corte es derivar todas las normas posibles de la disposición legal, para posteriormente, declarar la inconstitucionalidad de algunos de estos contenidos normativos. Ahora bien, si de esta explicación se desprende que la finalidad de este tipo de pronunciamientos era reducir el contenido normativo de la disposición, también era previsible que la Corte dictara pronunciamientos cuyos efectos normativos no se limitasen a la mera reducción dispositiva, sino más bien, ampliasen o modificasen el contenido normativo. Con esto, se abre paso al surgimiento de las sentencias aditivas³⁶⁵ y sustitutivas. A través de las primeras, la Corte declarará la inconstitucionalidad de

³⁶² En referencia a las sentencias aditivas, Pizzorusso, Alessandro, *Las Sentencias «Manipulativas» del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 290, se refiere a ellas como «sentencias acumulativas», citando como ejemplo de la misma a la Sentencia n. 190 de 16 de diciembre de 1970, donde en ocasión de analizar el artículo 304–bis del Código Penal que establecía: «los defensores de las partes tienen derecho a asistir a las pruebas judiciales, a los exámenes periciales, a los registros domiciliarios y a los reconocimientos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley», y a partir de dicha disposición se dedujo que el abogado defensor no tenía el derecho a asistir a los interrogatorios del imputado. En aquella oportunidad, la Corte entendió que aquella exclusión constituía una flagrante vulneración del artículo 24, 2.º párrafo de la Constitución que garantiza el derecho de defensa en juicio, por lo mismo, la Corte declaró la ilegitimidad constitucional del artículo 304 bis, primer párrafo, en la parte en la que excluye el derecho del defensor del imputado de asistir al interrogatorio. De este modo, la Corte dio paso a la producción de una norma que admite la asistencia del defensor a dicho acto procesal y ordenó a las autoridades a viabilizar su aplicabilidad. Como no podía ser de otra manera, el maestro italiano recuerda también, que sobre este tipo de pronunciamientos, se armó un rechazo por parte de los jueces ordinarios en la aplicación de la norma creada por la Corte, sin embargo, en forma posterior, tanto el Parlamento como el Gobierno plasmaron en textos legislativos las normas creadas por la Corte, superando de a poco las resistencias incluso del propio sector doctrinal.

³⁶³ Onida y D'Amico, *I giudizi di costituzionalità...opus cit.*, p. 280. Por su parte Elia, Leopoldo, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (ottobre – luglio 85)*, en Scritti su la Giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, I, Padova, 1985, p. 302, sostiene que las sentencias sustitutivas y las aditivas únicamente pueden encuadrarse en una categoría genérica de sentencias «manipulativas o creativas» en cuanto ambas resultan de «quid pluris» respecto a la posición de partida. A su vez, el mismo Elia aclara que tan sólo en la sentencia sustitutiva se produce un doble momento: ablativo y reconstructivo, y por tanto un primer vacío que la Corte se encargará de completar. Por el contrario, en la sentencia aditiva, el momento de la anulación no es independiente del de una supuesta reconstrucción, sino que se encuentran unidos lógicamente y sistemáticamente.

³⁶⁴ A decir de Zagrebelsky, Gustavo, *Proceso costituzionale...opus cit.*, p. 655, semejante manipulación del texto, conlleva una importante relevancia innovativa, que abre paso a una ampliación o reducción decisiva del significado y del campo normativo de la disposición.

³⁶⁵ Vid la Sentencia 190/1970, de 16 de diciembre, donde la Corte se pronunció sobre el artículo 304 – bis, primer párrafo del Código Penal que preveía «los defensores de las partes tienen derecho a asistir a las pruebas judiciales, a los exámenes periciales, a los registros domiciliarios y a los reconocimientos, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley», deduciéndose de la misma, el no reconocimiento del derecho del defensor a asistir a los interrogatorios del imputado. A juicio de la Corte, esta situación constituía una vulneración del artículo 24, 2.º párrafo de la Constitución que prevé y garantiza el derecho de defensa en juicio. A partir de dicho

la norma por aquello que no prevé, condicionando de esta manera la validez de la disposición a su lectura conjunta con la norma que faltaba³⁶⁶. Por el contrario, en las sentencias sustitutivas la manipulación va más allá, pues se considera inconstitucional el contenido normativo de la disposición y se la sustituye por otra diferente acogida por la Corte. En palabras de Modugno³⁶⁷, la Corte considera que el vicio se elimina, no sólo anulando dicha norma, sino sustituyéndola por otra de contenido diferente y constitucionalmente obligado³⁶⁸. Esta doble naturaleza de la sentencia sustitutiva, llevó a que la Corte la utilice no con carácter frecuente, como así sucede con las sentencias aditivas. Por ello, el mayor análisis por parte de la doctrina se sitúa sobre las sentencias manipulativas³⁶⁹ como género, y las sentencias aditivas como especie, tomando en cuenta además, que es en este tipo de pronunciamientos en donde se presentan los problemas teóricos y prácticos³⁷⁰.

4.2. Las sentencias manipulativas y los condicionamientos para su consolidación dentro de la jurisdicción constitucional italiana.

Para Martín de la Vega³⁷¹, no puede pasarse por alto un dato muy importante sobre las sentencias manipulativas: la relevancia cualitativa y cuantitativa que dicho tipo de pronunciamientos adquiere en la realidad constitucional italiana. Por ello, Sandulli³⁷², afirmó

razonamiento, la Corte declaró la ilegitimidad constitucional del artículo 304 – bis, primer párrafo en la parte en la que «excluye el derecho del defensor del imputado de asistir al interrogatorio», abriendo de este modo el alcance normativo de la disposición impugnada.

³⁶⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *Processo costituzionale...op. cit.*, p. 655.

³⁶⁷ Modugno, Franco, *Corollari del principio di «legittimità costituzionale» e sentenze «sostitutive»...opus cit.*, p. 91.

³⁶⁸ Vid la STC 25/65 sobre la prohibición de publicación de documentos y debates instructorios donde la Corte precisó que tal prohibición debería entenderse «fino a che trascorsi i termini stabiliti della norma sugli archivi di Stato». Asimismo, véase la STC 15/69 de 17 de febrero, en relación al artículo 313.3 del C.p., donde se establecía la necesaria autorización del Ministro de Justicia para proceder por el delito de vilipendio a la Corte Constitucional.

³⁶⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *Processo costituzionale...opus cit.*, p. 657, apunta que el verdadero problema de todo tipo de sentencias se reduce a su capacidad de introducir en el ordenamiento normas nuevas, y este resultado puede obtenerse con cualquier forma de sentencia, incluyendo aquí las sentencias de estimación parcial sobre el texto. Sin embargo, autores como Romboli, Roberto, *La tipologia de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la inconstitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental*, REDC, núm. 48, 1996, p.65, y Guastini, Ricardo, *¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?*, (Trad. M. Carbonell Sánchez) en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núm.25, Valencia, 1998, p.44, señalan que no puede dejarse de lado, que el respeto hacia el poder discrecional del legislador, fue lo que condicionó la airada discusión que despertó la aparición de las sentencias aditivas, en tanto que a través de ellas, la Corte supera la presencia de una omisión inconstitucional en la ley enjuiciada —o del vacío que genera la inaplicación de los preceptos que, en criterio de la propia Corte, entiende como inconstitucionales. El recurso a ésta técnica por parte de la Corte Constitucional, desde luego, mereció el recelo doctrinal que veía en las sentencias aditivas un papel de suplencia de la Corte con respecto al Parlamento, o lo que es más grave aún, una especie de usurpación de las tareas de producción normativa que únicamente correspondía a ésta última instancia.

³⁷⁰ Como se tuvo oportunidad de anotar, el problema del dictado de este tipo de pronunciamientos, adquiere también una connotación normativa, en tanto que la Ley No. 87 de 11 de marzo de 1953, señalaba expresamente en su artículo 28 que el control ejercido por la Corte Constitucional sobre una ley o un acto con fuerza de ley, debe excluir cualquier valoración de naturaleza política y cualquier examen sobre el uso del poder discrecional del Parlamento.

³⁷¹ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 223 – 224.

³⁷² Sandulli, Aldo, *Il giudizio sulle...opus cit.*, p. 64, quien resalta la proliferación de las sentencias manipulativas, como la muestra de una revolución en el sistema del control de constitucionalidad italiano. Asimismo, Elia, en su obra *Le sentenze additive e la più recente...opus cit.*, p. 318 – 319, también estudia el fenómeno

que en el periodo que comprende de 1980 a 1987, las sentencias manipulativas ya sea en su expresión aditiva o sustitutiva como típicas de la jurisdicción constitucional italiana, van en aumento y llegan a representar el 55% dentro de las SE, que implicará la consolidación de esta nueva forma de pronunciamientos de la Corte. Tomando en cuenta esta realidad, reflejada en el constante y continuado recurso a este tipo de pronunciamientos por parte de la Corte, así como la frecuente solicitud de este tipo de sentencias por parte de la magistratura, hicieron que ni los sectores más críticos³⁷³ hacia esta categoría de sentencias dejen de reconocer «que se encuentran ante un hecho consumado difícilmente reversible, y ante el cual sólo es posible discutir los límites correctos de su uso por parte del TC o la concreta eficacia jurídica atribuible a estos pronunciamientos»³⁷⁴.

Ahora bien, cuando se aborda el tema de las sentencias manipulativas, resulta de obligado análisis cuestionarse sobre el «estatus» de la Corte Constitucional y su relación con el resto de los órganos constitucionales, sobre todo con el Poder Legislativo³⁷⁵, para que a través de dicho análisis, se pueda comprender las causas que hicieron que este tipo de sentencias se constituyan en un rasgo definitivo de la justicia constitucional italiana.

Una de las causas para que se promuevan este tipo de sentencias, radica en condicionamientos de naturaleza técnico – jurídica, que desde ya, se encuentran ligados al sistema de efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional y la particularidad de su configuración en Italia. Como se pudo apreciar al inicio del presente capítulo, el diseño y legislación constitucional sobre los efectos de las sentencias constitucionales adolecía de una rigidez atribuible a la sobria regulación sobre la materia por parte del artículo 136 de la C., donde sólo se hacía referencia a la eficacia general para las sentencias estimatorias, y predeterminando a su vez a la Corte, a actuar sobre una rígida dicotomía entre sentencias estimatorias/sentencias desestimatorias. Esta insuficiencia del esquema normativo obligó al Tribunal a elaborar fórmulas que le permitieran modular la incidencia de sus pronunciamientos

entre octubre de 1981 a julio de 1985, donde cuantitativamente se aprecia que en dicho periodo se dictaron 66 sentencias estimatorias frente a 68 sentencias aditivas o sustitutivas.

³⁷³ Frente a las críticas surgidas desde los diversos sectores doctrinales, la solidez de los argumentos esbozados por el maestro italiano Crisafulli, Vezio, en su obra *Lezioni di Diritto...opus cit.*, pp. 407–409, sirvieron para contener a estas, bajo los siguientes argumentos: Que en la reconstrucción de la norma a través de las sentencias aditivas, la Corte Constitucional no incorporaba elementos correspondientes al ámbito de decisión discrecional o política del legislador, sino que se limitaba a deducir la consecuencia jurídica lógica que arrojaba el entramado de mandatos constitucionales. Es decir, la creación normativa desarrollada por la Corte Constitucional a través de este tipo de pronunciamientos, devenía en forma automática «a rime obbligate», o lo que es lo mismo señalar, a través de esta técnica, la Corte, más allá de de incorporar normas como producto de su creación particular, el «a rime obbligate» significaba que la Corte únicamente constataba la existencia normas que ya se encontraban presentes en una conjunción de principios constitucionales previos

³⁷⁴ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 225.

³⁷⁵ En su momento, Pibernat Doménech, Xavier, *La sentencia constitucional como fuente del Derecho*, en Revista de Derecho Político, núm. 24, Barcelona, 1987, p. 82, advirtió que a través de este tipo de sentencias, el Tribunal no se limita a efectuar un juicio para precisar el significado constitucional de la ley, sino que a través de la interpretación, procede a la reconstrucción de un precepto «suplantando al legislador». En ese sentido se rescata también los votos particulares que acompañan a la STC 103/1983, (régimen general de las pensiones de viudedad) de 22 de noviembre, donde el Magistrado Arozamena Sierra, adhiriéndose a la disidencia del Magistrado Pera Verdager, manifiesta su desacuerdo tras considerar que el TC estaría –a través de dicho pronunciamiento– realizando una «innovación por la vía de la Sentencia en el derecho de la Seguridad Social». De igual modo, el Magistrado Rubio Llorente deja constancia de su disidencia al determinar que «supresión es una medida de política legislativa cuya oportunidad y forma sólo el legislador ha de determinar».

en el ordenamiento, resultando de ello un catálogo flexible de decisiones capaces de responder a las concretas necesidades del momento.

Haciendo una pequeña recapitulación, tendremos de inicio, el fracaso de la SD interpretativa en su intento por vincular a la magistratura, a una determinada interpretación de la ley. Esta situación obligó a la Corte a emitir sentencias estimatorias como única forma al amparo del artículo 136 de la C., para derivar efectos «erga omnes». En la medida en que aparecen las sentencias de estimación, coetáneamente surgen las SE interpretativas que, al sufrir una serie de obstáculos en cuanto a las dificultades de las formulaciones normativas para adaptarse a interpretaciones alternativas, y de la existencia de la doctrina del «diritto vivente», harán que la Corte se decante por la utilización de SE parcial sobre la norma, o en estricto sentido, empleará las sentencias manipulativas. Ahora bien, si lo que se buscaba con este tipo de cambios en la tipología de las sentencias, hasta arribar en las sentencias manipulativas, era poner fin a la crisis en las relaciones entre Corte Constitucional y poder judicial, el intento provocará el surgimiento –esta vez marcado– de una nueva crisis³⁷⁶ de relaciones con el Poder Legislativo³⁷⁷.

Por otro lado, la consolidación en la jurisprudencia constitucional italiana de la distinción entre disposición y norma, explican también porque la Corte formuló sentencias aditivas. Crisafulli³⁷⁸, apunta que a través de este tipo de pronunciamientos, lo que se pretende es evitar «vacíos» en el ordenamiento y, además, la Corte intenta dar solución a la inconstitucionalidad de la norma por sí misma, sin necesidad de crear ese vacío.

Más allá de los condicionamientos técnico – jurídicos, también se tienen condicionamientos de orden político – institucional que motivaron a la Corte a dictar sentencias autoaplicativas. Autores como Modugno³⁷⁹ y Lanzillo³⁸⁰, aseveran que cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera. En ese sentido, comprender la

³⁷⁶ A decir de Gutiérrez Zarza, María de los Ángeles, *Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal...opus cit.*, p. 1033, el TC, en el conocimiento de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, no busca una solución al caso, sino la delimitación de un campo de licitud dentro del cual otros operadores jurídicos adoptarán la solución con arreglo y criterios políticos (legislador) o jurídicos (juez). En ese sentido, el TC debe ejercer sobre sí mismo una autocontención para no llevar a cabo juicios de optimización, que impliquen decidir cuál es la mejor interpretación que puede hacerse del texto constitucional, ya que elegir entre varias posibilidades es una opción de política legislativa. Ello sin duda, obliga al TC a un «self restraint» que impida se convierta en un legislador positivo o un Tribunal Supremo.

³⁷⁷ Paladin, Livio, *Diritto Costituzionale*, Padova, 1995, p. 779, recuerda que entre las SD interpretativas y las SE interpretativas, existen diferencias estructurales. Así en las primeras, la Corte elige una interpretación que en cierto modo está contenida en la disposición. La Corte en este caso se mueve en el plano meramente hermenéutico. Por el contrario, en la sentencia aditiva, la Corte añade un «quid novi» que amplía la esfera de eficacia de la disposición, donde la interpretación constitucional desempeña un papel instrumental.

³⁷⁸ Crisafulli, Vezio, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, p. 1703. Así también, Onida y D'Amico, *I giudizi di costituzionalità...opus cit.*, p. 284, apuntan que la finalidad última de este tipo de sentencias, es limitar los efectos demolitorios que acarrea la sentencia estimatoria pura y simple. Por otro lado, la desconfianza hacia el Parlamento por parte de la Corte tampoco se encuentra ausente, lo que obliga a la Corte a solucionar definitivamente el problema a través de una sentencia autoaplicativa.

³⁷⁹ Modugno, Franco, *La Giurisdizione Costituzionale*, en *La Costituzione italiana (Il disegno originario e la realtà attuale)*, Milano 1980, p. 222.

³⁸⁰ Lanzillo, R., *Poteri creativi della Corte costituzionale nei giudizi incidentali sulla validità delle leggi*, en *Rivista di diritto civile*, 1982.

dimensión y naturaleza de las sentencias manipulativas, si antes no se toma muy en cuenta algunos factores político institucionales como ser: la existencia de una Constitución con un fuerte contenido programático³⁸¹; la presencia simultánea de leyes preconstitucionales de corte autoritario y protoliberal aún vigentes; y por último, la inactividad del legislador para brindar soluciones en el tiempo actual en que se requiere de su colaboración para concretizar el sistema constitucional y la adecuación del ordenamiento legal preexistente. Dicha demanda de actuación, pronto se desplazará ante la ineficacia del Parlamento, hacia la Corte Constitucional y la magistratura, quienes asumirán la labor de adecuación de ordenamiento preconstitucional a la Constitución. Sin duda, la labor de «suplencia general» será encabezada en primer término por la Corte, quien en la primera etapa de su funcionamiento, asumirá un rol bastante activista al desmontar gran parte de la legislación fascista, frente a una timorata actuación de la magistratura. La Corte aprovechó la alianza sostenida con una parte progresista de la judicatura que –planteando la cuestión de inconstitucionalidad– y aportó a reforzar el monopolio interpretativo del Tribunal.

La labor de reconstrucción desarrollada por la Corte, en explicaciones de Onida³⁸², propició la expansión del Tribunal, primero a través de las sentencias interpretativas, y luego a través de las sentencias manipulativas, llegando a suplantarse –desplazar– con esta actividad al poder judicial y luego al Poder Legislativo³⁸³. La celeridad en otorgar respuestas por parte de la Corte, frente a la pasividad de los órganos constitucionales para responder a las convocatorias para adecuar la normativa a la Constitución, reacomodaron a la Corte en un nuevo papel dentro del concierto constitucional, distinto de aquel catalogado por Kelsen³⁸⁴ como guardián de la Constitución, para convertirse en un «verdadero motor de reformas»³⁸⁵, apoyados por la sociedad, legitimando de esta forma este tipo de actos llevados adelante por la Corte.

Así, la Corte acude a la técnica de las sentencias manipulativas, como el remedio más expedito para adecuar la legislación preconstitucional a los valores constitucionales. Esta actitud de la Corte la convierte en lo que la doctrina³⁸⁶ afirmará «un verdadero elemento dinámico de la forma de gobierno». La Corte se constituye de esta manera, en un verdadero órgano de cierre del ordenamiento jurídico, adoptando –a pesar de algunos aspectos– una posición de valoración, corrección y perfección última del trabajo que corresponde al legislador democrático. Desde esta perspectiva, resulta por demás pertinente el cuestionamiento que se

³⁸¹ La Pergola, Antonio, *La Giustizia costituzionale nel 1986*, en *L'Attività della Corte costituzionale nel giudizio dei suoi Presidenti (1956 – 1989)*, Roma, 1991, p. 156, afirmaba que tanto las sentencias aditivas como las substitutivas, eran hijas al fin y al cabo, de aquellas normas programáticas que la Constitución exige desarrollar al Parlamento, y cuyo mandato legislativo frecuentemente incumplió.

³⁸² Onida, Valerio, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, en *Scritti in onore di Constantino Mortati*, vol. IV, Milano 1977, p. 511.

³⁸³ Una vez más, para Gutiérrez Zarza, María de los Ángeles, *Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal...opus cit.*, p. 1034, resalta la difícil labor del TC, quien llamado a custodiar la interpretación constitucional de las leyes, tenga que a su vez, evitar traspasar esta frontera y termine custodiando la mejor interpretación. Para ello es necesario que el TC recuerde que no es competente en su función de órgano decisor de los recursos de inconstitucionalidad enjuiciar el mayor o menor acierto con que los operadores jurídicos llevaron a cabo la labor de aplicación.

³⁸⁴ En el pensamiento de Modugno, Franco, *La Corte costituzionale italiana...opus cit.*, p. 20, la idea kelseniana de un juez constitucional como legislador negativo, implica un juez guardián de «los muros externos de la constitución», y no ya intérprete de la voluntad constituyente y por tanto «operante en el interior de esos muros».

³⁸⁵ Cheli, Enzo, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, p. 34.

³⁸⁶ Modugno, Franco, *La Corte costituzionale italiana...opus cit.*, p. 34.

formula Martín de la Vega³⁸⁷, sobre «si todos estos factores que acentúan la presencia de sentencias «creativas» en la jurisdicción constitucional italiana» representan un factor común «a toda estructura constitucional que incorpore un sistema de control de constitucionalidad de la ley»³⁸⁸. Al parecer, resulta consustancial a la naturaleza de la justicia constitucional, un mayor o menor grado de creación normativa, ya sea a través del empleo de sentencias manipulativas o de cualquier otra sentencia constitucional, pues estas siempre incidirán en el ordenamiento jurídico en forma positiva.

4.3. Construcción doctrinal de la categoría y sus formas de manifestación en la justicia constitucional italiana.

Es necesario recordar, que a mediados de la década de los sesenta, al interior de la doctrina constitucional italiana, los temas que llamaban la atención de los estudiosos, estaban relacionados en primer lugar, en justificar teóricamente la intervención normativa de la Corte, que se plasmaba en el dictado de sentencias constitucionales con efectos creativos. A su vez, esta situación provocó reacciones sobre la predicada eficacia general de dichas sentencias y sobre la vinculación de la interpretación realizada por la Corte hacia la magistratura y el Poder Legislativo.

Esto es así, si se toma en cuenta que en la SE interpretativa en sentido estricto, donde la Corte elegía entre interpretaciones alternativas, el Tribunal puede actuar de dos formas distintas: ya sea declarando la inconstitucionalidad de la omisión del legislador, cuya eliminación normativa permite borrar el obstáculo para la aplicación de otras normas ya existentes pero que se hallan excluidas en forma implícita debido al silencio de la ley; Y en ocasiones, cuando el Tribunal observaba la presencia de una simple omisión legislativa, lo que hacía a través de la sentencia, era integrar el ordenamiento jurídico, derivando de su libertad interpretativa, la norma que llene el vacío detectado³⁸⁹. En el primer caso, se estaba haciendo referencia a una sentencia manipulativa como anulación de una norma implícita de exclusión, y en el segundo supuesto, la sentencia manipulativa fungía como integración interpretativa de la norma.

En el primer supuesto, lo que se presenta, es la posibilidad de someter a control de constitucionalidad las omisiones legislativas en la medida en que se entienda que la disposición legal que se pretende impugnar contenga una norma implícita de exclusión, sobre la que se busca la declaración de inconstitucionalidad³⁹⁰.

³⁸⁷ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 233.

³⁸⁸ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 233.

³⁸⁹ En el trabajo de Crisafulli, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984, p. 703, hace referencia a una norma «traída por analogía de otras normas contenidas en el sistema, o de la norma constitucional utilizada en el juicio». En cuanto a la sentencia sustitutiva, según el mismo autor, lo que hace el TC es sustituir el significado inconstitucional a que aludía la disposición por otro distinto y conforme a la Constitución, sin el cual «la entera disposición deviene inaplicable en espera de una posterior intervención legislativa».

³⁹⁰ Para Branca, Giuseppe, *L'illegittimità parziale nelle sentenze...opus cit.*, p. 64, la omisión del legislador es trascendental en la medida en que implique una exclusión tácita, o también porque «el acto legislativo es inconstitucional en la parte en que ha negado una cierta disciplina, como si hubiese dicho...».

Sobre el tema, Mortati³⁹¹, considera que la omisión legislativa es el resultado de un acto de voluntad del legislador. Dejando de lado los casos en que se presentan omisiones absolutas³⁹², el autor llega a identificar dos problemas centrales en relación a las omisiones relativas como formas de desarrollo parcial e insuficiente acerca de una determinada disciplina prevista en la Constitución. El primer problema se encuentra relacionado con la consideración como objeto del juicio, el comportamiento negativo del legislador. Así también, un otro problema recae en el efecto creativo de la sentencia constitucional. En relación a la primera observación, Mortati señala que es posible equiparar el silencio del legislador a una expresa prohibición de comportamientos y relaciones no reguladas, y esto es así, si se toma en cuenta que la omisión es también parte del texto, «en su función de instrumento generador de normas, y por tanto puede ser objeto de censura».

Y en relación al segundo problema, a juicio de Mortati, la eliminación de una «omisión impeditiva» produce tan sólo un aparente efecto adjuntivo, en cuanto que, como consecuencia de la remoción del obstáculo que se derivaba del texto, la aplicación de otras normas antes vedadas quedan restituidas con plena eficacia³⁹³. A partir de dicha aclaración, para el autor italiano, el pronunciamiento del juicio sobre la omisión no puede comportar un mero carácter negativo «porque, debiendo la declaración de ilegitimidad estar acompañada de la enunciación de las exigencias que se habrían debido cumplir, no puede dejar de elaborar los criterios que deben informar a la norma destinada a regular la situación anteriormente no considerada»³⁹⁴.

Silvestri³⁹⁵, en alusión al razonamiento de Mortati, señala que su fundamento descansa en la necesaria duplicidad de la declaración de la omisión, pues por una parte lo que se denuncia es la ausencia de una norma, y en forma consecuente con ésta la Corte indica cual es la norma ausente, indicación que debe sujetarse a la Constitución y no a un abstracto ideal del Tribunal. Sobre la base de este análisis, Silvestri llega a la conclusión que la Corte ha de determinar siempre el material normativo, aunque claro está, que no es ese el resultado que pretendió dar a entender Mortati³⁹⁶, pues para este autor, incluso si el TC no supliera esta omisión, lo haría el juez ordinario en base a criterios generales como la analogía.

³⁹¹ Mortati, Constantino, *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, en Foro italiano, 1970, p. 153 – 190.

³⁹² Para Mortati, Constantino, *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro...opus cit.*, p. 154 – 156, la omisión absoluta, es la falta de cualquier disposición aplicativa del precepto constitucional. Sin embargo, el mismo autor plantea su duda sobre la posibilidad de que semejante tipo de omisiones se dé realmente en presencia de normas constitucionales.

³⁹³ Mortati, Constantino, *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro...opus cit.*, p. 164, reconoce que salvo en los casos más simples, en los cuales la constitucionalidad buscada se consigue gracias a la simple eliminación de la prohibición tácita, en los demás supuestos «el efecto es necesariamente de integración, creador pues en mayor o menor grado, de nuevas normas».

³⁹⁴ Mortati, Constantino, *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro...opus cit.*, p. 167, cuando a juicio de la Corte se declara inconstitucional la omisión del legislador porque en ella se encuentra una norma implícita de exclusión, lo que se está haciendo con esto, es abrir paso a la actividad creativa del Tribunal. Mucho más clara es la explicación elaborada por Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative della...opus cit.*, p. 781, quien en su «áter lógico» apunta las tres fases de las sentencias aditivas: En primer lugar, el reconocimiento del texto como insuficiente, en segundo lugar, la abstracta configuración de cómo «debería ser», y en tercer lugar, la adición del «quid» necesario para su constitucionalidad.

³⁹⁵ Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative della...opus cit.*, p. 781.

³⁹⁶ Mortati, Constantino, *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro...opus cit.*, p. 168.

Adoptar la omisión como una norma negativa, hallará apoyo en la doctrina mayoritaria representada por autores como Lavagna³⁹⁷ o Lanzillo³⁹⁸ quienes discrepan con las conclusiones que Mortati deriva de las sentencias manipulativas, aunque parten de un mismo supuesto estructural en el que la Corte al controlar la omisión, actúa sobre una implícita norma impeditiva.

Para superar los obstáculos a los que se hizo referencia, como señala D'Orazio³⁹⁹ la Corte acudió una vez más a la diferencia entre disposición y norma. En esta dimensión, la omisión es una norma que se encuentra ausente y la Corte se pronuncia sobre dicha ausencia que es declarada inconstitucional, añadiendo la norma que se desprende ausente de la disposición⁴⁰⁰. Es necesario aclarar a su vez que, en las sentencias manipulativas como eliminación de una norma implícita de exclusión, si bien existe un aparente efecto aditivo, ello es necesario, pues si la Corte eliminase la norma implícita y no se pronunciase positivamente identificando la norma implícitamente excluida, la actividad del Tribunal no tendría ningún sentido.

Por otro lado, en un segundo supuesto en el que la sentencia manipulativa funge como integración interpretativa de la norma, la omisión legislativa deja de ser considerada como voluntad del legislador, sino como una mera laguna jurídica que determinaba la inconstitucionalidad⁴⁰¹.

Para Picardi⁴⁰², al intentar rebatir la construcción de Mortati sobre el control de las omisiones del legislador, sitúa el problema de la sentencia aditiva, no en la actuación pasiva del órgano, sino en la situación de carencia del ordenamiento, es decir, el problema no radica en la omisión del legislador, sino en la existencia de una laguna jurídica en el ordenamiento. Y la solución a este problema, radica en encontrar una norma secundaria que cubra dicho vacío, y

³⁹⁷ Lavagna, C., *Sulle sentenze «additive» della Corte Costituzionale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1969, p. 145 y ss.

³⁹⁸ Lanzillo, R., *Poteri creativi della Corte costituzionale nei giudizi...opus cit.*, p. 675, afirma que la sentencia aditiva, en su mayoría, declara ilegítimas las normas expresadas sólo «en negativo», es decir, por una necesaria deducción a contrario de la «disposición formal». Además, el autor cree que «cuando el silencio del texto pueda ser inequívocamente interpretado como expresión de una determinada norma, con seguridad perteneciente al sistema, aún cuando no positivamente expresada», la STC se encuentra dentro de los límites de la eliminación parcial de normas, encuadrándose por tanto dentro de una típica sentencia manipulativa en sentido estricto. Por último, afirma también, que la Corte al eliminar la norma en negativo, también suple al legislador. Por su parte Granata, R., *La giustizia costituzionale nel 1997*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 2922, precisaba que las sentencias aditivas tienen «peculiar importancia por comportar una innovación normativa de signo positivo, consecuencia de la declaración de ilegitimidad constitucional de una norma negativa, implícitamente dictada por el legislador».

³⁹⁹ D'Orazio, G., *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e constatazione*, en *Revista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, p. 101–102.

⁴⁰⁰ Para Zagrebelsky, Gustavo, *Processo costituzionale...opus cit.*, p. 655, «la decisión de inconstitucionalidad afecta pues a una omisión del legislador, y en tal declaración de inconstitucionalidad se razona como si la norma estuviere ausente». Por su parte Falzea, P., *In tema di sentenze di accoglimento parziale*, en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale (Atti del Convegno di Trieste 26–28 maggio 1986)*, Milano, 1988, p. 500, sostiene que la sentencia aditiva trata de la eliminación de una exclusión tácita, y que la declaración de inconstitucionalidad de la exclusión, en el fondo, no es otra que la anulación de una parte del precepto, estando en este caso, en presencia de un supuesto típico de una anulación parcial.

⁴⁰¹ Crisafulli, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale...opus cit.*, p. 404.

⁴⁰² Picardi, N., *Le sentenze «integrative» della Corte Costituzionale e vincolo del giudice*, en *Giurisprudenza civile*, 1979, p. 597 – 634,

ello es posible a través de una sentencia integrativa, y no así aditiva⁴⁰³, pues este último término se presta a una serie de interpretaciones que cuestionan la capacidad creativa de la Corte⁴⁰⁴.

Por su parte, Modugno⁴⁰⁵, firme defensor de las sentencias aditivas, señala que, el Tribunal a través de las sentencias aditivas y sustitutivas, lo único que hace es extraer del ordenamiento jurídico un principio general que se desprende de la propia disposición manipulada. Para D'Orazio, la dimensión de este tipo de pronunciamientos lo que hace es demostrar una coherencia interna, a partir de la cual la norma viene aditivamente explicitada, sin alternativa, en virtud de un principio constitucional vinculante o en conexión con una elección más general ya realizada por el legislador al formular la norma⁴⁰⁶. De ello se desprende que la Corte es la llamada a integrar la lógica del discurso legislativo, o lo que en palabras del autor vendría a llamarse «el juez de la razonabilidad de la ley»⁴⁰⁷. Sin embargo, otros autores como de Onida y D'Amico⁴⁰⁸ dejarán claro que, en ocasiones el trabajo de la Corte no se limita a «añadir» al texto la norma directamente deducible de la Constitución, sino que la labor desempeñada por la Corte tiene sus complejidades, en cuanto debe interpretar las diversas normas que puedan prever las disposiciones constitucionales y legales.

4.4. Los efectos de las sentencias manipulativas.

Será una vez más Crisafulli⁴⁰⁹, quien identifique cuatro elementos que hacen a la naturaleza de las sentencias manipulativas, que con posterioridad serán ampliamente acogidas por la doctrina: En primer lugar se tiene que la sentencia manipulativa, en cuanto sentencia estimatoria, incide directamente sobre el contenido normativo. En Segundo lugar existe una cualidad creativa en la manipulación⁴¹⁰, aspecto éste que se encuentra vinculado con un tercer

⁴⁰³ Es necesario advertir que, en el caso de las sentencias aditivas, su categoría, naturaleza y su misma denominación jurídica provoca aún en la actualidad una serie de prejuicios, que le ha valido a la Corte una inevitable atribución «usurpadora e ilegítima» y de exceso en sus funciones, al asumir las propias del legislador. Por ello, es necesario tener en cuenta que el nombre no crea al objeto denominado, o sólo lo hace tras una explicación o definición suficiente del mismo. Para Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 35, es necesario aclarar que, la sentencia «manipulativa» como categoría genérica, comprende a toda sentencia que de una u otra forma modifica o altera el contenido normativo de una disposición y en consecuencia se emplean otras denominaciones para hacer referencia a sentencias que de alguna manera añaden o innovan el ordenamiento, y entre las que se tiene a las sentencias «integrativas», «normativas», «creativas» o «aggiuntive».

⁴⁰⁴ Picardi, N., *Le sentenze «integrative» della Corte...opus cit.*, p. 612, lo que busca es justificar desde un enfoque dogmático las dimensiones de este tipo de pronunciamientos: uno «ablativo» y otro «reconstructor» de la sentencia manipulativa. A partir de esta escisión estructural de esta categorías de sentencias, el autor busca dejar por sentado el carácter de «mera propuesta» que tendría el momento creativo o «integrador», frente a la eficacia «erga omnes» de la anulación.

⁴⁰⁵ Modugno, Franco, *Corollari del principio di «legittimità costituzionale» e sentenze «sostitutive»...opus cit.*, p. 91 – 104.

⁴⁰⁶ D'Orazio, G., *Le sentenze costituzionali additive tra...opus cit.*, p. 64.

⁴⁰⁷ D'Orazio, G., *Le sentenze costituzionali additive tra...opus cit.*, p. 64.

⁴⁰⁸ Onida y D'Amico, *I giudizi di costituzionalità...opus cit.*, p. 281.

⁴⁰⁹ Crisafulli, Vezio, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1966, p. 231,

⁴¹⁰ A su vez, dentro de esta tipología de pronunciamientos, pueden distinguirse las que producen un efecto de reducción en los supuestos a los que es aplicable o las consecuencias jurídicas derivadas del precepto, conocidas también como «sentencias reductoras». Asimismo se tiene a aquellas que producen un efecto de ampliación o extensión en los supuestos de aplicación o las consecuencias jurídicas del precepto, denominadas

elemento, que radica en el carácter estrictamente «derivado y obligado», desde un punto de vista constitucional, de dicha interpretación normativa creativa; Y por último, la clasificación de dichos pronunciamientos como «actos normativos», pero que por su naturaleza se diferencian de la función propiamente legislativa, y ello porque «dan vida a normas o fragmentos de normas, cuya presencia no era «advertida» en el ordenamiento»⁴¹¹. En cuanto a este último elemento, Crisafulli defiende la ausencia de libertad de elección de la Corte, y que su actividad hermenéutica se encuentra limitada y orientada a la vez por el principio de la «*rime obbligate*»⁴¹², que impide calificar a la labor del Tribunal de paralegislativa, y más aún cuando dicha función no le corresponde.⁴¹³

Sin embargo, el carácter creativo de las sentencias constitucionales es algo inevitable, y a esta realidad no escapan las sentencias manipulativas, y como tal es aceptada también por autores que defienden esta categoría de pronunciamientos como Branca⁴¹⁴, Mortati⁴¹⁵ y Pizzorusso⁴¹⁶. Sin embargo, es pertinente citar el planteamiento de Elia⁴¹⁷, quien separa el

también «sentencias aditivas». Si se precisa preliminarmente este concepto, es posible afirmar que las sentencias aditivas son «aquellas sentencias del Tribunal Constitucional que declaran que al precepto impugnado le falta «algo» para ser acorde con la Constitución, debiendo aplicarse a partir de ese momento como si ese «algo» no faltase». En otras palabras, estas sentencias declaran la inconstitucionalidad del precepto en cuanto deja de decir algo, o en la parte en que no prevé (o no incluye o excluye) determinado supuesto (en la fórmula italiana: *nella parte in cui non prevede che*). Es conocido el ejemplo en el derecho comparado, donde se impugna el precepto que, con ciertos requisitos concede determinadas pensiones a las hijas o hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez, y el Tribunal declara la inconstitucionalidad del inciso de dicho precepto «en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido». Vid por todos la STC español 222/1992, de 11 de diciembre. Si se observa con atención, la declaración de inconstitucionalidad no se funda en algo que señale la ley, sino al contrario, por algo que no dice, aunque este silencio normativo no esté expresamente establecido en la disposición. Por último, dentro de esta especie se encuentran aquellas que conllevan la sustitución de parte del contenido normativo derivado del texto legal, por otro contenido normativo diverso, a las cuales la doctrina las denomina «sentencias sustitutivas».

⁴¹¹ Crisafulli, Vezio, *Le funzioni della Corte costituzionale nella...opus cit.*, p. 497.

⁴¹² Para Crisafulli, Vezio, *Relazione generale*, en VV.AA., *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, p. 84, señala que el TC no crea libremente la norma, como sí lo haría el legislador, sino que se limita a individualizar aquella implicada en el sistema y deducible del mismo. Así también, Gutiérrez Zarza, María de los Ángeles, *Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal...opus cit.*, p. 1039, considera que la labor creativa del TC sólo cabe cuando se trate de sentencias a «*rime obbligate*», es decir, cuando la atribución a un determinado grupo de ventajas o beneficios previstos en el precepto presuntamente inconstitucional sea necesario para la protección de un bien o valor constitucional y, además, el único modo de realizarlo sea el utiliza el TC.

⁴¹³ Desde el punto de vista de Elia, *Le sentenze additive e la più recente...opus cit.*, p. 300, es necesario cuestionarse sobre si el rechazo de Crisafulli a considerar a las sentencias manipulativas o en palabras del autor, estos «atti normativi» dentro de la categoría de la legislación, no implica el reconocimiento implícito de una producción normativa de tipo jurisprudencial que llega a sobrepasar los condicionamientos y reglas a los que se encuentra sometida la función legislativa en sentido estricto. El razonamiento de Sandulli, Aldo, *Il giudizio sulle...opus cit.*, p. 64, bien podría constituir una respuesta a dicho cuestionamiento, si se toma en cuenta que tanto las sentencias aditivas como las sustitutivas, si bien desde el punto de vista formal son sentencias estimatorias, desde el punto de vista sustancial «comportan la introducción de una norma».

⁴¹⁴ Branca, Giuseppe, *L'illegittimità parziale nelle sentenze...opus cit.*, p. 73, que considera al efecto creativo una consecuencia fatal de todo juicio de inconstitucionalidad, ya que la eliminación de la ley siempre conlleva la transformación del ordenamiento.

⁴¹⁵ Por su parte Mortati, Constantino, *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro...opus cit.*, p. 165, señala que «se ha puesto de relieve correctamente el aspecto «creativo» de tales sentencias, ya que estas sitúan en lugar de la antigua disposición una nueva».

⁴¹⁶ Pizzorusso, Alessandro, *La Corte Costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, en Foro italiano, 1985, p. 122, explicaba que «La Corte, una vez admitida la posibilidad de una interpretación propia de la disposición denunciada, ha comprendido que nada le impedía en realidad extraer de tales disposiciones normas que tengan un

concepto de «poder creativo» del de «poder normativo», para evitar confundir conceptos como acto normativo y legislación. Hecha esta diferenciación, el autor precisa que no nos encontramos ante una creatividad «ex nihilo», sino ante una creatividad instrumental que significa estar condicionada a la adecuación del derecho legislativo a la Constitución. Además, el autor aclara también, que el carácter instrumental de la adecuación no se reduce tan sólo a las sentencias manipulativas. Por ello la instrumentalidad implica la existencia de dos momentos creativos en la jurisdicción constitucional: Un primer momento donde lo que se representa en la actividad de interpretación, «tanto de la ley como del derecho constitucional viviente»⁴¹⁸, y la posible creatividad normativa que pueden manifestarse, ya sea en el dispositivo de la sentencia, o a través de los condicionamientos constitucionales que se encuentran en la fundamentación de la sentencia.

De igual forma Lanzillo⁴¹⁹, sostiene que la adopción de este tipo de pronunciamientos, «ha llevado, superando el límite de contenido impuesto a la eficacia de las sentencias estimatorias, a introducir cada vez más frecuentemente en el ordenamiento reglas nuevas». Con un poco más de análisis, Silvestri⁴²⁰ señala que en todos los casos en los que la Corte pasa por alto el esquema binario sentencia estimatoria/sentencia desestimatoria pura, la Corte no se limita a eliminar una norma inconstitucional, sino que además, individualiza una norma legítima según su juicio.

En la actualidad, los debates sostenidos entre quienes defienden a esta categoría de sentencias, frente a quienes la rechazan⁴²¹, son considerados cosas del pasado. Ello es así, si se tiene en cuenta que la tendencia generalizada presente, admite el papel creativo de la Corte, aunque dicha admisión se la realice desde distintos enfoques. Empero, el problema de raíz no radica en la aceptación del hecho de que la Corte aporte a través de estos pronunciamientos un «quid novis» incidiendo en el ordenamiento jurídico, sino más bien en los efectos que dicho ordenamiento otorgue a esta categoría de sentencias. En palabras de Martín de la Vega⁴²², no se trata de un problema sobre la «esencia» de estos fenómenos decisorios, sino sobre el valor que a tal fenómeno debe otorgársele.

Sobre el tema, la doctrina mayoritaria, ha conferido efectos «erga omnes» a esta categoría de sentencias. A partir de este reconocimiento, la norma suscitada «a rime obbligate» sería vinculante y con igual valor que la disposición en la que se inserta⁴²³. A esta conclusión se arribará, tomando en cuenta la finalidad de las sentencias manipulativas, «cual es la superación

contenido tal que su eliminación comparte automáticamente la inserción en el ordenamiento positivo, como efecto de la sentencia estimatoria, de una norma de sentido opuesto».

⁴¹⁷ Elia, Leopoldo, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, en la Sentenza in Europa (método, tecnica e stile), Padova, 1988, p. 224 – 225.

⁴¹⁸ Elia, Leopoldo, *Il potere creativo delle...opus cit.*, p. 225.

⁴¹⁹ Lanzillo, R., *Poteri creativi della Corte costituzionale nei giudizi...opus cit.*, p. 668 – 669.

⁴²⁰ Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative della...opus cit.*, p. 763.

⁴²¹ Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Costituzionale e il legislatore*, en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 105, incorpora el concepto «sentenze – legge» para identificar a todas aquellas sentencias donde «con distintos procedimientos y diversa intensidad innovativa, la Corte pretende crear Derecho de manera directa».

⁴²² Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 253.

⁴²³ Onida y D'Amico, *I giudizi di costituzionalità delle leggi...opus cit.* p. 284, precisan que en realidad, toda sentencia estimatoria es autoaplicativa en cuanto está destinada a aplicarse prescindiendo de cualquier intervención posterior.

de una situación de inconstitucionalidad a través de la intervención directa y vinculante de la Corte»⁴²⁴. Sin embargo, es precisamente la naturaleza autoaplicativa de dichos pronunciamientos la que provoca una serie de discusiones en la doctrina: La creación normativa, supone intervenir en la esfera de poder del juez ordinario, así como del legislador. Por ello es que también se ha propuesto reducir la vinculación de estas sentencias sólo al plano ablativo y que la parte creativa funja como una mera influencia. Sin embargo, la búsqueda por reducir la parte creativa de la sentencia a la mera «auctoritas», lo único que hará será reafirmar la absoluta necesidad de considerar al pronunciamiento manipulativo como «autoaplicativo»⁴²⁵.

Una de las corrientes identificada como el principio jurisprudencial – funcional, propugna la menor intervención normativa de la Corte, es decir, lo suficiente como para restaurar la situación de constitucionalidad. Si bien es cierto como menciona Branca⁴²⁶, que es misión de la Corte eliminar del ordenamiento jurídico aquella norma que contraste con la Constitución, contando para tal efecto con el arma necesaria cual es la declaración de inconstitucional, no menos cierto es, que la ley no obliga al Tribunal a utilizar este mecanismo letal, dejándose habilitada a la Corte a emplear otras vías purificadoras de la inconstitucionalidad de la ley. En esta línea, la sentencia manipulativa supone un intento de la Corte por mantener el texto legal impugnado, cambiándole el sentido de modo que se adecue a la Constitución, y de este modo generar la certeza del derecho. La búsqueda por mantener o conservar el texto se justifica en la medida en que su eliminación acarrearía mayores problemas que la declaración de inconstitucionalidad, y ello también si se toma en cuenta la inercia del legislador para cubrir el vacío producido por la eliminación de la norma del ordenamiento.

Así, se sostenía que, la Corte debía cuidar y prever las repercusiones y posibles resultados de sus sentencias tanto desde un enfoque institucional como garantista. A esto debía sumarse el hecho de que, en el hipotético caso en que la Corte declarase la inconstitucionalidad de la norma, el vacío normativo generado difícilmente podría ser integrado por los jueces ordinarios, y ello debido a limitaciones procesales como institucionales. De esta forma, se deja por sentado que la desconfianza hacia los poderes Legislativo y Judicial, orientaron la preferencia hacia la Corte Constitucional para que sea ésta la instancia que solucione el vacío provocado por la declaración de inconstitucionalidad y en consecuencia la nulidad de la norma del ordenamiento. De esta forma, pervive la favorabilidad en sostener la naturaleza autoaplicativa de dichos pronunciamientos⁴²⁷.

Por otro lado, es necesario hacer referencia al aporte fundamental realizado por Vignudelli⁴²⁸ a favor de las sentencias manipulativas, y ello, desde una justificación global que parte del principio de legitimidad constitucional. El autor sintetiza a través de tres criterios la justificación doctrinal de la figura y de su eficacia «erga omnes». Así, el primer criterio es el de la «conservación del acto» a través de la cual se justificará la intervención positiva y no negativa de la Corte. En segundo lugar, se encuentra el criterio de la «suplencia» con el que pretende dar una justificación institucional de la intervención de la Corte y, el tercer criterio de la «legitimación» busca justificar «semejante atribución al juez de las leyes basándose en una

⁴²⁴ Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 253.

⁴²⁵ Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 254.

⁴²⁶ Branca, Giuseppe, *L'illegittimità parziale nelle sentenze...opus cit.*, p. 71

⁴²⁷ Onida y D'Amico, *I giudizi di costituzionalità delle leggi...opus cit.* p. 284.

⁴²⁸ Vignudelli, A., *La Corte delle leggi, (Osservazioni sulla cosiddetta efficacia «normativa» delle sentenze della Corte costituzionale)*, Rimini 1988, ristampa, 1996, p. 24.

lectura del sistema que pretende tener su núcleo esencial en el principio de legitimidad constitucional»⁴²⁹. Elia⁴³⁰, cree que la construcción de Vignudelli, constituye un aporte fundamental en el sustento de las sentencias manipulativas y, que superando las explicaciones instrumentales que hacen referencia a la anulación de la norma de exclusión implícita y derivación de los principios constitucionales o sistemáticos, también rebasa a las explicaciones contingentes que se centran en fundar la naturaleza autoaplicativa de dichas sentencias en la pasividad del legislador o la desconfianza hacia el poder judicial.

Por su parte, Modugno⁴³¹, considera que lo relevante para la Corte a través de las sentencias manipulativas, es realizar el «principio de legitimidad constitucional». Para este autor, el principio de legitimidad es el fundamento y la razón de la posición de la Corte en el sistema. Dicho principio que se caracteriza por su progresividad, historicidad, orientación hacia valores constitucionales⁴³², constituye una exigencia cada vez mayor de conformidad con el sistema normativo a los valores constitucionales, que desde ya no son estáticos, sino que evolucionan y desarrollan en el tiempo⁴³³. En ese sentido, no es correcto hablar de un ordenamiento del Poder Legislativo, pues el orden jurídico es uno solo, al que la Corte interviene a fin de realizar los valores supremos de la Constitución. Asimismo, Modugno, hará hincapié en la necesidad de abandonar una concepción «iluminista» del ordenamiento, y asumir otra visión «diacrónica» donde la inconstitucionalidad admite modulaciones, grados y ponderaciones. No se puede concebir la inconstitucionalidad como un dato absoluto y el binomio constitucionalidad/inconstitucionalidad como algo «irreductible»⁴³⁴.

Modugno, considera a su vez, que la actuación de la Corte se encuentra orientada por el «principio constitucional» que opera como límite positivo para todos los poderes públicos. Este principio, al desenvolverse como un conjunto de fines, objetivos y programas a los que la Constitución «finaliza» la actividad de los órganos constitucionales en general, hace que el Tribunal se substraiga de desempeñar una mera función de legislador negativo. Si bien es cierto que, como garante de la Constitución, debe operar en los límites de su función de control, pero que no implica una sustitución de la función activa y operativa, no menos cierto es que «debe aproximarse a ella y con ella integrarse»⁴³⁵. Pero al mismo tiempo que justifica la actividad creativa de la Corte, el autor también advierte que la labor de adecuación del ordenamiento, le corresponde en primer lugar al legislador, y sólo en ausencia de éste debe intervenir legítimamente el Tribunal⁴³⁶. En todo caso, las sentencias manipulativas de la Corte constituyen una representación expresa de la auténtica naturaleza de la jurisdicción constitucional, que no

⁴²⁹ Vignudelli, A., *La Corte delle leggi...opus cit.*, p. 24.

⁴³⁰ Elia, Leopoldo, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, en Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia, Bologna, 1982, p. 529.

⁴³¹ Modugno, Franco, *La Corte costituzionale italiana oggi...opus cit.*, p. 527 – 528.

⁴³² Modugno, Franco, *La Giurisprudenza Costituzionale...opus cit.*, p. 219.

⁴³³ Modugno, Franco, *La Corte costituzionale italiana oggi...opus cit.*, p. 561 – 562.

⁴³⁴ Modugno, Franco, *La Corte costituzionale italiana oggi...opus cit.*, p. 572, señala que la inconstitucionalidad vendría a ser «una «cifra» para indicar un proceso de invalidación – reestructuración del ordenamiento (con miras al pasado y al futuro)».

⁴³⁵ Modugno, Franco, *La Corte costituzionale italiana oggi...opus cit.*, p. 571.

⁴³⁶ Sin embargo, Modugno, Franco, *Corte Costituzionale e potere legislativo...opus cit.*, p. 81, advierte que aplicar este razonamiento podría implicar concebir a un Parlamento como mero ejecutor de la norma fundamental y al Tribunal Constitucional como un custodio de los valores permanentes de la misma, afectándose de esta forma la posición de paridad entre Parlamento y Corte Constitucional si la interpretación de uno debe dar a la Constitución para ejecutarla y realizarla, se subordina a la interpretación que el otro debe dar para custodiarla.

se limita a declarar la ilegitimidad de la norma, «sino que está destinada a concurrir a la elaboración legislativa y al desarrollo de los principios fines y programas constitucionales»⁴³⁷.

En contraposición, autores como Zagrebelsky, critican la postura de Modugno, al calificarla de un excesivo organicismo, y en consecuencia, de ver a la Constitución como muy programática, y si se asume la actividad de la Corte como una función de garantía, el Tribunal sólo debería de desempeñar funciones estrictamente jurisdiccionales y no así legislativas.

4.5. Críticas a la categoría y a los efectos de las sentencias manipulativas.

El discurso crítico en Italia en relación a las sentencias manipulativas ha sido minoritario. Dada la presencia innegable del fenómeno, la doctrina se ocupó más en delimitar los efectos de dichos pronunciamientos, a través de los cuales la Corte acogía la cuestión de inconstitucionalidad no por aquello que la fórmula legislativa dice, sino por lo que deja de decir. Así, la Corte al modificar el sentido de la disposición bajo la fórmula de la estimación, buscaba desprender efectos «erga omnes»⁴³⁸.

Ahora bien, la crítica minoritaria a la categoría de las sentencias manipulativas, argumenta y plantea una inicial observación al resaltar la imposibilidad del juicio sobre omisiones, pues según esta postura, no podría llevarse adelante un control sobre una norma inexistente, y más aún, si se tiene en cuenta que el objeto del juicio de constitucionalidad son las disposiciones legales.

Será Guarino⁴³⁹, quien emprenda y estructure un análisis crítico de las sentencias manipulativas, al referirse a ellas como «aquellas en que la Corte deja intacta las disposiciones de la ley, pero declara ilegítimos uno o más significados en ella contenidos⁴⁴⁰ o, deducibles de la misma»⁴⁴¹ Para el caso de las omisiones, lo que la Corte hace es aislar a través de la interpretación un cierto significado implícito en la fórmula legislativa, declarándolo inconstitucional. Empero, el autor deja claro que las sentencias de la Corte no son vinculantes en cuanto interpretación derivada de la disposición. Por ello, las sentencias manipulativas

⁴³⁷ Modugno, Franco, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 17.

⁴³⁸ Pugiotto, A., *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione...opus cit.*, p. 3674.

⁴³⁹ Guarino, A., *Le sentenze costituzionali «manipolative»*, en *Diritto e Giurisprudenza*, 1967, p. 483.

⁴⁴⁰ Es necesario aclarar según Lavagna, C., *Sulle sentenze «additive» della Corte Costituzionale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1969, p. 145 y ss., si las sentencias interpretativas (aditivas) se producen sobre el texto o sobre la norma o normas derivadas de él⁴⁴⁰. Así, si el Tribunal señala que a la disposición D le falta X para ser acorde a la Constitución, dirá que la disposición D es inconstitucional en la parte en que no prevé X, ahora bien, para determinar si este pronunciamiento contiene efectos aditivos, será necesario trabajar en la escisión entre disposición y norma. En este caso, con relación a la disposición, se considera que la sentencia que no es aditiva, puesto que la misma queda inalterada. La naturaleza aditiva de la sentencia descansa en que la disposición no excluye expresamente X, por lo que se considera una sentencia parcialmente estimatoria para declarar la inconstitucionalidad del inciso que excluye X. Ahora bien, desde el punto de vista de la norma, el pronunciamiento del Tribunal nos conduce a afirmar su naturaleza aditiva, ello tomando en cuenta que la sentencia añade X, que se encontraba implícitamente excluido de la disposición. Por ello, si existe una exclusión implícita de X, ella no deriva directamente de la disposición D, sino de la norma (o una de las normas) de ella derivadas. El criterio esencial de las sentencias aditivas —apuntado por Díaz Revorio⁴⁴⁰— no se encuentra en su «aditividad textual», sino en una consideración de los efectos de la sentencia sobre el contenido normativo.

⁴⁴¹ Guarino, A., *Le sentenze costituzionali «manipolative»...opus cit.*, p. 483.

vendrían a constituir meros intentos de imponer una interpretación concreta de la norma, careciendo en consecuencia de una eficacia «erga omnes»⁴⁴².

Por su lado, Delfino⁴⁴³, desde una perspectiva funcional, considera que la Corte no debiera de invadir el ámbito del legislador, pues ello sólo serviría para fomentar su inercia y en consecuencia provocar una inseguridad jurídica, puesto que son los jueces quienes en un segundo momento son los llamados a reinterpretar los complejos dispositivos de la Corte. Pero aún más dura es la crítica elaborada por el autor sobre las sentencias manipulativas, cuando a través de ellas, cree concebir a la Corte como una «vestal de la Constitución» y «como Poder Legislativo en la reserva», infravalorando de esta forma el status del Parlamento dentro del ordenamiento italiano⁴⁴⁴.

Sin duda, es Silvestri⁴⁴⁵ quien esboza reflexiones interesantes, pues busca situar el interés de la Corte ha momento de emplear las sentencias manipulativas: Para este autor, si lo que se busca por medio de estos pronunciamiento es corregir el ordenamiento en un sentido conforme a la Constitución, lo que se presenta es un «problema general de actuación de la Constitución» que comporta un deber de actuar no sólo para la Corte, sino también para el Poder Legislativo. Para el caso del Tribunal, su actuación frente a una omisión dependerá de si se trata de una falta de prescripción normativa sin la cual el texto deviene inconstitucional o, también podría tratarse de un supuesto en el que sea necesaria una ulterior determinación normativa para impedir que el texto se utilice inconstitucionalmente por quienes están llamados a aplicar la ley. Ahora bien, para resolver la situación del primer supuesto, la Corte se vería en la necesidad de emitir una sentencia aditiva «textual», cosa impensable e inadmisibles⁴⁴⁶. En relación al segundo supuesto, la Corte también se vería en la necesidad de dictar una sentencia aditiva de inconstitucionalidad por omisión, que desde luego, implica también una actividad creativa. Para el autor, los intentos por rechazar el hecho de que a través de estas sentencias la Corte no funge como un Órgano Legislativo, caen en saco roto al no condenar toda la actividad legislativa desarrollada por éste. Por lo tanto, para Silvestri, la teoría de la omisión como norma de exclusión implícita no puede ocultar que la declaración de inconstitucionalidad de tal omisión ha de venir lógicamente acompañada de la formulación de la norma que debe integrar el enunciado, y por lo tanto no puede menos que tener un carácter creativo⁴⁴⁷. Para el autor, la sentencia aditiva es siempre creativa, lo que hace que la Corte se extralimite de su función, pues introduce un «quid novi»⁴⁴⁸ en el ordenamiento, y transforma lo

⁴⁴² Para Guarino, A., *Le sentenze costituzionali «manipolative»...opus cit.*, p. 434 – 435, siempre habrá el riesgo de que la Corte elimine una norma inexistente, constituyendo esta operación en una mera ilusión que serviría al Tribunal ir más allá de la mera manipulación, y crear una falsificación del derecho vigente.

⁴⁴³ Delfino, F., *Ancora sulle sentenze c.d. creative*, en Regione e comunità locali, 1978, p. 499–500.

⁴⁴⁴ Así también, Delfino, F., *Ancora sulle sentenze...opus cit.*, p. 503, elabora una dura crítica que deja en insentido la intervención de la Corte y la emisión de las sentencias manipulativas. En el razonamiento de este autor, si se sostiene que la «norma» que completa el significado manipulado de la disposición existía ya en el ordenamiento, y si en el fondo «todo es deducible de la Constitución o del sistema jurídico» no existiría una laguna y no sería necesaria la intervención «ad hoc» de la Corte.

⁴⁴⁵ Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative Della...opus cit.*, p. 56.

⁴⁴⁶ Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative Della...opus cit.*, p. 776.

⁴⁴⁷ Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative Della...opus cit.*, p. 764.

⁴⁴⁸ Para Lanzillo, R., *Poteri creativi della Corte costituzionale nei...opus cit.*, p. 678, sólo será admisible la sentencia aditiva, «cuando el silencio del texto pueda ser inequívocamente interpretado como expresión de una determinada norma, con seguridad perteneciente al sistema, aún cuando no positivamente enunciada». A este tipo de situaciones, el autor denomina sentencia de estimación parcial atípico. Similar dimensión atribuye Lanzillo para el caso de las sentencias sustitutivas, y aclara a su vez que, fuera de estos dos supuestos, han de considerarse

ilegítimo en otra fórmula acorde a la Constitución. Esta actuación de la Corte ha sido calificada como un «exceso de poder»⁴⁴⁹ por Silvestri, quien llegó a afirmar incluso, que a través de este tipo de pronunciamientos se habría modificado la Constitución, no solo por inobservar al artículo 136 de la C. sino también porque la actividad de la Corte así planteada, terminará siendo tan sólo cuantitativamente diferente de la legislativa⁴⁵⁰.

Luego de haber visto las críticas a la categoría de las sentencias manipulativas, corresponde ahora señalar las críticas relacionadas con la eficacia de este tipo de pronunciamientos.

Así, se tiene que el discurso crítico mayoritario se circunscribe a reconocer una eficacia «erga omnes» de las sentencias manipulativas, sólo a la parte «ablativa» de la decisión, más no así a la parte «reconstructiva» a la que se le atribuye el carácter de mera influencia, pudiendo vincular a lo sumo al juez «a quo». Para un buen sector de la doctrina que critica este tipo de pronunciamientos, aceptan la distinción en la eficacia considerándolo como un mal menor, si se toma en cuenta la realidad del fenómeno⁴⁵¹. En una similar dimensión, Picardi⁴⁵² señala que la sentencia manipulativa constituye una operación lógica en dos tiempos⁴⁵³: una ablativa con efectos «erga omnes», y otra de adición que sólo le viene impuesta al juez «a quo», pues en relación al resto de los jueces, éstos sólo estarán vinculados en la medida en que se encuentren convencidos de la interpretación realizada por la Corte.

Por su lado Pugiotto⁴⁵⁴, recurriendo a la doctrina del «diritto vivente» explica que, a través de las sentencias manipulativas, lo que se elimina es una práctica del «diritto vivente» con efectos generales, y en cuanto a la parte creativa, dependerá de los jueces que la asuman como un nuevo «diritto vivente» y así se podrá vincular a toda la magistratura.

inadmisibles otras que habiliten a la Corte ejercitar poderes creativos que rebasen a las sentencias de estimación parcial.

⁴⁴⁹ Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative Della...opus cit.*, p. 769.

⁴⁵⁰ Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative Della...opus cit.*, p. 767.

⁴⁵¹ Vignudelli, A., *La Corte delle leggi...opus cit.*, p. 168, 174 – 175, a través de una serie de ejemplos jurisprudenciales, demuestra como vanos los intentos de la Corte por imponer su interpretación. Las complicaciones prácticas hicieron de éstas meras tentativas de reconstrucción de una disciplina. Así también, más adelante Vignudelli *opus cit.*, p. 189 – 193, introduce el concepto de «sentencia intermedia» que se caracteriza por una doble naturaleza: Una de carácter negativa que implica el ejercicio de la anulación de la norma, en el que a su vez se circunscribe de algún modo el contenido normativo; Por otro lado está la naturaleza positiva, que busca añadir una norma en el ordenamiento. Esta última naturaleza no implica un vínculo jurídico para el juez, menos para el legislador. De igual modo Rizza, G., *La Corte Costituzionale fra politica e diritto: appunti preliminari*, en *Diritto e società*, 1973, p. 327 – 329, señala en relación a las sentencias manipulativas, que su eficacia jurídica real se encuentra en la eliminación normativa, y la parte creativa se halla echada a la voluntad de los jueces para su aplicación dada su autonomía interpretativa, salvo el juez «a quo» que se verá obligado a replantear la cuestión de inconstitucionalidad.

⁴⁵² Picardi, N., *Le sentenze «integrative» della Corte...opus cit.*, p. 631 – 632.

⁴⁵³ Por su parte Pizzorusso, Alessandro, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, en *Rivista di diritto e procedura penale*, 1982, p. 310 – 311, en desacuerdo con la duplicidad de efectos de las sentencias manipulativas, arguye la siguiente explicación: «en ocasiones la mera eliminación de una palabra de un texto normativo va a determinar efectos prácticos bastante más graves que aquellos producidos a través de vistosas adiciones o sustituciones» por lo que no habría por qué recurrir a otro medio para generar distintos resultados en el plano de la eficacia jurídica.

⁴⁵⁴ Pugiotto, A., *Dottrina del diritto vivente e...opus cit.*, p. 3680.

Una de las primeras sentencias de naturaleza aditiva de la Corte, se encuentra en la STC 190/70, que prescribía la presencia del defensor del imputado en su interrogatorio, tamaña decisión, claro está, no fue recibida de buen agrado por la magistratura que intentará rechazar la imposición de dicha decisión jurisprudencial. Ante estas voces de rechazo, la Corte se pronuncia a través de la STC 62/71 de 30 de marzo, en la que responde que, negar el efecto «erga omnes» de la sentencia «in toto» no solo importa la violación del orden constitucional de la competencia, sino que conlleva un grave y peligroso perjuicio a la efectiva operatividad de la suprema garantía prevista por la Constitución. De esta forma se abre otro capítulo de crisis en las relaciones entre Corte y magistratura.

Dentro de la doctrina italiana, han surgido también voces que se oponen a la categoría de las sentencias manipulativas y a su eficacia general sin reservas. En esa línea se encuentra a Zagrebelsky, quien a través de sus trabajos intentará oponer no dos interpretaciones sobre las sentencias manipulativas, sino dos visiones globales sobre la justicia constitucional: En primer lugar, la intencionalidad del autor es reafirmar el espacio institucional del Parlamento; En segundo lugar busca reflexionar sobre el papel y la naturaleza de la Constitución en los ordenamientos actuales⁴⁵⁵. En base a estos dimensionamientos –señala el autor– se debe examinar en cada supuesto el cuadro legislativo, es decir, si luego del pronunciamiento de la Corte se ha introducido una norma creada por este órgano. De ser positiva la afirmación se estará en presencia de una sentencia manipulativa, independientemente del tipo de sentencias que se adopte: llámese aditiva⁴⁵⁶, sustitutiva o de estimación parcial⁴⁵⁷.

Para el autor, esta actividad creativa de la Corte resulta inadmisibles en un sistema democrático, pues llegan a usurpar las funciones del legislador. Asimismo, Zagrebelsky desarrolla otras objeciones a la naturaleza escindida de las sentencias manipulativas, y con ella atacará también a la tesis crisafulliana de la «rime obbligate» que justifica la existencia de dichos pronunciamientos. Así en primer lugar, no cree que todas las sentencias sean reconducibles a tal supuesto, y por otro lado, afirma que, «si la norma omitida está implícita en el ordenamiento, corresponde encontrarla a los jueces, y si no lo está, corresponde construirla al Poder Legislativo»⁴⁵⁸.

Ahora bien, es necesario recordar también, que cuando Zagrebelsky ataca a las sentencias manipulativas, lo hace precisamente cuando la presencia del fenómeno se encuentra en pleno desarrollo. De ello se desprende también, que el autor, más allá de atacar a dicha

⁴⁵⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Costituzionale e il legislatore...opus cit.*, p. 106 – 107.

⁴⁵⁶ En un análisis de similar dimensión, Lavagna, tomando en cuenta la formulación del texto, apuntó que la sentencia que se pronuncia sobre el mismo puede ser reductora o aditiva, pudiendo distinguirse las siguientes categorías: 1) sentencias reductoras desde el punto de vista léxico, esto es del texto, que operan sin embargo una adición normativa⁴⁵⁶; 2) sentencias aditivas sobre el texto, que a su vez operan una adición normativa, aquí se encuentran las que señalan la inconstitucionalidad de una omisión⁴⁵⁶; 3) sentencias aditivas sobre el texto, que sin embargo operan una reducción normativa, encontrándose en este supuesto las que señalan la ilegitimidad constitucional de una disposición «en cuanto que no excluye algo»; 4) y las sentencias reductoras del texto, que a la vez producen efectos de reducción sobre la norma, aquí se encuentran las que declaran la inconstitucionalidad de la inclusión implícita. En base al esquema desarrollado por Lavagna, Lavagna, C., *Sulle sentenze «additive» della...opus cit.*, p. 147, es posible encontrar una variedad de sentencias aditivas, desde las que producen efectos aditivos sobre el texto o disposición (puestos 2 y 3), hasta las que producen esos efectos en relación al contenido normativo (supuestos 1 y 2).

⁴⁵⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Costituzionale e il legislatore...opus cit.*, p. 106.

⁴⁵⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Costituzionale e il legislatore...opus cit.*, p. 109.

categoría de sentencias como tal y a lo que se busca incorporar a través de ellas, lo que critica es el uso excesivo que de ellas se hizo por parte de la Corte. En ese sentido, el autor italiano se encarga de aclarar que, en aquellos casos donde se presentan lagunas jurídicas, no implica que a la Corte le corresponda un poder de legislación o interpretativo inminente, capaz de imponerse autoritariamente, sino al contrario, existe una real necesidad del momento de salvar ese vacío, y da igual que lo haga la Corte o la magistratura⁴⁵⁹. A partir de esta aclaración, el autor cree que la potestad de integración no es monopolio del Tribunal, y así como no se le atribuye privativamente dicha facultad, tampoco se la rechaza. Sin embargo, a pesar de esta cuasi aceptación de las sentencias manipulativas, Zagrebelsky insistirá en que la Corte debe limitarse a la declaración de inconstitucionalidad, permitiendo que sea el parlamento quien realice la necesaria obra reconstructiva ante el vacío creado por la sentencia. Para el autor, la sentencia estimatoria debe abrir el problema y no cerrarlo⁴⁶⁰.

Por otra parte, Zagrebelsky, también se pronuncia en relación a la tesis defensiva de las sentencias manipulativas sostenida por Modugno, tachándolo de ser demasiado organicista y además porque en su planteamiento Modugno rechaza una distinción entre el papel de la Corte y el papel de los órganos político – constitucionales. Esto daría paso a aceptar la existencia de un lugar común de desarrollo práctico de la Constitución al que acuden sin más diferencias el legislador y la Corte. Y el peligro de esta configuración radica en que se estaría empujando a la Corte a un lado más político que jurisdiccional, y ello tomando en cuenta el carácter programático de la Constitución⁴⁶¹. Sin duda, para el autor esta situación compromete el estatus de la Corte dentro del paradigma constitucional. Precisamente para evitar estos desfases político – funcionales, Zagrebelsky apelará por una Corte cuya naturaleza sea objetiva y por sobre todo jurisdiccional; y en forma paralela argumentará también la necesidad de asegurar un ámbito normativo propio para el Parlamento y promover la participación de este en la reparación de la inconstitucionalidad de la norma: hay una apelación inicial a lo que en la doctrina se conoce como reparación bilateral de la inconstitucionalidad.

4.6. Límites al empleo de las sentencias aditivas en Italia.

Con la finalidad de sostener un equilibrio en las relaciones con la magistratura (así como también, con los demás órganos públicos), el principal punto de análisis en la doctrina y jurisprudencia italiana a finales de los ochenta, radicaba en el establecimiento de límites dentro de los que legítimamente la Corte pudiera emitir semejante categoría de pronunciamientos⁴⁶².

⁴⁵⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *Processo...opus cit.*, p. 657.

⁴⁶⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Costituzionale e il legislatore...opus cit.*, p. 118.

⁴⁶¹ Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Costituzionale e il legislatore...opus cit.*, p. 150.

⁴⁶² Para Vecina Cifuentes, Javier, *Las sentencias «aditivas» del Tribunal Constitucional y el respeto al Legislador*, en Revista Justicia 93, Núm. III – IV, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 482 y ss., si bien es cierto que, la adecuación a la Constitución del precepto legal no puede llevarse a cabo a través de una actividad ablativa, sino más bien a través de una actividad reconstructiva, es necesario tomar en cuenta, la necesidad de trazar límites a la emanación de sentencias aditivas. En ese sentido, el autor plantea en primer lugar, que la emisión de este tipo de pronunciamientos debe limitarse a aquellos supuestos extremos en los que no le sea posible realizar al Tribunal una interpretación de la disposición conforme a la Constitución, sólo en ese caso el TC quedará habilitado para aplicar sentencias de tipo aditivo, buscando en todo caso, un equilibrio que evite la desfiguración del enunciado o lo convierta superfluo. En segundo lugar, sólo será posible dictar sentencias aditivas, en aquellos supuestos donde la eliminación de la única interpretación extraíble de la disposición, que conlleve la consecuente desaparición de la disposición como tal, busque evitar un vacío normativo que genere una situación de mayor inconstitucionalidad

En ese sentido, como señala Martín de la Vega⁴⁶³, será la propia jurisdicción de la Corte, la que vaya consolidando una serie de límites al ejercicio de este tipo de pronunciamientos. Entre una de las líneas de delimitación de la sentencias manipulativas aditivas, se halla la obligación del juez «a quo» de indicar el verso de adición que se solicita a la Corte, estándole vedado prefigurar más de una solución posible con distintos resultados correctivos. Asimismo, se proscribía en cierto modo, la aplicación de sentencias aditivas en el ámbito del principio de igualdad. De igual modo, a mediados de la década de los ochenta, más allá de afirmar la disminución en la emisión de sentencias constitucionales normativas por parte de la Corte Constitucional italiana, lo que en realidad sucedió —en palabras de Elia— es una disminución en la emisión de sentencias aditivas de «prestaciones» a favor de las sentencias aditivas de «garanzia»⁴⁶⁴, y ello tomando en cuenta los problemas económicos por los que atravesaba el Estado social italiano. En esa misma línea, desde la doctrina y la jurisprudencia, se instaba a que la Corte evite el dictado de este tipo de pronunciamientos, en aquellos supuestos en los que se aguardaba a la intervención del principio de reserva ley, sobre todo en materia penal. De todos estos supuestos, el común denominador radica en la prohibición realizada a la Corte de desarrollar elecciones discrecionales hermenéuticas allí donde la solución requerida afecte al ámbito de discrecionalidad del legislador⁴⁶⁵.

4.6.1. Sentencias aditivas y obligación del juez «a quo» de señalar el verso aditivo.

En relación a la primera de las limitaciones a las que hacen referencia autores como Modugno y Carnavale⁴⁶⁶, implica la exigencia por parte de la Corte hacia el juez a «quo» de la expresa indicación del modo en que debe integrar el significado normativo de la disposición, y que en ausencia de dicha indicación, el Tribunal estará en la obligación de declarar la manifiesta inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Empero, esta obligación para el juez «a quo» no se limitaba tan solamente a la mera indicación de la disposición que precisaba de la adición para que la misma se ajuste a la Constitución, sino que además debía señalar el contenido normativo de dicha operación. Ante la incongruencia o ausencia de uno de estos dos elementos respectivamente, la Corte inadmitiría el recurso.

que tolerar la vigencia de dicha disposición inconstitucional. Y por último, en aquellos supuestos en los que sean diversas las alternativas viables para reparar el vicio de inconstitucionalidad, el TC no podrá dictar una sentencia aditiva, pues la elección de una las diversas alternativas corresponde al legislador, quien a través de una opción política discrecional, determinará lo conveniente para resolver el vacío normativo.

⁴⁶³ Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 289.

⁴⁶⁴ Vid Elia, Leopoldo, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza...opus cit.*, p. 314; y Modugno, Franco, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte...opus cit.*, p. 21. En un análisis más sistemático, Modugno refiere que las sentencias aditivas de prestación «conllevan la adquisición por parte de determinadas categorías de sujetos de un derecho de contenido patrimonial o de una prestación de servicios antes ilegítimamente excluida o limitada, con la consiguiente obligación a cargo del Estado de nuevas o mayores prestaciones»; en cuanto a las sentencias aditivas de garantía, son aquellas que «producen la adquisición de una situación jurídica activa a favor de algunos sujetos, y de una situación jurídica pasiva por parte del Estado, consistente en un «non facere» o en una sujeción». Sin embargo, Elia, Leopoldo, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza...opus cit.*, p. 320, aclara que en realidad, lo que se produce en Italia, no es una crisis de las sentencias aditivas, sino del Estado social o de bienestar (welfare state), que desde luego, estarán implícitamente vinculadas con las críticas a la emisión de las sentencias «di spesa».

⁴⁶⁵ Granata, R., *La giustizia costituzionale nel...opus cit.*, p. 2922.

⁴⁶⁶ Modugno, F., y Carnavale, P., *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» y declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» de la richiesta addizione*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, p. 519.

El por qué de la exigibilidad de este primer requisito, posee una respuesta de tipo funcional, pues a través de ella, lo que se buscaba era la revalorización del papel del juez «a quo» y corresponsabilizarlo en la labor de adecuación constitucional del ordenamiento dentro del proceso de control de constitucionalidad, fomentándose de este modo el consenso y las relaciones entre Corte Constitucional y magistratura, lo que serviría a su vez para legitimar la incidencia positiva de dicho tipo de pronunciamientos⁴⁶⁷. Asimismo, no se puede dejar de lado que, a través de este tipo de medidas, la Corte buscó mostrar una imagen autolimitativa y de respeto al margen de discrecionalidad que corresponde al legislador.

Empero, la crítica a esta primera limitación establecida por la Corte no se dejó esperar. En primer lugar se señaló que, al exigírsele al juez «a quo» señalar el modo en que debía integrar la norma en relación a la disposición, lo que se estaba haciendo era –implícitamente– añadir otro requisito para la interposición de la cuestión, cuando normativamente no era necesaria dicha actividad, siendo esta exigencia un aspecto meramente jurisprudencial sin ningún sustento dispositivo legal⁴⁶⁸. Por otro lado, en crítica al planteamiento de Crisafulli, Modugno⁴⁶⁹ sostiene que, si se asume la vigencia de la «*rime obbligate*»⁴⁷⁰, y que en virtud a dicho principio la Corte adopta una solución «constitucionalmente obligada» y llenar de esta forma el vacío jurídico existente (sentencias aditivas), no se justifica ni explica por qué la Corte tendría que inadmitir una cuestión planteada, fundado en el hecho de la no indicación del juez «a quo» de la norma interpretativa que debiera llenar la laguna jurídica. Incluso señala el autor, para aquellos casos en los que se carezca de «*rime*», no implica que se esté ante un problema de improponibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, sino ante la imposibilidad de emitir una sentencia aditiva. De esta forma, critica Pugiotta⁴⁷¹, lo que se hace es distorsionar el inicial espíritu de cooperación entre Corte y magistratura, para convertirla en una imposición de la Corte hacia el juez «a quo» que ante su inobservancia, deviene la penalidad: la inadmisión del recurso.

4.6.2. Sentencias aditivas y el principio de igualdad ante la ley: Discusiones sobre su legitimidad y alcance.

En la obra de Paladin, se entiende que, buena parte de las sentencias aditivas en Italia, responden a exigencias concretas que devienen del principio constitucional de igualdad, es decir, se tratan de supuestos en los que se somete a juicio de constitucionalidad, normas que se

⁴⁶⁷ Para Modugno, F., y Carnavale, P., *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata»...opus cit.*, p. 528 531, esta medida adoptada por la Corte, representa una tendencia loable que busca la participación cada vez más comprometida del juez «a quo» en la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia la adopción de sentencias aditivas, de modo tal que la decisión asumida por la Corte esté dotada de mayor legitimidad frente al Poder Legislativo.

⁴⁶⁸ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 292, sostiene que este requisito (obligación del juez «a quo» de señalar el «*versus aditivo*») es ajeno a los fines de un «acto introductorio» para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que debe determinar la materia sobre la que ejerce el control y no la forma de solventar el problema de constitucionalidad, que desde ya, corresponde en forma privativa a la Corte.

⁴⁶⁹ Modugno, F., y Carnavale, P., *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata»...opus cit.*, p. 522.

⁴⁷⁰ Cuando se hace referencia a la «*rime obbligate*», es necesario entender por esta figura, que la Corte Constitucional no crea libremente al igual que el legislador, sino que extrae una norma ya presente en el ordenamiento, por lo que su intervención no es en absoluto libre sino «obligada», como en su momento lo proyectara Crisafulli.

⁴⁷¹ Pugiotta, A., *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle...opus cit.*, p. 3709.

entienden, son discriminatorias por la no inclusión expresa de determinados segmentos sociales o categorías colectivas⁴⁷². Para Carlassare, si bien la reparación de la discriminación normativa puede resolverse a través de la declaración de la inconstitucionalidad de la propia omisión, o declarando la inconstitucionalidad del texto del precepto legal, sin embargo, el pronunciamiento irremediamente tendrá que declarar también la nulidad del régimen favorable⁴⁷³. Es por esta razón, que la Corte Constitucional en Italia, justificó el recurso a lo que en su momento se denominó la «tercera vía», para salvar las dificultades previamente anotadas, es decir, la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad.

A través de cualquiera de los mecanismos de reparación de la discriminación normativa podría alcanzarse el fin último del control, esto es garantizar la primacía de la Constitución y evitar el escenario de omisiones contrarias al texto fundamental, sin embargo, ha momento de cuestionar el por qué la Corte optó por el dictado de sentencias aditivas, una respuesta inmediata viene de la mano de Lanzillo, quien basa su contestación en fundamentos basados en el principio de equidad, de racionalidad y de oportunidad política, aspectos todos estos que, permiten a la Corte asumir importantes elecciones de política legislativa⁴⁷⁴.

En contraposición al anterior criterio, Zagrebelsky se decantó por la declaración de la inconstitucionalidad del régimen expreso como solución al problema de la discriminación normativa, en base al entendimiento de que en los supuestos en los que la disparidad de tratamiento deriva de una normativa excepcional de privilegio, favorable u odioso, el restablecimiento de la igualdad bien podría devenir a través del dictado de una sentencia estimatoria pura y simple⁴⁷⁵. Ahora bien, para Zagrebelsky, es necesario diferenciar aquellos otros supuestos en los que la violación de la igualdad es consecuencia de una norma que regula un determinado supuesto, y éste no es lo suficientemente general, luego, separando contextos semejantes resultan más ininteligibles, en tanto que, bajo estos presupuestos, la inconstitucionalidad no radica en lo expresamente previsto, sino en lo omitido. Pero aún en este otro supuesto, el mismo autor rechaza que el dictado de una sentencia aditiva pueda constituir la solución adecuada a la vulneración de la igualdad, y apuesta por «la declaración de inconstitucionalidad de la norma que está, en cuanto se presente como norma de supuesto *exclusivo*»⁴⁷⁶. Consiguientemente, es la judicatura ordinaria, la que tendrá que integrar el vacío normativo, a través de la aplicación de razonamientos analógicos y sistemáticos del ordenamiento jurídico, que le permitan restablecer la igualdad de trato. Para Zagrebelsky, la Corte Constitucional italiana ha desarrollado una práctica excesiva del principio de igualdad, y esto conllevó a una distorsión mayor que la misma discriminación normativa, es decir, en vez que el pronunciamiento elimine los privilegios, lo que hizo fue más bien generalizarlos⁴⁷⁷. Con base en estos fundamentos, la jurisprudencia comparada⁴⁷⁸ también ha venido a señalar que, a través de este tipo de sentencias, el Tribunal Constitucional fue ampliando el régimen

⁴⁷² Paladin, Livio, *Corte costituzionale e principio generale d' eguaglianza: aprile 1979 –dicembre 1983*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, p.605.

⁴⁷³ Carlassare, L., *Riflessioni sulla Corte costituzionale come giudice «a quo» e sui giudizi di eguaglianza*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1980, p. 840,

⁴⁷⁴ Lanzillo, R., *Poteri creativi della Corte costituzionale nei giudizi incidentali sulla validità...opus cit.*, p. 44.

⁴⁷⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte costituzionale e il legislatore...opus cit.*, p. 115.

⁴⁷⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte costituzionale e il legislatore...opus cit.*, p. 116.

⁴⁷⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale...opus cit.*, p. 162.

⁴⁷⁸ Para el caso español, véase por ejemplo el voto particular de los Magistrados Arozamena Sierra y Pérez Verdaguer a la STC 103/1983, de 22 de noviembre.

expresamente establecido hacia otros supuestos no contemplados, o quizá, implícitamente excluidos por voluntad del Constituyente/legislador, criticándosele nuevamente, la función normativa o paralegislativa de signo positivo desplegada por el Tribunal, en tanto representa un exceso de sus funciones. Por lo mismo, un sector significativo de la doctrina italiana y comparada, en comunión con las críticas realizadas por Zagrebelsky, entiende y defiende firmemente que el dictado de una sentencia estimatoria pura y simple de la inconstitucionalidad, se halla más en comunión con el paradigma del legislador negativo en el que debiera operar el Tribunal Constitucional. Aunque, reconociéndole el derecho a la dúplica a Paladin, los argumentos de oposición hacia el dictado de sentencias aditivas, planteadas por Zagrebelsky, no tendrían razón de ser, si se tiene en cuenta que la creatividad que encierra este tipo de fallos, no solo es menor, sino que también, que el aditamento introducido por la Corte, deriva de una interpretación conforme a la Constitución del precepto, bien directamente, o bien tras la declaración de inconstitucionalidad de la exclusión implícita que de él derivaba⁴⁷⁹. A estos argumentos, deben traerse a colación también, los esbozados por D'Orazio, para quien, en más de una situación la ampliación de un régimen como consecuencia del dictado de una sentencia aditiva deviene «*a rime obbligate*», y en consecuencia, la supresión de la regulación de favor iría en contra de ciertos mandatos contenidos en la norma fundamental. En palabras de Paladin, se tiene que «si la ley constituye –aun de modo parcial– «actuación» de la Constitución, lo realizado en la ley no puede ser «desactuado» contra la vocación de la norma fundamental»⁴⁸⁰. Cabe aclarar que, esta última afirmación hecha por Paladin, no significa que el legislador se encuentre imposibilitado de adoptar libremente diversas opciones a la hora de desarrollar la Constitución, quiere decir más bien, que el legislador, ha momento de desarrollar la Constitución, lo ha hecho en forma incompleta, o discriminatoria por omisión. Luego, el remedio a la discriminación normativa no puede venir por la expulsión del régimen que cumple, aunque de modo incompleto, con el mandato constitucional, sino antes bien, ampliando su cobertura⁴⁸¹.

Desde luego, la doctrina contestataria no tardó en identificar algunos reparos al planteamiento de Paladin, esto es, en la indeterminación acerca de cuándo debe procederse a la ampliación de la situación más favorable, y cuándo debe rechazarse la ampliación de privilegios injustificados, debiendo procederse a la anulación⁴⁸². Autores como Díaz Revorio, sostienen

⁴⁷⁹ Paladin, Livio, *Corte costituzionale e principio generale d' eguaglianza...opus cit.*, p. 660.

⁴⁸⁰ En la perspectiva de D'Orazio, G., *Le sentenze costituzionali additive tra...opus cit.*, p. 80, si bien es cierto que, como se manifestó a un principio, el derecho a la igualdad bien podría restablecerse a través de la ampliación del régimen previsto como consecuencia del dictado de una sentencia aditiva, o a través de la declaración de inconstitucionalidad del precepto discriminatorio, sin embargo, no debe dejarse de lado, que la última opción acarrearía una situación aún más inconstitucional que aquella que se buscaba subsanar.

⁴⁸¹ Paladin, Livio, *Corte costituzionale e principio generale d' eguaglianza...opus cit.*, 663.

⁴⁸² Para el caso español véase la STC 3/1993, de 14 de enero, específicamente el fundamento jurídico No. 5. La sentencia afirma que el tratamiento favorable a hijas y hermanas contenido en el precepto objeto de enjuiciamiento «está falto de fundamento racional, por lo que no debería ampliarse el beneficio a los hijos y hermanos, ya que se configuraría como un privilegio injustificado de las mujeres. Pero ello no explica toda la realidad, pues (...) hay que ponderar el dato de que la norma regula una situación de necesidad que se conecta con la obligación impuesta a los poderes públicos por el artículo 41 CE (...) La hija y la hermana reciben protección no sólo en razón de su condición femenina, de mujeres apartadas de las labores profesionales, sino también en función de las necesidades derivadas del defecto de ingresos producido como consecuencia de la muerte del causante. La norma dispensa una protección frente a la pobreza (...). Y concluye la sentencia señalando que procede, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la mención relativa a «hijas y hermanas» (aunque inmediatamente después, en el fallo, mucho más correctamente, se declara la inconstitucionalidad del precepto «en cuanto excluye a hijos y hermanos».

que es un hecho que en algunos casos, la aplicación de un régimen más favorable implica inevitablemente dar cobertura a un privilegio, sin embargo, en muchos otros casos, diferenciar entre «privilegio» y simple «régimen favorable» susceptible de generalización, no representa un terreno sólido. A *contrario sensu*, existe una dificultad patente a la hora de identificar no solamente verdaderos «privilegios» en la legislación favorable a grupos o categorías, sino también, de identificar un tratamiento injustificado de favor de las situaciones de insuficiente generalización del propio tratamiento⁴⁸³. Por otra parte, no puede dejarse de lado, aquellos fundamentos que propugnan la ampliación del régimen por parte del tribunal. Así, independientemente de que no se pueda contar con principios constitucionales que exijan la ampliación, resultaría un equívoco pensar que la inconstitucionalidad del régimen expresamente previsto sea más respetuosa o acorde con la voluntad del legislador y de la ley que la misma ampliación⁴⁸⁴. Es en base a estas reflexiones, que el sector de la doctrina a la cabeza de Paladín, rechaza las críticas realizadas a la Corte, en tanto que como instancia de control, a través del dictado de sentencias aditivas, se estaría excediendo en sus funciones. Amén de aquella aseveración, y sin que implique aceptación alguna de la crítica, para Paladín, la ampliación del régimen vendría a constituir una opción más respetuosa con las exigencias constitucionales, si se la compara con la opción que obliga a la Corte a dictar la inconstitucionalidad del régimen, en tanto que la eliminación de la norma impugnada es un remedio extremo, que únicamente contribuye a crear un vacío nada sencillo de integrar⁴⁸⁵.

4.6.3. Las sentencias aditivas en el ámbito penal: La reserva de ley.

Una tercera limitación para la emisión de sentencias manipulativas por parte de la Corte Constitucional, está relacionada con la prohibición de dictar sentencias aditivas en materia penal por el riesgo de conculcar la garantía de legalidad penal. En efecto, Crisafulli, analizando las sentencias constitucionales en materia penal⁴⁸⁶, que hasta ese momento fueron emitidas por la Corte, explicó que, en esos casos, la Sentencia Estimatoria parcial, si bien manipulaba la disposición, sólo se legitimaba si la misma conllevaba efectos reductivos en la aplicación de normas penales, o lo que en este caso representaría una interpretación «in bonam parte»⁴⁸⁷.

⁴⁸³ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 328.

⁴⁸⁴ En criterio de Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 329, la ausencia de mención puede obedecer a omisiones involuntarias, o simplemente no supone exclusión implícita. Inclusive, en aquellos supuestos en los que la exclusión es deducible de la interpretación del texto enjuiciado, resulta menos gravosa la inconstitucionalidad de la norma implícita de exclusión, que la inconstitucionalidad del texto normativo en su conjunto, es decir, con todo su contenido normativo. Luego, si las exigencias constitucionales permitieran tanto la extensión como la supresión del régimen expresamente previsto, resulta lógico pensar que la solución constitucional acorde a la intención del legislador, termina siendo la primera.

⁴⁸⁵ Paladín, Livio, *Corte costituzionale e principio generale d' eguaglianza...opus cit.*, 660.

⁴⁸⁶ Crisafulli, Vezio, *La Corte costituzionale ha...opus cit.*, p. 1707 – 1709. Vid por todos la STC 108/1974 (instigación al odio) como ejemplo de «sentencia manipulativa» en materia penal. Así, se declara inconstitucional el artículo 415 CP «en la parte en que no precisa que tal instigación tiene que ser actuada de modo peligroso por la tranquilidad pública», reduciendo con esto, el ámbito de la tipificación penal.

⁴⁸⁷ Vid García Pablos, Antonio, *Derecho Penal*, Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 232, desde cuyo punto de vista se pueden hacer algunas observaciones a las aseveraciones y razonamientos crisafullianos, así, debe entenderse que la reducción del ámbito penal que realice la Corte ha momento de dictar una sentencia aditiva, siempre debe estar enfocada desde la perspectiva del respeto al principio del «favor rei» o lo que es igual a aceptar una interpretación restrictiva a favor del imputado. Sólo de esta forma puede entenderse una labor legítima por parte de la Corte, cuando a través de su interpretación busca salvar las vulneraciones a la garantía de

Más por el contrario, si a través de las sentencias aditivas la Corte buscaba crear o ampliar tipos penales, este acto tendría que entenderse como atentatorio del artículo 25 de la Constitución italiana, que más allá de precautelar el principio de reserva de la ley, lo que buscaba era precautelar el principio de legalidad penal y sus implicancias.

Como es lógico suponer, las peculiaridades de la reserva de ley en materia penal, exigen una interpretación de la norma penal sustantiva, con un grado de rigurosidad tal, que pueda cumplirse con el principio de certeza del derecho. Luego, para Zagrebelsky, si bien el contenido y alcance de una sentencia aditiva no es equiparable en modo alguno a la eficacia de una ley, no puede dejarse de lado, que la Corte, a través de dicho pronunciamiento desarrolla una «nueva interpretación» de aquella —precedida, para el caso, de una anulación parcial— que sobrepasa lo expresamente previsto en el texto de la misma⁴⁸⁸. Desde luego, esta situación no debiera merecer mayores connotaciones en tanto se dé cumplimiento a los mínimos requerimientos establecidos al efecto, aunque siempre quede la posibilidad de cuestionar aquellos supuestos en los que la Corte, irremediadamente invade el ámbito del legislador, e innova el ordenamiento, siendo gravosa la situación en la que se atribuye facultades para crear tipos penales.

Además recuérdese que, según la dogmática, en materia penal, se halla proscrita cualquier forma de interpretación extensiva o analógica. En ese sentido, si se asume que una sentencia aditiva contiene en su esencia, una interpretación extensiva de la norma, ya sea o no desprendible de un razonamiento analógico, luego, es la misma sentencia la que viene a contrastar con los fundamentos del derecho penal.

En criterio de Duni, las limitaciones establecidas al dictado de sentencias aditivas en el ámbito penal son extensibles a cualquier supuesto, ya se trate de ampliar los supuestos objeto de sanción, de las penas previstas, de las circunstancias agravantes, u otras más, salvo el caso de la interpretación *in bonam partem*⁴⁸⁹. En consecuencia, mientras algunos sectores doctrinales entienden que el dictado de sentencias aditivas en materia penal constituye una limitación absoluta, tal el caso de Pugiotto, que rechaza no solamente la legitimidad de estos pronunciamientos, sino que también sostiene, que este tipo de sentencias difícilmente podrían cumplir con las exigencias del principio de «estricta legalidad» en materia penal, que aboga por un derecho penal expreso en la ley⁴⁹⁰, existen otros como Felicetti, que asumen esta afirmación

legalidad penal, entiéndase precisar los tipos penales en blanco, tipos penales abiertos, tipos penales con ocultación del verbo rector del tipo.

⁴⁸⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale...opus cit.*, p. 315.

⁴⁸⁹ Para Duni, G., *L'oggetto dei giudici di costituzionalità e la problematica dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa*, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 347, distinto sería el caso, si a través de la sentencia manipulativa, lo que se busca es reducir la pena, o los supuestos a los que la misma es aplicable, V. Gr. la sentencia No. 108/1974, relativa al delito de la instigación al odio entre clases, misma que se trata de una decisión reductora desde el punto de vista del ámbito de su aplicación. Así también, la sentencia No. 139/1989, en relación con la instigación de los militares a cometer un delito militar, que reduce la pena. En estos supuestos, más allá de hacer referencia a una aditividad, se está refiriendo más bien a situaciones reductoras. Ahora bien, en lo concerniente a la admisibilidad de las sentencias aditivas penales *in bonam partem*, entiende que la reserva de ley, no es aplicable a estas decisiones, que por tanto son en principio aceptables, aunque reparando en el principio de legalidad estricta, señala que la Corte no debe enjuiciar la ausencia o insuficiencia de sanción penal, o la ilegitimidad de una causa de justificación.

⁴⁹⁰ Pugiotto, A., *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, p. 4199.

como aplicable sólo para aquellos casos en los que se recurre a una interpretación *in malam partem*, V. Gr. la inadmisión por parte de la Corte, de cuestiones que solicitaban la ampliación del catálogo de delitos o de las penas, o cuando no, la pretensión de conseguir una interpretación extensiva en perjuicio del *in dubio pro reo*⁴⁹¹. Por su parte, Cerri, ha puesto de relieve, que este tipo de pronunciamientos generaron el contraste con la jurisprudencia ordinaria, que ha cimentado una comprensión sobre el pronunciamiento, en una dimensión ablativa de la disposición, todo ello, bajo el fundamento de que el texto de una norma penal no es susceptible de «manipulación»⁴⁹².

Recapitulando, el argumento central que permite justificar la inadmisibilidad de las sentencias aditivas en este ámbito penal, es el principio de legalidad penal, cuya fórmula tradicional «*Nullum crime, nulla poena sine praevia lege*», implica que nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigencia antes de haber sido cometido el hecho que se pretende castigar. Por lo mismo, si una norma prevé un supuesto de hecho (verbo rector, modos de comisión, así como los presupuestos objetivos y las circunstancias especiales) y una determinada consecuencia jurídica (la sanción penal), luego, si una sentencia constitucional reduce el ámbito de aplicación de dicha sanción, o las consecuencias jurídicas desfavorables, no tendría por qué entenderse que dicho pronunciamiento atentó contra el principio de legalidad penal. Sin embargo, no puede predicarse una misma conclusión, en aquellos supuestos en los que la Corte, a raíz del dictado de un pronunciamiento aditivo, amplía vía interpretación extensiva o analógica *in malam partem* de la norma, situaciones que van en contra del principio *indubio pro reo*.

En la praxis jurisprudencial italiana, es posible advertir la presencia de algunos «amparos con efectos aditivos» en materia penal, en los que la Corte entendió que la ley penal era inconstitucional «por defecto» o por omisión, esto es, porque la norma penal contemplaba un supuesto de hecho menos amplio de lo constitucionalmente exigido. Ahora bien, este tipo de pronunciamientos que recaen sobre una norma penal, no desprenden sobre la aplicación de la ley, efecto extensivo alguno, al contrario, se limitan a otorgar el amparo sin más. Dicho de otro modo, en estos casos, el Tribunal no pretendió ampliar con efectos generales los supuestos de aplicación del precepto penal, sino simplemente consideró que el mismo era inconstitucional por no comprender determinado supuesto constitucionalmente equiparable al expresamente previsto, entendiéndose vulnerado el principio de igualdad. Claro está, que el vicio de constitucionalidad, no puede repararse por los jueces ordinarios al aplicar la norma — menos aún por el propio Tribunal— debido a que, ha contrario de lo que sucedía en otros supuestos de discriminación por omisión, cuando se referían a preceptos penales, aquellas posibilidades de actuación judicial resultaban, en muchos casos, jurídicamente inviables.

⁴⁹¹ Felicetti, F., *In tema di sentenze «additive» e d'inammissibilità di questioni di legittimità costituzionale*, en Cassazione penale, 1984, II, p. 2107, luego de estudiar la amplia jurisprudencia sobre la materia, criticó concretamente aquella línea jurisprudencial asentada por la Corte, por la que declaró la inadmisibilidad de las cuestiones que solicitaban la aplicación a una categoría de sujetos de un complejo normativo, previsto para otros, en lugar del vigente para ellos. Su fundamento radicó en que, en aquel supuesto, no se le estaba pidiendo a la Corte una elección reservada a la discrecionalidad del legislador, sino un control de la racionalidad de la elección de éste.

⁴⁹² Para Cerri, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1994, p. 98, es el caso de la sentencia No. 27 de 1975, relativa al aborto, que a través de la decisión aditiva realizada por la Corte, incorpora supuestos despenalizados.

4.6.4. Sentencias aditivas y el respeto a la libertad de configuración del legislador.

Otro límite para la emisión de esta tipología de sentencias adquiere una naturaleza también funcional, y que se halla relacionado con la labor interpretativa de la Corte y el respeto hacia la libertad de configuración del legislador democrático. Sobre el tema Costanzo⁴⁹³ hace referencia a las SSTC 109/86, 125/88 y 328/88, donde se introducen una «cláusula de estilo» a partir de la cual la Corte sólo asumirá una decisión aditiva cuando la solución normativa no sea el fruto de una valoración discrecional del Tribunal, sino una consecuencia necesaria del juicio de constitucionalidad. En consecuencia, en aquellos casos en los que la Corte no pueda asumir una adición como derivación necesaria del juicio de constitucionalidad, el Tribunal estará reconociendo su propia limitación, y delegando implícitamente de esta forma al Parlamento, para que sea ésta la instancia que determine o precise el contenido normativo de la disposición atendiendo los complejos intereses en juego. En estos casos a la Corte no le queda más que inadmitir la cuestión por discrecionalidad legislativa, y mucho más cuando se trata de violaciones al principio de igualdad, o se traten de derechos de prestación, así como cuando se trate de distribución de beneficios económicos.

Empero, es necesario aclarar también, que desde el enfoque doctrinal, el concepto de «discrecionalidad del legislador» entendida como ámbito de actuación vedada a la Corte, tropezaba con sus propias dificultades, y que en todo caso, constituía una «zona crítica» en las relaciones entre la Corte y el Órgano Legislativo. Si bien el artículo 28 de la Ley Núm. 87/53 señalaba que «el control de legitimidad de la Corte constitucional sobre la ley o un acto con fuerza de ley excluye cada valoración de naturaleza política y cada incidencia sobre el empleo del poder discrecional del Parlamento», en la práctica, carecía de aplicabilidad. Es por ello que autores como Zagrebelsky⁴⁹⁴, afirmaban que en última instancia el ámbito de discrecionalidad del legislador se encontraba supeditado a la percepción que la Corte tenga en cada momento de su propio papel institucional y la necesidad de adoptar una siempre indefinida y problemática actitud de «self restraint».

Para precisar el concepto de discrecionalidad del legislador, Pizzorusso⁴⁹⁵ elabora una distinción en la dimensión semántica de este término. Así, una de las acepciones de este concepto, hace referencia al campo de acción del legislador libre de prescripciones constitucionales, siendo atribución exclusiva de este órgano las valoraciones de mera oportunidad política. Otra acepción del término, está vinculada con la libertad del legislador para elegir los medios encaminados a la consecución de unos fines genéricos establecidos en las normas constitucionales, y más aún cuando de la igualdad y derechos sociales se refiere. Partiendo de estas dos acepciones que dejan entrever la distinción sobre el concepto «discrecionalidad legislativa» derivarán dos limitaciones para la Corte Constitucional: El rechazo a emitir sentencias aditivas cuando no se afecte el parámetro constitucional, y por el contrario, esté relacionado con cuestiones políticas o técnicas de una disciplina legislativa. Así también, se rechaza la posibilidad de emitir una sentencia aditiva para aquellos casos en los que

⁴⁹³ Costanzo, P., *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1998 e del 1989*, en *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino 1990.

⁴⁹⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *Processo...opus cit.*, p. 564 – 565.

⁴⁹⁵ Pizzorusso, Alessandro, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 72.

la ley permita una opción por una de las varias soluciones normativas existentes, y que todas ellas sean conformes con la Constitución⁴⁹⁶.

A través de estos planteamientos, los límites a la actividad creativa de la Corte son evidentes. En aquellas situaciones en las que de la disposición pueden derivar una serie de normas, no le será permitido a la Corte dictar un pronunciamiento aditivo, pues ello implicaría restringir la libertad discrecional del legislador a futuro. De igual modo, si la cuestión planteada permite varias soluciones conformes con la Constitución, la discrecionalidad de que disfruta el legislador deviene en este caso incuestionable, y una misma actitud debe asumir la Corte cuando la emisión de una sentencia estimatoria pudiera presentar elementos de gran complejidad estructural o generar una amplitud de efectos, cuya regulación es mejor dejarla reservada al legislador. En estos casos, la Corte debe optar por inadmitir el recurso fundado en la incompetencia de dicho órgano para pronunciarse sobre opciones reservadas a la discrecionalidad del legislador⁴⁹⁷. En la observación hecha por Martín de la Vega⁴⁹⁸, cuando la Corte declara la inadmisibilidad de la cuestión, por lo general, ésta «encuentra, presupone, o al menos no excluye la existencia de vicio de inconstitucionalidad», y ello porque no es raro que tal pronunciamiento se acompañe de consideraciones sobre la necesidad de una futura intervención legislativa⁴⁹⁹.

Si bien a través de los pronunciamientos de inadmisión lo que la Corte busca es evitar conflictos funcionales con el Órgano Legislativo, autolimitándose a no emitir sentencias aditivas autoaplicativas, no menos cierto es –en palabras de Zagrebelsky⁵⁰⁰– que en ningún caso se le exime de la exigencia fundamental de eliminar leyes inconstitucionales. Aceptar esto implicaría desnaturalizar el «self restraint» pretendido por la Corte en una especie de sinsentido del fin y funciones asignados por la Constitución al juez de la ley. En ese sentido, declarar la inadmisibilidad del recurso, tomando en cuenta la posible inconstitucionalidad de la norma impugnada vendría a constituir una «confesión de impotencia» por parte de la Corte, y ello a su vez, implicaría una «renuncia a juzgar» parangonable con una «denegación de justicia». Zagrebelsky no deja de criticar esta aplicación mecanicista del criterio de la inadmisibilidad, pues ello representaría sobreponer el riesgo del vacío normativo por sobre el principio de constitucionalidad de la ley⁵⁰¹.

A estas críticas deben sumarse también otras dificultades que conllevan la emisión de pronunciamientos de inadmisibilidad, así, el de su posible efecto preclusivo. Un sector de la doctrina hace referencia a que a través de este tipo de pronunciamientos, el juez «a quo» estaría imposibilitado de volver a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, viéndose obligado a aplicar la norma reconocida por la Corte en sus motivaciones como posiblemente

⁴⁹⁶ Pizzorusso, Alessandro, *Il controllo sull'uso della discrezionalità...opus cit.*, p. 79.

⁴⁹⁷ En el análisis de Luciani, M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio...opus cit.*, p. 37, las decisiones de inadmisibilidad comienzan a surgir en 1957, y aunque de inicio no eran muy numerosas, de a poco se irán consolidando como una posible fórmula de pronunciamiento de la Corte, hasta que su uso progresivo también se manifieste a través de pronunciamiento de «manifiesta infondatezza».

⁴⁹⁸ Martín de la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 306.

⁴⁹⁹ Para Pugiotta, A., *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle...opus cit.*, p. 3706, los pronunciamientos de inadmisibilidad representan una forma de abdicación por parte de la Corte a su papel institucional que, por sí fuera poco, al recomendar en las motivaciones la intervención pronta del legislador, esta es incumplida o inobservada por el legislador.

⁵⁰⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *Processo...opus cit.*, p. 659.

⁵⁰¹ Zagrebelsky, Gustavo, *Processo...opus cit.*, p. 659.

inconstitucional. Lo mismo sucedería con relación al resto de los jueces a quienes la Corte rechazaría un pronunciamiento en el fondo, a través de una declaración de inadmisibilidad o «manifiesta infondatezza», por haber inadmitido ya sobre el planteamiento de una cuestión análoga⁵⁰².

Serán estos inconvenientes los que impulsarán a la Corte Constitucional a buscar nuevas formulas de sentencias aditivas que, a la vez que respeten el margen de discrecionalidad del legislador, también puedan declarar a su vez, la inconstitucionalidad de la norma. Así surgirán las sentencias aditivas «di principio»⁵⁰³.

4.6.5. Las sentencias aditivas «di spesa» y la previsibilidad del gasto.

Por último, otro de los límites para la emisión de las sentencias aditivas, se encuentra relacionado con aquellos casos en que, a través del pronunciamiento de la Corte, se derivan nuevas cargas financieras para el Estado: sentencias aditivas «di spesa o de gasto». Si se retoma la distinción realizada anteriormente por Elia⁵⁰⁴ entre sentencias aditivas de garantía y sentencias aditivas de prestación, las sentencias «di spesa» se encuentran dentro de esta última categoría, ya que se caracteriza por la adquisición por parte de una determinada categoría de sujetos de un derecho de contenido patrimonial o de prestación de servicios, de cuyo disfrute en el razonamiento de la Corte, se encontraban excluidos por la ley sometida a control⁵⁰⁵. La emisión de este tipo de pronunciamientos por parte de la Corte fue duramente criticada de inicio⁵⁰⁶, puesto que si bien, la Corte salva a la ley del vicio originario (la exclusión del goce de beneficios prestacionales de un segmento social excluido anteriormente por la ley), también genera con la misma una inconstitucionalidad sobrevenida, pues contrastaría con lo dispuesto en el artículo 81.4 de la Constitución italiana, que establece «la obligación del órgano público de indicar los medios con que hacer frente al incremento del gasto» público⁵⁰⁷. Así, lo que se

⁵⁰² Para Zagrebelsky Gustavo, *Processo...opus cit.*, p. 662, es posible evitar este tipo de problemas suscitados a raíz de la emisión de pronunciamientos de inadmisibilidad, si la Corte reconoce en un primer momento la inconstitucionalidad de la ley, pero no la declara y más bien acompaña a este fallo de una expresa reserva sobre la actitud de la Corte ante un segundo cuestionamiento de la norma legal (sentencias prospectivas).

⁵⁰³ Véase el siguiente capítulo, sobre el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, más concretamente el punto relacionado con Italia y las sentencias aditivas «di principio».

⁵⁰⁴ Elia, Leopoldo, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza...opus cit.*, p. 913 – 914.

⁵⁰⁵ D'Orazio, G., *Le sentenze costituzionali additive tra...opus cit.*, p. 74, señala que el sujeto pasivo de la obligación en este tipo de pronunciamientos es el Estado.

⁵⁰⁶ Como bien lo señalara Politi, F., *Effetti di una sentenza additiva «di principio» (comportante maggiori spese) e giudizio di ragionevolezza: le esigenze del bilancio e la sempre maggiore imprevedibilità dell'esito del giudizio di costituzionalità*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. IV, 1996, p. 2190, la crítica hacia este tipo de pronunciamientos promovida por la Corte Constitucional italiana, no solamente radicaba en relación a que a través de éstos, se ocupaba el ámbito de decisión del legislador— sino que también, se reprochaba la supuesta intromisión de la Corte en ámbitos cuyas repercusiones financieras, se encontraban estrictamente sometidas a la reserva de ley del artículo 81 de la Constitución Italiana.

⁵⁰⁷ Tal como lo señalara Donati Donati, F., *Sentenze della Corte costituzionale e vincolo di copertura finanziaria ex art. 81*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 32, la Corte constitucional italiana, no siempre se ha sentido sometida a este límite, lo que no significa que en alguna oportunidad se haya detenido a valorar sobre las repercusiones «onerosas» que desencadenarían sus decisiones. Resultan también de especial interés sobre el tema, los artículos escritos por Sorace, D., *L'art. 81, quarto comma Cost., e tre tipi di sentenze della Corte costituzionale*, Anzon, Adele., *Nuove tecniche di decisione di questioni di costituzionalità e attuazione dell'art. 81, quarto comma Cost.*; Romboli, Roberto, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, en la obra colectiva, *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milán, 1993.

buscaba era limitar esta nueva tipología de sentencias, porque a partir de ellas se generaba una carga económica para el Estado⁵⁰⁸.

Empero, Mortati⁵⁰⁹ apuntará a favor de este tipo de pronunciamientos, un argumento basado en que la emergencia de este tipo de cargas para el Estado, viene de una inobservancia legal hacia un imperativo constitucional, siendo responsabilidad del gobierno y del Parlamento disponer las variaciones presupuestarias necesarias para atenderlo⁵¹⁰. De igual forma, Elia⁵¹¹ sostiene que los derechos fundamentales de las personas, no pueden verse limitados por una cuestión económica⁵¹². Además, Crisafulli⁵¹³ cae en cuenta en un detalle incisivo sobre los alcances del artículo 81.4 Constitucional, pues de su formulación literal no parece desprenderse una obligación directa para la Corte, sino más al contrario, la obligación está referida en relación al Parlamento, y es ésta la instancia la que debe indicar los recursos con los que se debe asumir al incremento del gasto⁵¹⁴.

Para aquel sector de la doctrina que entiende que el artículo 81.4 de la Constitución italiana no es aplicable directamente a los pronunciamientos de la Corte constitucional, basan su planteamiento en cuatro argumentos centrales:

En primer lugar, parten de la idea de que con el dictado de las sentencias aditivas, la Corte no despliega en modo alguno una labor paralegislativa, sino más bien, lo que hace, es añadir un «quid novi» que responde a criterios jurisdiccionales y de materialización directa de la Constitución. Por lo mismo, para esta postura doctrinal, la dificultad no radica en dilucidar si el artículo 81 de la Constitución es aplicable o no a las decisiones adoptadas por la Corte cuando

⁵⁰⁸ Sin embargo, las consecuencias financieras no solamente son atribuibles a este tipo de pronunciamientos aditivos «di spesa», pues a decir de Zagrebelsky, Gustavo, *Processo...opus cit.*, p. 664, un efecto similar es producido como consecuencia de las interpretaciones extensivas realizadas por la jurisdicción ordinaria, así también como por la propia Corte ha momento de dictar una sentencia estimatoria simple de leyes que regulen los ingresos del Estado.

⁵⁰⁹ Mortati, Constantino, *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali...opus cit.*, p. 175.

⁵¹⁰ Para Pizzorusso, Alessandro, *Las Sentencias «Manipulativas» del Tribunal Constitucional Italiano...opus cit.*, p. 291, que una sentencia manipulativa pueda comportar nuevos gastos a cargo del erario, no tendría por qué representar mayores complicaciones para el Estado, puesto que un gasto de este tipo podía justificarse en base al mismo orden de consideraciones que, en general, consienten la justificación de cualquier gasto que el Estado deba sostener para resarcir daños que deriven de actos ilícitos que cometidos por sus funcionarios o para ejecutar otros tipos de condena como consecuencia de la responsabilidad del Estado por actos legislativos ilegítimos, o por omisiones legislativas.

⁵¹¹ Elia, Leopoldo, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza...opus cit.*, p. 312 – 313.

⁵¹² En el análisis de Pizzorusso, Alessandro, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi*, en *Revista di Diritto Processuale*, 1990, p. 256, el artículo 81 de la constitución no fue concebido para impedir la seguridad en la realización de los principios constitucionales, y debe en consecuencia considerarse derogado por estos últimos. Así también, señala que «si siempre es difícil la tutela de los derechos sociales a través de la jurisdicción concentrada, lo que resulta evidente es que el principio de igualdad es el parámetro concreto para actuar estos derechos y la clave de lectura de la Constitución en este punto, y es en ese marco en el que se debe situar el problema de los hipotéticos límites a las sentencias aditivas».

⁵¹³ Crisafulli, Vezio, *La Corte costituzionale ha...opus cit.*, p. 1707

⁵¹⁴ Gran parte de la doctrina, entre los que resaltan las obras de Ferrari, G. F., *Le sentenze «di spesa» della Corte costituzionale*, en *Il corriere giuridico*, No. 8/1994, pp.929 y ss.; Grosso, E., *La sentenza n. 88 del 1992: un'alternativa alle 'additive di prestazione?*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, II, pp. 2374 y ss.; Colapietro, C., *Le pronunce «erogatorie» della Corte costituzionale ed il vincolo costituzionale della copertura finanziaria: le «additive di prestazione» sono per loro natura esenti dai vincoli e limiti dell' art. 81 Cost.*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, I, pp. 1249 y ss., sostienen que el artículo 81.4 de la Constitución italiana no es aplicable directamente a los pronunciamientos de la Corte constitucional.

esta recurre al dictado de sentencias aditivas. Para Elia, el límite establecido en el artículo 81.4, está dirigido al órgano de dirección política, esto es, el legislador⁵¹⁵. En consecuencia, sería incorrecto trasladar a la Corte Constitucional la responsabilidad de prever un mayor gasto o señalar los medios para hacerle frente a dicha carga económica. En todo caso, la inobservancia al artículo 81 de la Constitución es un problema más atribuible a un comportamiento omisivo del legislador.

En segundo lugar, para Mortati, el límite que se pretende imponer al dictado de sentencias aditivas «di spesa», carecen de fundamento, sobre todo si se tiene en cuenta que la determinación del gasto público, es una facultad reservada por un imperativo constitucional, a la corresponsabilidad entre el Gobierno y el Parlamento, y son estas instancias, las que en definitiva, deben tomar las previsiones acerca de las variaciones del presupuesto en procura de hacerles frente⁵¹⁶.

Dentro de esta misma línea, un tercer argumento, en opinión de Sorace, señala que la limitación al dictado de sentencias aditivas bajo el fundamento de que las mismas, no permiten prever las variaciones en el presupuesto del Estado, no es aceptable, puesto que en la práctica jurisprudencial, un pronunciamiento aditivo «di spesa» no deferiría de la decisión asumida por un juez ordinario a través de la cual se impone el pago de condenas o indemnizaciones de cualquier tipo a cargo de los poderes públicos. Así en ambos supuestos, las decisiones traen aparejadas nuevas cargas económicas para el erario estatal, y cuya cobertura no se encontraba legalmente prevista⁵¹⁷. Aunque luego, el mismo Sorace, aclara que el dictado de una sentencia aditiva por parte de la Corte, no es equiparable del todo con la decisión asumida por un juez o tribunal ordinario, en tanto que sus efectos son diferentes. En el primer caso, la eficacia de la sentencia deviene general vinculando a todos los jueces y tribunales, mientras que en el segundo supuesto, la sentencias de los jueces ordinarios, sólo surte efectos inter partes o para el caso concreto, salvando claro está, los efectos señalados en el Código civil para la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵¹⁸.

Un cuarto argumento es el sostenido por Pugiotto, para quien apoyándose en la teoría del «diritto vivente», sostiene que la «adición» realizada por la Corte no debe entenderse como el intento por suplir al legislador, sino más bien, asumirla como una mera propuesta interpretativa para los jueces ordinarios, siendo estos últimos los llamados a aplicar la norma concreta a los casos específicos, eludiendo de esta forma que sus decisiones sean alcanzadas por la disposición del artículo 81.4.⁵¹⁹

Desde luego, no han faltado autores que, asumiendo las posturas hasta aquí expuestas, han buscado articular las mismas adoptando una postura ecléctica. Así, para Colapietro, es necesario saber distinguir entre una «ley sustancial» de una «ley de presupuestos». Mientras la primera prevé nuevos gastos, la segunda actúa cuando la norma sustancial ya existe, y se limita a cubrir la necesaria cobertura. Luego, una sentencia aditiva «di spesa» cumpliría el papel de

⁵¹⁵ Elia, Leopoldo, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza...opus cit.*, p. 312.

⁵¹⁶ Mortati, Constantino, *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali...opus cit.*, p. 964.

⁵¹⁷ Para Sorace, D., *L'art. 81, quarto comma Cost...opus cit.*, p. 183, representaría situación normal que, al igual que las sentencias aditivas «de extensión», la decisión de un juez o tribunal ordinario, como consecuencia de una interpretación laxa de ley, amplíe el régimen y traiga consigo mayores gastos de los poderes públicos.

⁵¹⁸ Sorace, D., *L'art. 81, quarto comma Cost...opus cit.*, p. 182.

⁵¹⁹ Pugiotto, A., *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive...opus cit.*, p. 3700.

una «norma sustancial», sustituyendo a estos efectos a la ley⁵²⁰, no siendo necesaria la obligación de la Corte de prever los gastos con que hacer frete a la nueva carga pública, puesto que la decisión constitucional, no asumiría la dimensión de una «norma de presupuestos». Empero, para Crisafulli a la luz de la interpretación del artículo 81, sea desde la perspectiva de la doctrina, o de la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, no permite entender que la «ley sustancial» que deriva nuevos gastos para el Estado, se encuentre exenta de su previsión y cuantificación⁵²¹.

Por su parte, Zagrebelsky, también dentro de una postura ecléctica, expresa su discrepancia en relación a las dos soluciones extremas, esto es, por un lado, no comulga con el aquel pensamiento que sostiene que las sentencias aditivas de prestación se encuentran prohibidas por principio, como que tampoco comparte aquella postura que afirma, que dichos pronunciamientos aditivos se encuentran por fuera de la cobertura del límite establecido en el artículo 81.4. Para este autor, la obligación impuesta a la Corte Constitucional de indicar los medios con que hacer frente al incremento del gasto a través del dictado de una sentencia aditiva «di spesa», no significa otra cosa que un desequilibrio en la ley, que la convierte inconstitucional⁵²². En un plano muy parecido al planteado por Colapietro, Zagrebelsky propone diferenciar los casos en los que la emergencia del nuevo gasto puede afrontarse con simples variaciones a las que el Gobierno se encuentra autorizado, sobre todo si se las considera dentro del rubro: cargas «de justicia», siendo obligatoria su previa previsión. En consecuencia, la sentencia aditiva se presentaría como «interna» a la deliberación del legislador, restándole con ello, el carácter creador o innovador que se acusaba a dicha categoría de pronunciamientos⁵²³. Situación muy distinta es, para Zagrebelsky, aquellos otros supuestos en los que efectivamente, la medida impone necesariamente la previsión legal de nuevas fuentes financieras. En este otro supuesto, el autor italiano es partidario de preservar el monopolio del legislador para la determinación de criterios en un ámbito estrictamente de decisión política⁵²⁴. Ahora bien, Zagrebelsky es consciente en reconocer las dificultades que entraña diferenciar entre los supuestos estudiados. Por ello, entiende que en estas situaciones, es decir, en el ámbito material de las leyes de gastos que no representan una amplitud general, será mejor que la Corte opte por el dictado de decisiones de mera incompatibilidad, suspendiendo los efectos de la declaración⁵²⁵.

No podía estar ausente el planteamiento de otro de los grandes maestros italianos, el profesor Romboli, quien también rechazó que la previsión del artículo 81.4 sea aplicable directamente a las decisiones de la Corte, ya sea porque en su interpretación, dicho artículo se encuentra dirigido a la actividad del legislador, o porque funcionalmente, la Corte Constitucional difícilmente podría desarrollar funciones reservadas en un Estado democrático de Derecho al Parlamento. Por lo mismo, la Corte no podría cumplir la tarea de indicar los medios con los cuales hacer frente a los mayores gastos emergentes del dictado de un pronunciamiento aditivo

⁵²⁰ Colapietro, C., *Le pronunce «erogatorie» della Corte costituzionale ed il vincolo costituzionale della...opus cit.*, p.

⁵²¹ Crisafulli, Vezio, *La Corte costituzionale ha vent'anni...opus cit.*, p. 85.

⁵²² El problema según Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale...opus cit.*, p. 317, radica en que la ley sería inconstitucional, no tanto por lo que no prevé (y debería haber previsto), sino por lo que prevé, y no habría debido establecer sin comprender otras situaciones.

⁵²³ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale...opus cit.*, p. 318.

⁵²⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale...opus cit.*, p. 319.

⁵²⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale...opus cit.*, p. 320.

«di spesa»⁵²⁶. En ese sentido, si bien el artículo 81.4 de la Constitución italiana no está dirigida directamente a la Corte, no menos cierto es, para Romboli, que la precitada disposición viene a constituirse indirectamente en un «principio de valor general», que procura alcanzar como fin último, el equilibrio financiero o presupuestario del Estado⁵²⁷. Como tal, la Corte estaría en la obligación de considerar y valorar este principio ha momento de dictar un pronunciamiento aditivo con consecuencias presupuestarias, y cumplir a partir de una ponderación de los valores en juego, el equilibrio financiero dictado por la Constitución. Sin embargo, no han faltado quienes como Díaz Revorio, han manifestado que del texto constitucional, bien pueden desprenderse otros valores igualmente importantes como el que se extrae del artículo 81 constitucional, pero que entrarían en una antinomia con este último, por lo que corresponde al legislador determinar el alcance concreto de las prestaciones exigidas en la Constitución⁵²⁸.

Para evitar sobreponer el interés económico sobre los derechos fundamentales, la Corte consideró a las exigencias de saneamiento y equilibrio presupuestario como un valor constitucionalmente tutelado, cuya trascendencia si bien repercute en el plano social de la convivencia, no puede significar un límite a la hora de tutelar los derechos y principios consagrados en la Constitución.

En ese sentido, Romboli⁵²⁹, cita una de las consideraciones hechas en su momento por el entonces Presidente de la Corte Constitucional, Baldassare, con ocasión de la Sentencia 99/1995, como ejemplo de decisión a través de la cual, la Corte procede a una labor de contrapeso entre los diversos valores e intereses constitucionalmente garantizados. En dicho pronunciamiento se afirmaba que «se ha tenido en cuenta la existencia del límite de los recursos disponibles y que en sede de maniobra financiera de fin de año corresponde al Gobierno o al Parlamento introducir modificaciones de los gastos, allá donde sea necesario para guardar el equilibrio del presupuesto del Estado y la persecución de los objetivos de la programación financiera. Corresponde al legislador, en el equilibrado ejercicio de su discrecionalidad, y teniendo en cuenta, incluso, las exigencias fundamentales de política

⁵²⁶ Romboli, Roberto, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento...opus cit.*, p. 185.

⁵²⁷ Romboli, Roberto, *La tipologia de las decisiones de la Corte Constitucional en el...opus cit.*, p. 66.

⁵²⁸ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, p. 340. Por ello mismo, el recurso a la ponderación de valores propuesta por Romboli, Roberto, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento...opus cit.*, p. 188, parece ser la más idónea para definir cuándo declarar la inconstitucionalidad del precepto, y cuando decretar una falta de fundamentación. Así, la Corte siempre tendrá que optar por declarar la inconstitucionalidad del precepto, si el valor del equilibrio financiero es recesivo, mientras que la falta de fundamentación es la adecuada cuando el valor del equilibrio financiero es prevalente. Precisamente, para superar estos inconvenientes, quizá aquí se presenta como el más adecuado el planteamiento de Zagrebelsky, que prefiere hacer uso de sentencias de mera incompatibilidad, sin que ello implique descartar otras soluciones análogas, como la adopción de «sentencias aditivas de principio» a través de las cuales, se permite a los jueces aplicar directamente, con carácter provisional y sólo para el caso concreto y sin efectos retroactivos, las consecuencias de la sentencia. Aunque, claro está, las posibilidades de abordar este tipo de pronunciamientos por parte de la Corte no representen un camino expedito, sobre todo, si se toma en cuenta la previsión del artículo 136 de la Constitución que establece que la norma declarada inconstitucional deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión. En forma concordante, el artículo 30 de la ley Núm. 87, de 11 de marzo de 1953, afirma que las normas declaradas inconstitucionales «no pueden tener aplicación desde el día siguiente a la publicación de la decisión». Frente a este obstáculo, para que la Corte pueda bregar por el camino del dictado de las sentencias aditivas de principio, Romboli, Roberto, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento...opus cit.*, p. 198, hace referencia a la necesidad de modificar las reglas procesales relativas a la decisión de la Corte, concretamente hablando, se refiere a la modificación del artículo 30 de la ley 87 de 1953, lo que según este autor, permitiría construir a la Corte una nueva categoría de sentencias.

⁵²⁹ Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 117.

económica, contrapesar todos los factores jurídicamente relevantes», entre los cuales se encuentra el «funcionamiento de las finanzas públicas».

Finalmente, dada su pertinencia, es posible traer a colación también el planteamiento realizado por Grosso, quien en su momento, propuso un nuevo modelo de sentencia como remedio para evitar que los pronunciamientos de la Corte provoquen un incremento en el gasto público de manera desproporcionada. A esta nueva categoría se la denomina sentencia «aditiva distributiva», que implica que la resolución correspondiente ampare el derecho prestacional reclamado, pero al mismo tiempo ordene que la suma originalmente presupuestada para hacerle frente al pago de los beneficiarios originales sea distribuido entre todos, es decir, tanto entre los antiguos como entre los nuevos beneficiarios. De esta forma se respeta el principio constitucional del equilibrio presupuestario y se ampara el derecho de los recurrentes⁵³⁰. Empero, esta propuesta fue observada desde la doctrina, puesto que a través de la misma inevitablemente se llega a disminuir sustancialmente los derechos de los beneficiarios originales, y esta situación desborda por mucho a las facultades de la Corte, sobre todo, si se considera que consta determinación se ven seriamente afectados derechos adquiridos de buena fe al amparo de una legislación dictada por el Parlamento en el ejercicio propio de sus funciones constitucionales.

Por ello, y a fin de evitar mayores complicaciones financieras con este tipo de pronunciamientos, se procedió a la creación dentro de la Corte Constitucional, de la «Oficina para la documentación y cuantificación financiera», ello con la finalidad de conocer anticipadamente las consecuencias económicas de una eventual sentencia de inconstitucionalidad⁵³¹.

Amén de estas autolimitaciones y los intentos de la Corte por desprender algún tipo de vinculación hacia la magistratura en general a través del empleo de SE parciales, el concierto constitucional italiano continuará debatiendo sobre la posibilidad de incorporar otras alternativas, mientras tanto la Corte queda obligada a buscar por sí misma nuevas tipologías de sentencias que encuentren el equilibrio entre las interpretaciones desarrolladas por ésta en procura de salvar la disposición impugnada y los intentos por vincular a través de estos fallos a la magistratura en general.

Entre tanto, la Corte Constitucional italiana, al igual que sus pares europeos y latinoamericanos, tendrá que construir técnicas procesales que consigan un equilibrio razonable entre la tutela efectiva de los derechos fundamentales y el respeto al principio constitucional del equilibrio presupuestario. A tal fin, se entiende como necesaria una ponderación, de cada uno de los casos que se le plantean, y así poder definir el tipo de sentencia más favorable al mantenimiento de ese equilibrio con el fin de no suplantar al legislador en su tarea ordinaria de fijar los fines políticos de la sociedad y los medios idóneos para alcanzarlos

⁵³⁰ Grosso, Enrico, *Sentenze Costituzionale di spesa «che non costino»*, Giappichelli Editore, Torino, 1991, p. 74.

⁵³¹ Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 117, explica además, que la Oficina se encarga de obtener sus propios datos a través del acceso a diversas fuentes al efecto. Su función comienza con la llegada del Auto de remisión de los jueces —que inicia el proceso en vía incidental— ordenándose para cada caso concreto una investigación oportuna en base a documentación que den a entender el costo financiero de una sentencia estimatoria. Dicho informe es adjuntado a la investigación llevada a cabo por los letrados —«asistentes»— para cada uno de los constitucionales.

CAPÍTULO III

EL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EUROPEO Y LOS MODELOS DE REPARACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

EL MODELO BILATERAL O MULTILATERAL DE REPARACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD.

I. INTRODUCCIÓN.

Como se pudo observar en el capítulo anterior, el modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad, a pesar de los intentos doctrinales, tropezó con una serie de obstáculos tanto funcionales, como materiales o técnicos. Así, por un lado se criticó semejante labor hermenéutica desarrollada por la Corte Constitucional en Italia, cuyo ejercicio distaba mucho del paradigma tradicional del «legislador negativo» que debía caracterizar a sus actos de control. Dicha crítica podría decirse que fue un fenómeno generalizado hacia todos aquellos Estados en donde se introdujo un sistema de control de constitucionalidad concentrado, instancias que al cerciorarse de la insuficiencia del binomio inconstitucionalidad – nulidad, optaron por emitir «sentencias intermedias»⁵³², dentro de las que se encuentran las sentencia interpretativas, manipulativas, aditivas, sustitutivas, entre otras, para llevar a cabo un control mucho más eficaz que la mera y sencilla anulación o declaración de constitucionalidad de ley impugnada. Esta actividad interpretativa hizo que en algunos casos se critique también a la Corte por la labor paralegislativa que implicaba la emisión de dicha tipología de sentencias. Y no solamente eso, sino que a su vez, autores como Volpe, calificaron a este tipo de decisiones como fórmulas de ingeniería decisonal que si bien, permitían al Tribunal legitimar (en forma aceptable, compatible o tolerable) las variaciones temporales de sus pronunciamientos, sin embargo, la adopción de esta tipología de sentencias, significa en muchos casos, admitir una subrepticia mutación constitucional.⁵³³

Por otro lado, si bien los intentos de la Corte por preservar la vigencia de la ley cuestionada y evitar así mayores situaciones de inconstitucionalidad a través de la anulación de una norma fueron las causas que motivaron a dictar al Tribunal sentencias interpretativas, que más allá de declarar la inconstitucionalidad de la ley, condicionaban su validez a la interpretación realizada por la Corte, en la práctica, hubieron rechazos y resistencias por parte de la Magistratura en general para reconocer cualquier tipo de vinculación hacia este tipo de pronunciamientos.

⁵³² Se utiliza esta terminología de «sentencias intermedias», tomando en cuenta los vocablos que fueron empleados en el «Informe General de la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos», celebrada en Lisboa en 1987, cuyo fenómeno generalizado implica el dictado por parte de las Tribunales Constitucionales comparados de sentencias que no se limitan a declarar la validez o nulidad de la ley impugnada sino que introducen normas nuevas en el ordenamiento, y por tanto suponen una actividad de legislación positiva.

⁵³³ Cabe aclarar que Volpe, Giuseppe, *L'orologio della Corte ovvero l'enigma dell'ora e la persistenza della memori*, en *Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre, 1988*, Milano, p. 229, no sostiene que el Tribunal Constitucional vulnera de modo abierto y consciente la Constitución, ni menos aún manifiesta voluntad directa para cambiarla, simplemente no prevé los efectos que la alteración del ámbito de la sentencia produce.

Fue esta situación crítica la que hizo que en el Derecho comparado, los Estados que introdujeron un sistema de control de constitucionalidad concentrado, desarrollaran un modelo alternativo de reparación de la inconstitucionalidad con base en la colaboración entre Tribunal Constitucional, el legislador, así como la magistratura en general. A través de este mecanismo, lo que se pretendía era superar los problemas funcionales y técnicos con los que tropezaba el modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad, y en consecuencia de las sentencias interpretativas y la amplia tipología que ella representa. Así, dentro de este esquema, el Tribunal Constitucional se limita a detectar la inconstitucionalidad de la ley impugnada, para que sea el legislador y, en su caso, los tribunales ordinarios quienes enmienden el vicio de inconstitucionalidad. Ahora bien, la implementación de este «modelo bilateral o multilateral» de reparación de la inconstitucionalidad y de las técnicas que lo articulan, no presenta un estándar homogéneo en los Estados en que fueron introducidos y desarrollados.

Mientras que en países como Austria y Alemania la reparación bilateral de la inconstitucionalidad representa una práctica consolidada, no sucede lo mismo con países como Italia y España. En el primer caso –como se verá más adelante– los intentos por desarrollar este modelo, podría decirse que son recientes. Algo similar sucede con España, donde la reparación bilateral de la inconstitucionalidad, si bien presenta algunos supuestos de aplicación, aún se encuentra pendiente de un mayor desarrollo, y ello pasa precisamente porque en estos países los obstáculos jurídicos y políticos influyeron bastante la actitud del juez de la constitucionalidad a momento de asumir determinadas técnicas jurisprudenciales y el mantenimiento equilibrado de los bienes jurídicos constitucionales en juego.

1. BASES Y FUNDAMENTOS DEL MODELO BILATERAL (MULTILATERAL) DE REPARACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD.

A decir de González Beilfuss⁵³⁴, el origen jurisprudencial de este modelo implicó un desarrollo al margen o en contra de la positivización del mecanismo de las sentencias estimatorias de control de constitucionalidad. Asimismo, este autor afirma que, el encaje de dichas técnicas en la normativa de los diversos Tribunales presenta características específicas en cada país, y este hecho fue el que suscitó algunas dudas respecto a su cobertura legal, que sólo pueden ser reconducibles –en última instancia– a partir del propio modelo bilateral o multilateral de reparación de la inconstitucionalidad. Algo similar sucede con las técnicas que incorpora este modelo, pues sus consecuencias jurídicas pueden diferir en mucho de los efectos jurídicos de las sentencias estimatorias simples. Así, el hecho de dejar en manos del legislador ordinario la reparación de la constitucionalidad, implica que entre la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional y la reparación efectiva de la inconstitucionalidad (por parte del legislador o la magistratura) exista un periodo interino durante el cual no siempre es posible, garantizar de forma absoluta, que el vicio de inconstitucionalidad sea salvado de forma inmediata.

⁵³⁴ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 178.

Asimismo, Gonzáles Beilfuss⁵³⁵, señala que el fundamento jurídico del modelo bilateral o multilateral de reparación de la inconstitucionalidad debe hallarse a nivel constitucional, pues de lo contrario, sería difícil justificar prácticas jurisprudenciales «contra legem» o sentencias que no acaben inmediatamente con la vigencia de regímenes jurídicos inconstitucionales. En esa misma línea, el jurista español, destaca que la jurisprudencia constitucional comparada ha desarrollado dicho modelo para superar los problemas funcionales y temporales hacia el futuro (esto es, los derivados del vacío normativo) que podrían suscitar las sentencias estimatorias simples de control de inconstitucionalidad⁵³⁶.

Para desarrollar este modelo de reparación, resulta de capital importancia que el Tribunal Constitucional se limite a detectar la inconstitucionalidad, y que sea el legislador ordinario quien la repare definitivamente. Con esto, la reparación de la inconstitucionalidad se presenta como un auténtico «proceso» para garantizar la primacía constitucional, pues a través de este proceso, el Tribunal ejerce un verdadero «*self restraints*» cuyo rol se limita a la mera constatación de la inconstitucionalidad sin que sea necesario que éste la repare directamente, evitando los problemas funcionales y técnicos, y en consecuencia, evitar también caracterizar a la actividad desarrollada por el Tribunal, como un «legislador positivo», que invade las atribuciones propias del legislador ordinario. Asimismo, al diferir la nulidad del precepto declarado inconstitucional, se evita la producción del «horror vacui», y lo más importante, es que se promueve la participación de otros órganos constitucionales en la reparación de la inconstitucionalidad, asumiendo cada uno de ellos las funciones propias de su competencia.

Empero, al igual que en el caso del modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad, el modelo bilateral también ha despertado sus propios problemas e inconvenientes en su aplicación práctica. Precisamente Gonzáles Beilfuss, apunta de que uno de los más importantes es el de la «efectividad de dicho modelo a la hora de armonizar los diversos bienes jurídicos en juego»⁵³⁷, sobre todo, si se toma en cuenta las dificultades que se pueden presentar para garantizar que el legislador efectivamente repare la inconstitucionalidad constatada por el Tribunal Constitucional, y ello tomando en cuenta también los problemas en la articulación procesal, que dejan ver una rigidez consolidada del modelo de estimación, planteándose las dudas respecto a las concretas consecuencias jurídicas que esta novedosa técnica pueda desprender en la práctica. Asimismo, autores como Sorrentino⁵³⁸ y Spatolisano⁵³⁹, han criticado a esta técnica empleada por el Tribunal Constitucional, tomando en cuenta para ello, el fundamento de esta categoría de pronunciamientos, esto es, la búsqueda por potenciar la unión entre el Tribunal Constitucional y el legislador en procura de evitar el efecto mediato e indeseado que produce la declaración de inconstitucionalidad, es decir la nulidad y el consiguiente vacío legislativo. Empero, para estos autores alcanzar este fin ha

⁵³⁵ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 179.

⁵³⁶ Téngase en cuenta también, que la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su consiguiente nulidad inciden en el ordenamiento jurídico en la medida en que implica su exclusión *pro futuro*. Asimismo, la incidencia de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, puede tener un alcance mayor por afectar a normas que no han sido objeto de control, y ello de dos formas opuestas: reincorporando al ordenamiento normas derogadas o afectando a la validez de aquellas otras que se dictaron al amparo de la ley anulada.

⁵³⁷ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 180.

⁵³⁸ Sorrentino, Federico, *Considerazioni sul tema*, en *Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre*, 1988, Milano, p. 157.

⁵³⁹ Spatolisano, Francesca, *Il requisito della rilevanza e l'autonomia del giudizio costituzionale: alcune riflessioni sulla piu recenté giurisprudenza della Corte Costituzionale (1977 – 1982)*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, p. 1484.

hecho que se olvide y deje abandonado a otro de los interlocutores también importante en aquellos procesos donde se ven comprometidos intereses subjetivos (se habla de la cuestión de inconstitucionalidad y del recurso de amparo), esto es el juez, magnificando sobremanera al otro, el legislador, que es en definitiva el causante de la norma inconstitucional⁵⁴⁰. En efecto, dada la complejidad de este tipo de pronunciamientos, no puede dejarse de lado que a través de las mismas, inevitablemente se relega a la jurisdicción ordinaria a una posición «absurda», cuando no contraria a su función. En una visión más concreta, para Pace, el juez ordinario acude ante el Tribunal Constitucional en procura de que se le absuelva la duda sobre la constitucionalidad de una norma, y para ello se le suspende el proceso, de esta forma, el juez acomodó su accionar a los principios de la jurisdicción constitucional que establece un control concreto y a *posteriori*, sin embargo, al obtener una respuesta por parte del Tribunal que le obliga a continuar con el proceso suspendido hasta que el legislador actúe aprobando una ley reparadora del vicio de inconstitucionalidad, esta situación distorsiona el modelo de control de constitucionalidad, puesto que no se otorga una respuesta concreta al petitum del juez, y esta situación quizá no tendría mayores consecuencias si la naturaleza del proceso de control fuera abstracto y preventivo, y no se encontrasen de por medio relaciones jurídicas debatidas⁵⁴¹. Sin duda, todo esto, como señala Blasco Soto, encierra un difícil panorama donde se ven comprometidos derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva, y la prohibición del non liquet⁵⁴². Desde luego, si se asume que al acudirse ante el Tribunal Constitucional en busca de una solución concreta, luego el juez constitucional como consecuencia de este principio (tutela judicial efectiva) que impone una prohibición (el non liquet) no sólo está obligado a resolver sino que además está también sujeto a fallar de manera total como deber impuesto por la necesidad de sostener el principio político de la suficiencia del ordenamiento jurídico del Estado. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales (entre ellos el Tribunal Constitucional) no pueden ampararse en el silencio, laguna, obscuridad o insuficiencia de una ley para no emitir un fallo, y como tal, tampoco para aplazarlo en espera de otra nueva ley. Por ello, autores como Cappelletti, abogan porque la jurisdicción constitucional separe el proceso de constitucionalidad de la ley del de creación y nacimiento de la misma, porque de lo contrario se corre el riesgo de mezclar las cuestiones jurídicas con las políticas, las decisiones lógicas con las discrecionales. Este autor recuerda que el Tribunal es independiente del Legislativo, tanto orgánica como estructuralmente, su función y los efectos de sus decisiones no se legitiman por la actividad posterior del legislador, y no necesita para alcanzar sus fines la actividad de otro órgano⁵⁴³.

En fin, amén de las críticas realizadas a esta categoría de pronunciamientos, es necesario recalcar que la génesis de este tipo de pronunciamientos radicó en la pretensión de garantizar de forma integral el derecho fundamental a la igualdad. Desde luego, Moench señala

⁵⁴⁰ Cabe recordar también, que un sector de la doctrina representada por Elia, Lopoldo, *Relazione di sintesi*, en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, a cura di Paolo Barile, Enzo Cheli, Stefano Grassi, Bologna, 1982, p. 515, y Ruggeri, Antonio, *Vacatio sententiae, «retroattività parziale» e nuovi tipi di pronunzie della Corte Costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988, p. 929, sostienen que, con este tipo de técnicas, se puede producir la ruptura del sistema, en cuanto a la ubicación de cada poder en el mismo, causando, finalmente, también la ruptura con el Legislativo.

⁵⁴¹ Pace, Alessandro, *La tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, en *Quaderni Costituzionali*, Aprile, 1984, p. 62.

⁵⁴² Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, José María Bosch Editores, Barcelona, 1995, p. 319.

⁵⁴³ Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, UNAM, México, 1966, p. 11.

que no puede negarse que los supuestos en los que se aplican estas sentencias son variados, porque no sólo no se han determinado los efectos que producen, sino que tampoco el legislador precisó los casos en los que podía recurrirse a ellas⁵⁴⁴. Lo que sí se tiene claro es que el origen de la técnica, se halla en la necesidad de proteger el principio de igualdad, sobre todo, frente a las omisiones del legislador, en aquellos supuestos en los que se excluía de modo arbitrario a un determinado grupo de personas de una ventaja que la ley concedía. Es el caso del TCFA, que en vez de declarar la inconstitucionalidad de toda la ley, entendió que dicha decisión afectaría a quienes se encontraban favorecidos por ella, por lo que consideró más pertinente declarar la inconstitucionalidad sin nulidad. En efecto, de la obra clásica de Mortati, puede desprenderse que la aplicación de la Constitución y en concreto de los derechos fundamentales, fueron el origen de estas sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad⁵⁴⁵. De igual modo señala Schlaich, resalta cómo el origen de este tipo de pronunciamientos es el resultado de supuestos particulares y en donde la solución adoptada por el Tribunal era fácil de delimitar en tanto que se limitaba a desarrollar una explicación extensiva de la Constitución, luego, si una ley favorecía a un grupo de ciudadanos, pero a su vez excluía de sus beneficios sin razón justificada a otra parte del colectivo social, sin duda, esta situación contrariaba el derecho a la igualdad⁵⁴⁶. Para este autor, bajo estos supuestos, al Tribunal no le queda otra alternativa que actuar de forma excepcional y mejorar a través de su pronunciamiento a aquel grupo de personas a la que la ley le generó un perjuicio al no incluirlos. Situación muy distinta se habría suscitado si el Tribunal se hubiera decantado por la declaración de inconstitucionalidad de toda la ley, pues con ello inevitablemente se habría provocado que, hasta que la nueva regulación sea dictada por el legislador, el grupo de personas beneficiadas por la norma inconstitucional, renuncie temporalmente a los beneficios contemplados en la ley que para ellos es conforme a la Constitución.

Ahondado más en el tema, para Blasco, los pronunciamientos que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad «unvereinbarkeit» no contemplaban en su origen, la delimitación de los efectos de las sentencias en el tiempo, sino más bien, lo que buscaban era solucionar problemas sustanciales que son objeto del proceso constitucional, es decir, la omisión parcial del legislador que provoca una situación inconstitucional que merece ser sancionada, pero al mismo tiempo, se intenta evitar la declaración de nulidad con el fin de no perturbar todas aquellas situaciones donde la ley objeto de control es perfectamente constitucional⁵⁴⁷. Sin embargo, como en todo fenómeno jurídico, queda muy poco, tal como lo señala Schlaich, quien sostiene que en la actualidad los Tribunales acuden a este tipo de decisión más con la pretensión de delimitar los efectos temporales que produce la declaración de inconstitucionalidad que a su fin originario, esto es, evitar la vulneración del principio de igualdad, institucionalizándose un modo de relacionarse con el legislador atendiendo, por lo general, a criterios de política legislativa que a fundamentos lógico jurídicos, traspasando en muchos casos el Tribunal su ámbito funcional competencial⁵⁴⁸. Por ello mismo, Stuth, sostiene que en este tipo de pronunciamientos, intentar establecer una relación causal entre decisión y efectos no es posible, ni tampoco su encuadre en un esquema metodológico mínimamente

⁵⁴⁴ Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Nomos, Baden–Baden, 1977, p. 39.

⁵⁴⁵ Mortati, Constantino, *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali...opus cit.*, p. 153.

⁵⁴⁶ Schlaich, Klaus, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán*, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1984, p. 195.

⁵⁴⁷ Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de...opus cit.*, p. 322.

⁵⁴⁸ Schlaich, Klaus, *El Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 196.

consistente⁵⁴⁹. Dentro de este nuevo panorama, corresponde al propio Tribunal determinar qué efectos produce la decisión, quedando su precisión a la discrecionalidad de la casuística.

En este escenario, más allá de la técnica empleada para la implementación de dicho modelo, conlleva la necesidad de revisar los elementos que caracterizaron al modelo tradicional del legislador negativo. Pero más importante aún, es tomar en cuenta que la aplicación de este modelo representa la modificación de los efectos de las sentencias, pues una vez detectada la inconstitucionalidad del precepto, se plantea la necesidad de tolerar la vigencia de la inconstitucionalidad por un período interino, obligando de esta forma a los Tribunales Constitucionales a apartarse de los fallos estimatorios simples de control de constitucionalidad.

Dada la complejidad y los propios problemas⁵⁵⁰ que presenta el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, su configuración y encaje jurídico dependen del concreto régimen jurídico en el que operan. De ello se desprende la necesidad de llevar a cabo un análisis de las diversas posibilidades en torno a su regulación, así como de la variedad de técnicas que, si bien responden a un mismo paradigma (el modelo bilateral o multilateral), presentan notables diferencias entre sí, que conviene estudiarlas a continuación.

2. AUSTRIA Y LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DIFERIDA.

El estudio de la técnica empleada por el Tribunal Constitucional Austriaco (TCA o VfGH), es digno de análisis, puesto que constituye el modelo de referencia y el pionero en la experiencia de la reparación bilateral de la inconstitucionalidad. Sin duda, los planteamientos de Kelsen acerca de la configuración⁵⁵¹, las funciones⁵⁵² y la eficacia⁵⁵³ de las sentencias del

⁵⁴⁹ Stuth, Sabine, *Il Bundesverfassungsgericht e il profilo tecnico delle sue pronunce*, en *Quaderni costituzionali*, 1989, p. 293.

⁵⁵⁰ Pace, Alessandro, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, en *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, II, Granada, 1989, p. 79, sostiene que a través de la adopción de este modelo, todo parece apuntar a que la actual tendencia del control de constitucionalidad, tiende a desarrollar a una Tribunal Constitucional más como «juez de la racionalidad de las elecciones legislativas», y desplazando a los jueces ordinarios al rol de meros garantes de los derechos fundamentales. A su vez, para Pisaneschi, Andrea, *Le sentenze di «costituzionalità» e di «incostituzionalità non dichiarata»: la transitorietà nel giudizio costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, II, p. 630, las sentencias de inconstitucionalidad no declarada introducen nuevas formas de relaciones entre el TC y el legislador con una articulación cada vez más estrecha, en la que no cabe el poder judicial. De igual modo, Luciani, Massimo, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, p. 110, señalaba que la norma objeto del juicio queda en una especie de «limbo» de inciertos confines.

⁵⁵¹ La Verfassungsgerichtshof o Tribunal Constitucional federal fue introducido en la realidad jurídica austriaca para garantizar la Primacía de la Constitución federal, así como las competencias del Bund y de los Länder. Esta instancia se encontraba conformada por dieciséis miembros (al lado de cuatro suplentes), elegidos de por vida. Una mitad de sus miembros era elegido por la Cámara representativa de la población denominada también, el Consejo Nacional, y la otra mitad por la Cámara representativa de las autonomías o Consejo Federal. En la perspectiva de Kelsen, Hans, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, tome quarante-cinquième, 1928, p. 224, sólo de este modo podía garantizarse la neutralidad de dicha instancia de control, es decir, alcanzar la independencia y tercería que debían caracterizar a este órgano *ad hoc*.

⁵⁵² Tal como se desprende del estudio realizado por Pegoraro, Lucio, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 41, al *Verfassungsgerichtshof* le competía juzgar la constitucionalidad

Tribunal Constitucional, se llegaron a plasmar en lo que aún hoy, representa el primer modelo abstracto de control de constitucionalidad⁵⁵⁴. Dicho prototipo inicial fue incorporado por el maestro de la Escuela de Viena Kelsen en la Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920⁵⁵⁵, constituyéndose en el referente⁵⁵⁶ europeo sobre el tema⁵⁵⁷.

En ese sentido, el TCA ha momento de reparar el vicio de inconstitucionalidad, lo que hace es diferir la entrada en vigor de la inconstitucionalidad. En palabras de González Beilfuss⁵⁵⁸, la «derogación» del precepto declarado inconstitucional, no opera en forma inmediata a su constatación, sino que la misma se encuentra sujeta a una «vacatio», en virtud de la cual el TCA permite que sea el legislador ordinario quien solucione el vicio de inconstitucionalidad según su criterio, evitando con esto los consabidos problemas funcionales de las sentencias con efectos aditivos propios del modelo unilateral⁵⁵⁹, así como el evitar

de las leyes, así como los reglamentos de estos, en tanto que las competencias de los entes descentralizados también podían ser objeto de vulneración a través de este tipo de actos. Desde luego, el Tribunal Constitucional Federal austriaco, también se encontraba facultado para conocer de los recursos promovidos individualmente cuando se entendiera la vulneración a derechos garantizados por la Constitución, sobre todo, en relación a los emergentes de actos que atenten contra la Constitución. Asimismo, no puede dejarse de lado, que el *Verfassungsgerichtshof* podía tomar conocimiento de juicios sobre pretensiones de los Länder o de los ayuntamientos frente a la Federación, así como de impugnaciones de las elecciones, sobre conflictos de competencia entre jueces y tribunales administrativos, sobre violaciones del Derecho Internacional, y sobre las acusaciones relativas a la responsabilidad de los órganos supremos de la Federación o de los Länder. La legitimación activa para interponer el recurso, radicaba en el Gobierno Federal y cada Gobierno de los Länder, no siendo necesaria la corroboración de la existencia de una pretensión subjetiva al efecto. Por ello, la doctrina comparada, hace referencia al carácter limitado del acceso al Tribunal, lo que no significa una estrechez en cuanto a las disposiciones impugnables. Otro de los aspectos que se deben resaltar, es la no existencia de un plazo para la interposición del mecanismo que perseguía el remedio procesal, o también, el hecho de que el propio Tribunal podía elevar de oficio el incidente de constitucionalidad, para el caso de que se anoticiara con normas contrastantes con la Constitución.

⁵⁵³ Frente a la constatación del vicio de constitucionalidad, ya se trate de una violación a la Constitución, o a las disposiciones sobre la competencia del Bund o el Länder, el *Verfassungsgerichtshof*, debía declarar la anulación de la norma con efectos pro futuro, salvo el supuesto de los reglamentos.

⁵⁵⁴ Sobre el tema véase a Giovannelli, A., *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione «politica» della Corte costituzionale*, en *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Milano, 1985, p. 381.

⁵⁵⁵ Ermacora, Félix, *L'evolution Constitutionnelle de L'Autriche depuis 1970*, en *Corpus Constitutionnel*, 1976, p. 414, señala que la Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920, fue revisada principalmente en 1925 y 1929, restaurada por Ley Constitucional de 1 de mayo de 1945 y con innumerables reformas parciales, que incluso hoy, se debate nuevamente su revisión global.

⁵⁵⁶ Más allá de que el Tribunal Constitucional Federal austriaco no cumpliera su misión de custodiar la Constitución, al quedar paralizado en 1933, como consecuencia de los embates del nacionalsocialismo, para autores como Klecatsky, H.R. y Öhlinger, T., *Die Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts*, Wien, 1982, p. 21, y Oberndorfer, P., *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der Staatlichen Funktionen*, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1988, p. 32, su experiencia fue valorada y asimilada en otros países europeos

⁵⁵⁷ En ese sentido, véase a Kojá, A., *Il concetto di costituzione di Hans Kelsen e lo sviluppo del diritto costituzionale austriaco*, en *Dir. e soc.*, 1981, así también la obra de Eisenmann, C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1986.

⁵⁵⁸ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 182.

⁵⁵⁹ Como lo señala Schäffer, Heinz, *Die Execution der Erbenntnisse des österreichischen Verfassungsgerichtshofes*, en *Österreichischen Zeitschrift für öffentliches Recht*, Nene Folge, 1968, p. 125, no existe en el sistema austriaco una institución paralela a la de la sentencia interpretativa, de la Corte Italiana, pero el VfGH ha reconocido en numerosas sentencias el principio de interpretación conforme a la Constitución, lo que implica que el sistema austriaco de control de constitucionalidad, no deja de lado el modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad. Es decir, este principio debe ser observado no sólo por el VfGH, sino por toda autoridad llamada a aplicar o interpretar la ley, extendiéndose no sólo a la interpretación de la ley conforme a la Constitución

provocar vacíos normativos⁵⁶⁰ como consecuencia de la derogación de normas inconstitucionales⁵⁶¹.

Sin duda, la experiencia austriaca representa un ejemplo particular dentro de los Estados que implementaron el sistema bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, y esto se debe a que la técnica empleada por el TCA para articular el restablecimiento bilateral de la inconstitucionalidad, no tuvo un origen jurisprudencial precisamente, sino que dicho mecanismo, se encontraba previsto desde la creación del TCA en 1920. La facultad del TCA para diferir la derogación de la norma declarada inconstitucional, se encuentra prevista en los arts. 140.3 y 140.5⁵⁶² de la Constitución Austriaca (CA), de donde se desprende de forma expresa, que el Tribunal, puede retrasar durante un plazo máximo de tiempo la entrada en vigor de la derogación de la norma inconstitucional.

Si bien es cierto que la técnica desarrollada por el TCA posee elementos de gran importancia en relación al paradigma del legislador negativo, no menos cierto es que como mecanismo fue escasamente analizado en Austria. Se puede afirmar que no existen antecedentes sobre su proyección en ninguno de los proyectos de Constitución presentados en su momento por el Gobierno, así como del propio Kelsen. González Beilfuss⁵⁶³, resalta que la posibilidad de retrasar la entrada en vigor de la inconstitucionalidad fue incorporada un mes antes de la aprobación definitiva del texto Constitucional austriaco, precisamente durante los trabajos finales de la Subcomisión Constitucional de la Asamblea Constituyente. Este dato es extraído de las actas desarrolladas por dicha Subcomisión, de donde se constata que la incorporación de este mecanismo fue propuesto por el principal proyectista de la Constitución austriaca, es decir Hans Kelsen, apoyado éste por los representantes de la Cancillería Federal, los juristas Merkl y Fröhlich, encontrándose ausente en dichos protocolos la exposición de motivos que condujeron a esta incorporación repentina y de último momento⁵⁶⁴. Es en forma

sino igualmente a la interpretación de los reglamentos y actos individuales conforme a la ley, y complementando, Walter, *Österreichisches Verfassungsrecht*, 1972, p. 125, sostiene que de igual modo se aplica este principio, en relación a las leyes constitucionales conforme a los principios fundamentales.

⁵⁶⁰ Vid la STCA 10036, donde el TCA reconoció la inconstitucionalidad del régimen jurídico de la adquisición de la nacionalidad austriaca en caso de reconocimiento de la paternidad; Por otro lado, la sentencia 10384, donde el TCA determinó la inconstitucionalidad del régimen que regulaba el apellido familiar común, en cuanto a las disposiciones que establecían que en caso de desacuerdo, se imponía el apellido del marido como apellido familiar común; Así también, la sentencia 12420, donde el TCA declara la inconstitucionalidad del régimen jurídico de las ayudas asistenciales a los desempleados que agotaron la percepción de una prestación por desempleo. En estos supuestos, por predeterminación constitucional, el TCA, pudo eludir el problema del vacío normativo aplicando la reviviscencia del Derecho derogado por la norma que fuera declarada inconstitucional. Dicha posibilidad se desprende del artículo 140.6 de la Constitución Austriaca (CA), aunque es necesario aclarar que dicha posibilidad normativa, en la práctica jurisprudencial resulta de escasa aplicación.

⁵⁶¹ En ese sentido, Arozamena Sierra, Jerónimo, *El recurso de inconstitucionalidad*, en VV.AA., *El Tribunal Constitucional*, Vol. I, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, p. 142, explica que, la decisión del TCA que declara la inconstitucionalidad de una ley, no puede atribuírsele simple valor declarativo, pues no declara nulo la norma con efectos *ex tunc*, es decir, como si se tratase de un acto privado de valor jurídico desde inicio. El TCA lo que hace es anular la ley inconstitucional con eficacia *ex nunc* o pro futuro, como si operase la derogación de la norma.

⁵⁶² Durante este periodo no sólo debe aplicarse la ley, sino también los reglamentos ejecutivos (Vid Sentencia número 3.886/1961)

⁵⁶³ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 184.

⁵⁶⁴ De la revisión de las actas de la Subcomisión de la Asamblea Constituyente, es posible percatarse que, en el texto provisión de la futura Constitución austriaca de fecha 6 de agosto de 1920, no se encuentra plasmado dicho mecanismo. Recién un mes más tarde, en fecha 23 de septiembre, se encuentra registrado que la

posterior a la aprobación del texto Constitucional, y en comentario a éste, que, tanto Kelsen como Merkl y Fröhlich justificaron la incorporación de dicha figura, esbozando como argumento, el que en determinados supuestos puede ser conveniente dar cierto margen de tiempo al legislador para llenar el vacío jurídico que provoca la derogación de una norma inconstitucional, y mucho más si se tiene presente que el procedimiento legislativo requiere de la concesión de un determinado tiempo de espera para poder contar con una respuesta normativa.

Conscientes en Austria de la importancia de esta figura, desde su entrada en vigor en 1920, sólo se ha procedido a reformar el plazo máximo de la «vacatio» para llevar a cabo la derogación provocada por la sentencia estimatoria de control de constitucionalidad. Estas modificaciones graduales fueron ampliando el plazo inicial de los seis meses, a un año con la reforma realizada en 1929, y en 1992, a través de una nueva reforma constitucional, dicho plazo fue nuevamente ampliado a dieciocho meses respecto a las normas legales. Actualmente, el TCA puede diferir la entrada en vigor de la derogación durante un plazo máximo de dieciocho meses, ya se trate de normas legales o normas reglamentarias que impliquen necesariamente una reforma legal, y de seis meses cuando sólo se trata de la afectación de normas reglamentarias⁵⁶⁵.

A lo largo de las reformas constitucionales desarrolladas, si bien se consideró la ampliación del plazo máximo de la vacatio, no se precisó en cambio, cuándo el TCA podía hacer uso de este mecanismo. Si se tiene en cuenta el texto constitucional austriaco, de la previsión del artículo 140.5 se colige que el TCA debe derogar la norma declarada inconstitucional, y que dicha derogación entra en vigor desde el día de publicación oficial de la sentencia, «salvo que el Tribunal Constitucional establezca un plazo para dicha derogación». Como tal, el TCA, ha venido desarrollando su jurisprudencia, empleando en gran medida este mecanismo, invocando en reiteradas ocasiones el artículo 140.5 de la CA como su único fundamento⁵⁶⁶. Como era de esperar, esta práctica reiterada por parte del TCA, fue objeto de una serie de críticas, debido a que la salvedad que debía constituir en una excepción, fue invertida por el Tribunal, al hacer que la excepción se convierta en regla de actuación general, con los consabidos problemas en cuanto a las consecuencias jurídicas que ello implica.

Subcomisión presentó a la Comisión Constitucional de la Asamblea Constituyente el texto Constitucional que será aprobado el 1 de octubre de 1920, y en ella ya constaba la incorporación de la posibilidad con la que contaba el TCA de diferir la entrada en vigor de la derogación de la norma declarada inconstitucional.

⁵⁶⁵ La utilización de la técnica por la cual el TCA puede diferir la entrada en vigor de la derogación de la norma inconstitucional, es aplicable también en aquellos supuestos en los que la sentencia tiene por objeto normas reglamentarias, pues el control sobre su constitucionalidad también es competencia del TCA, y esto desde la reforma constitucional llevada a cabo en 1929. En una posterior reforma a la Constitución de 1975, el plazo de los seis meses fue extendido a un año para el caso de sentencias cuyo objeto sean normas reglamentarias cuya inconstitucionalidad hiciera necesario una reforma legal.

⁵⁶⁶ Vid las SSTCA 8871, donde se declaró la inconstitucionalidad de las pensiones de viudedad; así también la sentencia 10384, donde se determinó la inconstitucionalidad del régimen jurídico que determina el apellido familiar común. Véase también la sentencia 12568, que declaró la inconstitucionalidad del régimen de la jubilación que prevé una diversa edad para los hombres en relación con las mujeres. En estos casos, el TCA, procedió a diferir la derogación de la declaración de inconstitucionalidad, amparándose en lo dispuesto por el artículo 140.5 CA. Sin embargo, se han dado casos también, en los que el TCA, prescindió de invocar la previsión del artículo 140.5 CA, para retrasar la entrada en vigor de la derogación, véanse así las SSTCA 3334, 5317, 5854, 8017 y 8417.

Buscando salvar esta crítica, Haller⁵⁶⁷, afirma que la posibilidad de diferir la derogación de la norma declarada inconstitucional, no se encuentra a la absoluta disposición del Tribunal Constitucional, sino que su utilización queda limitada a supuestos en los que la gravedad de la inconstitucionalidad, o la trascendencia del vacío jurídico que generaría la derogación, así como el tiempo necesario que requiere el legislador para dar una respuesta normativa, deben constituir los casos en los que el TCA debe activar la salvedad prevista por el artículo 140.5 de la CA. La decisión de retrasar la entrada en vigor de la derogación debe constituir una decisión netamente jurisdiccional y no de mera oportunidad. Así también, autores como Novak⁵⁶⁸, consideran que este mecanismo se trataría de una figura ajena al sistema austriaco, y que como tal, su utilización debiera restringirse al máximo.

A raíz de estas críticas suscitadas por parte de la doctrina, a mediados de la década de los ochenta, el TCA optó por ser más cauteloso en el empleo de dicha técnica, y a la vez se inclinó por fundamentar los motivos que recomiendan o no el retraso de la entrada en vigor de la derogación. En este nuevo contexto, el TCA rechazó aplicar la técnica, fundando su negativa en la ausencia de solicitud por parte del recurrente⁵⁶⁹, o en que la necesidad de su aplicación no fue suficientemente demostrada⁵⁷⁰. Sin embargo, el TCA no se ocupó de señalar cuándo sería aconsejable o no diferir la entrada en vigor de la derogación de la norma inconstitucional. La doctrina austriaca tampoco se pronunció sobre el asunto. No es sino a partir del desarrollo jurisprudencial del propio TCA que se pueden extraer algunos criterios dogmáticos sobre la aplicación de esta técnica, que en todo caso se remite al fundamento originario de dicha figura, cual es el evitar que la derogación de la norma declarada inconstitucional provoque un vacío normativo que genere mayores complicaciones, sobre todo cuando se trata de temas sensibles, aunque este planteamiento también tropiece con problemas sobre cómo determinar los supuestos en que deba considerarse a una situación como sensible.

De la actividad jurisprudencial del TCA en los últimos tiempos, se puede advertir claramente que el recurso al «horror vacui», ha ido cediendo espacio para dar lugar a otro fundamento que se basa en la necesidad de propiciar un «tránsito sin rupturas» de la inconstitucionalidad hacia la constitucionalidad, sobre todo cuando el objeto de control lo constituyen asuntos relacionados con prestaciones públicas, así como normas tributarias de interés. Así también, un otro argumento radica en otorgar al legislador un plazo suficiente para que pueda responder a la convocatoria del TCA, y reparar el vicio de inconstitucionalidad antes de su derogación. Este argumento es el que fue ganando espacio dentro de la realidad constitucional austriaca, y fue el motivo también para que en muchos casos se amplíe el plazo máximo de la *vacatio*, tomando en cuenta el tiempo que toma el procedimiento legislativo para corregir el vicio de inconstitucionalidad, limitándose de esta forma la facultad del TCA de ordenar la reviviscencia del Derecho derogado por la norma declarada inconstitucional⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ Haller, Herbert, *Zur Fristbemessung des VfGH nach Art. 139 ABS, 2 und Art. 140 Abs. 3 B-VG*, ÖJZ, 7/1974, pp. 175 – 179; y *Die Prüfung von Gesetzen. Ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle*, Springer Verlag, Wien/New York, 1979, pp 257 y ss.

⁵⁶⁸ Novak, Richard, *Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen, Zugleich ein Beitrag zur Gesetzes – und Verordnungskontrolle durch den Verfassungsgerichtshof*, Springer Verlag, Wien/New Cork, 1996, p. 193.

⁵⁶⁹ Vid por todos, las sentencias 11933, 13583 y 13834.

⁵⁷⁰ Vid por todos, la sentencia 10926, rompiendo de esta forma el silencio del TCA sobre el empleo de dicha técnica.

⁵⁷¹ Un sector de la doctrina, consideró que la reviviscencia del derecho derogado por la norma declarada inconstitucional, es contraria a los efectos «ex nunc» de las sentencias estimatorias. Esta figura fue introducida recién en 1929, luego de un primer intento en 1925, donde la oposición a esta figura se fundó en que revivir el

Un tercer argumento empleado para justificar el retraso de la entrada en vigor de la derogación radica en que la declaración de nulidad no repara en nada el vicio de inconstitucionalidad, más por el contrario, lo que hace es agravar aún más la situación de inconstitucionalidad⁵⁷².

Sin embargo, frente a estas argumentaciones que sustentan el retraso de la entrada en vigor de la derogación de la norma declarada inconstitucional, se han planteado también por parte de la doctrina, contraargumentos como el que sostiene que si bien, el TCA en aplicación del artículo 140.6 CA, decide aplicar la reviviscencia del Derecho derogado por la norma declarada inconstitucional, esta situación es incompatible con la decisión por parte de la TCA de querer diferir la vigencia de la derogación de la norma inconstitucional, puesto que no habría vacío jurídico que pueda generar mayores perjuicios.

Por otro lado, el TCA, en otros casos, decidió no aplicar la *vacatio*, puesto que dicho mecanismo iría contra la voluntad implícita del legislador, cuya actitud estaría demostrando la ausencia de un propósito para reaccionar frente a una sentencia y corregir el vicio de inconstitucionalidad⁵⁷³.

Sin desmerecer estos argumentos elaborados desde la doctrina constitucional austriaca, en la práctica jurisprudencial del TCA, se puede apreciar cómo dicho ente acude a lo preceptuado en el artículo 140.5 de la CA como el único sustento en la aplicación de este mecanismo, que desde ya carece de suficiencia si se toma en cuenta las consecuencias jurídicas de este dispositivo.

Si bien la aplicación de la técnica austriaca de reparación bilateral de la inconstitucionalidad ha despertado el interés dentro del Derecho comparado con miras a ser reproducido en otras realidades jurídicas, es necesario tener en cuenta que, como se vio, en la práctica, su aplicación presenta sus propias particularidades y complicaciones. Así en Alemania, su fuerte arraigo a los efectos «*ex tunc*», hizo que en forma preliminar se rechace la aplicación de esta técnica, pese a que existen voces que reclaman su introducción⁵⁷⁴. En Italia por su parte, si se toma en cuenta la larga experiencia jurisprudencial de las sentencias unilaterales

derecho derogado era una función exclusiva y privativa del legislador, y no así del TCA. Desde el punto de vista de Schäffer, Heinz, *Verfassungsgericht und Gesetzgebung, en VV.AA., Staat-Verfassung-Verwaltung*, 1997, p. 115, la aplicación de la reviviscencia del Derecho derogado por la norma declarada inconstitucional, conlleva una serie de complicaciones, si se tiene en cuenta que la norma declarada inconstitucional, sólo derogó parcialmente el Derecho, o que haya transcurrido mucho tiempo desde dicha derogación operó. Debido a estas dificultades es que el TCA, se limitó a emplear esta técnica cuando la inconstitucionalidad de la norma radica en su carácter retroactivo. Vid por todos las SSTCA 11869 y 13020.

⁵⁷² Véase por ejemplo, la sentencia 8446, que trató de la existencia de diversos regímenes de embargabilidad de determinadas pensiones de viudedad y de invalidez, el establecimiento de un período de *vacatio*, impidió que un fallo derogatorio hiciese posible el embargo ilimitado de dichas pensiones.

⁵⁷³ Aunque algunos autores como Haller, *Die Prüfung von Gesetzen...opus cit.*, p. 265, sostienen que la aplicación de la reviviscencia del Derecho derogado por la norma declarada inconstitucional, sería preferible a tener que aplicar la *vacatio*, o lo que es lo mismo, diferir la entrada en vigor de la derogación de la norma inconstitucional.

⁵⁷⁴ Es el caso del ex Magistrado del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) Klein, Hans, *Gedanken zur verfassungsgerichtsbarkeit*, en Burmeister, Joachim (ed.), *Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, 1997, p. 1150, quien luego de cesar en sus funciones, se pronunció abiertamente a favor de la incorporación de dicha técnica mediante una reforma constitucional.

interpretativas de la Corte, y el empleo de las sentencias aditivas, hicieron que se trate seriamente la posibilidad de incorporar dentro de su ordenamiento jurídico, este modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, pues ya la Corte Constitucional Italiana había empezado a proyectar una nueva tipología de sentencias de esta naturaleza, conocidas bajo el nombre de «sentencias aditivas de principio»⁵⁷⁵. Así también sucede con España, que pasando por alto las previsiones constitucionales y legales, ha empezado a dictar sentencias empleando la técnica de la reparación bilateral de la inconstitucionalidad⁵⁷⁶, a tal punto que en la actualidad se discuten los beneficios y la posibilidad de introducir este modelo en el ordenamiento jurídico español.

3. ALEMANIA Y LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SIN NULIDAD.

El estudio de la jurisprudencia constitucional alemana, representa de gran interés para el presente trabajo, dado el amplio despliegue jurisprudencial y doctrinal que en aquel modelo ha suscitado el fenómeno de las «sentencias intermedias», así como la aplicación de la técnica de la *Verfassungskonforme Auslegung* o «interpretación conforme», como mecanismo y categoría de interpretación en el conjunto de las sentencias, a través de las cuales el Tribunal Constitucional Alemán (BVerfG o TCFA, en adelante) declara la «compatibilidad» de la ley enjuiciada con la Ley Fundamental. A su vez, el modelo Alemán, cobra importancia, en tanto que el legislador alemán, ha demostrado ser el más atento ha momento de introducir las

⁵⁷⁵ En Italia se presentaron tres proyectos que buscaban modificar los efectos de las sentencias estimatorias, y con ello se buscó impedir que la Corte Constitucional dictase sentencias manipulativas en general y sentencias aditivas en particular. Para evitar cualquier tipo de sentencias intermedias, se pretendió volver rígida la tipología y efectos de las sentencias de la Corte, habilitando a esta instancia a dictar únicamente sentencias estimatorias o desestimatorias. Así también, dentro de dichas propuestas, hubo una que sugería retrasar la entrada en vigor de la inconstitucional, proyecto que fue rechazado en la Asamblea Constituyente de 1947, aunque en su momento también fuera defendida por autores como Modugno, Franco, *La Corte Costituzionale oggi...opus cit.*, p. 584. A decir de González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 193, Tras la presentación de algunas enmiendas que hacían hincapié en los problemas que suscitaban las sentencias aditivas de prestación, la propuesta inicial fue apoyada y aprobada por un amplio consenso por la Bicameral el 30 de junio y el 4 de noviembre de 1997, donde se recoge la técnica austriaca en el artículo 136 que preveía: «cuando la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una norma legal o de un acto con fuerza de ley, dicha norma deja de tener eficacia al día siguiente a la publicación de la sentencia, salvo que la Corte establezca un plazo diferente, que en todo caso no puede superar un año desde la publicación de la decisión». Según este autor español, la incorporación definitiva de esta figura al ordenamiento jurídico italiano habría acabado con el automatismo de los efectos de las sentencias constitucionales previstos en el artículo 136 CI, y que según autores como Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale...opus cit.*, el fracaso para su introducción, impidió el desarrollo jurisprudencial de una técnica similar. Sin embargo, es necesario también destacar que la propuesta planteada no fue tomada de buen agrado por algunos sectores de la doctrina italiana que observaron en primer lugar, el hecho de que sea precisamente la Corte la encargada de diferir la derogación de la norma inconstitucionalidad, considerando que dicha actividad era más propia del legislador ordinario, por otro lado, se observó también, la irremediable situación de tener que tolerar la vigencia interina de la norma declarada inconstitucional, y a ello debía sumarse la inercia del legislador para responder a la convocatoria realizada por la Corte. Pero más allá de estas susceptibilidades, el recelo se justificaba también, en las expectativas que se habían creado en torno a las sentencias aditivas de principio, a través de las cuales la Corte no sólo buscaba reparar la inconstitucionalidad en forma conjunta con el legislador, sino también con los tribunales ordinarios.

⁵⁷⁶ Como se analizará más adelante, las SSTC 195/1998 (Reserva Natural de Santoña) y 208/1999 (Ley de Defensa de la Competencia) constituyen los primeros supuestos en los que el Tribunal Constitucional español, optó por diferir hacia el futuro la eficacia de la declaración de nulidad.

prácticas interpretativas del BVerfG en la reforma de la Ley constitutiva del TCFA⁵⁷⁷. Sin embargo, el constante desarrollo y expansión de la jurisprudencia constitucional del BVerfG ha sido tal, que fue desbordando la previsión normativa y el esfuerzo sistemático de quienes en su momento intentaron anticiparse a la actuación del TCFA, al punto de señalar, que a estas alturas, todo intento al efecto, resultó insuficiente. Desde luego, la introducción de nuevos tipos de pronunciamientos en la Ley del Tribunal Constitucional Federal (LTCFA o BVerfGG) no alcanza el amplio abanico de decisiones que la jurisprudencia del BVerfG ha emitido en al menos los dos últimos decenios desde la entrada en vigor de esta instancia de control, lo que sin duda, contribuyó a complejizar el problema de los efectos de las sentencias, cuya delimitación resulta incierta a la luz de las nuevas categorías⁵⁷⁸.

Es precisamente en este escenario, en el que el estudio de aquellas sentencias en las que el BVerfG adopta una solución intermedia entre la nulidad y la mera constitucionalidad, ha merecido un tratamiento especial por parte de la doctrina alemana⁵⁷⁹.

En ese sentido, analizando la realidad constitucional de Alemania, se tiene que la técnica empleada para desarrollar el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán, radica en la «declaración de

⁵⁷⁷ Si bien es cierto que el legislador alemán, se preocupó por positivizar la nueva tipología de pronunciamientos adoptado por el BVerfG, sobre todo en lo que concierne a las sentencias intermedias, no debe dejarse de lado que el artículo 94.2 de la Grundgesetz (GG) establecía expresamente, que será la BVerfGG la que determinará en qué casos las decisiones del BVerfG tendrán fuerza de ley, remitiéndose a esta misma norma para que regule el resto de aspectos procesales. Esta remisión genérica que hace la GG a la LTCFA, en lo concerniente a la determinación del contenido y alcance de las decisiones del TCFA, fue estudiado ampliamente Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.

⁵⁷⁸ A lo largo de este trajín, la intervención del TCFA en el concierto estatal fue de gran preponderancia, sobre todo en aquellas situaciones en las que tuvo que hacer desaparecer a través de sus pronunciamientos, cuestiones litigiosas por demás complejas. Sin duda, la participación del Tribunal siempre se caracterizó por ser integradora y pacificadora, V. Gr. BVerfGE 3, 225; 6, 55; 10, 59; 15, 337; 17, 1; 21, 329; 26, 265; 37, 217, sobre la igualdad jurídica del hombre y de la mujer, así también las BVerfGE 8,210; 17, 280; 22, 163; 25, 167; 26, 207, sobre la situación jurídica de los hijos extramatrimoniales. Ya en el ámbito del fortalecimiento a la democracia se tiene a las BVerfGE 7, 198; 20, 162; 28, 191; 30, 336, 33, 1; 42, 236; 33, 125, sobre el derecho a la expresión concreta de las libertades de opinión y de prensa, o las BVerfGE 1, 208; 3, 383; 6, 272; 7, 99; 8, 51; 14, 121; 20, 56; 21, 119; 21, 196; 24, 300, sobre la igualdad de oportunidades para los partidos, sin dejar de lado las BVerfGE 17,294; 18, 65; 18,344; 19, 52; 20, 336; 21, 139; 22, 49, sobre el principio del juez natural o legal entre otros más.

⁵⁷⁹ Sobre los pronunciamientos intermedios en Alemania, véase las obras de autores como Vogel, Klaus, *Rechtskraft und Gesetzkraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, en *Bundesverfassungsgerichts und die übrigen Verfassungsorgane*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 1988, así también Pestalozza, C., *Verfassungsprozessrecht*, 3 ed., 1991, Beck, Múnic, 1991, p. 339; Pestalozza C., *Noch verfassungsmäßige und «bloß verfassungswidrige» Rechtslagen*, en *Bundesverfassungsgerichts und Grundgesetz*, vol. II, Mohr Tübingen, 1976. De igual modo Gerontas, A., *Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 16, 1982. Resulta de interés, el estudio de Heußner, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982. Por otro lado, Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden-Baden, 1980, asimismo, Moench, Christoph., *Verfassungswidriges Gesetz und...opus cit.*; Löwer, W., *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, en Isensee/Kirchhoff, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol II, C.F. Müller, Heidelberg, 1987. Por último Pohle, Albrecht., *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, Lang, Frankfurt a.M./Bern, 1979, y la obra de Schlaich, Klaus, *Der Entscheidungsanspruch bei Normenkontrollen*, en *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. C.H.Beck, 4 ed., Múnic, 1997.

inconstitucionalidad sin nulidad»⁵⁸⁰. En este contexto, el TCFA se limita a detectar la inconstitucionalidad, sin llegarla a expulsar formalmente del ordenamiento jurídico mediante la anulación, sino que emplaza al legislador a que repare el vicio de inconstitucionalidad a través de una respuesta normativa.

Como ya se había mencionado, la particularidad del sistema Alemán radica en que a diferencia del TCA, el TCFA ha desarrollado el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad sin que dicha técnica se encuentre en un precepto normativo que fundamente su aplicación. Por eso la práctica jurisprudencial del TCFA ha ido desarrollándose en contra de lo establecido en el artículo 78 de su ley reguladora, que prescribe la obligación del TCFA de «declarar nulas las leyes inconstitucionales», desprendiéndose de este mandato una arraigada tradición jurídica en donde la figura de la «nulidad ex tunc» constituye un dogma inmutable, que el Tribunal tuvo que flexibilizar para dar paso a la aplicación de la técnica⁵⁸¹.

Así, el TCFA, en sus primeros años de funcionamiento prescindió del binomio inconstitucionalidad – nulidad, y como apunta González Beilfuss⁵⁸², de inicio, el Tribunal empleó una concepción material del objeto de pronunciamiento, que le permitió emitir los fallos de «nulidad parcial cualitativa», o denominados también «de nulidad parcial sin reducción del texto», que como se pudo observar en los capítulos anteriores, dichos pronunciamientos se caracterizaban por declarar la inconstitucionalidad no de una disposición entendida ésta como un enunciado lingüístico o texto normativo, sino sobre normas jurídicas que venían a constituir el resultado de la interpretación realizada a la disposición.

Tratando de superar los obstáculos técnicos de la «nulidad ex tunc» imperantes en Alemania, el TCFA, tuvo que hacer frente también a los problemas funcionales, donde a partir de la sentencia 22, 349, el Tribunal comprendió que cuando se presentan diversas formas de resolver la inconstitucionalidad, es función del legislador optar por una de ellas haciendo uso de su libertad de configuración. En ese sentido, la coincidencia de los problemas técnicos y funcionales de la nulidad, permitieron diferenciar la figura de la inconstitucionalidad sin nulidad, de la declaración de nulidad que incorpora el emplazamiento al legislador, y sea él quien corrija la situación de inconstitucionalidad. Con base a la sentencia a la que se hizo referencia, el TCFA ha mantenido su doctrina invariable que plantea prescindir de la nulidad para que sea el legislador quien repare el vicio de inconstitucionalidad⁵⁸³, a menos que su reparación este predeterminada constitucionalmente, o sea coincidente con la voluntad del propio legislador, sólo en estos casos sería admisible una sentencia con efectos aditivos y se deje de lado la aplicación de la técnica bilateral.

⁵⁸⁰ Vid a Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, núm. 22, enero – abril, 1988, señala que en Alemania, las «sentencias de mera inconstitucionalidad» como también se las denomina a las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, se caracterizan porque en su parte dispositiva reconocen la incompatibilidad de la disposición con la Constitución, pero no declaran la nulidad, sino que exhortan al Poder Legislativo para que la sustituya por otra, en un plazo determinado o cuanto antes.

⁵⁸¹ Esta realidad es sostenida por Ipsen, Jörn, *Nichtigerklärung oder Verfassungswidrigerklärung – Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis*, JZ, 2/1983, p. 41.

⁵⁸² González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 196.

⁵⁸³ Dicha doctrina se ha venido reiterando a lo largo de las sentencias del TCFA, vid. por todos las sentencias 23, 1; 25, 101; 27, 220; 27, 391; y 28, 227.

Otro supuesto en el que el TCFA también llegó a prescindir del binomio inconstitucionalidad – nulidad, se dio en aquellos casos en que el vacío jurídico producido por la derogación y la consecuente nulidad de la ley declarada inconstitucional hubiese generado situaciones de mayor inconstitucionalidad que el mantenimiento del régimen jurídico inconstitucional. Así, en muchos casos el TCFA se vio en la necesidad de desestimar algunos recursos planteados contra normas claramente inconstitucionales, por ejemplo, la sentencia 16, 130, donde se cuestionaba si la delimitación de los distritos electorales federales devino inconstitucional porque no consideró los movimientos migratorios desarrollados desde su aprobación. El TCFA valorando los hechos, si bien reconoció que la delimitación electoral evidentemente había devenido inconstitucional, justificó que resultaba indeterminable con precisión si la inconstitucionalidad ya habría operado con anterioridad en las pasadas elecciones federales. En tal sentido, el Tribunal al desestimar el recurso de amparo electoral presentado también emplazaba al legislador a aprobar una nueva ley electoral antes de que se celebrasen las siguientes elecciones federales⁵⁸⁴.

De este modo, y tomando en cuenta cada uno de los supuestos explicados, el TCFA fue apartándose de la rigidez del binomio inconstitucionalidad – nulidad, prevista por su normativa reguladora.

En sus orígenes, las sentencias que prescindieron del binomio, tenían una dosis de incertidumbre porque sólo se limitaban a declarar la inconstitucionalidad de la norma, ya sea porque violaba un determinado precepto constitucional, y en consecuencia era incompatible con el mismo, o que era meramente inconstitucional, a diferencia de aquellos fallos en los que declarada la incompatibilidad de la norma, la nulidad de dicha norma operaba inmediatamente. Además, la incertidumbre también se encontraba relacionada con las dudas sobre los supuestos en que era conveniente apartarse del binomio inconstitucionalidad – nulidad, y más aún, al cuestionarse sobre las consecuencias jurídicas derivables de este tipo de fallos.

Tomando en cuenta su utilidad, y anteponiendo ésta a la incertidumbre inicial que se desprendía de este tipo de fallos, la técnica de la inconstitucionalidad sin nulidad fue positivizada⁵⁸⁵ a través de la Cuarta Ley de reforma de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán (LTCFA)⁵⁸⁶, aprobada el 12 de febrero de 1970⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ Similar decisión asume el TCFA en la sentencia 21, 12, que tuvo por objeto el impuesto en cascada sobre las ventas, donde el Tribunal también desestimó el recurso, consciente de la inconstitucionalidad de dicho impuesto, permitiendo su aplicación hasta la culminación de la reforma tributaria que se encontraba en plena ejecución.

⁵⁸⁵ En la reforma de la LTCFA, la nueva redacción del artículo 31.2 BVerfGG, incorporaba nuevas categorías que ampliaban las consecuencias del juicio de constitucionalidad, constituyéndose en alternativas a la ya existente declaración de nulidad. Así, por un lado se tenía a la declaración de compatibilidad o «*vereinbare Erklärung*», y por el otro a la declaración de incompatibilidad o «*unvereinbare Erklärung*» de la ley enjuiciada con la Grundgesetz. De este modo, el TCFA, tras un juicio de constitucionalidad se encontraba facultado para declarar la nulidad, compatibilidad o incompatibilidad de la norma cuestionada. Esta potestad le era atribuible en primer lugar, dentro del marco de los diferentes procesos constitucionales. En lo concerniente a la fuerza vinculante de las decisiones adoptadas por el TCFA, el mismo artículo 31.2 de la BVerfGG señalaba, en cualquiera de las posibles soluciones adoptadas por el custodio de la Constitución, la misma se encontraba dotada de una fuerza de ley o «*Gesetzeskraft*». Esta eficacia era desprendible inclusive para las sentencias dictadas al interior de un recurso de amparo. Supuesto que se encuentra en concordancia entre los artículos 13.8a. BVerfGG y 93.1.4a GG. Ahora bien, con la finalidad de garantizar la publicidad y difusión de los pronunciamientos adoptados por el TCFA, la precitada disposición preveía también, que los contenidos de las sentencias, sean estas de nulidad, compatibilidad

En efecto, la reforma de la LTCFA de 1970 venía a regular lo que de hecho había sido construido por el TCFA a través del dictado de sus sentencias en el juicio de constitucionalidad, pero a su vez, la iniciativa legislativa buscó, a la vez de normar el contenido de estos pronunciamientos, delimitar el ámbito de actuación que, por inercia del legislador, el BVerfG se había atribuido. Algunos autores como Ipsen, han catalogado a esta situación, como una «especie de pacto institucional» entre el BVerfG y el legislador, cuyos resultados a los que puede calificarse como favorables, marcaron una época caracterizada por el cuidado y la deferencia asumida por el Tribunal hacia el legislador, ha momento de estructurar formalmente sus pronunciamientos⁵⁸⁸. Es a partir de este diálogo interinstitucional que el Tribunal decide trasladar la interpretación conforme de la ley al tenor del fallo, aspecto este que antes debía desprenderse necesariamente de la lectura de los fundamentos de la sentencia⁵⁸⁹. El mismo Ipsen destaca, que la década de los 70 se caracterizó por el registro del gran auge de sentencias que prescindieron de la sanción de nulidad, y esto debido a que en este período, el Tribunal optó por la fórmula de la declaración de incompatibilidad entre precepto legal enjuiciado y la Constitución, cuyo número alcanza un número equiparable al de las

o incompatibilidad, deben estar incluidas en el boletín de la leyes federales, y así fomentar también el principio de la seguridad jurídica.

⁵⁸⁶ Por ello se entiende, que es la BVerfGG la norma que mejor refleja el esfuerzo de positivización desarrollado incansablemente por el legislador. En ese sentido, la cuarta reforma a su texto, realizada el 21 de diciembre de 1970, afectó a los artículos 31.2 y 79.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán, esto debido a que, —rememorando— previa a la reforma, el artículo 31 de la LTCFA, preveía como única eficacia de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, la nulidad del precepto cuestionado. Cabe recordar, por cierto, que quienes participaron de la reforma, fueron también, los propios magistrados del BVerfG, quienes a través de dictámenes precedentes al proyecto de ley, justificaron la necesidad de incluir nuevas modalidades de decisión, planteando la incorporación de la técnica de las sentencias intermedias. Véase en ese sentido, los informes de Seuffert, Geiger, Rupp–Von Brünneck y Friesenhahn, ampliamente analizados en la obra de Prüm, H.P., *Verfassung und Methodik*, Duncker y Humbolt, Berlín, 1977, pp.39 – 43.

⁵⁸⁷ En la observación de González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 199, la aprobación de la Cuarta Ley de reforma de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán (LTCFA) tuvo sus particularidades, ya que el texto es el resultado del fracaso del segundo proyecto gubernamental de reforma de los efectos temporales de la nulidad. Hasta antes de la Cuarta Ley de reforma a la LTCFA, no existía como tal una propuesta que modifique al artículo 79.2 de la LTCFA, disposición que regulaba los efectos de las sentencias hacia el pasado y la situación se resignaba a tener que depositar la confianza una vez más en el TCFA para que sea esta instancia, la que utilizando su sano criterio, sea quien continúe resolviendo pragmáticamente los problemas que se desprendían de dicha disposición. Sin embargo, en una situación similar al caso austriaco, en forma repentina y de último momento, el representante del Ministerio de Justicia de la Comisión Jurídica del Bundestag, propuso incorporar la figura de la inconstitucionalidad sin nulidad para el supuesto que regula el artículo 79.1 de la LTCFA sobre los efectos temporales de las sentencias estimatorias en el ámbito penal. Más allá de la escueta alegación que hiciera el representante de la Comisión Jurídica del Bundestag, en el sentido de justificar la incorporación de dicha técnica tomando en cuenta, que lo único que se estaría haciendo con ello, sería reconocer una práctica desarrollada por el TCFA, la iniciativa fue aprobada unánimemente.

⁵⁸⁸ Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm...opus cit.*, p. 108.

⁵⁸⁹ Obsérvese, sin embargo, que en este aspecto V. Gr., hasta antes de lo que representó en la década de los 70, el pacto institucional al que se hizo referencia, el TCFA, no señalaba expresamente en el fallo, la interpretación conforme, recuérdese de este modo, entre otras sentencias, la decisión 7,198, en el que el Tribunal desarrolló una interpretación conforme del artículo 826 del BGB. En aquella oportunidad, el BVerfG desarrolló una interpretación constitucionalmente adecuada de la expresión «buenas costumbres» dentro del contexto del derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 5.2 GG. Quizá lo más criticable de la técnica alemana de la remisión a los fundamentos para desprender la interpretación conforme, radica en su imprecisión, en tanto que a diferencia del caso español, el TCFA no se preocupó por señalar el fundamento concreto donde se hallaba la interpretación vinculante, siendo la referencia hacia ella, una apelación genérica al contenido global de la sentencia.

sentencias anulatorias⁵⁹⁰. Coincidentemente con Ipsen, González Beilfuss⁵⁹¹ señala que la positivización de la figura de la inconstitucionalidad sin nulidad, lo que hizo fue reconocer una práctica desarrollada por el TCFA, pero que su aprobación improvisada, otorgaba a esta instancia un «cheque en blanco», en el que su papel pragmático sería la que termine por definir los supuestos para su aplicación y las consecuencias jurídicas que de ellas puedan desprenderse. Los datos históricos demuestran que así fue, pues durante la década de los setenta las sentencias que declaraban la inconstitucionalidad sin nulidad de los preceptos fueron tan frecuentes⁵⁹² que, cuando el TCFA quería evitar la declaración de nulidad de un determinado precepto inconstitucional, en su lugar declaraba la incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*) con la Constitución o alguna de sus disposiciones.

Si bien, la reforma de la LTCFA buscó asegurar el principio de la seguridad jurídica en el dictado los pronunciamientos del TCFA, no puede afirmarse que dicho objetivo haya sido alcanzado, sobre todo, si toma en cuenta que la premura e improvisación con la que fue aprobada LTCFA saltan a la vista. La crítica hacia la regulación de la técnica radica en su forma confusa e incompleta, y ello es así, si se toma en cuenta por ejemplo que la aplicación del modelo sólo será posible en los supuestos previstos en el artículo 79.1⁵⁹³ de la LTCFA, es decir, limitándose su aplicación a materia estrictamente penal. Pero además, la previsión del artículo 78 de la LTCFA no fue modificada, estando vigente a la par de la técnica, el binomio inconstitucionalidad – nulidad⁵⁹⁴, y lo que es peor aún, es que no se terminó de aclarar el instituto de la inconstitucionalidad sin nulidad, ni los supuestos en que puede ser aplicable, ni mucho menos las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de su aplicación.

Pero a su vez, si se toma en cuenta la nueva regulación del artículo 31.2 de la LTCFA, que incorporó otras dos categorías de pronunciamientos, es decir, además de la declaración de inconstitucionalidad y correspondiente nulidad, se incluían la declaración de compatibilidad o

⁵⁹⁰ Aunque, como bien lo aclara González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 200, como consecuencia de las críticas realizadas a este tipo de pronunciamientos, el recurso a este tipo de pronunciamientos por parte del TCFA fue declinando.

⁵⁹¹ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 201.

⁵⁹² Según Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgender Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 1980, p. 108, nos proporciona el dato de que desde mediados del año 1969 hasta el año 1980 se dictaron 39 sentencias anulatorias, frente a 42 de mera inconstitucionalidad.

⁵⁹³ En su afán por dotar de certidumbre al sistema, la nueva redacción del artículo 79.1 de la LTCFA, viene a ampliar la previsión anterior donde se posibilitaba la reapertura de los juicios penales, en aquellos supuestos en los que el proceso penal había culminado con el dictado de una sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada material, y el TCFA había declarado inconstitucional y nula la norma penal en la que se había apoyado el juicio condenatorio. Ahora, el nuevo texto prevé también, la reapertura del proceso penal cuando el BVerfG declare incompatible con la Grundgesetz la norma en la que se basó el juez. Pero a su vez, se establece también, la procedencia de la reapertura del proceso penal, en aquellos supuesto en los que la interpretación de la norma es declarada incompatible con la Ley Fundamental, o «*die Auslegung einer Norm*» sobre el que se fundó el proceso y la sentencia condenatoria. El fundamento de este último supuesto, no significa otra cosa que, una previsión legislativa por parte del TCFA, en cuanto, desde una perspectiva –*ex ante*– mide las consecuencias procesales particulares que podría desencadenar la interpretación y su incidencia formal en el texto de la ley enjuiciada.

⁵⁹⁴ Sobre el tema, González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 200, también observa que el artículo 78 de la LTCFA, al no haber sufrido modificación alguna, continúa previendo para el Tribunal la obligación de declarar la nulidad de las normas declaradas incompatibles con la Ley Fundamental. Asimismo, el artículo 31.2 de la LTCFA, prevé que el Ministerio Federal de Justicia debe publicar oficialmente los fallos de las sentencias «que declaren que una ley es compatible o incompatible con la Constitución, o que es nula».

«vereinbare Erklärung», y la declaración de incompatibilidad o «unvereinbare Erklärung» de la ley enjuiciada con la Grundgesetz, éstas, más allá de contribuir a garantizar el principio de la seguridad jurídica con las que quiso dotar el legislador a los pronunciamientos del TCFA, acabarán incrementando la complejidad y, en cierto grado, la incertidumbre⁵⁹⁵. Esta es la postura sostenida entre otros, por González Beilfuss, para quien, la inserción de elementos como la «compatibilidad» o la «incompatibilidad» en el juicio de constitucionalidad de las leyes, así como la definición sobre su empleo dista de ser una cuestión resuelta. Así, una de las observaciones realizadas al artículo 31.2 de la LTCFA, es que coloca en un mismo nivel a la declaración de nulidad, la declaración de compatibilidad de la ley enjuiciada con la Ley Fundamental y la declaración de incompatibilidad. Empero, si bien se conoce de la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad, esta es la nulidad y consecuente expulsión del precepto del ordenamiento jurídico, y los consabidos efectos temporales «ex nunc»⁵⁹⁶, más al contrario, para el caso de las otras dos categorías, normativamente se desconoce la eficacia que estas desprenden. No han faltado autores como López Bofill, para quien, si la consecuencia de estas declaraciones, ya sea de «compatibilidad» o «incompatibilidad» fuese la «no nulidad», no habría diferencia alguna con la declaración de constitucionalidad del precepto enjuiciado por el BVerfG. Luego, la introducción de estas dos categorías de pronunciamientos, no tendrían funcionalidad alguna⁵⁹⁷.

Para Ipsen, la inserción de la declaración de «compatibilidad» o «incompatibilidad», se justifica en tanto que, a través de las mismas, se buscan anular aquellas interpretaciones que son incompatibles con la GG. En ese sentido, por una lado, con la declaración de incompatibilidad, el TCFA puede declarar la nulidad no del precepto sino de una o varias interpretaciones desprendibles pero contrastantes a su vez con la Constitución; Y a su vez, con la declaración de la compatibilidad, el Tribunal recalca la constitucionalidad de una o del resto de interpretaciones posibles del precepto⁵⁹⁸. Dicho de otro modo, el BVerfG se sirve de la declaración de compatibilidad para confirmar que existe una interpretación lo suficientemente aceptable desde el punto de vista constitucional, y de este modo, despeja las dudas sobre la constitucionalidad de la disposición.

Como habrá podido observarse, el principio de la interpretación conforme, juega un papel importante, y a la vez, se constituye en el fundamento para comprender la necesidad de la reforma de la LTCFA. Sólo a partir de la aplicación del principio, es posible articular las declaraciones de «compatibilidad» o «incompatibilidad» que operan en relación a la norma interpretada, más no así del precepto, lo que le permite al Tribunal, expulsar o conservar en el

⁵⁹⁵ Este es el criterio sostenido por López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 101, para quien la reforma de 1970 poco ha aportado a un aparato sistemático que se encontraba ya en gran parte elaborado, las dos nuevas categorías, estas son, la compatibilidad y la incompatibilidad, si bien inciden en la comprensión de los diversos tipos de pronunciamientos, más no resultan determinantes para clarificar este espacio de maniobra particularmente sutil con el que cuenta el BVerfG.

⁵⁹⁶ La eficacia «ex tunc» o revisión de situaciones pasadas, encuentra determinados límites V. Gr. en aquellos supuestos en los que no haya recaído sentencia firme y no se trate de una sentencia recaída en un proceso penal.

⁵⁹⁷ En el criterio de López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control...opus cit.*, p. 95, si se compara la declaración de compatibilidad con la mera confirmación de la constitucionalidad del precepto, no se justifica la existencia de la declaración de «compatibilidad», puesto que, si hasta entonces, lo que no era nulo era en si compatible con la Constitución.

⁵⁹⁸ Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von...opus cit.*, p. 43.

ordenamiento jurídico la disposición sin que esta haya sufrido alteración textual alguna. En consecuencia, sólo en aquellos supuestos en los que el pronunciamiento afecta el texto ya sea en forma total o parcial, es que se recurre a la declaración de «nulidad». Ahora bien, sobre esta delimitación de los alcances de las declaraciones de nulidad, compatibilidad o incompatibilidad de la norma enjuiciada por el TCFA, que aquí se exponen, son el resultado de lo que podría denominarse una «interpretación de la interpretación» como lo ha denominado López Bofill⁵⁹⁹. En efecto, sólo a partir de una «interpretación» de los artículos 31.2 y 79.1 de la LTCFA, que fueron afectados por la cuarta reforma de 1970, es posible construir una «interpretación» que permita articular y sobre todo, delimitar el contenido y alcance de las tres categorías de pronunciamientos. Luego, sin este trabajo interpretativo, resulta desde todo punto de visto complejo entender la eficacia, por lo menos, de las declaraciones de compatibilidad o incompatibilidad, en tanto que de la nueva redacción de los artículos 31.2 y 79.1 de la LTCFA no existen puntos de contacto que permitan desprender una comprensión clara sobre su aplicabilidad⁶⁰⁰. Si bien esta interpretación ayuda en cierto modo a articular y definir los supuestos en los que el TCFA debe recurrir a alguna categoría de pronunciamiento, no debe dejarse de lado los riesgos que esta conlleva, como por ejemplo, que el TCFA decida conservar una disposición a través de la declaración de compatibilidad o incompatibilidad de la norma, incluso cuando se trate de una cuestión que sólo pueda resolverse mediante la nulidad del texto.

Son razones de «política constitucional» como lo denomina López Bofill, los que ayudan a comprender, que la declaración de compatibilidad, más allá de desprender como consecuencia inmediata la «no nulidad» del precepto, lo que busca alcanzar son otras consecuencias al juicio de constitucionalidad, más allá de las que tradicionalmente se vinculan a la nulidad. Precisamente, una razón de política constitucional que justificaría el recurso a otras soluciones alternativas a la nulidad, a partir del dictado de la fórmula de la «compatibilidad/incompatibilidad» buscaría evitar las perjudiciales consecuencias que para la seguridad jurídica conllevaría la anulación del precepto, o como se verá más adelante, evitaría tener que sopesar con los inconvenientes que implica apelar al legislador para que repare el vicio de constitucionalidad de la norma⁶⁰¹. En base a este último fundamento, cabe aclarar para aquellas posturas apegadas al esquema tradicional de la nulidad/no nulidad, que la declaración de compatibilidad/incompatibilidad no rompe con aquel paradigma, ni representa un contrasentido a la eficacia general de la sentencia constitucional, en tanto que la declaración de incompatibilidad, sólo difiere temporalmente la declaración de nulidad. En efecto, si bien en la declaración de compatibilidad la consecuencia «inmediata» es la «no nulidad», con la declaración de incompatibilidad el resultado próximo también constituye la nulidad, pero la misma se encuentra postergada a un tiempo futuro⁶⁰².

⁵⁹⁹ López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el...opus cit.*, p. 97.

⁶⁰⁰ En criterio de López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el...opus cit.*, p. 100, al insertarse estas nuevas categorías o nuevos contenidos a la decisión en el juicio de constitucionalidad, lo que se buscó fue abrir el camino a todo un catálogo de matices que se escapaban al asociar la inconstitucionalidad a una consecuencia reglada, estos es, a la nulidad. Sin embargo, al aumentar las categorías se difuminan tanto las condiciones que hacen pertinente la aplicación de las mismas como las consecuencias asociadas a ellas de modo que su incidencia, al final, depende de las necesidades del momento, condenándonos, por lo tanto, al casuismo y a las dificultades de predecir cuándo se recurrirá a una fórmula o a otra.

⁶⁰¹ López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el...opus cit.*, p. 98.

⁶⁰² Para López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el...opus cit.*, p. 99, las dos consecuencias nulidad/no nulidad, también se encuentran presentes en la declaración de compatibilidad/incompatibilidad, sólo que la forma en la que interactúan se encuentra ordenada temporalmente, ya sea porque con ello lo que se busca es

Ahora bien, ahondado un poco más en los supuestos en los que se aplican las declaraciones de nulidad, incompatibilidad y compatibilidad, recordemos que en Alemania, al igual de muchos otros países europeos que adoptaron para sí el modelo kelseniano de control de constitucionalidad, entendió desde un principio, que la consecuencia natural de la declaración de inconstitucionalidad, era la nulidad con eficacia *ex tunc*, y así se desprendía de los preceptuado por el artículo 79 de la LTCFA, esto es, con efectos vinculantes y fuerza de ley. Sin embargo, como ya se tuvo oportunidad de apreciar en los párrafos anteriores, esta regla general fue invertida por el TCFA a través del dictado de sentencias intermedias, y que posteriormente fueron positivizados por el legislador. En este nuevo paradigma, es posible diferenciar, aunque no de forma nítida como lo señala Skouris, a la nulidad general como regla, de aquella otra denominada *Teilnichtigkeit* o «nulidad parcial»⁶⁰³. En ese sentido, por nulidad general debe entenderse a la eliminación total una ley, y como tal, suele ser un fenómeno muy particular y excepcional⁶⁰⁴ no solamente dentro de la jurisprudencia alemana, sino también en la experiencia jurisprudencial comparada, esto es así, que pueden citarse concretamente los fallos en los que se suscitó tal consecuencia, entre ellos, las sentencias 1,14; 2,380; 4,60; 5,25; 8,104; 10,200; 48,127 dictados por el BVerfG⁶⁰⁵. Para Sachs, cosa distinta es la nulidad parcial, que implica la reducción limitada de las disposiciones normativas, y que al representar la inversión de la regla, viene a constituir la regla general en las declaraciones de nulidad que formula el BVerfG, y sería este el entendimiento desprendible del artículo 78 de la LTCFA. En efecto, para este autor, la disposición de la LTCFA, permite una interpretación a partir de la cual, cuando el BVerfG, entienda que la ley Federal o la Ley del Land contrastan con la Ley Fundamental, debe declarar la nulidad de estas, así como de aquellos preceptos de la misma ley que por las mismas razones fuesen incompatibles con la GG. En ese sentido, esta última parte, sólo adquiriría sentido, si se infiriera de la primera parte de la disposición, que al declarar la *erklärt es das Gesetz für nichtig*, el TCFA no se está refiriendo a totalidad de la ley, sino a una parte de ella, y sólo así sería posible que el BVerfG declare también la nulidad de los otros preceptos de la misma ley.⁶⁰⁶ Desde la perspectiva de la doctrina mayoritaria, esta viene a representar la solución habitual al dictado de una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad. Luego, la sentencia constitucional no podría afectar al conjunto del texto normativo, sino sólo a expulsar los preceptos o incisos del mismo.

garantizar la seguridad jurídica, o evitar los inconvenientes de exhortar al legislador a que corrija el vicio de inconstitucionalidad.

⁶⁰³ Skouris, B., *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1973, p. 76.

⁶⁰⁴ Para Müller, H., *Unter welchen Voraussetzungen macht Nichtigkeit eines Gesetzsteiles das Ganze Gesetz nichtig?*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1964, p. 104. los supuestos en los que la nulidad general son escasos, reduciendo a dos casos concretos: El Primero, en aquellos sistemas de descentralización política, sumada a un escenario donde el ente que promulga la ley invada explícitamente el ámbito de actuación del órgano competente, tal como sucedió cuando el BVerfG declaró en su sentencia 1,14 que la primera ley de reorganización territorial de los Länder de Baden, estos son, Württemberg – Baden y Württemberg – Hohenzollern de 4 de mayo de 1951 era inconstitucional y nula en todos sus preceptos debido a que no se encontraba precedida de un convenio de reorganización territorial entre los Länder afectados, esto en atención a lo dispuesto por el artículo 118.2 de la GG. El segundo supuesto se refiere a vicios graves en el procedimiento legislativo, este aspecto puede verse gráficamente explicada con la sentencia del TCFA 48,127 en la que se declaró nula toda la ley de reforma de la ley del servicio militar, así como la ley del servicio civil por ser publicada sin la aprobación del Bundesrat.

⁶⁰⁵ Schlaich, Klaus, *Der Entscheidungsauspruch bei Normenkontrollen...opus cit.*, p. 264 – 265.

⁶⁰⁶ Sachs, M., *Teilnichtigkeit: Von der Kassation zur Gesetzneugestaltung durch das Bundesverfassungsgericht*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1979, p.389.

Para Skouris, los beneficios de emplear el término «nulidad» y asociarlo con la «nulidad parcial», son que permite albergar en esta categoría a aquellos supuestos en los que, como consecuencia de la sanción se provoca una reconfiguración sustancial del texto de la ley, así como aquellos supuestos en los que el pronunciamiento, pese a que implican la ablación de algún inciso, no alteran el cuerpo central de las disposiciones enjuiciadas⁶⁰⁷. Siguiendo la línea de estudio, para Sachs, en alusión al primer supuesto, entiende que se trataría de una categoría próxima a la «nulidad general», y sería éste el caso concreto en el que el término se emplearía para señalar que el BVerfG «ha declarado la nulidad de la ley», independientemente de que con ella se haya expulsado en bloque todo el texto promulgado como en realidad operaría con la «nulidad general»⁶⁰⁸. Sin embargo, Schlaich reconoce que, no es nada sencillo determinar si la inconstitucionalidad advertida por el TCFA adquiere una u otra naturaleza según los supuestos antes considerados, y así definir si la sanción que sobre la ley debe recaer no es sólo «parcial» sino que afecta a la esencia del texto promulgado, independientemente de que se mantengan en el ordenamiento algunas (o muchas) de sus disposiciones⁶⁰⁹.

Amén de los planteamientos esbozados, debemos señalar, que existe un consenso en amplios sectores de la doctrina alemana, en aprobar la factibilidad de diferenciar aquellos supuestos donde el pronunciamiento adquiere una dimensión reductora de disposiciones normativas, es decir, se está en presencia de una *quantitative Teilnichtigkeit* o «nulidad parcial cuantitativa», donde lo que se elimina son algunos elementos textuales V. Gr. párrafos, frases o palabras de la redacción de la ley. Y en paralelamente se tiene *qualitative Teilnichtigkeit* o «nulidad parcial cualitativa» sin reducción del texto, donde lo que se elimina es una o varias interpretaciones contrastantes con la GG⁶¹⁰.

Así las cosas, salta a la vista la dificultad que encierra la construcción y comprensión del término «nulidad parcial», así como la determinación de sus presupuestos y sus límites. Por lo mismo, convengamos con Sachs, que la nulidad parcial, opera sobre la base de un presupuesto: que la parte anulada sea separable del resto de la norma, en consecuencia, la nulidad no debe

⁶⁰⁷ Skouris, B., *Teilnichtigkeit von Gesetzen...opus cit.*, p. 92.

⁶⁰⁸ Sachs, M., *Teilnichtigkeit: Von der Kassation zur Gesetzneugestaltung durch das...opus cit.*, p. 389.

⁶⁰⁹ Schlaich, Klaus, *Der Entscheidungsauspruch bei Normenkontrollen...opus cit.*, p. 264.

⁶¹⁰ Debe resaltarse, que los pronunciamientos que contemplan una nulidad parcial cualitativa, por lo general, siempre van asociados con el principio de la «interpretación conforme». En consecuencia, el objetivo que persiguen, más allá de preservar el precepto buscando desprender de ella una interpretación en comunión con la Ley Fundamental, es que el precepto se mantenga, extirpando de ella, todas aquellas interpretaciones contrastantes con la GG, dándonos como resultado, una reducción del ámbito de proyección de la norma sin reducción de texto. Un ejemplo de esta combinación lo constituye la sentencia del TCFA 71,137. Sin embargo, autores como Sachs, M., *Teilnichtigkeit: Von der Kassation zur Gesetzneugestaltung durch das...opus cit.*, p. 390, advierten del cuidado que se debe guardar en no confundir ambas categorías. Para este autor, el principio de la interpretación conforme hace referencia a determinadas posibilidades interpretativas inconstitucionales que desde luego, son rechazadas en favor de la interpretación constitucionalmente adecuada. Sin embargo, algo muy distinto ocurre con la nulidad parcial cualitativa, ya que con ello, lo que se busca, es anular determinados supuestos de aplicación de la norma enjuiciada. Luego, la extirpación de interpretaciones inconstitucionales del precepto, y con ello, condicionar la validez de una disposición sólo en tanto se ajuste a la condición establecida por el BVerfG, y rechazando su validez si se le pretende asignar otra condición distinta de aquella preestablecida por el TCFA, no puede parangonarse a la eliminación de casos a los que las consecuencia prevista por la norma no les es de aplicación. Dicho de otro modo, establecer que un precepto legal sólo es constitucional en la medida que se interpreta bajo la condición establecida por el Tribunal, permitiría introducir otros supuestos a los que el precepto constitucionalmente interpretado les es de aplicación. Mientras que por otro lado, a través del principio de interpretación conforme, lo que se estaría realizando, es una ampliación, y no una reducción como en el caso de la nulidad parcial cualitativa del ámbito de casos regulados por la norma.

afectar ostensiblemente la voluntad de legislador. Luego, si la anulación de los elementos textuales desfigura claramente el sentido más allá de lo que el legislador había previsto, la disposición debe declararse nula en su conjunto⁶¹¹.

Llegados a este punto, centremos nuestra atención ahora, en analizar la declaración de incompatibilidad, que como ya se tuvo oportunidad de apuntar líneas más arriba, el BVerfG también se encuentra facultado para declarar incompatible una disposición legislativa sin que ello conlleve la nulidad de la misma. El fundamento de este tipo de declaración radica en que el BVerfG, en algunos supuestos, requiere de la intervención del legislador para remediar el vicio de inconstitucional. Revisando la jurisprudencia constitucional alemana⁶¹², es posible advertir, que uno de los supuestos en los que más se emplea la declaración de incompatibilidad sin nulidad, es en el ámbito del derecho a la «igualdad», V. Gr. son los casos donde se plasma una discriminación normativa, es decir, cuando la norma concede determinados beneficios a un grupo en desmedro o exclusión de otro, sin que exista fundamento constitucional para la aplicación de este tratamiento diferente⁶¹³. Por lo mismo, el TCFA, entiende que la nulidad del régimen normativo discriminatorio, o decantarse por la ampliación del universo de beneficiarios, constituye una decisión que le compete enteramente al ámbito de libertad de configuración del legislador, tal como se desprende del razonamiento esgrimido por el BVerfG en su BVerfGE 22,349, en la que señalaba expresamente, que «las posibilidades que deban ser garantizadas en cada caso concreto deben ser fundamentalmente dejadas a la libre configuración del legislador». Sin duda, el TCFA es consciente que sólo a través de la declaración de incompatibilidad se hace recuerdo al legislador, de la obligación que le asiste por poner fin a la discriminación, tomando en cuenta los criterios más convincentes a fin de satisfacer las exigencias del principio de igualdad.

Desde luego, las críticas hacia esta categoría de pronunciamientos, tampoco se dejaron esperar. Así Gerontas, deja entrever las inconveniencias de recurrir a la declaración de incompatibilidad, sobre todo, cuando lo que se busca con ello, es remediar una situación de discriminación normativa. Primero, porque la declaración de incompatibilidad, en estos casos específicos, no resolvería nada que no se lograría a través de la declaración de nulidad parcial, es decir, la declaración de incompatibilidad podría constituirse en el mecanismo idóneo para resolver el vicio de inconstitucionalidad si se percibiese que del precepto legal enjuiciado no existe ninguna mención al grupo excluido del beneficio. Sin embargo, este esquema no sería

⁶¹¹ Los parámetros para recurrir al dictado de una nulidad parcial, requieren de dos condiciones, la primera: que el límite en la acción sobre el texto dependa directamente de una apreciación sobre el sentido, esto decir, de una interpretación, de una precomprensión acerca de la independencia entre los diversos contenidos normativos. En segundo lugar, es necesario contar con una precomprensión acerca de cuándo el sentido en su conjunto queda afectado. Estos dos presupuestos son los que autores como Sachs, M., *Teilnichtigkeit: Von der Kassation zur Gesetzneugestaltung durch das...* opus cit., p. 390, resaltan, y que también, constituyen los criterios asumidos por el TCFA en su sentencia 17, 155, en la que expresamente ha señalado, que la reducción de supuestos de hecho al que la norma es aplicable sólo puede producirse como consecuencia de una reducción textual, o lo que es lo mismo, que la reducción ha de presuponer una limitación de disposición y contenido normativo, incluyendo ambos elementos. Este último aspecto, en la práctica jurisprudencial alemana, no representó ningún obstáculo para que el BVerfG practicase la nulidad parcial cualitativa contradiciendo su anterior razonamiento en el sentido que se produce la reducción ideal de casos sin efectos sobre la disposición.

⁶¹² Resulta de interés en la materia, la obra de Jarass, H. D., *Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 31 BVerfG*, en 2545 *Neue Juristische Wochenschrift* (1997).

⁶¹³ Sobre el tema en concreto vid. González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa...* opus cit.

válido si existiera una mención expresa de la exclusión, por lo que la declaración de nulidad parcial, bien serviría para corregir el defecto a través de la eliminación del inciso problemático⁶¹⁴. Pero a su vez, este autor señala que, si bien, en cierto modo, es justificable el recurso a la declaración de incompatibilidad, sobre todo, si el Tribunal entiende que cuenta con limitaciones para regular aquellos extremos que corresponden al ámbito de discrecionalidad del legislador, no menos cierto es, que la declaración de incompatibilidad bien podría llegar a incidir aquella tan preciada libertad de configuración del legislador, y esto porque como se vio anteriormente, no existe determinación sobre el alcance de la declaración de incompatibilidad⁶¹⁵. Estos son los casos en los que el TCFA se ha valido de la fórmula «unvereinbar soweit» y ha llegado a condicionar el ámbito de decisión del legislador⁶¹⁶. En efecto, para Mayer, uno de los supuestos en los que el BVerfG, demostrando una actitud por demás activista, llegó a incorporar directamente medidas reparadoras fue en la BVerfGE 87, 234 (263), donde el Tribunal declaró incompatible con la Ley Fundamental un determinado cálculo de prestación de desempleo por entenderlo contrario al principio de igualdad y, a su vez, sin mayores reparos, procedió a precisar cómo debía calcularse la prestación remitiéndose a otro artículo de la ley enjuiciada⁶¹⁷.

Ahora bien, amén de los fundamentos esgrimidos para justificar el recurso a esta técnica por parte del TCFA, para Pestalozza, que el Tribunal determine la suspensión de la aplicación, conduce en la práctica, a una serie de inconvenientes, en tanto se tiene que la norma, en principio, al no ser más aplicable por haber sido declarada incompatible, no toma en cuenta que la declaración de incompatibilidad lo que buscó, era precisamente evitar la extirpación total del beneficio que hubiese comportado la nulidad. Luego, el fin perseguido se desnaturaliza al extremo de librarse a la interpretación y aplicación casuística de las consecuencias perseguidas dentro del juicio de constitucionalidad para determinar la suspensión o no del precepto.⁶¹⁸ Por ello, para Heußner, es posible que a través de esta técnica, la libertad del legislador quede resguardada, sin embargo, no puede negarse que mínimamente esta voluntad queda alterada durante el período transitorio, hasta que el legislador repare el vicio de constitucionalidad.⁶¹⁹ Asimismo, para este autor, no debe dejarse de lado que, por lo general, el recurso a la declaración de incompatibilidad tiene como fundamento el evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad⁶²⁰, o la inseguridad jurídica que generaría, sobre

⁶¹⁴ Gerontas, A., *Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung...opus cit.*, p. 490.

⁶¹⁵ Recuérdese que tampoco existe una determinación sobre las consecuencias procesales de la declaración de incompatibilidad, y que vía interpretación *ex lege*, esto es, a partir de un entendimiento hermenéutico del artículo 31.2 VerfGG, y la consecuente eficacia de la fuerza de ley que también se atribuye a las declaraciones de incompatibilidad, es que se tiene, que sólo es desprendible la figura de la *Anwendungssperre* o prohibición de aplicación, hasta en tanto el legislador no apruebe la nueva normativa, abriendo de este modo, amplias posibilidades para que el BVerfG module y la adapte estas consecuencias adjetivas de la declaración.

⁶¹⁶ Gerontas, A., *Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung...opus cit.*, p. 491.

⁶¹⁷ Mayer, Ch., *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Nomos, Baden–Baden, 1996, p. 70. De igual modo, resulta de interés la BVerfGE 59, 369 comentada por Heußner, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung...opus cit.*, p. 259, en torno a la conservación de la aplicación de la norma al grupo beneficiado.

⁶¹⁸ Pestalozza C., *Noch verfassungsmäßige und «bloß verfassungswidrige»...opus cit.*, p. 523.

⁶¹⁹ Heußner, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung...opus cit.*, p. 261.

⁶²⁰ En efecto, si asumimos lo manifestado por Stuth, Sabine, *Il Bundesverfassungsgericht e il profilo...opus cit.*, p. 293, que la eficacia de las sentencias de mera incompatibilidad respecto a la actividad de los órganos jurisdiccionales es «la de suspender los procedimientos y esperar la nueva disciplina», luego, en criterio de Heussner, Herman, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, en *Neue Juristische*

todo, en aquellos supuestos relacionados con la regulación financiera y las consecuencias con conllevaría su inaplicabilidad⁶²¹. En consecuencia, la declaración de inaplicabilidad no es precisamente el efecto constitucionalmente óptimo que el BVerfG persigue, sino antes bien, un efecto inverso⁶²². Es en base a estos fundamentos que Heußner, no ha dudado en criticar la falta de seguridad a la hora de prever el resultado de la declaración de incompatibilidad y la pluralidad de soluciones adoptadas en función del contexto. Sin duda, todo esto, no ha hecho más que contribuir a difundir una entendible desconfianza hacia el uso de esta categoría de pronunciamientos del TCFA⁶²³.

En la perspectiva de López Bofill, la declaración de incompatibilidad desprende un doble efecto: Por un lado, se abre espacio a una respuesta normativa por parte del legislador, lo que impide alterar una parte del ordenamiento jurídico que, sin lugar a dudas, se vería gravemente perturbada si el TCFA se decantase por la declaración de nulidad general, y desde luego, esta eliminación de la norma, tendría repercusiones negativas en el ámbito del principio de la seguridad jurídica, el equilibrio financiero, así como los beneficios que aquella norma reconocía a un sector de la sociedad. Aunque de otro lado, claro está, no se pueda asegurar un comportamiento activo por parte del legislador que permita tener la certeza de contar con una respuesta legislativa, y esta situación se agrava, si se toma en cuenta que no existen garantías constitucionales que permitan condicionar efectiva y legítimamente al legislador, puesto que de afirmarse dicha posibilidad, se estaría invadiendo el ámbito de discrecionalidad del legislador⁶²⁴.

Wochenschrift, 1982, n.º 6, p. 259, la declaración de incompatibilidad, dentro de una cuestión de inconstitucionalidad, tendría como efecto inmediato la paralización del proceso, y que «a través de la suspensión del proceso no se logra una situación conforme a derecho para los perjudicados, pero es mucho más constitucional que la aplicación de la ley declarada incompatible por el Tribunal».

⁶²¹ Heußner, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung...opus cit.*, p. 257. En ese sentido, para Ipsen, Jörn, *Nichtigerklärung oder Verfassungswidrigerklärung...opus cit.*, p. 44, si a través de la declaración de incompatibilidad lo que se busca es evitar la nulidad y así respetar el margen de discrecionalidad del legislador, así como el principio de la seguridad jurídica, en la práctica, ninguna de las dos llega a cumplirse. Este mismo autor prefiere entender que el respeto por la libertad de configuración del legislador no significa otra cosa que el respeto por la capacidad de decisión financiera del este Órgano político, sobre todo si se toma en cuenta que la ampliación de un beneficio hacia sectores sociales que antes no habían sido considerados por la norma, implica irremediablemente una disminución de los ingresos del Estado, y el único capaz de definir esta nueva carga para el colectivo social, es el legislador. En ese sentido, pueden recordarse los BVerfGE 21,12; 82,60; 82,198; 87,153; 99,216, en los que el BVerfG hizo referencia al equilibrio financiero.

⁶²² Por ello, no han faltado autores como Gerontas, A., *Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfestellung...opus cit.*, p. 487, que no dudaron en plantear, la factibilidad de reasumir la figura de la nulidad como categoría general y diferir la declaración de nulidad, tal cual sucede en el modelo austriaco, es decir, la determinación de la nulidad de la norma, pero moderada en su alcance, esto es, suspendiendo la ley inconstitucional o prolongando sus efectos durante un período temporal para evitar consecuencias indeseadas que afecten al principio de la seguridad jurídica, o más importante aún, el equilibrio fiscal cuando la decisión tenga que ver con esta materia.

⁶²³ Heußner, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung...opus cit.*, p. 257.

⁶²⁴ En el criterio de López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el...opus cit.*, p. 100, la declaración de incompatibilidad implica un convocatoria de urgencia al legislador, en procura de paliar el vicio de inconstitucionalidad a través del dictado de una norma que sustituya a la cuestionada por el TCFA, pero que, para evitar los inconvenientes antes referidos, optó por declarar la incompatibilidad. Es por esta razón, que el autor entiende que este tipo de declaraciones son más eficaces para conseguir una respuesta normativa del legislador si se las compara con las sentencias apelativas, aunque su grado de persuasión por otro lado, sea menor en referencia a la declaración de nulidad general, que obligaría al legislador a actuar a través del dictado de una norma que cubra el vacío que el Tribunal Constitucional ha provocado con su actuación.

En ese sentido, la doctrina se ha encargado de construir otro vínculo entre la declaración de incompatibilidad y el principio de «deferencia hacia el legislador» basado no precisamente en el respeto hacia la libertad de configuración del legislador, que fue duramente criticado líneas más arriba, sino más bien, en esto que la doctrina ha entendido como una «segunda oportunidad» otorgada por el BVerfG al legislador, para que, exhortado, resuelva dentro de los límites funcionales el vicio de constitucionalidad a través del dictado de una norma conforme a la ley fundamental. Dicho de otro modo, el TCFA entiende que el legítimo llamado a derogar la norma inconstitucional es el legislador, y que, en caso de no hacerlo, es decir, si el legislador decide promulgar una nueva norma igualmente contrastante con la Constitución, y que en lugar de remediar el vicio de inconstitucionalidad, la mantiene, al BVerfG, cuando tenga la oportunidad de enjuiciar nuevamente el precepto, no le quedará más remedio que declarar la nulidad del mismo⁶²⁵.

Llegados a este punto, conviene aclarar, que la declaración de incompatibilidad, si bien fue empleada con especial frecuencia por el TCFA ha momento de enjuiciar disposiciones que regulaban una distribución de beneficios o cargas que en su criterio, entendía contravenían al principio de igualdad, esta situación no debe entenderse como única, puesto que el BVerfG recurrió también a la declaración de incompatibilidad para resolver otros aspectos, tal el caso de los supuestos de inconstitucionalidad por omisión, siendo la BVerfGE 15,46 un claro ejemplo de ella, sin dejar de lado, como bien lo señala Kleuker, aquellas situaciones en los que el TCFA, se decantó por conservar la aplicación de la ley durante un periodo transitorio para evitar el vacío normativo⁶²⁶, sobre todo cuando de por medio, se enjuiciaba una disposición

⁶²⁵ Si se revisan las BVerfGE, resulta de interés traer a colación la Sentencia 39, 316 en la que el TCFA advirtió del vicio de inconstitucionalidad en la ley de las corporaciones mineras, en tanto que ésta disposición normativa preveía el derecho de los hijos de los trabajadores a una subvención. Asimismo, la norma regulaba entre los posibles beneficiarios de esta subvención, a los nietos de estos trabajadores con la condición de que estuviesen a su cargo y siempre que la solicitud de subvención se presentase antes de percibir el ingreso al que daba lugar la producción de los hechos cubiertos por el seguro obligatorio del trabajador, ya sea por parte del mismo trabajador o de sus herederos. Por lo mismo, el BVerfG declaró a la ley incompatible con la Ley Fundamental, bajo el fundamento de que al condicionarse la subvención de los nietos del trabajador a que la solicitud se presentase antes de la recepción del ingreso del seguro, contradecía el principio de igualdad previsto en el artículo 3.1 de la GG. En el razonamiento del TCFA, los ingresos percibidos que se derivaban de la producción del hecho cubierto por el seguro obligatorio, constituían una cuestión independiente en relación al derecho del nieto a recibir la subvención, dejando entrever una clara discriminación normativa. Es lógico entender, que a raíz de este pronunciamiento, el BVerfG concedió al legislador la oportunidad de corregir el vicio de inconstitucionalidad, sin embargo, en una posterior intervención legislativa, esto es, a través del dictado de la Ley de Adaptación de las Pensiones, concretamente en su artículo 19, se eliminó todo derecho de subvención previsto para los nietos de los trabajadores cuando éstos estuviesen a su cargo. Desde luego, cuando el TCFA tuvo la oportunidad de enjuiciar la disposición, declaró a esta inconstitucional y nula, tal cual se desprende de la BVerfGE 55,100, donde el Tribunal dejó por sentado, que la disposición dictada por el legislador, en lugar de resolver el vicio de inconstitucionalidad, lo que hizo fue agravar la situación al introducir otra discriminación normativa, esto es, que la norma en cuestión, no solamente excluía el derecho de subvención de los nietos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, sino que ahora, además de la antigua discriminación debía sumarse otra, la que distinguía entre los nietos que percibían la subvención y los que no la percibían por presentar la solicitud después de la entrada en vigor de la reforma.

⁶²⁶ Kleuker, M., *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, en *Duncker & Humblot*, Berlín, 1993, p. 39. V. Gr. sobre este último supuesto, véase la BVerfGE de 11 de noviembre de 1999, en la que el TCFA, al tratar disposiciones relativas al equilibrio financiero de los Länder, evitó la declaración de nulidad y mantuvo la vigencia de la ley inconstitucional hasta que el legislador antevenga para reparar el vicio de constitucionalidad a través de una ley. En aquella oportunidad, el Tribunal, determinó expresamente el plazo en el que debía actuar el legislador (De dos años para aprobar una ley de escalas en la que se concreten los criterios tan sólo vislumbrados por la Ley Fundamental, y cuatro años para la aprobación de una nueva ley de equilibrio financiero. Paralelamente, el

que regulaba aspectos financieros, aunque claro está, en este último supuesto, las críticas desde la doctrina fueron muy incisivas⁶²⁷. Quizá igual o más mordaces fueron las críticas realizadas a la última categoría de pronunciamientos, esto es, a la declaración de compatibilidad, que opera cuando el Tribunal entiende que la disposición enjuiciada guarda conformidad con la Ley Fundamental. Empero, en esta categoría, caben distinguir dos submodalidades de sentencias, estas son, por un lado, las «sentencias apelativas», propias del modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad que aquí se estudia, y por otro lado, se tiene a aquellos pronunciamientos que albergan al principio de la «interpretación conforme», y que a su vez acogen a una amplia gama de pronunciamientos catalogadas también como «sentencias intermedias», sobre las cuales, ya se tuvo oportunidad de analizar en el capítulo anterior.

Por ello, se entiende, que es conveniente detenernos acá a analizar la modalidad de las sentencias apelativas o *Appellentscheidungen* aplicadas dentro del paradigma jurisprudencial alemán. Como se recordará, en las sentencias apelativas, a diferencia de lo que ocurre con la declaración de incompatibilidad⁶²⁸, la norma no es declarada inconstitucional, sin embargo, el BVerfG advierte que puede llegar a serlo en el futuro si el legislador no modifica la regulación. Según Pohle, lo que se critica a este tipo de pronunciamientos, es su grado de vinculación en relación al legislador, no siendo raro, que el Tribunal determine un plazo para que el legislador asuma las medidas legislativas adecuadas, o incluso, sugiera la necesidad de adecuar plenamente

Tribunal advirtió que si en el plazo previsto el legislador no actuaba las disposiciones legislativas vigentes resultarían inconstitucionales y nulas.) Ahora bien, las razones por la que el Tribunal accedió a declarar la incompatibilidad de las disposiciones y tolerar la vigencia de las mismas, fue porque, declaraba la nulidad de las mismas sobrecartando el reclamo de aquellos Länder de mayor aportación financiera al sistema de redistribución de recursos (Baden – Württemberg, Baviera y Hessen) que impugnaron la Ley de Equilibrio financiero de 1993 y sus respectivas modificaciones al considerar que los criterios para establecer los deberes de compensación de los contribuyentes netos no se basaban en criterios objetivos y atentaban contra el sistema de equilibrio financiero del artículo 107 .2 de la Ley Fundamental al conducir a una situación descompensada en la que los Länder contribuyentes netos resultaban perjudicados con las consecuentes restricciones en la financiación y en el despliegue de sus respectivas políticas públicas, tal situación habría generado un vacío normativo de tal magnitud, que habría provocado situaciones de mayor inconstitucionalidad que la que se pretendió evitar. Pero por otro lado, el BVerfG fue cauto al reconocer que él no podía determinar los criterios generales que debían regir el sistema de equilibrio financiero, por lo que prefirió convocar al legislador para que establezca estos criterios aunque, provisionalmente, estableció un entendimiento bajo el cual debía interpretarse la Ley de Equilibrio Financiero. Dichas indicaciones versaban sobre todo, en lo concerniente al cálculo de necesidades sobre la base de la población, de los municipios y del territorio, aspectos estos que, fueron considerados por el Tribunal en los fundamentos de la decisión. Un análisis más detallado sobre esta sentencia se encuentra en Comentarios sobre la mencionada sentencia se Bull, H.P., y Mehde, V., *Der rationale Finanzausgleichsein Gesetzgebungsauftrag obnegleichen*, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2000, pp. 305–314, así también a Christmann, T.H., *Vom Finanzausgleich zum Maßstäbengesetz*, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2000, pp. 315–324, entre otros más.

⁶²⁷ Ya Bull y Mehde *Der rationale Finanzausgleichsein Gesetzgebungsauftrag...opus cit.*, p. 309, advirtieron del riesgo que implicaba el recurso a la declaración de incompatibilidad o declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, y precisamente, para minimizar el impacto del uso de la declaración de incompatibilidad con mandatos al legislador como mecanismo que permitía al TCFA tergiversar el sistema de fuentes sin reforma constitucional, plantearon la inserción de determinados criterios o fórmulas como parte de la reforma constitucional, ya sea para incluir un tipo de legislación sólo modificable con supermayorías, o criterios y escalas que debían incluirse en una legislación no modificable por mayoría simple.

⁶²⁸ Como bien lo señala Kleuker, M., *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts...opus cit.*, p. 443, en las sentencias de incompatibilidad, el legislador se encuentra inmediatamente obligado a modificar la norma, en tanto que la misma ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal. Luego, el BVerfG al establecer un plazo, lo que está haciendo es diferir la declaración de nulidad, o lo que es lo mismo afirmar, que al término del plazo establecido por el Tribunal, la norma inconstitucional devendrá nula de ipso facto e ipso iure.

la ley a la Constitución antes del agotamiento de la legislatura, tal el caso de la BVerfGE 39, 169 (195), aunque luego, frente al agotamiento del plazo, no opera la nulidad automática del precepto enjuiciado y declarado inconstitucional⁶²⁹. Aunque, por otro lado, autores como Schenke, defiendan el dictado de las sentencias apelativas bajo el argumento de que a través de ellas, y a su grado de influencia limitada, la libertad de configuración del legislador queda a mejor resguardo⁶³⁰. Contrario a esta postura, para López Bofill, rechaza que la libertad de configuración del legislador quede más preservada en las sentencias apelativas que en la declaración de incompatibilidad, y ello porque entiende que en ninguno de los dos casos es posible cuantificar el grado de vinculación al que se halla sujeto la actividad legislativa en relación a los mandatos del BVerfG⁶³¹. Para este autor, entre la declaración de incompatibilidad y las sentencias apelativas, no existe diferencia alguna, si de vinculación de habla, en tanto que, en ambos casos, el Tribunal señala las condiciones que debe asumir el legislador y que sin duda, constituirían una limitación a su esfera de libertad legislativa, siendo un claro ejemplo de todo esto, las BVerfGE 39,169 (192 y 193), o el caso de la pensión de viudedad, donde el Tribunal no declaró incompatibles con la Constitución las condiciones adicionales que se le exigen al viudo para recibir la pensión, pero en su lugar, impuso al legislador la obligación de reforma, señalando a detalle una serie de condiciones que éste último debería tener en cuenta, pero que el legislador las habría asumido, sin necesidad de que el BVerfG lo condicionara⁶³².

Para López Bofill, distinto es entender que en las sentencias apelativas, los condicionamientos del Tribunal hacia el legislador son más flexibles. Ahora bien, el grado de flexibilidad dependerá mucho de la naturaleza hipotética del juicio desarrollado por el BVerfG, es decir, si las posibilidades de que la nulidad opere al término del plazo, son mínimas, entonces el Tribunal estará extralimitándose, en tanto los condicionamientos implicarían una recomendación al legislador al grado de imponer indirectamente la reforma de una disposición

⁶²⁹ Pohle, Albrecht, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen...opus cit.*, p. 155.

⁶³⁰ Shenke W. R., *Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung*, Neue Juristische Wochenschrift, 1979, p. 1321. Es más Moench, Christoph., *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle...opus cit.*, p. 184, reconoce que las sentencias apelativas constituyen un ejemplo deseable de colaboración institucional entre el BVerfG y el legislador. Aunque para López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el...opus cit.*, p. 107, aquella visión optimista de colaboración entre Tribunal y legislador que estaría presente en las sentencias apelativas, también son predicables de las sentencias que declaran la incompatibilidad de la ley con la Ley Fundamental. Así, manifiesta que la colaboración no es un privilegio de una modalidad de decisiones, al contrario, constituye un presupuesto de la legitimidad de la jurisdicción constitucional.

⁶³¹ Una idea contraria a la planteada por López Bofill, es la sostenida por Mayer, Ch., *Die Nachbesserungspflicht des...opus cit.*, p. 77, quien pregona una idea de vinculación rígida, en virtud de la cual, la corrección de las leyes constituye una auténtica obligación para legislador quien debe actuar asumiendo la partitura establecida por el BVerfG.

⁶³² López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el...opus cit.*, p. 106. Como se tendrá oportunidad de analizar líneas más abajo, sobre la fijación del plazo en las sentencias apelativas para que el legislador supere los posibles vicios de inconstitucionalidad, en criterio de López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el...opus cit.*, p. 107, la existencia de un plazo en las sentencias de compatibilidad es en sí una medida constrictiva de la capacidad de maniobra del legislador, lo que no se acentúa tanto (aunque los efectos sean similares) en las declaraciones de incompatibilidad porque ya se da por supuesto que el legislador debe corregir la inconstitucionalidad no ya en un plazo, sino de inmediato, lo más pronto posible, o bien porque se establece que, con la consumación del plazo establecido por el BVerfG, la ley resultará automáticamente inconstitucional, V. Gr. la BVerfGE 33,303 (Numerus Clausus), en la que el BVerfG si bien procedió a declarar la incompatibilidad de la disposición, también señaló un plazo exacto para la reparación, esto es, hasta antes del inicio del siguiente semestre universitario, sin embargo, el plazo señalado era tan corto (seis meses) que obliga y advierte al legislador, de la necesidad inmediata de la subsanación, mientras que en las sentencias apelativas en las que no se produce declaración de incompatibilidad el establecimiento de un plazo suele ser orientativo.

constitucional. Por el contrario, si las probabilidades que la norma resulte inconstitucional son muy altas, luego no existe una auténtica declaración de compatibilidad, sino que se anticipa a una declaración de incompatibilidad o de nulidad. En consecuencia, no habría un correlato entre el grado de vinculación y la incidencia sobre la libre configuración del legislador, puesto que la (in) certeza de la vinculación es consustancial a la naturaleza de hipotética del juicio.

Por otro lado, y simplemente para mencionarlo, explicamos también aquí en esta parte del estudio la relación existente entre la declaración de compatibilidad y el principio de «interpretación conforme», visto a detalle en el capítulo anterior. En efecto, autores como Löwer, sostienen que el vínculo entre el principio de la interpretación conforme y la declaración de compatibilidad no es un elemento común y únicamente aplicable a esta relación, sino que la interpretación conforme es un elemento que se transversaliza en el resto de modalidades, y esto porque la interpretación conforme no es únicamente un resultado del juicio de constitucionalidad⁶³³, que impregna el contenido de la decisión, sino que es una regla operativa que influye en el conjunto del proceso de control de normas.⁶³⁴ Ahora bien, para el caso concreto, a través del principio de la interpretación conforme, el Tribunal se encuentra facultado para eludir la declaración de nulidad del precepto, y esto es posible como se recordará, ya que esta técnica le permite al TCFA reconocer al menos una interpretación que se encuentra en armonía con la Constitución, y es aquí donde radicaría el fundamento para la introducción de la figura de la declaración de compatibilidad que fue perseguida por el legislador con la reforma de la BVerfGG de 1970⁶³⁵. Recuérdese entonces, que la relación entre interpretación conforme y nulidad cualitativa permiten al Tribunal jugar con matices bajo la fórmula del «soweit» esto es, que el BVerfG puede decantarse por declarar que una norma es constitucional «en tanto» sea interpretada de una determinada manera, o «en tanto» se excluya un determinado caso de aplicación. Sin duda, la diferencia entre la declaración de nulidad y la declaración de compatibilidad se hacen más patentes ha momento de introducir la fórmula del «soweit». Esto es así, si se tiene en cuenta que, con la declaración de compatibilidad de un precepto legal con la Ley Fundamental, queda condicionada a una determinada interpretación, o denominada también «vereinbar soweit...». Con ello, el Tribunal puede salvar la constitucionalidad de la disposición en tanto que se asuma una determinada interpretación compatible con la GG, independientemente de que a través de esta modalidad, las posibilidades de interpretación constitucional se reduzcan sólo a la interpretación ofrecida por

⁶³³ Según Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht*, Beck, Munich, 1994, p. 99, y la importancia de la interpretación conforme en la jurisprudencia constitucional alemana se desprende del índice de los procesos de control concreto de constitucionalidad, así como de los recursos de amparo, donde fue aplicado. V. Gr. para el caso de la cuestión de inconstitucionalidad la posibilidad de revisión por parte del BVerfG de la interpretación conforme practicada en instancia se cierra al exigirse, de acuerdo con la interpretación del artículo 100.1 GG, que el juez o tribunal esté convencido de la inconstitucionalidad de la ley aplicable, es decir, que no quepan interpretaciones constitucionalmente conformes de la ley examinada. Particularmente sobre el control incidental de constitucionalidad véase los estudios de Mieres, Mieres, L.J., *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, en IVAP, Civitas, Madrid, 1998. p. 68.

⁶³⁴ Löwer, W., *Zuständigkeiten und Verfahren des...opus cit.*, p. 56. Similar criterio es sostenido por Pestalozza, C., *Verfassungsprozessrecht...opus cit.*, p. 339, quien afirma que la interpretación conforme además de ser una modalidad declarativa es un método de interpretación.

⁶³⁵ Aunque como bien los señala Voßkuhle, A., *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte*, en Archiv des öffentlichen Rechts, núm. 125, 2000, p.198, al eliminar interpretaciones inconstitucionales, la interpretación conforme como resultado se asemeja al punto de confundirse con declaración de nulidad parcial cualitativa o denominada también, de reducción del campo normativo sin alteración del precepto.

el BVerfG⁶³⁶. Cosa muy distinta sucede, cuando el Tribunal opta por declarar la nulidad parcial cualitativa de una disposición y emplea la fórmula «für nichtig-erklärt soweit», para declarar nula la disposición en tanto que se interpreta la disposición en un sentido que según el Tribunal es contrastante con la Constitución. Acá el TCFA rechaza una determinada interpretación, abre la posibilidad de desprender un número infinito de nuevas interpretaciones conformes con la Constitución⁶³⁷.

Si nos detenemos a buscar los fundamentos de este tipo de pronunciamientos, tempranamente en la jurisprudencia del TCFA es posible hallar a la BVerfGE 2,266(282) de 7 de mayo de 1953, en aquella oportunidad, el BVerfG declaró que no se requería la nulidad del precepto enjuiciado cuando pudiese ser interpretado de acuerdo con la Constitución y que en caso de duda —siempre que no desvirtuase el objetivo de la ley— esta interpretación era preferente a la declaración de nulidad. En efecto, en el razonamiento esbozado en la BVerfGE 2, 266 (283), para el Tribunal, «El principio de que una ley no sea declarada nula es legítimo si puede ser colocado en el unísono con la Constitución; La ley no solamente es compatible con la Constitución porque así se desprende de una lectura textual de la misma, sino también, es compatible cuando de ella es posible desprender una interpretación conforme con la Constitución». En criterio de Bender, es a raíz de estos pronunciamientos que el TCFA refiere también al principio de la «presunción de constitucionalidad» de las leyes como soporte de la interpretación conforme, y que el BVerfG irá consolidando a lo largo de sentencias como la 12,61; 31,132; 32,383, entre otros⁶³⁸. Ahora bien, esta presunción de constitucionalidad que aparece en la praxis de la jurisprudencia constitucional alemana asumía una dimensión formal, y su eficacia estaba más vinculada con la presunción general de validez de los actos jurídico, que por el respeto a la voluntad del legislador democrático, como ya lo apuntara Weber⁶³⁹. Esto es así, sobre todo, si se toma en cuenta que la relación entre la interpretación conforme y el respeto a la voluntad del legislador con base en la legitimidad democrática, recién surge tardíamente con la BVerfGE 90,263 (274) relacionada con la acción de impugnación de filiación. A su vez, es pertinente sostener, que fue Ehmke, quien presentó la doble dimensión de la presunción de constitucionalidad desprendible a partir del concepto «interpretación conforme». Así Ehmke, planteó la existencia de una «presunción objetiva» para hacer referencia con ella, a la relación de concordancia existente entre la ley y la Constitución, o lo

⁶³⁶ Empero, para Bettermann, K.A., *Die Verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*. C.F.Müller, Heidelberg, 1986, p. 21, la interpretación conforme no es ni tan siquiera una verdadera «interpretación» sino un control anticipado de normas. Así, la interpretación conforme viene a constituirse en un instrumento que busca garantizar la primacía de la Constitución, siendo el nexo fundamental para ello, la labor desempeñada por el Tribunal Constitucional como su máximo intérprete, quien a través de una labor hermenéutica debe extraer el significado constitucional de la norma, ya sea para eliminar los elementos contradictorios o, ya sea para conseguir que la interpretación formulada se reproduzca por el resto de órganos judiciales.

⁶³⁷ Sin embargo para Spanner, H., *Die Verfassungskonformen Auslegung in der Rechtsprechung...opus cit.*, p. 531, el principio de interpretación conforme también encuentra su punto de articulación con la nulidad parcial cuantitativa o nulidad general. En efecto, en atención al principio de interpretación conforme, el Tribunal también se encuentra facultado para recortar resultados ideales constitucionalmente posibles sin necesidad de condicionar la eficacia de la decisión a la interpretación de la disposición en un determinado sentido establecido por el TCFA. Luego, no resulta difícil de asimilar, que a la declaración de compatibilidad se le reconozca también el valor de fuerza de ley, tal como se desprendería del artículo 31.2 BVerfGG), y esto, no tanto para asegurar la vinculación a la interpretación «salvada» sino para asegurar la depuración del resto de alternativas.

⁶³⁸ Bender, B., *Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonforme Auslegung*, en *Monatschrift für deutsches Recht*, 1959, p. 442.

⁶³⁹ Weber, A., *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania*, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, 1999, p.48.

que es lo mismo, sostener que la ley se sujetaba a los parámetros establecidos por la Constitución. Pero, como se había manifestado, esta presunción, también presentaba una dimensión «subjetiva», con que se hacía referencia a aquel supuesto en el que el legislador había actuado dentro de los límites constitucionales⁶⁴⁰.

Desde luego, a los principios de interpretación conforme y presunción de constitucionalidad, se irán sumando otros fruto del desarrollo jurisprudencial constitucional alemán, tal el caso del principio de «conservación de normas»⁶⁴¹, que ha permitido a su vez al Tribunal articular y afianzar el surgimiento de otros principios como el de la «seguridad jurídica»⁶⁴² y así evitar los «vacíos normativos». Asimismo, para López Bofill, del esquema de los fundamentos de la interpretación conforme, no puede quedar excluido el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que apuntala las bases del principio de la supremacía constitucional. Luego, la interpretación conforme viene a constituir una consecuencia necesaria del carácter supremo de la Ley Fundamental, que vincula a todos los órganos de poder del Estado, resaltándose en ese sentido, y con especial mención, la disposición contenida en los artículos 1.3 y 20.3 de la GG, que refieren a la vinculación del legislador a los Derechos Fundamentales y al orden constitucional respectivamente⁶⁴³.

Al igual que en el caso italiano, las críticas y oposiciones hacia este tipo de pronunciamientos fue una realidad elocuente en el caso Alemán. En efecto, cuando el BVerfG emitía una sentencia de compatibilidad, se exigió que la interpretación a la que se encontraba condicionada la validez de la norma, se encuentre expresamente reflejado en el fallo de la sentencia, sin embargo, esta situación no se plasmó, ni aún hoy, después de haberse operado la reforma de 1970, por lo que el TCFA continúa remitiendo a los fundamentos de la sentencia, que es de donde se debe desprender la interpretación normativa que se entiende, es conforme con la Constitución⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ Ehmke, H., *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, en VVDStRL, núm. 20, 1963, p. 74.

⁶⁴¹ Contrario a este planteamiento, Prümm, H.P., *Verfassung und Methodik...opus cit.*, p. 94, sostiene la inutilidad del principio de conservación de normas como fundamento de la interpretación conforme. Para este autor, cuando el BVerfG procede a esta fórmula, el Tribunal ya se ha decidido sobre la constitucionalidad del precepto. Luego, en puridad, no se conserva nada sino que el BVerfG se limita a justificar su renuncia a la declaración de nulidad. En consecuencia, la interpretación conforme sólo se justificaría cuando ya ha sido superada la pregunta acerca de la constitucionalidad de la disposición. Otro criterio es el sostenido por Müller, F., *Juristische Methodik...opus cit.*, p. 90, quien prefiere ver en la interpretación conforme más que una herramienta de conservación de normas una herramienta de control, es decir, un control sobre la constitucionalidad de la norma enjuiciada y control sobre la aplicación que de esta norma realizan los tribunales ordinarios.

⁶⁴² No obstante, no han faltado autores como López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el...opus cit.*, p. 110, que plantearon su objeción a que la seguridad jurídica sea el fundamento primordial para recurrir a la aplicación del principio de la interpretación conforme, puesto que para este autor, el recurso a la interpretación conforme bien podría generar un efecto inverso y ser más perjudicial para la seguridad jurídica, es decir, que antes de acudir a dictar una sentencia desestimatoria interpretativa, es mejor que el Tribunal emita una sentencia declarativa de la nulidad del precepto, sobre todo, si se toma en cuenta las dificultades de identificación de esta interpretación y a su carácter vinculatorio.

⁶⁴³ López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el...opus cit.*, p. 113.

⁶⁴⁴ En la perspectiva de López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el...opus cit.*, p. 111, la finalidad de la reforma de 1970, buscó sobre todo, evitar que la interpretación conforme desnaturalice las características básicas del principio de seguridad jurídica, y que sería este el presupuesto para que se haga énfasis en la necesidad de dar cabida al artículo 31.2 BVerfGG de publicar las decisiones del TCFA independientemente de que se trate de una sentencias que declare la compatibilidad de la norma enjuiciada con la Ley Fundamental.

Por lo mismo, al igual que en el caso italiano, en Alemania, se intentó delimitar el accionar del BverfG y el recurso por parte de este a dictar sentencias con base en el principio de interpretación conforme, y para ello se establecieron dos parámetros: estos son, el respeto al ámbito de libertad de configuración del legislador, así como a la jurisdicción ordinaria. En ese sentido, ya la amplia jurisprudencia alemana traducida en las BVerfGE 2,282; 4, 351; 8, 28; 9,200;10,80; 18,111; 19,247; 20,218; 21,305; 38,49; 90,263, señaló que a través de la interpretación conforme no se puede alterar el «texto y el sentido» de la ley ni la «finalidad perseguida por el legislador»⁶⁴⁵.

Ahora bien, convengamos en señalar también, que la obligación de interpretar la ley de conforme a la Constitución no es algo que le incumba únicamente al BVerfG, puesto que los llamados a desarrollar dicha labor hermenéutica también son los tribunales ordinarios,⁶⁴⁶ aunque es necesario aclarar que el sentido de la interpretación conforme es distinto en ambos niveles jurisdiccionales: Así, mientras en la jurisdicción ordinaria constituye un requisito esencial para plantear la cuestión de constitucionalidad, en la jurisdicción constitucional representa un imperativo ineludible para impedir la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Desde luego, esta situación nos empuja hacia uno de los ámbitos críticos en los que se observa y cuestiona a la interpretación desarrollada por el BverfG, puesto que ya la jurisdicción ordinaria al haber intentado, sin lograrlo, ofrecer una interpretación de la ley constitucionalmente admisible, y ahora, en una situación por demás contradictoria⁶⁴⁷, el propio BVerfG al pasar a reconocer ese fracaso hermenéutico conforme practicado por el juez al admitir la cuestión, se asume como el más capacitado para desprender algún sentido normativo conforme para resguardar la validez de la norma. Y esto nos conduce a su vez, a otro de los dilemas visto en el caso italiano, es decir, cuestionarnos acerca de, hasta qué punto el BVerfG se encuentra vinculado por la interpretación previa planteada por el juez ordinario, o dicho de otro modo, cuestionarnos acerca de si ¿esta interpretación constituye un límite para el juez constitucional?, siendo una de las respuestas construidas desde la jurisprudencia y la misma doctrina, aquella que sostiene que la interpretación de la ley y su aplicación es objeto de los jueces de instancia, aunque no la interpretación constitucionalmente conforme de la ley que siempre puede ser revisada por el BVerfG, aunque esto represente la adopción de una nueva interpretación distinta de la formulada por el juez «a quo» y, en consecuencia, podría presentarse también, el caso de que se llegue a expulsar la interpretación constitucional realizada por el juez ordinario.

⁶⁴⁵ Sin embargo, en la misma jurisprudencia del TCFA es posible encontrar razonamientos adversos al planteamiento señalado, tal el caso de la BVerfGE 35, 278, en la que el Tribunal sostuvo que «la interpretación (...) no se encuentra limitada por el tenor formal de la Ley», por lo que el texto no siempre opera como un límite a la interpretación conforme. Al respecto, para López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el...opus cit.*, p. 110, la interpretación conforme es sobretodo transformación de sentido. En el criterio de este autor, lo que ocurre es que este elemento se conecta además en la tradición alemana con «el sentido querido por el legislador», que es lo que teóricamente la interpretación conforme no debe desfigurar.

⁶⁴⁶ V. Gr. de hecho, revisados los artículos 100.1 de la GG, así como los artículos 80 y siguientes de la BVerfGG, uno de los requisitos de admisibilidad del BVerfG de la cuestión de inconstitucionalidad elevada por los jueces, o de procedibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad es el convencimiento del juez ordinario de la inconstitucionalidad (o dificultad de desprender una interpretación conforme a la Constitución) de la norma legal. Sobre el tema véase a Heun, W., *Richtervorlagen in der Rechtsprechung des BVerfG*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1997, p.610–628.

⁶⁴⁷ Sobre el tema véase a Roth, W., *Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht um die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1996, pp. 570–571.

No han faltado autores como Berkemann, que ha incidido aún más en el tema de los límites a la labor interpretativa desarrollada por el Tribunal. Así se cuestiona también la capacidad del BVerfG para interpretar además de la ley de acuerdo con la Constitución, las cuestiones relacionadas con el tratamiento de la mera legalidad ordinaria. Sin duda, los esfuerzos de la doctrina contemporánea⁶⁴⁸ se han centrado en este punto, y del que el BVerfG también es consciente⁶⁴⁹. Para Voßkuhle, el empleo de la interpretación conforme realizada en vía de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional no es un problema menor. En criterio de este autor, que la propia BVerfGG exija como requisito para plantear la cuestión, que la jurisdicción ordinaria acomode el contenido de los preceptos legales a la constitución a través de técnicas interpretativas, luego, cualquier juez termina realizando de igual modo que el BVerfG una función correctiva del legislador puesto que cuenta con la posibilidad de reducir el significado normativo de los preceptos legales que aplica⁶⁵⁰. Con esto, Voßkuhle advierte que la actividad hermenéutica desarrollada por los tribunales inferiores, no es un problema que se tenga que contrastar únicamente con la labor interpretativa realizada por el BVerfG, sino también, como una actividad cuyo alcance también conlleva sus repercusiones con respecto al legislador, esto es, que cuentan con una potencial capacidad para eliminar normas a nivel abstracto, aunque para evitar excesos se tengan de por medio, abierta la posibilidad de pedir la revisión por ante el TCFA a través de la Verfassungsbeschwerde⁶⁵¹. Ahora bien, para equilibrar el escenario e impedir solapamientos entre el BVerfG, la magistratura ordinaria y el legislador, este autor plantea parámetros que radican sobre todo en la colaboración entre la jurisdicción ordinaria y el BVerfG en la determinación del significado constitucionalmente conforme de los preceptos legales. Así por un lado, se postula la práctica de un self restraint por parte de los tribunales ordinarios sobre todo cuando recurran a la aplicación de la interpretación conforme. Este autocontrol por parte de los tribunales ordinarios, no significa otra cosa que una muestra de cortesía en primer lugar hacia el legislador, y luego, hacia el BVerfG, reconociéndole el monopolio de rechazo de normas derivadas de preceptos legales que contrasten con la GG. De igual modo, se pregona una vinculación general del BVerfG a la interpretación de los tribunales ordinarios en aspectos puramente de legalidad y, del otro lado, se plantea el rechazo a que el BVerfG recurra a la interpretación constitucionalmente conforme para «perfeccionar» o «mejorar» aspectos de mera legalidad. De igual modo, se exige del TCFA un deber de expresar claramente la interpretación inconstitucional, decantándose por la expulsión de normas abstractas inconstitucionales, antes que por la fijación otras interpretaciones constitucionales alternativas y, una amplitud en la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, sobre todo cuando se refiere a la consideración de los intentos por adecuar previamente la ley a la Constitución por parte de los tribunales ordinarios, salvo claro está, que se cuente con una conocida y consolidada interpretación constitucional de la ley que el tribunal inferior no haya tenido en cuenta.

Desde esta perspectiva, Voßkuhle, entiende que estos lineamientos servirían sobre todo en aquellos supuestos en los que los tribunales ordinarios presentaran una tendencia a construir oficiosamente interpretaciones conformes de los preceptos legales que aplican, ya sea en

⁶⁴⁸ Vid entre otros a Berkemann, J., *Das Bundesverfassungsgericht und «seine» Fachgerichtsbarkeiten. Auf der Suche nach Funktion und Methodik*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, pp. 1030.

⁶⁴⁹ Aunque no han faltado razonamientos contrarios como los expresados en la BVerfGE 10,340 (345), donde el TCFA manifestó la total ausencia de vínculo con la interpretación legal ejercida por el resto de tribunales.

⁶⁵⁰ Voßkuhle, A., *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung...opus cit.*, p. 178.

⁶⁵¹ Voßkuhle, A., *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung...opus cit.*, p. 179.

situaciones ex ante al conocimiento por parte del BVerfG, o forma extraordinaria bosquejando productos hermenéuticos no diseñados por el BVerfG⁶⁵², pero no por ello dejan de ser aceptables.

En fin, ya para ir cerrando este epígrafe, es necesario hacer referencia a los efectos que se desprenden del artículo 31.2 BVerfGG, sobre todo en aquellas decisiones del BVerfG en las que se sustrae de declarar la inconstitucionalidad a través de la interpretación conforme. En efecto, de la mencionada disposición se desprende que la facultad con la que cuenta el BVerfG de declaración de compatibilidad de la ley con la Ley Fundamental goza de la eficacia de la fuerza de ley, sin embargo, no resulta clara la determinación del ámbito de la sentencia que resulta vinculante para el resto de los operadores y, sobre todo, para el resto de jueces. Al igual que en el caso italiano, la cuestión sobre qué parte de la sentencia goza de la eficacia de la fuerza de ley, es un tema pendiente de resolución definitiva, y en consecuencia, existen posturas como la sostenida por Arndt, que entienden que lo único que vincula es el fallo de la sentencia⁶⁵³, mientras que otros defienden un carácter más amplio, es decir, que la vinculación alcanza también a la parte dispositiva o de los fundamentos de la decisión, por lo mismo, el debate acerca de la extensión del efecto vinculante de la declaración de compatibilidad es por demás conocida en la doctrina general. Los partidarios de la primera tendencia, como Schneider sostienen que la eficacia de la fuerza de ley sólo predicable del tenor literal del fallo de la sentencia, no siendo objeto de la misma los fundamentos. El fundamento de esta postura, radica en la previsión del artículo 31.2 BVerfGG que prevé el deber de publicar la decisión formal de la sentencia, no haciendo referencia a la totalidad de la sentencia⁶⁵⁴. Sin embargo, autores como Friesenhahn, defiende una postura contraria a la señalada, es decir, defienden una eficacia extensiva del efecto vinculatorio también a los fundamentos⁶⁵⁵, aunque luego no se termine de precisar el ámbito de estos fundamentos que desde todo punto de vista es decisivo en la concreción de la interpretación conforme. Independientemente de ello, esta otra tendencia es la que en la actualidad se encuentra vigente, sin importar como señala Geiger, que la cuarta reforma de la BVerfGG, establezca que la interpretación conforme debe estar consignada en el fallo⁶⁵⁶, puesto que en la práctica jurisprudencial constitucional alemana persiste la remisión a los fundamentos de la interpretación conforme, no siendo expresa la determinación de las normas expulsadas, aspectos estos que contribuyen a la crítica hacia esta técnica. Amén de estas dos tendencias, la doctrina no ha descansado y ha hecho posible una tercera alternativa postulada por Schäfer, que defiende una eficacia vinculatoria tanto para el fallo como para los fundamentos, es decir, la vinculación mediata de los fundamentos, como se los ha llegado a denominar, hace que se predique la vinculatoriedad esencialmente del fallo si bien los fundamentos permiten la interpretación del mismo⁶⁵⁷. Luego, si eliminado el contenido normativo de la disposición, la interpretación conforme no se sostiene, debe entenderse que el efecto vinculante también se proyecta sobre este extremo.

⁶⁵² Voßkuhle, A., *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung...opus cit.*, p. 193.

⁶⁵³ Arndt, A., *Das Bundesverfassungsgericht*, Deutsches Verwaltungsblatt, 1952, p. 2.

⁶⁵⁴ Schneider, H.P., *Die Verbindlichkeit von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Deutsches Verwaltungsblatt, 1954, p.186.

⁶⁵⁵ Friesenhahn, E., *Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Zeitschrift für Sozialreform, 1954, p.151.

⁶⁵⁶ Geiger, Th., *Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 31 Abs. 1 BVerfGG)*, NJW, 1954, p.1058.

⁶⁵⁷ Schäfer, H., *Gesetzskraft und bindende Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, NJW, 1954, p.1468.

Por todo ello, así como el auge de este tipo de pronunciamientos fue en alza, no menos cierto es que no se trabajó en mitigar los problemas de inseguridad jurídica que caracterizaron a este mecanismo desde sus inicios⁶⁵⁸. Si bien se desarrollaron supuestos en los que se podía prescindir de la nulidad, tal el caso de los llamados *fallgruppen* dentro de los que se encontraban: la inconstitucionalidad por omisión, respeto al ámbito de libertad de configuración del legislador, y el horror vacui, la selección de estos supuestos, lo único que hizo, fue generar un incremento en la inseguridad jurídica, y más aún cuando el TCFA, se animó a expandir la figura de la inconstitucionalidad sin nulidad más allá de los supuestos previstos en los *fallgruppen*, que desde luego fue merecedor de una serie de férreas críticas desde la doctrina⁶⁵⁹.

Ante esta llamada de atención, el TCFA se vio obligado a replantear su jurisprudencia, limitando la aplicación de la figura de la inconstitucionalidad sin nulidad sólo para aquellos casos en los que la nulidad podría generar situaciones de mayor inconstitucionalidad⁶⁶⁰ como

⁶⁵⁸ Aunque como ya lo señalaba Von Arnin, H. *Demokratie vor neuen Herausforderungen*, en *Zeitschrift für Rechts-politik*, 1995, p. 341, y más recientemente Limbach, Jutta, *Papel y poder del Tribunal Constitucional*, en *Teoría y realidad Constitucional*, núm 4, 2º semestre, 1999, p. 94, sobre todo en los últimos años, es innegable que el Bundesverfassungsgericht, ha asumido un papel tan preponderante en el escenario jurídico y político alemán, que llegó a asumir parcialmente el rol de supremo legislador, en palabras de la crítica. Esta afirmación se yergue en voz de la crítica autorizada, no tanto en alusión a la ambición de poder de los Magistrados del TCFA sino más bien, por el creciente fracaso de la política, y el rol protagónico que le ha tocado desempeñar al Tribunal en dicha coyuntura caracterizada por la indeterminación del legislador a la hora de adoptar decisiones, y la remisión para la resolución del problema a Karlsruhe, ahorrándose de esta forma, el tratamiento de normas complejas, cuya popularidad pasarán factura al resolutor del conflicto a través del dictado de sentencias por demás polémicas, tal el caso del pronunciamiento sobre interrupción legal del embarazo BverfGE 88, 203, o la sentencia sobre el Tratado de Maastricht BverfGE 89, 155, así como la intervención internacional de las Fuerzas Armadas alemanas BverfGE 90, 286, sin dejar de lado el pronunciamiento en relación a los impuestos sobre el patrimonio y la herencia BverfGE 93, 121 y 165, y otras decisiones más como la referida a la compensación financiera de los Länder, entre otras que se encuentran explicadas en Hausler Richard, *Der Konflikt zwischen dem Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, Berlín, 1994, p. 69 y ss.

⁶⁵⁹ En la percepción de Limbach, Jutta, *Papel y poder del Tribunal...opus cit.*, p. 95, es reiterativa la crítica que acusa al TCFA de incrementar amenazadoramente el activismo judicial, que se traduce en la construcción de una cada vez más tupida red de preceptos constitucionales, que tienen como fin último constreñir la libertad de configuración del legislador.

⁶⁶⁰ A manera de ejemplo puede citarse la sentencia 90, 60, donde el TCFA, se pronunció sobre la constitucionalidad de la regulación de la Tasa Radiofónica, que constituye la principal fuente de ingresos de todas las radios públicas. A juicio del Tribunal, la regulación de dicha tasa, era contraria a la dimensión objetiva de la libertad de comunicación prevista en el artículo 5.1 de la Ley Fundamental, así como tampoco se garantizaba la neutralidad de la programación. Como era de prever, la nulidad de dicha tasa, habría implicado una situación de mayor inconstitucionalidad, al crear un vacío normativo que afectaría el sistema de financiación de las radios públicas, coartando indirectamente su funcionamiento, y limitando también en forma trascendental el derecho a la libertad de prensa y comunicación. Algo similar sucede con la sentencia 91, 186, donde el TCFA también declaró la inconstitucionalidad del tributo parafiscal que grava el recibo de luz, debido a que el mismo no cumplía con los requisitos constitucionales exigidos para dicha carga impositiva. Sin embargo, en un análisis amplio, el Tribunal comprendió que la declaración de nulidad de dicho tributo afectaría la fuente de financiación de la minería del carbón, que se sostenían precisamente con los ingresos percibidos por ese concepto. Por último, resulta de interés citar la sentencia 99, 216, de noviembre de 1998, relacionado con la exención a que tienen derecho todos aquellos contribuyentes que tienen una familia incompleta para compensar los gastos que genera el mantenimiento de los hijos. Sobre el tema, el Tribunal consideró que dicha regulación era inconstitucional en la medida en que excluían tácitamente a las parejas matrimoniales, sin embargo, la nulidad de dicho régimen tributario, habría generado mayores perjuicios en desmedro y desprotección constitucional de la familia y de los hijos.

consecuencia del vacío jurídico⁶⁶¹, además de los problemas funcionales. A su vez, el TCFA, optó por pronunciarse sobre los concretos efectos jurídicos que pueden desprenderse de este tipo de fallos⁶⁶², generando mayores situaciones de seguridad jurídica.

Recapitulando, lo que se debe rescatar del sistema Alemán, es que la implementación del sistema bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, no se dio como en el caso austriaco con un sustento normativo constitucional, sino por el contrario, el origen de esta técnica se encuentra en la práctica jurisprudencial del TCFA, que tuvo que ir en contra de lo previsto en su ley reguladora que predeterminaba la aplicación de la nulidad ex tunc, y la inmediata nulidad de la norma declarada inconstitucional, hasta que la reiterada emisión de estos fallos, hizo que fuera positivizada aunque en forma improvisada y contradictoria, pues a la vez que reconoce la posibilidad del Tribunal de aplicar la técnica de la inconstitucionalidad sin nulidad, también faculta a dicho órgano de control la obligación de declarar la nulidad luego de constatar la inconstitucionalidad de la norma. A ello debe sumarse, que no se trabajó en precisar los supuestos en que era posible aplicar este mecanismo, así como que tampoco se previó las consecuencias jurídicas que de este tipo de fallos era posible desprender, dejando en manos del Tribunal su desarrollo.

4. ITALIA Y LAS SENTENCIAS ADITIVAS DE PRINCIPIO.

Como se pudo observar en el capítulo anterior, la negativa por parte de la magistratura en general, de reconocer algún tipo de efectos –inicialmente– a las SD interpretativas emitidas por la Corte Constitucional italiana, y que posteriormente cobraría una similar dimensión en relación a las SE interpretativas o manipulativas, por considerarlas un exceso en las funciones de la Corte al ir más allá de las atribuciones conferidas por su ley reguladora y la misma Constitución, pues con ellas se buscaba desprender efectos no previstos en dicha normativa jurídica, impidieron desde luego, su desarrollo posterior⁶⁶³.

⁶⁶¹ Vid la sentencia 84, 9 donde el TCFA declaró la inconstitucionalidad de la disposición del Código Civil que imponía el apellido del marido como apellido familiar común en caso de desacuerdo entre los contrayentes. Pero, sin bien el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de dicha disposición, evitó declarar su nulidad, primero porque las posibilidades para reparar dicha inconstitucionalidad eran múltiples, y en consecuencia, debía ser el legislador el llamado a elegir la alternativa más coherente y conveniente a tal fin. En segundo lugar, porque la nulidad de la disposición del Código Civil, habría causado un vacío normativo que habría generado una situación de mayor inconstitucionalidad, pues el régimen del derecho al nombre, habría sido suprimido por la sentencia.

⁶⁶² En algunos casos como en las sentencias 2 BvF 2798, 3/98, 1/99 und 2/99, en las cuales el TCFA dio la razón a los gobiernos de los diversos Länder con mayor capacidad financiera, que consideraban que el sistema de compensación horizontal, así como las transferencias federales a los territorios cuyo nivel de servicios se mantenga por debajo del nivel mínimo, representaba un enorme perjuicio a sus intereses como Länder, resultando ser los únicos favorecidos con esta medida los Länder pequeños. En el razonamiento del TCFA, declarar la inconstitucionalidad y correspondiente nulidad de la Ley de compensación y transferencias, acarrearía un vacío normativo que derivaría en pérdidas cuantiosas de recursos en desmedro de los Länder. Por ello, el Tribunal optó por precisar que dicha Ley continuaría siendo aplicada como máximo hasta el 31 de diciembre de 2004.

⁶⁶³ Autores como Politi, F., *Effetti di una sentenza additiva «di principio»...opus cit.*, p. 2198, y Catelani, E., *Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, en Quaderni Costituzionali, vol.I, 1994, p. 156 (1994), destacan que, frente al dictado de las polémicas sentencias aditivas, inmediatamente se armaron foros de discusión en los distintos ámbitos doctrinales y jurisprudenciales en Italia, tornando posible a través de la misma, la revisión de esta categoría de pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, y así acoger a una nueva modalidad de decisiones más

En este escenario, la Corte Constitucional se encontraba compelida a respetar la discrecionalidad del legislador, y mucho más cuando su participación era considerada indispensable e insustituible, pero tampoco podía dejar de lado los antecedentes de inercia en la conducta del Parlamento para actuar frente a situaciones de inconstitucionalidad que requerían de su intervención para su solución⁶⁶⁴. En su calidad de garante de la primacía constitucional y vestal para el cumplimiento y protección de los derechos fundamentales, la Corte tuvo que recurrir a la construcción de una nueva tipología de pronunciamientos, es así como surgen las «sentencias aditivas de principio»⁶⁶⁵.

Con la adopción de estos pronunciamientos, la jurisprudencia constitucional italiana pasa de un modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad hacia otro de naturaleza

respetuosas con el legislador, así como con la jurisdicción ordinaria. Dicha fórmula se concretó con el dictado de las «sentencias aditivas de principio». Ambos autores coinciden en sostener, que a través de esta nueva categoría de pronunciamientos, lo que se buscó fue resolver dos problemas puntuales: En un primer plano, constituía una prioridad el evitar la invasión de la potestad discrecional del legislador por parte de la Corte Constitucional; En un segundo plano, pero no por ello menos importante, se procuró resolver el entuerto que para el juez a quo supone una decisión meramente aditiva. En ese sentido, a partir del dictado de las «sentencias aditivas de principio», la Corte se limita a esbozar principios jurídicos que deben ser desarrollados por el legislador y que, entretanto, pueden ser concretados por los tribunales ordinarios. Sin embargo, no han faltado autores como López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control...opus cit.* p. 145, que han manifestado su rechazo hacia este tipo de técnicas asumidas por la Corte Constitucional italiana, en tanto que, difícilmente podría construir un equilibrio en el triángulo Corte Constitucional – legislador – jurisdicción ordinaria. En palabras de este crítico de las «sentencias aditivas de principio», la primera dificultad con la que sopesa esta nueva técnica, radicaría en la imposibilidad práctica de distinguir entre principios y reglas. Es decir, a partir del estudio de las denominadas «teorías analíticas», rechaza toda existencia de principios bajo el fundamento de que los sistemas normativos sólo son reconducibles a reglas en tanto que la confianza en la existencia de principios se encuentra más próxima a visiones de tipo hermenéutico. Amén de esta primera observación, el segundo óbice que encuentra el autor a esta técnica, es el referido al grado de vinculación de los principios. En efecto, para el tratadista español, si se parte de la idea de concebir a las reglas como elementos normativos más concretos y de aplicación inmediata, y, en lo que concierne a los principios, asumirlos como apreciaciones generales que condicionan la formulación y la aplicación de reglas ulteriores, luego, no resulta lógico sostener que la vinculación a los principios sea menor que la vinculación a las reglas, y esto permite concluir con una crítica hacia la fórmula: La condición de respetar la potestad discrecional del legislador continua sin satisfacerse. De este modo, el empleo de las sentencias aditivas de principio introduce un alto grado de incertidumbre, así como que representa una irresponsabilidad por parte de la Corte, ya que teniendo claro el régimen constitucionalmente obligado a aplicar, la excesiva deferencia al legislador lo que produce es la persistencia de la inseguridad jurídica al ser imprecisa la determinación de la normativa concreta a aplicarse. Todo lo que se gana en respeto hacia la potestad discrecional del legislador se pierde en la efectiva reparación de la inconstitucionalidad.

⁶⁶⁴ Resulta de interés citar las reflexiones y justificaciones esgrimidas en relación a las sentencias aditivas de principio por parte de ex presidentes de la Corte Constitucional italiana, traídos a colación por Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 123. Así para el Presidente Ferri, «en general, la Corte adopta decisiones aditivas de principio cuando a la ilegítima inactividad del legislador corresponde una discrecionalidad suya para suministrar la prestación negada» y que «similar discrecionalidad puede darse incluso en el supuesto de negación de tratamientos que correspondan a libertades fundamentales». Por otro lado, para el Presidente Granata, a través de estos pronunciamientos «se declara la ilegitimidad constitucional de la falta de previsión de un mecanismo idóneo para hacer efectivos los derechos en cuestión, dejando sin embargo al legislador el poder de concretarlo de forma abstracta y habilitando mientras tanto al juez ordinario a encontrar la regla a aplicar al caso concreto en el principio expresado por la Corte».

⁶⁶⁵ En el desarrollo sobre el tema, Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 123, hace referencia a la distinción entre una legislación por reglas y por principios, donde es posible hablar de decisiones «aditivas de principio», de «sentencias mecanismo», así también de «sentencias – delegación» o «aditivas con dispositivo genérico».

bilateral⁶⁶⁶ o multilateral⁶⁶⁷, donde la intervención del legislador y los tribunales ordinarios es imprescindible para restablecer la constitucionalidad.

A través de las sentencias aditivas de principio, la Corte, sólo se limita a detectar el vicio de inconstitucionalidad, pero a la vez, fija un principio general, que deberá ser asumido

⁶⁶⁶ En el caso italiano, que la Corte Constitucional pase del modelo unilateral hacia otro bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, no representó ninguna complicación. Desde luego, si se toma en cuenta la previsión del artículo 136 de la Constitución Italiana, es posible advertir la viabilidad al establecimiento de puentes entre la Corte Constitucional y el Legislativo, al prever expresamente que las decisiones de la Corte Constitucional se comunicarán a las Cámaras y a los consejos regionales interesados, para que si lo consideran necesario, adopten medidas constitucionalmente adecuadas. Dicha disposición constitucional guarda correlato con lo dispuesto en el artículo 30 la ley número 87 de 11 de marzo de 1953, que regula el funcionamiento de la Corte. Y en lo que respecta a la adopción de fórmulas normativas concretas, éstas se encuentran descritas a detalle en los reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado. Es decir, para el caso concreto, el artículo 108 de la Cámara de Diputados prevé una fórmula de seguimiento de las decisiones de la Corte: las decisiones son recibidas por la Comisión competente en la materia sobre la que la Corte se ha pronunciado y por la Comisión de asuntos Constitucionales. El examen de la decisión asumida por la Corte es realizada por una instancia colegiada que cuenta con la participación de un representante del Gobierno, así como de uno o más ponentes designados por la Comisión de asuntos constitucionales competente en la materia. Una vez que se lleva a cabo el estudio de la decisión, éste culmina con la elaboración de un informe en el que se deja entrever la necesidad de iniciativas legislativas y, de ser necesario, se apuntan los lineamientos a tener en cuenta en la elaboración de las futuras disposiciones legislativas. Con estos contenidos, el informe en conclusiones es presentado y puesto en conocimiento del Presidente del Senado, del Presidente del Consejo de Ministros, así como al Presidente de la Corte Constitucional. Un procedimiento similar es el que prevé el artículo 139 (concretamente los artículos 139.1 y 139.2) del Reglamento del Senado de la República, aunque, como bien lo apunta Tucciarelli, C., *Le istituzioni a due marce: Corte costituzionale e Parlamento tra sentenze poco seguite e seguito poco sentito*, en *Quaderni Costituzionali*, 1996, número 2, pp.303 – 308, existe una diferencia entre la normativa del senado en relación a la de los diputados, esta es, que la primera, diferencia entre aquellas decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la norma legal o de un acto con fuerza de ley, del resto de sentencias de la Corte Constitucional, albergando en su normativa un tratamiento distinto para cada caso. Ahora bien, la ausencia de una previsión expresa sobre el tratamiento diferenciado que le dedique el Parlamento a cada una de las decisiones asumidas por la Corte Constitucional, no debiera representar un tema minúsculo, puesto que como bien lo advirtiera una parte de la doctrina italiana representada en este caso por Tucciarelli, C., *Le istituzioni a due marce...opus cit.*, esta situación no hace más que develar la ausencia de directrices por parte del Parlamento para valorar la diversidad de pronunciamientos constitucionales. Luego, «No hay, por decirlo así, un correlato entre la pluralidad tipológica de sentencias y su modo recepción por el Parlamento (confirmándose, de nuevo, que el refinamiento taxonómico no lleva a nada al no observarse la adopción de medidas específicas para cada pronunciamiento por parte de quien, en teoría, se siente incumbido por la fórmula utilizada por la Corte Constitucional». El problema se torna más complejo aún, en aquellos supuestos en los que el Parlamento, no concede la misma atención al tratamiento de sentencias en las que no se produce la declaración de inconstitucionalidad, V. Gr. las previamente analizadas sentencias apelativas sin declaración de inconstitucionalidad o, las sentencias interpretativas de rechazo. En este escenario, cabe la crítica que señala, que la construcción de instrumentos formales de seguimiento, se conciben para situaciones en las que visiblemente se necesita de la colaboración del legislador, empero, el recurso a esta técnica bajo este presupuesto, en vez de contribuir a la instauración de un diálogo entre la jurisdicción constitucional y el legislador, sólo promueve una pseudo relación de intereses. Después de esta reflexión, los intentos por articular una relación entre el legislador y jurisdicción constitucional en un estado constitucional avanzado, deben ser el resultado de una interacción entre ambas instancias estatales, en procura de tender significados constitucionales donde quepa la «colaboración normal»— que va más allá de la mera preocupación por rellenar omisiones inconstitucionales o de cubrir el vacío que en un determinado campo ha dejado la declaración de inconstitucionalidad de la Corte.

⁶⁶⁷ Si bien González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 205 y ss. ubica a las sentencias de principio italianas dentro del modelo bilateral de reparación, por el contrario, para Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas...opus cit.*, p. 443, esta categoría de pronunciamientos (las aditivas de principio), constituyen una «tercera vía» entre las aditivas puras y las soluciones bilaterales (inconstitucionalidad sin nulidad; inconstitucionalidad constatada, pero no declarada).

por el legislador ha momento de reparar la inconstitucionalidad, entre tanto, su concreción se encuentra –aunque con ciertos límites– en manos de los tribunales ordinarios.

A decir de Díaz Revorio⁶⁶⁸, las sentencias aditivas de principio se insertan en la categoría más genérica de las sentencias de «*indirizzò*»⁶⁶⁹, porque enuncian principios directivos dirigidos a asegurar la conformidad de la legislación a los preceptos de la Constitución, aunque en su momento también, Zagrebelsky ya advertía que no debía confundirse a este tipo de pronunciamientos con las advertencias o recomendaciones «*moniti*» al legislador⁶⁷⁰, característico de los pronunciamientos unilaterales del TC.

Al interior de las sentencias aditivas de principio, es posible distinguir a las «sentencias delegación»⁶⁷¹, que se caracterizan por declarar la inconstitucionalidad de la disposición, señalando a su vez el principio que deberá contener la nueva ley. Precisamente, este principio deriva de la Constitución, y como tal debe ser asumida por el legislador. En ese sentido, se desprende que, a diferencia de las clásicas sentencias aditivas, las «sentencias aditivas de principio» cuentan con efectos que tienen el carácter de principio, y no de regla jurídica, esto permite que sean el legislador o la magistratura los llamados a reparar el vicio de inconstitucionalidad tomando en cuenta dicho principio⁶⁷². De ahí que se sostenga que estas sentencias no son «autoaplicativas» al necesitar de la intervención del legislador. Empero, y en forma coincidente con Díaz Revorio⁶⁷³, más allá de las denominaciones, lo que importa resaltar es la existencia de sentencias aditivas con un fallo que establece como «parte aditiva» un principio genérico que debe seguir la posterior intervención legislativa, pero que en algunos casos podrá ir aplicándose con límites por parte de jueces y tribunales. Y es precisamente esta última característica la que las distingue de otros pronunciamientos, que prevén un período interino, donde la decisión no despliega consecuencias jurídicas de ninguna naturaleza.

⁶⁶⁸ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas...opus cit.*, p. 436.

⁶⁶⁹ Vid el trabajo monográfico de Pegoraro, Lucio, *La Corte e il Parlamento. Sentenze – indirizzò e attività legislativa*, Cedam, Padua, 1987.

⁶⁷⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale...opus cit.*, p. 320 y ss.

⁶⁷¹ En relación a este tipo de pronunciamientos, Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas...opus cit.*, p. 436, las cataloga como una categoría más genérica de todas aquellas decisiones estimatorias que establecen un principio cuya concreción y desarrollo se reserva al legislador. Por su parte, Pizzorusso, Alessandro, *Las Sentencias «Manipulativas» del Tribunal Constitucional Italiano...opus cit.*, p. 293 y 294, refiere que el término «sentencias – delegación» es empleado para poner en evidencia algunas analogías que presenta con la «ley de delegación», la que debe contener la indicación de los criterios y principios directivos que el Gobierno debe respetar en la redacción del derecho legislativo delegado, y es así como fue entendida por el Parlamento y el Gobierno, que procedieron a redactar el texto legislativo tomando en cuenta los principios previstos en el pronunciamiento de la Corte. De igual modo, Gutiérrez Zarza, María de los Ángeles, *Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal...opus cit.*, p. 1023 y 1024, afirma que a través de las sentencias – delegación, el TC al declarar la ilegitimidad de las disposiciones vigentes, indica también una serie de principios que deberá observar el legislador al regular nuevamente la materia, situación jurisprudencial que en España, de momento, no se ha conocido experiencia alguna.

⁶⁷² En el razonamiento de Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 123, si bien las sentencias aditivas de principio siguen la misma técnica de las sentencias aditivas clásicas, sin embargo, las primeras, a diferencia de las segundas, no incorporan una regla inmediatamente operante y aplicable, sino que fijan un principio general que debe ser actuado a través de la intervención del legislador, pero al que el juez puede ya, con ciertos límites, hacer referencia en la resolución de los casos concretos.

⁶⁷³ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas...opus cit.*, p. 439.

Si bien es cierto que en el Derecho comparado, países como España y Alemania, promovieron la participación de los tribunales ordinarios en la reparación de la inconstitucionalidad, ha sido en Italia donde la implementación de esta técnica cobró mayor trascendencia, ya sea desde el plano jurisprudencial, así como doctrinal⁶⁷⁴.

González Beilfuss⁶⁷⁵, destaca también que, el desarrollo jurisprudencial de las sentencias aditivas de principio, vendrá a corregir la tendencia iniciada en la década de los ochenta, donde el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad buscaba sentencias con efectos aditivos. En ese sentido, la Corte Constitucional fue inadmitiendo diversas cuestiones de inconstitucionalidad, justificando esta medida con el argumento de que los efectos aditivos solicitados incidirían en la discrecionalidad del legislador, más aún cuando dicha operación no fuese constitucionalmente obligada. Asimismo, la Corte, también recurrió a lo establecido en el artículo 28 de su ley reguladora, para justificar su imposibilidad de realizar «cualquier valoración de índole política, así como cualquier fiscalización sobre el uso de los poderes discrecionales del Parlamento».

De este modo, las sentencias aditivas de principio en Italia, vienen a constituir el punto de equilibrio ha momento de reparar el vicio de inconstitucionalidad, pues a la vez que busca precautelar la primacía constitucional, también promueve el respeto hacia el ámbito funcional de actuación de los diversos órganos constitucionales⁶⁷⁶. Así, en los casos en los que la Corte hizo uso de esta técnica, respetó la competencia del legislador de aprobar el correspondiente mecanismo de actualización, y a su vez se brindaba a los tribunales ordinarios un principio que, mientras se aguardaba a la respuesta normativa del legislador, serviría para responder a los supuestos que se planteasen.

Al igual que en el caso de la reparación unilateral de la inconstitucionalidad, en Italia, la aplicación del modelo bilateral de reparación, tuvo su origen en la práctica jurisprudencial de la Corte Constitucional Italiana. A partir de las sentencias aditivas de principio, éstas surgieron como una evolución de las tradicionales sentencias aditivas, no debiendo considerarlas en consecuencia como una ruptura con las mismas. En ese sentido, se puede determinar, que el fundamento de las sentencias aditivas de principio, radica en el mismo fundamento que justifica la existencia de las sentencias aditivas: La «*a rime obbligate*» por un lado, y la inercia del legislador por el otro⁶⁷⁷. Sin embargo, además de que entre las sentencias aditivas de principio y

⁶⁷⁴ El surgimiento de esta nueva tipología de sentencias fue objeto, como no podía ser de otra manera, de una serie de debates doctrinales, que se ven representados en una serie de escritos, citándose como ejemplo el trabajo de Parodi, Gianpaolo, *La Sentenza additiva a dispositivo generico*, Gianpichelli Editore, Torino, 1996, por otro lado la obra de Anzon Adele, *Nuove tecniche decisorie nella Corte Costituzionale*, GC, 4/1994, pp. 3199 – 3217, así como el trabajo de Romboli, Roberto, *La tipologia de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso...opus cit.*

⁶⁷⁵ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 207.

⁶⁷⁶ Así, la Corte Constitucional Italiana, se limitó a declarar la ilegitimidad constitucional de la norma impugnada «en cuanto» no prevé un determinado principio que debiera ser desarrollado por el legislador, así como por los tribunales ordinarios, mientras el legislador elabora la ley reparadora. Vid por todos, las sentencias 406/1988 (Inconstitucionalidad de preceptos que regulan en canon enfitéutico) y 497/1988 (Inconstitucionalidad de los preceptos que regulan la indemnización por desempleo).

⁶⁷⁷ En forma puntual, Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 125, cita a la Sentencia 243/1993 como una particular sentencia aditiva de principio, que en su momento fue catalogada también como una «sentencia de inconstitucionalidad con delegación al Parlamento», donde la Corte, además de remitir a la motivación los principios y plazos de dicho pronunciamiento, advirtió no poder continuar con las amonestaciones, en cuanto que «una decisión que una vez más remitiese la superación de estas situaciones, que inciden en los valores constitucionales, a la intervención del legislador, solicitada inútilmente durante mucho tiempo, podría aparecer

las clásicas sentencias aditivas, no existe una diferencia sustancial en su fundamento, en la práctica jurisprudencial, tampoco se ha observado distinguos entre este tipo de fallos⁶⁷⁸, y esto se debe precisamente, a que en muchos casos, la Corte no estableció el principio que debía ser desarrollado por el legislador, así como los tribunales ordinarios, como que tampoco emplazó formalmente a estas dos instancias para asumir la corresponsabilidad en el proceso de reparación de la inconstitucionalidad.

Quizá estos problemas puedan justificarse tomando en cuenta que se trataba de una práctica jurisprudencial reciente en el concierto constitucional italiano. Como tal, se suele señalar a la Sentencia 215/1987, como la pionera en la aplicación de las sentencias aditivas de principio. En esta sentencia se trataron cuestiones relativas a la asistencia de los disminuidos físicos a las escuelas medias superiores. A juicio de la Corte, la regulación normativa era inconstitucional en la medida en que preveía que «se facilitará» dicha asistencia, cuando debía «asegurar» la misma. En el razonamiento de la Corte, era posible derivar de la misma Constitución –*a rime obbligate*– una directiva que obligue a las escuelas a no impedir dicho acceso, independientemente de la competencia del legislador de aprobar con carácter de urgencia las disposiciones tendientes a ese fin. Ahora bien, al ser considerado este un primer fallo a través del cual la Corte introduce la técnica de las sentencias aditivas de principio, la doctrina tardó en comprender su dimensionamiento y naturaleza para calificarla como tal. Para Anzon⁶⁷⁹, esta sentencia operó un doble dimensionamiento: Por un lado, determinó la inconstitucionalidad de la norma impugnada, que hacía referencia a que debía facilitarse el acceso a la educación media superior de los disminuidos físicos, y no así a garantizar la misma. Por otro lado, la sentencia exteriorizó un principio por el que se establece que los disminuidos físicos deben tener la posibilidad real de acudir a estos centros de formación, más aún cuando deviene de un imperativo constitucional. Por su parte Parodi⁶⁸⁰, consideró que dicha sentencia se trataba de un precedente particular de las sentencias aditivas de principio, ya sea por el carácter sustitutivo que presenta, así como derivar un derecho subjetivo inmediatamente aplicable, que supera el mero carácter de principio.

Por otro lado se puede citar también la Sentencia 138/1993, referida a la indemnización a los propietarios de inmuebles afectados por servidumbres militares. En su pronunciamiento, la Corte prevé que «el legislador es libre de adoptar los criterios más o menos automáticos para la determinación de la indemnización, comparándolo, por ejemplo, al valor catastral del inmueble (...) o bien en la medida eventualmente correcta resultante del valor de venta con la renta dominial revalorizada (...) siempre y cuando las tarifas de estimación sean establecidas de un modo que produzcan un resultado que, confrontado con aquél parámetro y tenido en cuenta los intereses generales presentes en la medida expropiatoria, pueda considerarse

(...) como una abdicación de las funciones de juez de las leyes y no podría justificarse en la protección de la discrecionalidad del legislador, sino de su inactividad».

⁶⁷⁸ En referencia a este asunto, Parodi, Gianpaolo, *La Sentenza additiva a dispositivo generico...opus cit.*, p. 7, señala que una de las características que identifica a este tipo de fallos (las sentencias aditivas de principio) como un elemento formal, es el carácter indeterminado y genérico de su fallo, aunque el mismo autor luego aclare que dicha característica no sea en realidad, un elemento exclusivo de este tipo de pronunciamientos. Es por eso que esta situación complicó la identificación de este tipo de fallos, afirmación que también es desprendible de la revisión de los distintos trabajos doctrinales, en donde los autores no siempre hacen referencia a los mismos supuestos cuando analizan el dimensionamiento de esta novedosa técnica. Sin duda, esta indeterminación sobre sus características, también repercutirán en relación a los efectos jurídicos que de las mismas se puedan derivar.

⁶⁷⁹ Anzon Adele, *Nuove tecniche decisorie nella Corte Costituzionale...opus cit.*, p. 3206.

⁶⁸⁰ Parodi, Gianpaolo, *La Sentenza additiva a dispositivo generico...opus cit.*, p. 74 y ss.

equitativo». En este caso la Corte, reconoció el ámbito de libertad y discrecionalidad del legislador para la determinación de la indemnización a favor de los propietarios afectados, brindándole algunos parámetros generales a tomar en cuenta.

De igual modo, se cita la Sentencia 288/1994, donde la Corte declara la inconstitucionalidad de la disciplina relativa a la falta de adecuación del subsidio de los trabajadores agrícolas con derecho a un tratamiento especial en casos de desempleo. En dicho pronunciamiento la Corte estableció el siguiente principio: «la congruencia de una prestación asistencial determinada en función de las necesidades cotidianas elementales, como el subsidio de desempleo, no puede ser valorada teniendo en cuenta necesidades pasadas de mayor consistencia, pero sí de modo que permita al trabajador el ahorro». Un otro ejemplo ilustrativo sobre este tipo de pronunciamientos se encuentra en la Sentencia 218/1994, donde la Corte declaró la inconstitucionalidad de los preceptos que no preveían pruebas sanitarias del virus de ceropositividad en la infección de VIH como requisito previo para el desempeño de actividades que implican un riesgo para la salud de terceros. En el razonamiento de la Corte, ésta esgrime un principio en virtud del cual «estas pruebas se justifican, por tanto, en el ámbito de las medidas indispensables para asegurar esa tutela y encuentran un límite infranqueable en el respeto de la dignidad de la persona que puede ser sometida. En este ámbito, el respeto de la persona exige una eficaz protección de la discreción necesaria incluso por concurrir el riesgo a la marginación de la vida laboral o personal».

Como podrá advertirse, al igual que en estos supuestos, la Corte como bien lo señala Groppi, justificó el recurso a este tipo de sentencias aditivas de principio sobre todo, en aquellos supuestos donde el pronunciamiento sobre la legitimidad de la norma, conllevaba repercusiones financieras⁶⁸¹.

Al respecto, la doctrina ha discutido bastante sobre el valor que debe reconocerse al «principio» establecido por la Corte, y en definitiva sobre el carácter autoaplicativo o no de estas decisiones. Por lo pronto, coincidimos con Díaz Revorio⁶⁸², en que las sentencias aditivas de principio pueden permitir la colaboración de los jueces, que podrán en general, aplicar a los casos concretos el principio constitucional, hasta que se produzca la intervención legislativa, debiendo actuar cada una de estas instancias en el ámbito de las competencias que les son reconocidas por el ordenamiento jurídico. Esto implica según Romboli⁶⁸³, que el legislador ha

⁶⁸¹ Ya Groppi, T., *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalla decisioni della Corte Costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, en Constanzo, P., (coord.) *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 1996, pp. 269–284, describía que, al interior de la estructura organizativa de la Corte, se ha apostó por la creación de una oficina de estudio, dependiente del Presidente, cuya finalidad radicaba en la evaluación preventivamente de las consecuencias económicas de las sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes. Esta instancia de la Corte se encargaba de analizar las disposiciones afectadas, el cálculo del coste de la decisión atendiendo a su posible impacto en el contexto económico, la posible adopción de mecanismos de modulación de aplicación temporal de los efectos de la sentencia, entre otras cosas. De este modo, se deja entrever el grado de conciencia asumido por la Corte acerca de las circunstancias de carácter económico que apareja el dictado de sentencias al interior del juicio de constitucionalidad, situación ésta que, desde luego, obliga a la Corte, ha asumir un estudio que va más allá de las consideraciones jurídicas y que, dependiendo de la evaluación económica previa al acto de dictar la sentencia, la orientación del pronunciamiento puede variar o, al menos, pueden variar sus efectos.

⁶⁸² Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas...opus cit.*, p. 438.

⁶⁸³ Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 123.

de elaborar una nueva disciplina conforme a la Constitución, y al tiempo encomienda a los jueces la labor de individualizar la regla del caso concreto aplicable en lugar de aquella declarada inconstitucional.

La articulación de este nuevo tipo de pronunciamientos también planteó otro tipo de problemas que son identificados por Romboli⁶⁸⁴. Así en primer lugar se suscita el problema de los límites en cuanto a su aplicabilidad, es decir, no siempre es posible (desde el punto de vista técnico) extraer un principio para indicar en la motivación de la sentencia estimatoria. Pero si acaso pudiese extraerse el principio establecido por la Corte, debe considerarse si el mismo es «determinable» por parte del juez, o bien, en ausencia de una intervención del legislador que vaya a concretarlo, sea «indeterminable»⁶⁸⁵. En el primer supuesto, la nueva interrogante que surge radica en ¿cómo es posible esta determinación por el juez, cuando el TC consideró no poder hacerlo él mediante una sentencia aditiva autoaplicativa clásica, en cuanto que la solución no se extraía directamente del ordenamiento, es decir no era de *rime obbligate*? En el segundo supuesto donde se presenta la indeterminación del principio, deberá de trabajarse en el acuerdo entre Corte Constitucional y Parlamento, y así promover la dinámica actuación del legislador.

En lo que se refiere al ámbito de su eficacia⁶⁸⁶, el riesgo latente en la aplicación de este tipo de pronunciamientos, es el de la «doble paralización», ya que por un lado, al declararse la inconstitucionalidad del régimen jurídico, éste no es mas aplicable debido al efecto *erga omnes* típico de las sentencias estimatorias. Por otro lado, el juez ordinario no se encuentra obligado a concluir el proceso hasta que no exista una efectiva intervención del legislador. Autores como

⁶⁸⁴ Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 126 y 127.

⁶⁸⁵ En opinión de Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Costituzionale e il legislatore...*, *opus cit.*, pp. 141, las sentencias aditivas de principio, podían presentar en su fórmula, contradicciones que desvirtuarían su esencia y finalidad. Así, si lo que se buscaba a través de este tipo de pronunciamientos, era respetar la voluntad del legislador para que él desarrolle los principios fijados por la decisión de la Corte Constitucional, luego, cuando a su vez se permite la participación de los tribunales ordinarios al concretar la reparación de la constitucionalidad en base a los fundamentos esbozados por la Corte, está claro que existe una inviabilidad funcional y práctica. Es decir, si la finalidad –prima facie– era respetar el ámbito de discrecionalidad del legislador, difícilmente podría luego confiarse a los tribunales ordinarios la concreción de la norma, aunque fuese esta en forma provisional.

⁶⁸⁶ En los estudios de Catelani, E., *Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale...* *opus cit.*, p. 154, y Politi, F., *Effetti di una sentenza additiva «di principio»...* *opus cit.*, p. 2198, se advertía acerca de las serias disfuncionalidades que presentaba la eficacia de las sentencias aditivas de principio en relación al resto de los jueces ordinarios. Para estos autores, las reacciones por parte de la magistratura ordinaria hacia una sentencia aditiva de principio no siempre eran uniformes: Así, mientras que para un sector de la judicatura ordinaria el pronunciamiento de la Corte Constitucional representaba meros efectos de estímulo sobre el legislador sin que los principios operen de ningún modo en los casos enjuiciados, es decir, que el juez ordinario entienda la sentencia aditiva de principio simplemente como una admonición al legislador sin que el mismo juez se implique en la operación de individualización de la norma, para otro sector de la magistratura ordinaria, el juez debía reconocer de manera inmediata los intereses que se protegían en los principios dictados por la Corte Constitucional. Es al interior del primer supuesto, que surge la doctrina de la suspensión, en virtud a la cual el juez no debe pronunciarse hasta que el legislador no intervenga con las consecuentes alteraciones que, desde el punto de la seguridad jurídica y de la estabilidad interpretativa, pueden sucederse. De este modo, los estudiosos italianos admiten que la disparidad de opciones acerca de cómo los jueces ordinarios deben recibir las sentencias aditivas de principio, reflejan claramente a ésta como una consecuencia necesaria de la ausencia de criterios en la determinación del efecto de los mencionados fallos, y lo que es peor aún, que esta situación inevitablemente supone un verdadero solapamiento con la potestad discrecional del legislador no por parte de la Corte, sino por parte de los jueces y tribunales.

Crisafulli⁶⁸⁷ y Zagrebelsky⁶⁸⁸, acusaron a la ausencia de respuesta del legislador como fundamento para que la Corte asuma decisiones en las que se advierte una actividad creativa. En efecto, si lo que se busca a través de las sentencias aditivas de principio es resolver por la vía institucional lo que en su momento podía considerarse como dejadez política, este objetivo será difícil de alcanzar en tanto no se haya comprendido el significado de la «cultura de la relación», tornándose en estéril, cualquier práctica cooperativa que busque afianzar las relaciones y el diálogo interinstitucionales⁶⁸⁹. Y por último, la necesidad de un mayor vínculo entre las decisiones de la Corte Constitucional y el legislador para adoptar este tipo de pronunciamientos implica introducir mecanismos de seguimiento y coordinación⁶⁹⁰, no fáciles de llevar a cabo tomando en cuenta el escenario en el que se desenvuelven ambas instancias⁶⁹¹.

Otras críticas surgidas en relación a las sentencias aditivas de principio, recaen en el considerable grado de indeterminación de su esencia, que como se vio, afecta a su identificación, su régimen jurídico, e incluso su denominación por parte de la doctrina⁶⁹². En razón a estas observaciones, se llegó a cuestionar si las sentencias aditivas de principio existen propiamente como una nueva categoría, y ello tomando en cuenta la rapidez con la que la doctrina italiana suele tipificar las diversas formas de los pronunciamientos constitucionales que desarrolló a lo largo de la historia.

Si bien las observaciones son puntuales y en muchos casos generales, los beneficios que otorga la aplicación de este tipo de pronunciamientos puede equilibrar la balanza a favor de su práctica. Así el profesor Díaz Revorio, apunta que los beneficios que brinda este tipo de sentencias se centran en tres factores fundamentales: Permite evitar que, en aquellos supuestos donde la «solución constitucionalmente obligada» es genérica o se reduce a la aplicación de un principio, la Corte se exceda en sus funciones para evitar generar un vacío normativo. De igual modo, la Corte, al dictar un principio orientativo, soslaya a su vez el establecimiento de un período interino donde se tenga que tolerar la aplicación de un régimen jurídico inconstitucional, o por otro lado, la suspensión de los procedimientos en los que podía ser aplicado dicho régimen generarían mayores situaciones de inconstitucionalidad dada la

⁶⁸⁷ Crisafulli, Vezio, *Lezioni...opus cit.*, p.107.

⁶⁸⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Costituzionale e il legislatore, opus cit.*, p. 118.

⁶⁸⁹ En opinión de Cascajo Castro, José Luis, en AA.VV *Los procesos constitucionales*. Segundo simposio de Derecho Constitucional. CEC, Madrid, 1992, p.56, «Falta un cuidado y puntual seguimiento de las sentencias constitucionales. Ni siquiera existe, como en otras latitudes, una comisión parlamentaria dedicada a tal efecto, que supondría sin duda una estimable ayuda en el trabajo legislativo.»

⁶⁹⁰ Si bien es cierto que el empleo de sentencias aditivas de principio requiere de un mayor vínculo entre las resoluciones de la Corte Constitucional y el legislador, Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 127, señala como una de las medidas tendientes a conseguir dicho fin, la creación de una «Oficina para el seguimiento de las sentencias» al interior de la corte Constitucional, dependiente de la Oficina del Maximario, cuya función radica en el señalamiento (recordatorio) a las oficinas del Secretariado de la Presidencia del Consejo de Ministros y de la Presidencia de las dos Cámaras, así como a los secretarios de las Comisiones Parlamentarias de Asuntos Constitucionales y de Presupuesto, los pronunciamientos que prevén invitaciones o amonestaciones dirigidas al legislador a fin de modificar, o enmendar determinados regímenes jurídicos.

⁶⁹¹ En la concepción de Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas...opus cit.*, p. 443, la mayoría de las dificultades señaladas, sólo afectan a los supuestos en los que el principio derivado de la constitución sea demasiado inconcreto o halle difícil aplicación directa.

⁶⁹² Por ello, Parodi, Gianpaolo, *La Sentenza additiva a dispositivo generico...opus cit.*, p. 7, apunta también otras denominaciones para las aditivas de principio, como ser: «sentencia aditiva con fallo genérico», o también «sentencias – mecanismo», y que dichas denominaciones no son neutrales en la medida en que suelen predeterminar el régimen jurídico de este tipo de sentencias.

inseguridad jurídica que ello puede representar. Además, las sentencias aditivas de principio, constituirían el instrumento más adecuado para hacer frente a aquellos supuestos en los que no es posible determinar o contar con una *rime obligate* concreta, pero sí de forma genérica, desprendiendo un principio genérico derivado de la Constitución, de modo tal que esa «solución obligada», si bien consienta otras alternativas, permita también una aplicación genérica provisional⁶⁹³.

Independientemente, y más allá de los cuestionamientos sobre su naturaleza y dimensión, lo que se debe rescatar de esta nueva técnica de la Corte Constitucional italiana, es el paso que da con ésta, del modelo unilateral al bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, donde la Corte busca hacer corresponsables al legislador y a los tribunales ordinarios del proceso de reparación de la inconstitucionalidad, aspecto éste que sin duda no sólo genera muchas expectativas en la doctrina italiana, sino que también llama la atención de otros países que buscan reproducir dicho modelo.

5. ESPAÑA Y LAS PRIMERAS EXPERIENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL MODELO BILATERAL.

En el caso español, su jurisprudencia constitucional presenta un reducido número de sentencias que corresponden al sistema bilateral de reparación de la inconstitucionalidad⁶⁹⁴. Esta situación se explica en primer lugar, debido a la corta experiencia del control de constitucionalidad a comparación del resto de los Estados europeos que introdujeron un sistema concentrado de control de constitucionalidad. En segundo lugar, es necesario tomar en cuenta que en España, por regulación constitucional, así como por Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se introduce la rigidez del binomio inconstitucionalidad – nulidad y los efectos *ex tunc* de dichos pronunciamientos. Por otro lado, un último factor relacionado con el escaso desarrollo del modelo bilateral, radica en la falta de comunicación y diálogo entre el Tribunal Constitucional y las demás instituciones del Estado, especialmente con las Cortes Generales. En su lugar, se encuentra la ausencia de instrumentos formales de seguimiento de las sentencias constitucionales o conductas, que en vez de articular un diálogo interinstitucional lo único que hacen es abrir más la brecha comunicativa entre éstos, tal el caso del recurso a los Decretos – Ley por parte del Gobierno, para hacer frente a los efectos de determinadas sentencias constitucionales⁶⁹⁵.

Pese a estas situaciones, el Tribunal Constitucional español (TCE), pudo advertir los problemas estructurales que acarrea la aplicación estricta del paradigma del legislador negativo, y mucho más cuando constató que la nulidad, a la vez que no resolvería nada, crearía mayores situaciones de inconstitucionalidad (al crear un vacío normativo o lo es lo mismo el

⁶⁹³ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas...opus cit.*, p. 443.

⁶⁹⁴ Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión...opus cit.*, p. 269, sostiene que el mecanismo utilizado al efecto, es la cuestión de inconstitucionalidad, y que junto de amparo contra leyes, han venido a constituirse el cauce natural de colaboración entre ambas jurisdicciones (la constitucional y la ordinaria).

⁶⁹⁵ Vid las SSTC 19/1987 (Contribuciones Territoriales), 179/1994 (Cámaras de Comercio – I) y 185/1995 (Precios Públicos), en los cuales el Gobierno dictó los siguientes Decretos – Leyes 1/1987, 37/1995, y 2/1996, para contrarrestar los efectos de dichas sentencias.

«horror vacui»⁶⁹⁶) que tolerar la expulsión de la norma declarada inconstitucional. A esto debe sumarse también el influjo de la doctrina que va reclamando una conducta por parte del TCE más abierta y de diálogo hacia los poderes públicos del Estado. En esa línea se ubica al

⁶⁹⁶ Como bien sostiene Díez-Picazo, Luis María, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, p. 235, independientemente de que se prediquen los efectos ex *tunc* de la declaración de inconstitucionalidad, la expulsión del ordenamiento de una ley inconstitucional no hace por sí misma que revivan las normas por ella derogadas, creándose de este modo, un vacío normativo. Este razonamiento ya fue expuesto previamente por Kelsen, Hans, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 5, 1929, p. 71, para quien la anulación lleva consigo un vacío jurídico, y que al igual que como Díez-Picazo, suele aceptarse por la mayoría de los autores que se han ocupado del tema: los efectos de la derogación son, como regla, irreversibles. Por lo mismo conviene detenernos acá, para reflexionar y dilucidar la excepción a esta regla, resaltada por el propio Kelsen, y que viene constituida por los supuestos en los que la ley anulada tiene como única finalidad la derogación de la norma hasta entonces en vigor, es decir, la ley es nula si el legislador carece de competencia o si se han producido defectos graves de procedimiento—, la lógica impide aceptar la validez del único efecto producido: la derogación del Derecho anterior. En ese sentido, esta conclusión también es válida para aquellos en los que, no siendo la ley meramente derogatoria, la declaración de inconstitucionalidad afecta — bien directamente, bien por conexión o consecuencia (artículo 39.2 LOTC)—, a la disposición derogatoria. V. Gr. véase cómo el TCE asumió este criterio en la STC 61/1997, de 20 de marzo, en la que el Tribunal extendió la declaración de inconstitucionalidad a la Disposición derogatoria primera de la Ley del Suelo por entender que si «la cláusula de supletoriedad no es una fuente atributiva, en positivo, de competencias estatales, ni aun con carácter supletorio, tampoco puede serlo en negativo; esto es, tampoco puede ser un título que le permita al Estado derogar el que era su propio Derecho, en esta caso sobre urbanismo, pero que ya ha dejado de serlo o, más exactamente, que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo (aun con eficacia supletoria) o para derogarlo» (FJ. 12.^o). Ahora bien, en criterio de Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho...opus cit.*, p. 49, si se asume, desde esta perspectiva, la posibilidad de que, bajo ciertas condiciones, se produzca la reviviscencia del Derecho derogado por la ley declarada inconstitucional, ahora cabe cuestionarse acerca de cuál es el órgano encargado de determinar la norma o normas que recuperan su vigencia. Uno de los supuestos que puede trabajarse es aquel en el que la disposición derogatoria señala expresamente las normas que perderán su vigencia con la entrada en vigor de la ley, de la propia sentencia constitucional se deducirá sin ninguna dificultad y sin necesidad de pronunciamiento expreso qué normas vuelven a estar en vigor. Empero, si por el contrario, la disposición derogatoria contiene, una referencia genérica a la derogación de las normas contrarias a lo dispuesto en la ley, serán los jueces ordinarios los que, casuísticamente, deberán determinar el Derecho vigente: Aquí se reconoce la competencia que les corresponde a jueces de resolver el vacío, no siendo el Tribunal, el competente al efecto. Luego, para Díez-Picazo, Luis María, *La derogación de las leyes...opus cit.*, p. 252, no puede dejarse de lado, supuestos en los que, en situaciones como las descritas, la ley que recupera su vigencia sea en todo o en parte contraria a la Constitución. Lo que correspondería en tales casos, es que el Tribunal Constitucional, ex artículo 39.1 de la Ley Orgánica, excluya la reversión del efecto derogatorio de la ley inconstitucional. Aunque cabe recordar también, que el mencionado artículo no permite extender la inconstitucionalidad a preceptos contenidos en leyes distintas de la que es objeto de control. En consecuencia, la solución a esta situación, pasa por dejar a los jueces y tribunales ordinarios, que planteen la cuestión de inconstitucionalidad cuando entiendan que uno o más preceptos de la ley rediviva que deben aplicar son inconstitucionales. La doctrina, partiendo en los razonamientos de Kelsen, Hans, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit...opus cit.*, p. 72, entiende que fuera de estos supuestos no parece posible admitir que la declaración de inconstitucionalidad de la ley pueda anular la derogación producida con su entrada en vigor, en tanto que un razonamiento distinto, nos conduciría a un serio riesgo al provocar situaciones de vacío normativo no deseables. Por ello, para evitarlo, Kelsen defendía la posibilidad de diferir la eficacia de la declaración de nulidad, aunque también apuntaba como posible solución el facultar al Tribunal Constitucional para que pudiera acordar la entrada en vigor del Derecho que estuvo vigente hasta la aprobación de la ley inconstitucional. El primer planteamiento sólo admite cabida en el sistema constitucional y legal español, con un carácter muy excepcional, y al que se hará referencia en el desarrollo del presente apartado, y en lo concerniente al segundo planteamiento, ello supondría reconocer al Tribunal facultades que no comulgan con la función que la Constitución le encomendó. Quizá por ello, lo más viable sea que, advertida la inconstitucionalidad y expulsada ésta del ordenamiento jurídico, sean los jueces los llamados a determinen el Derecho aplicable en cada caso.

eminente jurista Jiménez Campo⁶⁹⁷ como uno de los propulsores que defiende la participación del legislador y los tribunales ordinarios en la reparación de la inconstitucionalidad de forma conjunta. A este mecanismo, el autor se refiere en sus varios escritos como «reparación mediata de la inconstitucionalidad», que desde luego vendrá a constituir la base teórico – doctrinal sobre la que otros autores también apoyarán la incorporación del sistema bilateral dentro del sistema de control de constitucionalidad español⁶⁹⁸.

A partir de estos discursos y pedidos desde la doctrina, es en la jurisprudencia del TCE donde se abre campo la reparación bilateral de la inconstitucionalidad. En esta línea, el TCE ya no se limita a realizar simples recomendaciones hacia el legislador o a los tribunales ordinarios para que asuman su papel en la reparación del vicio de inconstitucionalidad, ahora el TCE realiza emplazamientos directos al legislador y/o a los tribunales ordinarios para que actúen cada uno y según sus atribuciones en la reparación de la inconstitucionalidad.

Como una de las primeras sentencias dictadas por el TCE, que se ubican dentro del modelo bilateral, se cita a la STC 36/1991, donde el TCE declaró la inconstitucionalidad sin nulidad del precepto que regulaba el «procedimiento corrector de menores». El TCE consideró en este caso, los problemas que podrían derivarse de la situación del vacío normativo generado si además se declarase la nulidad de dicho precepto. Por ello, el TCE recordó al legislador la «imperiosa necesidad» de reformar la legislación tutelar de menores, emplazando a su vez a los tribunales ordinarios a llenar el vacío normativo, tomando en cuenta la jurisprudencia constitucional y la Convención de los Derechos del Niño, hasta que el legislador responda normativamente. En este caso, el legislador, aprobó la Ley Orgánica 4/1992, que modificó el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores en fecha 5 de junio, es decir, después de haber transcurrido más de un año desde que el TCE lo emplazara.

De esta forma, el TCE, lo que hace es evitar los problemas suscitados ya sean desde la perspectiva del paradigma del legislador negativo, como los que acarrea la aplicación misma del modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad, que recaen precisamente en las dificultades técnicas y funcionales.

Un otro antecedente rescatable de la jurisprudencia constitucional española, se encuentra en la STC 45/1989 Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), que fue la primera en fundamentar dogmáticamente la ruptura del binomio inconstitucionalidad – nulidad⁶⁹⁹, previsto en el artículo 39.1 de la LOTC⁷⁰⁰. En el Fundamento Jurídico Undécimo de

⁶⁹⁷ Vid a Jiménez Campo, Javier, *Qué hacer con la ley inconstitucional*, en VV.AA., *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*. Actas de las II jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 15 – 99, así también su obra «Analogía «secundum Constitutionem»», RCEC, núm. 13, 1992, pp. 9 – 30, y también su estudio *La declaración de inconstitucionalidad de la Ley*, en Jiménez Campo, Javier y Rubio Llorente, Francisco. *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*. McGraw–Hill, Madrid, 1998, en cuyas obras, el autor hace referencia a la necesidad de introducir un sistema de «reparación mediata» de la inconstitucionalidad de la ley.

⁶⁹⁸ Vid Aja Eliseo y González Beilfuss Markuz, Conclusiones generales, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador...opus cit.*, así también González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, y Gascón Abellán, Marina, *La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción*, REDC, núm 41, 1994, pp. 63 – 87.

⁶⁹⁹ Es necesario precisar, que el TCE estableció en su parte resolutive por un lado, la declaración de inconstitucionalidad con nulidad de los artículos 7.3, 31.2 34.3 y 6 de la ley 44/1978 y, por otro lado, la declaración de simple inconstitucionalidad sin nulidad del artículo 4.2 y 24b) de la misma ley.

esta sentencia, el TCE razonó de la siguiente forma: «la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos casos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de este, sino en su omisión». Precisamente, fue este supuesto el que se presentó en los arts. 4.2 y 44.b) de la Ley del IRPF, cuya inconstitucionalidad derivaba de la ausencia de cualquier posibilidad de que los miembros de la unidad familiar tributasen separadamente y que la celebración del matrimonio durante el año fiscal pudiese ser incluida entre los supuestos de reducción del periodo impositivo, respectivamente. Así, el fundamento jurídico para prescindir del binomio inconstitucionalidad–nulidad, del artículo 4.2 de la Ley del IRPF, tuvo un carácter técnico, que residía en la imposibilidad de anularlo, pues su inconstitucionalidad no descansaba en lo que disponía, sino más bien en la ausencia de cualquier posibilidad de presentar declaraciones separadas cuando la tributación conjunta implicase un incremento injustificado de la carga tributaria⁷⁰¹. Por ello, el TCE en su FJ 12, convocó al legislador para que lleve a cabo «las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa». Sin duda, el TCE es consciente que la declaración de nulidad de dichas disposiciones no repararía la inconstitucionalidad del mencionado sistema normativo, más por el contrario, al evitar la creación de un vacío normativo, evitó también la alteración del impuesto respecto a las liquidaciones de los años anteriores que no estuviesen consolidadas, o que habiéndose afianzado, no permitía su revisión. Cinco meses más tarde, el legislador respondió a la convocatoria del TCE con la aprobación de la Ley 20/1989, de adaptación del IRPF y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio, Ley que al ser recurrida, a través de la STC 146/1994 se volverá a adaptar el IRPF⁷⁰².

⁷⁰⁰ Precisamente la STC 145/1989, en su FJ 11º, el TCE establecía que, «Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento». Aunque en comentario a dicha sentencia, Bocanegra Sierra, Raúl, *Sobre el alcance objetivo de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1991, p. 527, afirma que, si bien la jurisprudencia constitucional española reprodujo la experiencia del TCFA de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, salvo se modificase en tal sentido el artículo 39.1 LOTC, la declaración de inconstitucionalidad de una Ley sin la consiguiente afirmación de la nulidad de la misma resulta de cuestionable viabilidad en el sistema español. Este mismo razonamiento se desprende del mismo FJ 11º de la citada sentencia, al señalar que «la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad», pero el TCE a su vez, prevé una salvedad a esta regla, aplicable «en aquellos casos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión».

⁷⁰¹González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 216 y 217, advierte también que, más allá de que la sentencia 45/1989 sea una de declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, la misma sentencia, de manera coetánea anuló aquellos preceptos que establecían la acumulación de rentas, la responsabilidad solidaria de la deuda tributaria, y la presentación de declaraciones conjuntas por parte de los diversos integrantes de la unidad familiar, debido a que su inconstitucionalidad derivaba de aspectos concretos de su respectivo régimen jurídico. En ese sentido, el doble dimensionamiento de esta sentencia, no generó diferencias en relación a los efectos temporales de la sentencia. El TCE en forma expresa determinó que ninguna de las normas inconstitucionales fueran aplicadas al ejercicio fiscal de 1988, como tampoco se pudieron revisar las liquidaciones de los años anteriores que quedaron consolidadas.

⁷⁰² Entretanto, la Secretaria General de Hacienda tuvo que dictar una resolución de fecha 28 de febrero, con la finalidad de orientar a las administraciones tributarias, y para ello, solicitó la paralización de todas las actuaciones administrativas, «No obstante, entretanto no hayan entrado en vigor las modificaciones o adaptaciones normativas en las disposiciones propias del impuesto derivadas de la sentencia del TC, de 20 de febrero de 1989, lo órganos en cada caso competentes de la Administración tributaria se abstendrán de practicar liquidaciones provisionales o definitivas, relativas al impuesto sobre la Renta de las personas físicas por los

También resulta de gran interés e importancia el análisis de la STC 96/1996 (Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito), donde una vez más, el TCE buscó aplicar el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad. En este caso, el TCE declaró la inconstitucionalidad del artículo 42 de dicha Ley «por no limitar las bases fijadas por el Estado respecto a la disciplina e intervención de las entidades financieras que no sean Cajas de Ahorro o Cooperativas de Crédito». En el razonamiento del Tribunal, esta omisión implicó una negación implícita de las competencias autonómicas sobre la ordenación del crédito y la banca, pues las bases estatales para su concreción impedían la actuación de las Comunidades Autónomas (CC.AA.) recurrentes⁷⁰³. La particularidad de este caso radicaba en que la omisión no podía ser reparada ni ampliando la extensión de las facultades de las CC.AA., ni mediante una determinación adoptada por el TCE, así se del FJ 22, se desprende que «...este Tribunal no debe entrar siquiera a examinar cuál haya de ser la regulación básica de las potestades de disciplina e intervención respecto a las entidades de crédito que no son Cajas de Ahorro o Cooperativas de Crédito. Ese juicio implicaría la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y por ende la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción del Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde». En ese sentido, la sentencia sólo declaró la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, y a su vez, emplazó en forma expresa a las Cortes Generales para reparar el vicio de inconstitucionalidad «dentro de un plazo de tiempo razonable».

Si bien a través de esta sentencia el TCE por primera vez decide ir más allá del emplazamiento genérico y en su lugar hace alusión a un periodo de tiempo en el cual el legislador debía responder normativamente, en el caso concreto, el legislador hizo caso omiso de esta convocatoria, lo que motivó al TCE a pronunciarse en una segunda oportunidad a través de la STC 235/1999 (Adaptación a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria), sobre el Título I de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, señalando que su artículo 42, era inconstitucional en relación a los establecimientos financieros de crédito⁷⁰⁴. En esta sentencia, el TCE aprovechó para señalar que «el transcurso de más de tres años (...) desborda, como es notorio, el criterio de un tiempo razonable para acomodar la norma a la Constitución...». Ante la inercia del legislador, el TCE reiteró en emplazamiento hacia el legislador, advirtiéndole que en una próxima vez, se establecería un plazo temporalmente limitado, en el cual el legislador se encontrará compelido a responder normativamente.

En esa misma línea, las SSTC 96/1996 (Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito) y 235/1999 (Adaptación a la Segunda Directiva de Coordinación

periodos impositivos mencionados, así como de resolver recursos de reposición pendientes contra liquidaciones de esta clase. Estas liquidaciones o resoluciones serán dictadas una vez promulgadas aquellas modificaciones o adaptaciones normativas de acuerdo con las mismas, notificándose a los sujetos pasivos».

⁷⁰³ La STC 96/1996, declaró la inconstitucionalidad del artículo 42 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, «en cuanto desconoce las competencias en la materia de las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Cataluña respecto a otras entidades de crédito distintas a las Cajas de Ahorro o a las Cooperativas de Crédito».

⁷⁰⁴ La sentencia 235/1999, declaró que la remisión al Título I de la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, infringía las competencias en la materia de Comunidad Autónoma de Cataluña en relación a los establecimientos financieros de crédito.

Bancaria), basan y fundamentan la aplicación del modelo bilateral en los fundamentos esgrimidos por primera vez en la STC 45/1989 (IRPF), cuales son: que la declaración de nulidad habría provocado un vacío normativo mucho más perjudicial sobre el régimen sancionador de los estados financieros de crédito; y por otro lado, la nulidad debía recaer necesariamente sobre un texto normativo o disposición, que es lo que precisamente se encuentra ausente en estos supuestos presentados.

Dentro del modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad es posible ubicar también a la STC 222/1992 (Subrogación arrendaticia de las parejas de hecho)⁷⁰⁵. En este caso, el TCE amplió el derecho a la subrogación «*mortis causa*» regulado en el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a favor de las maritales de hecho⁷⁰⁶. Así, el TCE consideró que de la regulación de la mencionada ley, se desprendía una omisión discriminatoria en relación a las parejas de hecho, al excluirlas del derecho a subrogarse el arrendamiento al fallecimiento del conyuge. Para tal fin, el Tribunal recurrió a la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, tomando en cuenta el problema técnico expuesto en las SSTC 45/1989 (IRPF), 96/1996 (Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito), y 235/1999 (Adaptación a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria), y considerando también «que la decisión del Gobierno de impulsar la extensión del derecho de subrogación a las parejas de hecho pudo tener alguna incidencia en la misma»⁷⁰⁷. Previendo estas circunstancias, el TCE se limitó a reconocer el derecho de subrogación «a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido», dejando de lado la concreción de los requisitos que debían ser cumplidos por las parejas de hecho para que le sea reconocido dicho derecho, dejando su precisión en manos del legislador, y quitando los obstáculos que pudieron derivarse del principio de legalidad, posibilitó de igual manera a los tribunales ordinarios el reconocimiento del derecho a las personas que hubiesen cumplido dichos requisitos.

Años más tarde, será con la aprobación de la Ley 29/1994, de fecha 24 de noviembre inherente a Arrendamientos Urbanos, de fecha 24 de noviembre, que el legislador brinde una respuesta normativa a la STC 222/1992, pues en su texto recoge el derecho de subrogación a la pareja de hecho del arrendatario fallecido que, con independencia de su orientación sexual, haya convivido al menos durante los dos últimos años con el mismo.

Ahora bien, considerando su contemporaneidad, es necesario también, citar a las SSTC 195/1998 (Reserva Natural de Santoña)⁷⁰⁸ y 208/1999 (Tribunal de Defensa de la

⁷⁰⁵ En el razonamiento de Vecina Cifuentes, Javier, *Las sentencias «aditivas» del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 485, la sentencia sobre la subrogación arrendaticia, es un claro ejemplo de una interpretación a *rime obbligate*, pues a través de ella se busca la realización de ciertos principios rectores que se desprenden de la Constitución española, entre ellos: el artículo 39.1 CE relacionado a la protección por los poderes públicos de la familia —no sólo la matrimonial sino también la nacida al margen de dicho instituto—, como el previsto en el artículo 47, CE que reconoce el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada para todos los españoles.

⁷⁰⁶ En efecto, en dicho pronunciamiento, el TCE, declaró la inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la LAU, en la medida en que este precepto permitía únicamente la subrogación *mortis causa* del cónyuge superviviente del arrendatario, planteándose en tal sentido su disconformidad con la Constitución, al no prever la subrogación *mortis causa* del que hubiere convivido *more uxorio* con el arrendatario. De esta forma se desprendía una discriminación de las parejas no casadas (matrimonios de hecho) frente a las matrimoniales en relación a la mencionada subrogación.

⁷⁰⁷ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 220.

⁷⁰⁸ El supuesto que resuelve esta sentencia reviste ciertas peculiaridades, pues se trata de un recurso de inconstitucionalidad suscitado contra el ya derogado artículo 21.3 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y la flora y la fauna silvestres, y los artículos 2 y 3 y el anexo de la Ley

Competencia), pues en ellas, el TCE al emplear la técnica que difiere la entrada en vigor de la nulidad del precepto declarado inconstitucional, hasta que sea el legislador quien repare el vicio de inconstitucionalidad, prescindiendo de la nulidad como tal.

En el primer caso, el TCE reconoció que la Ley Estatal 6/1992, de 27 de marzo, que declara la Reserva Natural de Santoña, invade las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria, el Tribunal admitió que su nulidad hubiese implicado el fin de toda la protección medioambiental de la misma, y unos efectos perjudiciales que, en su razonamiento textual señala «no pueden resultar indiferentes desde la perspectiva constitucional». Si se toma en cuenta que el interés primordial de la Comunidad de Cantabria era ver reconocida su competencia, y su voluntad por defender dicha reserva natural, dichos intereses se habrían visto frustrados si se dictaba una sentencia anulatoria. Por ello, el Tribunal vio necesario emplear la técnica por la cual se difería hacia el futuro la eficacia de la declaración de nulidad. Así el FJ 5, establece que, «la inmediata nulidad de la Ley 6/1992, podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones⁷⁰⁹ a los intereses generales⁷¹⁰ en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas(...) para evitar estas consecuencias, la declaración de inconstitucionalidad (...) no debe llevar aparejada la inmediata declaración de nulidad, cuyos efectos quedan diferidos al momento en que la Comunidad Autónoma dicte la pertinente disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente».

6/1992, de 27 de marzo, por la que se declara Reserva Natural de las Marismas de Santoña y Noja, dictada sobre la base de dicha norma. De este modo, tomando en cuenta que el carácter básico del artículo 21.3 de la Ley 4/1989 fue declarado inconstitucional mediante la STC 102/1995, así como de que, posteriormente, la Ley 41/1997, de 5 de noviembre, que modificó la Ley 4/1989, lo derogó y esto supone que, desde aquel entonces, la declaración y gestión de los espacios naturales protegidos sitios en la zona marítimo – terrestre ya no se atribuye en todo caso al Estado, el Tribunal dirige el objeto del recurso a los preceptos de la Ley 6/1992, de caso único, y llega a un pronunciamiento de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados de la Ley 6/ 1992, y de todos los demás, por conexión.

⁷⁰⁹ Cuando se hace referencia a los graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego, el TCE en su FJ 5º de la STC 195/1998, precisó que dichos intereses «trascienden el plano nacional, como lo demuestra el contenido de la Sentencia de 2 de agosto de 1993(Asunto C-355/1990, Comisión versus España), del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por la que se condena al Reino de España, al no haber clasificado las marismas de Santoña como zona de protección especial y no haber adoptado las medidas adecuadas para evitar la contaminación o el deterioro de los hábitats de dicha zona», es decir, se acusaba a España por incumplimiento de la Directiva 79/ 409/CEE, del Consejo, de 2 de abril, relativa a la conservación de las aves silvestres, de obligatoria aplicación desde el 1 de enero de 1986, situación esta que desde luego, agravaría aún más la situación de inconstitucionalidad.

⁷¹⁰ En opinión de Tejedor Bielsa, Julio, *Inconstitucionalidad y nulidad demorada. ¿Paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad? La STC 195/1998*, de 1 de octubre, en Revista de Derecho Administrativo, núm. 101, enero – marzo, Civitas, Madrid, 1999, p. 123, la invocación a los «intereses generales en juego» resulta problemática y difícil de encajar en la actual jurisprudencia constitucional sobre el sistema competencial. Un primer fundamento a esta crítica, apunta a la posible ampliación de las facultades normativas del Estado, es decir, se cuestiona el hecho de que el Tribunal admite ahora, bajo el expediente de la declaración de inconstitucionalidad con nulidad demorada, una competencia normativa universal del Estado cuando intereses generales puedan exigirlo. En un intento por subsanar este razonamiento, Tejedor prefiere entender que la invocación a estos términos por parte del TCE, tuvo por finalidad única la de proporcionar respuesta a un supuesto excepcional modulando lo que constituye regla general, la vinculación de la nulidad a la inconstitucionalidad. Sin embargo, para este autor, no debe dejarse de lado que esta situación deja abierto el margen para que los poderes normadores del Estado, puedan utilizar el mismo recurso a los intereses generales en juego, y así justificar la ampliación de sus facultades normativas, pese a estar conscientes de su inconstitucionalidad.

En relación al segundo caso, el TCE tomó en cuenta que la atribución de facultades ejecutivas al Tribunal de Defensa de Competencia vulnera las competencias de las Comunidades Autónomas de Cataluña y el País Vasco, en relación a aquellas prácticas desarrolladas en su territorio que no tengan trascendencia supracomunitaria. Sin embargo, a juicio del propio Tribunal, la inmediata anulación de dicha atribución habría provocado un vacío jurídico contrario a unos «bienes constitucionalmente relevantes» como la libertad de empresa y la economía de mercado previstos en el artículo 38 de la Constitución española, que fundamentan la existencia de los mecanismos de defensa de la competencia. En este caso, el interés autonómico fundamental radicaba en el reconocimiento de la titularidad de la competencia pugnada, y no así el fin de toda política de defensa de la competencia, que se habría provocado con una sentencia de inconstitucionalidad y nulidad. En ese sentido, la nulidad fue diferida «hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercitar sus competencias ejecutivas».

Ahora bien, la respuesta normativa que diera el legislador en este caso, tuvo sus peculiaridades. Así, la aprobación de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que reformaba la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, nace como proyecto que ingresó al Senado un día después de que el TCE dictara la STC 208/1999, donde por vía de urgencia se buscó reformar la Ley de competencia. Empero, el citado proyecto de Ley (de la actual Ley 52/1999), no contemplaba las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas (Cataluña y el País Vasco), reconocidas por el Tribunal de las operaciones realizadas en su territorio que no afecten al mercado supracomunitario. Frente a esta situación, la alternativa radicaba en retirar el proyecto de Ley por parte del Gobierno, y así poder estudiar con cuidado las directrices del TCE esgrimidas en la STC 208/1999, o trabajar en la incorporación apresurada de enmiendas, buscando el encaje de la futura Ley a la doctrina del TCE⁷¹¹. Desde luego, el Gobierno se puso reacto a retirar el mencionado proyecto de Ley, y la idea de presentar un veto hacia la misma por parte del Grupo Socialista para estancar el procedimiento legislativo se había desvanecido. Por esa razón, se optó por modificar el texto del Congreso, pero sin reconocer a las CC.AA. la posibilidad de ejercer sus competencias en forma directa, sino que lo hicieron a través de la introducción de una Disposición Final al texto aprobado, por el cual se compelió al Gobierno a que presente un proyecto de Ley, que en forma concreta diese cumplimiento a la sentencia del TCE, otorgándole al Gobierno un plazo acordado entre el Grupo Parlamentario y Popular y el de Convergencia y Unión, que no debía de sobrepasar el 1 de octubre del año 2000⁷¹².

Este es un claro ejemplo, de cómo el Gobierno, así como las Cortes Generales, demuestran una ausencia de interés hacia la función llevada a cabo por parte del TCE, y que

⁷¹¹ La iniciativa de retirar el proyecto de Ley, fue planteada por el Grupo Parlamentario Socialista, bajo alternativa de que en caso de no hacerlo, se planteara el veto correspondiente al texto aprobado en el Congreso. En forma paralela pero opuesta a dicha iniciativa, el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos y el grupo Parlamentario Popular, optaron por presentar enmiendas al texto del Congreso. Ambos partidos políticos planteaban propuestas divergentes, en el primer caso, se propuso reconocer las competencias autonómicas de forma directa, y en relación al Partido Parlamentario Popular, propusieron la posibilidad de que las CC. AA. actúen en su propio ámbito de competencias, pero planteando a su vez, que se remita al Gobierno hasta antes del 31 de diciembre de 2000, la presentación de un proyecto de Ley en el que se establezcan los criterios de conexión que delimiten dicho ámbito. Para mayores precisiones véase el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), Senado, VI Legislatura, Serie II, 23 de noviembre de 1999, núms. 161 c) y d).

⁷¹² Vid sobre el tema la Disposición final Segunda de la Ley 52/1999, de fecha 28 de diciembre, por el que se reforma la Ley 16/1989, de 17 de julio, que regula la Defensa de la Competencia.

ésta instancia fiscalizadora, en los hechos carece de instrumentos que le permitan paralizar el procedimiento legislativo, en procura de generar un mayor análisis detenido y profundo de las directrices establecidas en sus sentencias. Por otro lado, la decisión del legislador de aprobar la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia sin tomar en cuenta la doctrina señalada por la STC 208/1999, es una muestra de cómo el emplazamiento al legislador por parte del Tribunal, no siempre suele ser satisfecho. Si bien es cierto que la Ley de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, introduce un nuevo emplazamiento al Gobierno para que hasta el 1 de octubre del año 2000, pueda presentar un proyecto de Ley que de cumplimiento estricto a la merituada sentencia, dicha convocatoria también fue objeto de la inobservancia de los poderes del Estado.

Pero lo más penoso aún, es como la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia que fue aprobada por la Cortes Generales, más allá de inobservar la doctrina de la STC 208/1999, presenta vicios de inconstitucionalidad al reproducir los mismos preceptos⁷¹³ de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, que fueron declarados inconstitucionales por parte del TCE, tal el caso del artículo 51 bis de la nueva Ley de Defensa de la Competencia que contradice flagrantemente la doctrina elaborada en la STC⁷¹⁴. Este hecho hace que, independientemente de que se cuestione la legitimidad o aplicabilidad de dicha Ley, se cuestione la real predisposición del legislador para reparar la inconstitucionalidad, y que el llamado a la lealtad constitucional en virtud al cual el TCE convocó a las instituciones y órganos públicos del Estado, para trabajar en forma conjunta en este hecho, se vea defraudado, y obligando quizá al Tribunal a tener que volver a operar el modelo unilateral de reparación, con las consecuencias técnicas y funcionales que ello implique.

En ambas SSTC 195/1998 (Reserva Natural de Santoña) y 208/1999 (Tribunal de Defensa de la Competencia), si bien el TCE empieza a incursionar en la técnica de diferir la expulsión de la inconstitucionalidad del ordenamiento jurídico, es necesario aclarar que la técnica española difiere de la técnica austriaca, ya sea porque su articulación en el caso español no se encuentra prevista por ley, y además, se habla de diferir la nulidad y no así la derogación como sucede en el caso austriaco. Como consecuencia de la primera explicación, en el sistema español, la técnica por la cual se difiere la entrada en vigor de la nulidad no se encuentra sujeta a un plazo de tiempo determinado, como sucede en el sistema austriaco, sino que está a la expectativa de actuación del legislador y su buena voluntad para reparar el vicio de inconstitucionalidad.

Precisamente, son estas diferencias con el sistema austriaco, las que representan una carencia y deficiencia en el sistema español, cuya naturaleza obstruye la consolidación del desarrollo del modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, pues en las sentencias pronunciadas por el TCE, el legislador hizo caso omiso sobre una respuesta normativa que solucionara el vicio de inconstitucionalidad. En el primer caso, la Comunidad Autónoma de Cantabria, aún no aprobó alguna Ley que integre el Plan de Ordenación de Recursos Naturales llevado a cabo por el Gobierno cántabro de 1997.

⁷¹³ Vid los artículos 7, 11 y 25 de la Ley 52/1999, que reproducen los mismos problemas competenciales, que hicieron que el TCE declare su inconstitucionalidad.

⁷¹⁴ Esta disposición prevé, que los únicos órganos competentes para instruir y resolver los procedimientos de defensa de la competencia son los previstos en la propia Ley: el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia. En la comprensión del TCE, dicho precepto conculca las competencias ejecutivas de las CC.AA. referidas a las actuaciones que no tengan incidencia supracomunitaria.

En el caso español pueden citarse varios ejemplos más de este tipo de sentencias. Así se tiene a la STC 138/2005 (Sobre reclamación de filiación)⁷¹⁵, a través de la cual el TCE ratificó que, cuando la razón de la inconstitucionalidad del precepto residía en una omisión no era necesario vincular inconstitucionalidad y nulidad. En aquel supuesto, el Tribunal comprendió que la anulación del precepto impugnado, habría perjudicado a los hijos que sí podían reclamar la paternidad en razón del artículo 39.2 CE, por lo mismo, se decantó por no declarar la nulidad y se limitó a establecer un mandato genérico hacia el legislador para que reparase la lesión, en los siguientes términos: «la apreciación de la inconstitucionalidad (...) exige que sea el legislador (...) el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores». Claramente, en aquella oportunidad, se criticó al TCE, el no haber precisado la solución del caso concreto, así como que el juez que había suscitado la cuestión no recibió una respuesta clara. Otra paradoja desprendible de todo esto era que la ley continuaba vigente, pese a que fue declarada inconstitucionalidad por el TCE por no prever una vía de acción judicial para quien es titular de un interés legítimo⁷¹⁶.

Como se puede apreciar, el modelo bilateral o multilateral de reparación de la inconstitucionalidad, ha empezado a dar sus primeros pasos en España por lo que la consolidación de esta técnica aún se encuentra en fase de desarrollo y maduración. Lo destacable de esto, es que la jurisprudencia constitucional española ha emprendido este nuevo camino teniendo de por medio una arraigada tradición del binomio inconstitucionalidad – nulidad, y la consecuente rigidez de la inconstitucionalidad ex tunc.

A decir de González Beilfuss⁷¹⁷, si bien las figuras de la inconstitucionalidad sin nulidad, así como el retraso de la entrada en vigor de la nulidad, se presentan como las técnicas más apropiadas para llevar a cabo el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, su consolidación en el concierto jurídico español dependerá de la reorientación del uso que se haga de este tipo de pronunciamientos. Por ello, este autor, hace referencia a que en el caso de las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, el TCE debe promover que sus efectos jurídicos se aparten del binomio inconstitucionalidad – nulidad, pues esta misma expulsión preceptiva del ordenamiento jurídico es la que genera los problemas funcionales en el modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad.

⁷¹⁵ En ese sentido, véase también las SSTC 273/2005 y 52/2006, a través de las cuales, el TCE resolvió dos cuestiones de inconstitucionalidad idénticas en cuanto a las dudas de constitucionalidad y el artículo del código civil sometido a control, relativo a la acción de reclamación de paternidad, así como en relación al órgano proponente. Lo que se cuestionó en aquella oportunidad fue el apartado del artículo 133 del CC que establece: «La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida». Luego, en criterio del Tribunal, saltaba a la vista que dicha disposición negaba al progenitor no matrimonial la posibilidad de reclamar la paternidad cuando no haya posesión de estado.

⁷¹⁶ En el razonamiento expresado por el Tribunal en este caso, –así como en el de sus antecedentes más inmediatos–, negó la posibilidad de construir una interpretación conforme integradora de tal vía jurídica. Aunque en la perspectiva de Urías Martínez, Joaquín, *Sobre las sentencias de control de leyes*, en *El futuro de la justicia constitucional*, Actas de las XII jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 79, en cierto modo, el recurso a las sentencias interpretativas y a las que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad denota por sí misma una sensibilidad hacia, en el mejor de los casos, el principio de conservación de la ley. Frente a esta situación, para este autor, es necesario reflexionar sobre si este principio de respeto al legislador no puede llegar a empañar u ocultar la competencia del Tribunal Constitucional para anular los preceptos legales que le parezcan inconstitucionales, tomando claramente conciencia de su propia posición.

⁷¹⁷ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 228.

Por otro lado, si se emplea la técnica de diferir la entrada en vigor de la nulidad, González Beilfuss⁷¹⁸ recomienda dejar de lado los problemas técnicos, para no llegarse a situaciones como la presentada en la sentencia 235/1999 (adaptación de la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria), en la que el TCE emplaza con reducir el lapso de tiempo dentro del cual el legislador debe responder normativamente, pues el riesgo de que la inercia del legislador continúe es un problema latente.

En ese sentido, es importante tener presente que la viabilidad y consolidación de este tipo de pronunciamientos dependerá también de sus concretas consecuencias jurídicas, y lo más importante, del modo en que se vayan a compatibilizar los distintos bienes jurídicos que concurren en la reparación de la inconstitucionalidad.

Ahora bien, para determinar el desarrollo y consolidación de este tipo de pronunciamientos en el sistema constitucional español, es necesario cuestionarse si dichos fallos tienen cabida en el marco normativo constitucional y legal vigente, y su compatibilidad con el artículo 39.1 de la LOTC.

La respuesta a esta interrogante, debe estructurarse en base a una indagación preliminar que parte por determinar si el binomio inconstitucionalidad – nulidad preceptuado en el artículo 39.1 de la LOTC, se encuentra constitucionalmente predeterminado o no. De que lo esté o no, dependerá en forma preponderante que el TCE pueda desprender efectivamente las consecuencias jurídicas propias de este tipo de pronunciamientos. Como ya tuvieron oportunidad de señalar Rubio Llorente y Aragón Reyes, al igual que en otros países europeos y latinoamericanos, las previsiones normativas sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son escasas y, en todo caso, insuficientes para abordar los complejos problemas que la práctica plantea. Para el caso español, el texto constitucional sólo se refiere a esta materia en los artículos 161.1 a) y 164.2, y a ello debe sumarse que estas disposiciones no cuentan con una redacción afortunada⁷¹⁹. En efecto, el artículo 164.2 de la Constitución Española sostiene que, «Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad». La doctrina generalizada, entre ellos Garrorena Morales, han señalado la escasez de contenido de esta previsión⁷²⁰.

Como se recordará, en el inicio de este apartado, se hacía referencia a la necesidad de tomar en cuenta que el TCE, por regulación constitucional (artículo 164.2), así como por Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 39.1 «...la sentencia que declare la inconstitucionalidad declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados»⁷²¹), se

⁷¹⁸ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 229.

⁷¹⁹ Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel, *Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad*, REP, 7, 1999, p. 168.

⁷²⁰ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, en VV.AA. *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales – Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, p. 387.

⁷²¹ De la revisión realizada al proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (BOCG de 24 de mayo de 1979, Serie A, núm. 44.1), en el artículo 43: 1. preceptuaba que «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad de la ley, disposición o acto con fuerza de ley, declarará simultáneamente la nulidad de los mismos...», obsérvese que en el proyecto, se empleó el término «simultáneamente» para vincular a la declaración de inconstitucionalidad con la nulidad, dando a entender que la inconstitucionalidad operaría en forma conjunta con la nulidad, no pudiendo diferirse esta última eficacia. En su momento, la Comisión de Constitución del Sena-

adscribe al paradigma de la rigidez del binomio inconstitucionalidad – nulidad y los efectos *ex tunc* de sus pronunciamientos. En efecto, siempre que la ley o alguno de sus preceptos, contradiga lo dispuesto en la Constitución, incurre en vicio de inconstitucionalidad, que conduce necesariamente a una sentencia estimatoria en la que, como primer pronunciamiento, deberá aparecer la declaración de esa inconstitucionalidad, no siendo imaginables circunstancias que justifiquen su exclusión y sin que sea posible distinguir entre grados de inconstitucionalidad. De este modo, advertida la inconstitucionalidad de una ley o de alguno de sus preceptos procede, según la previsión del artículo 39.1 LOTC, la declaración de su nulidad. Nulidad y no anulabilidad, lo que teóricamente supone tanto la imposibilidad de seguir aplicando la norma en el futuro como la remoción de los efectos producidos en el pasado, luego la viabilidad de fallos de mera inconstitucionalidad en los que la nulidad queda diferida, bien hasta un determinado momento fijado en la sentencia, bien hasta la aprobación de una nueva ley que sustituya a la ley —o los preceptos— declarados nulos, no contemplan cabida alguna, en este escenario legal. En cualquier caso, también García de Enterría, parece entender que la declaración de nulidad resulta inherente a la de inconstitucionalidad de las leyes cuando, tras aludir a lo establecido en el artículo 39.1 LOTC, califica al sistema de control de constitucionalidad español como «sistema de nulidades, como procede por la aplicación del principio de supremacía, y no de mera anulabilidad, según el sistema kelseniano estricto»⁷²²

Sin embargo, parafraseando a Kelsen, Gomes Montoro, sostiene que «...la eficacia de la anulación puede limitarse al futuro o, por el contrario, extenderse hacia el pasado...»⁷²³, es decir, la eliminación de los actos antijurídicos puede efectuarse con o sin efecto retroactivo. Seguidamente, este autor sostiene que, atendiendo al ideal de la seguridad jurídica la anulación de una norma general motivada por su antijuridicidad tendrá habitualmente efectos *pro futuro*, es decir, será eficaz a partir del momento de su anulación. Ahora bien, ya en lo referente al tema que nos atinge, entiende que constituye una necesidad el tomar en consideración la posibilidad de retrasar la nulidad a un momento posterior. Partiendo de este razonamiento, la nulidad absoluta debía ser, por tanto, la excepción frente a la regla general de una anulabilidad cuyos efectos podían incluso quedar diferidos⁷²⁴. Empero, incomprensiblemente la idea de un legislador negativo y la consiguiente eficacia prospectiva de las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad no ha sido un modelo universalmente aceptado. En todos aquellos Estados donde se acogió el modelo concentrado de control de constitucionalidad, la inconstitucionalidad, nulidad y eficacia *ex tunc* fueron concebidos tradicionalmente como tres eslabones que necesariamente debían integrar una misma cadena. Desentrañar en las razones que llevaron a la no recepción de las posiciones kelsenianas que permiten articular en forma

do, no tardó en emitir el Informe de su Ponencia (BOCG de 23 de agosto de 1979, Serie II, núm. 21), donde además de plantear su desacuerdo con la anterior redacción, presentó otra cuyo tenor sostenía que «La declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado implicará su nulidad...», tal como se desprende de la Enmienda número 38, de Unión de Centro Democrático. De este modo, se hacía énfasis en que la declaración de inconstitucionalidad involucra necesariamente la nulidad del precepto. Un mes antes, la Comisión Constitucional del Congreso, también presentó su informe (BOCG de 7 de julio de 1979, Serie A, núm. 44-1 1), en el que se plantearon la enmienda número 115, de Coalición Democrática, y 173, de Minoría Catalana, siendo la redacción propuesta la que sigue: «Art. 43: 1. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...», siendo en definitiva esta la redacción oficial adoptada por el pleno del Congreso (BOCG de 5 de octubre de 1979, Serie A, núm. 44-V).

⁷²² García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 141.

⁷²³ Kelsen, Hans, *Wesen und Entwicklung der...opus cit.* p. 49.

⁷²⁴ Gómez Montoro, Ángel, *Comentario al artículo 39*, en Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, (Coord. Requejo Pagés), TC/BOE, Madrid, 2001, p. 579.

independiente cada una de estas categorías (inconstitucionalidad, nulidad y eficacia ex tunc), constituiría una labor por demás interesante, sin embargo, una explicación más próxima, nos permitiría sostener, que en esa decisión influyeron posiblemente tanto el entendimiento no meramente formal de la Constitución —de manera que la inconstitucionalidad de la ley no se reconduce siempre a un vicio de procedimiento— como el abandono de la idea del legislador negativo, es decir, el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional que, como tal, no puede declarar la nulidad de la ley sino donde ésta ya existe; Luego, su decisión no es constitutiva, sino declarativa, y por ello la nulidad no nace de la declaración de inconstitucionalidad, sino que surge con la propia norma⁷²⁵.

Para Gómez Montoro, la vinculación existente entre la inconstitucionalidad y la nulidad conlleva indudables ventajas, como el hecho de garantizar la eficacia normativa de la Constitución, que, en cuanto norma suprema, condiciona la validez del resto del ordenamiento; Asimismo, realza el sometimiento de los poderes —legislador incluido— a las previsiones constitucionales y evita que puedan beneficiarse de aquellas decisiones que las contravengan; y sobre todo, impide que el juez constitucional incida en el contenido de los preceptos legales a través del dictado de nulidades parciales, interpretaciones o adiciones, dejándose por sentado de este modo, la naturaleza jurisdiccional de la decisión que, se presenta como respetuosa con el ámbito de discrecionalidad del legislador. Empero, el mismo autor reconoce que no son pocos, sin embargo, los problemas que plantea este trínomio, lo que motivó a que nunca fuera acogida en algunos países y, donde lo fue, haya sido sometida a una importante revisión⁷²⁶. Precisamente, en España, este proceso de revisión se dio de la mano de la doctrina y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

En ese sentido, desde la perspectiva doctrinal, autores como Jiménez Campo, se han encargado de afirmar, que del análisis del texto de la Constitución española, se tiene que el binomio inconstitucionalidad – nulidad, no se halla expresamente reconocido, ciñéndose por el contrario a señalar las consecuencias jurídicas de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley. Precisamente, una de las consecuencias jurídicas, sobre las que Jiménez Campo⁷²⁷ se ocupa de explicar, está relacionada con el artículo 161.1 a) de la CE, que según él, no predetermina los efectos retroactivos de las sentencias de inconstitucionalidad, sino más bien, prevé un límite a la posible retroacción de tales pronunciamientos⁷²⁸.

Ahora bien, en relación al artículo 164.2 CE, desde el enfoque de análisis de Jiménez Campo, su regulación no implica que la pérdida de vigencia de las normas constitucionales tenga que ser inmediata, aunque si se tiene en cuenta que el sistema de control de constitucionalidad español se rige por el paradigma del legislador negativo, habría que sostener también, que la expulsión automática de dichas normas del ordenamiento jurídico al ser

⁷²⁵ Gómez Montoro, Ángel, *Comentario al artículo 39...opus cit.*, p. 579.

⁷²⁶ Gómez Montoro, Ángel, *Comentario al artículo 39...opus cit.*, p. 579.

⁷²⁷ Jiménez Campo, Javier, *Qué hacer con la ley inconstitucional...opus cit.*, p. 62 y ss.

⁷²⁸ En efecto, Jiménez Campo, Javier, *Qué hacer con la ley inconstitucional...opus cit.*, p. 62, ha salido al paso de esta interpretación sosteniendo que «esta segunda determinación no entraña una opción constitucional por la «nulidad», sino la fijación de un límite para el caso de que sea ésta, eventualmente, la sanción que defina el legislador orgánico». Asimismo, por imperativo constitucional, los límites a la retroactividad de «...las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...», se encuentran previstos en el artículo 9.3 CE.

declaradas inconstitucionales, debiera ser un efecto que se desprende de la citada disposición constitucional. Y sin embargo, se entiende que ha sido el análisis inicial esgrimido por Jiménez Campo, el que el TCE buscó plasmar en las SSTC 195/1998 (Reserva Natural de Santoña) y 208/1999 (Ley de Defensa de la Competencia), donde el Tribunal consideró necesario retrasar la entrada en vigor de la nulidad, ello en procura de salvaguardar otros bienes constitucionales. Es precisamente este uno de los principales argumentos el que permite rechazar a la figura del binomio inconstitucionalidad – nulidad dentro de un rango constitucional⁷²⁹, ya que esta dicotomía puede ingresar en contradicciones con algunos bienes jurídicos de rango constitucional como ser la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), la posición constitucional del legislador (artículo 66.1 CE), la estructura del gasto público (artículos 133 y 134 CE), el principio de legalidad penal (artículo 25.1 CE). De ahí también que se sostenga que la armonización de los diversos bienes jurídicos resulta difícil de conseguirse sobre la base de la predeterminación constitucional del binomio inconstitucionalidad – nulidad.

Si del análisis realizado por Jiménez Campo al artículo 164.2 de la CE, se pudo determinar que la nulidad del precepto, no necesariamente debe operar en forma inmediata a la declaración de inconstitucionalidad realizada por el TCE, es posible sostener y resaltar, que el binomio inconstitucionalidad – nulidad no se encuentra predeterminado –al menos en forma expresa– desde el punto de vista constitucional. Partiendo de esta premisa, corresponde ahora cuestionarse, si el TCE puede operar al margen de la literalidad del binomio inconstitucionalidad – nulidad previsto por el artículo 39.1 de la LOTC. La respuesta inicial a la interrogante cierra el paso al surgimiento de las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, así como a las sentencias de nulidad demorada, pues la previsión del artículo 39.1 de la LOTC es taxativa al señalar que «...cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarara igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...»⁷³⁰. De la interpretación de esta

⁷²⁹ Autores como García de Enterría, Eduardo y Tomás–Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1999, pp. 161 y ss., así como Punset Blanco, Ramón, *Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los arts. 39.1 y 40.1 de la LOTC*, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, núm. 7, pp. 33 – 48, y en su obra: *Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la inconstitucionalidad de las leyes*, en VV.AA., *La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley*. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 81 – 99, sostienen y defienden el rango constitucional del binomio inconstitucionalidad–nulidad. En contrapartida, para Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 238 (nota 25), ha negado que la nulidad tenga un rango constitucional, y que la misma se derive del artículo 161.1.1 y 164 CE, pues las mismas disposiciones se encargan de regular los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, sin prever expresamente el supuesto rango constitucional de la nulidad.

⁷³⁰ En un escenario como en el que se desenvuelve el TC español, el dictar sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, así como de nulidad demorada, constituye una labor por demás comprometedor. Esto es así, si se cuenta con una Constitución que prescinde del binomio inconstitucionalidad – nulidad, pero por otro lado, una ley reguladora que lo obliga a declarar además de la inconstitucionalidad, la nulidad del precepto impugnado. Esta situación ambivalente hizo que el TCE, también responda en forma contradictoria. Así, en la STC 45/1989 (IRPF) el TCE reconoció expresamente que «la Ley Orgánica no facultaba a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para emplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad». Sin embargo, también sostuvo en la misma sentencia que «la LOTC no define los efectos de la nulidad hacia el pasado, sino que deja en manos del Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado el diverso contenido de la nulidad en los distintos sectores del ordenamiento». En tanto que, en las SSTC 195/1998 (Reserva Natural de Santoña) y 208/1999 (Ley de Defensa de la Competencia), el TCE aplicó sin mayores justificaciones la demora de la nulidad. En ambos pronunciamientos el Tribunal no se preocupó por hacer referencia a la cobertura legal sobre esta técnica o que explique el por qué el TCE cambió de línea jurisprudencial.

disposición, algunos autores señalaron que de su texto, no se desprende la necesidad de que la eficacia de ambas declaraciones (inconstitucionalidad – nulidad) deban coincidir en el tiempo. Así Jiménez Campo, en varios de sus trabajos cumbre⁷³¹, fundamentó la cobertura legal de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad, así como la nulidad demorada.

Para el autor español, si bien las declaraciones de inconstitucionalidad y nulidad, por lo que general suelen coincidir en el tiempo, no es necesario que operen siempre juntas⁷³², pues cada una de ellas posee una autonomía propia, así como un objeto y origen diferentes. La declaración de nulidad sólo puede darse en los fallos de las sentencias de control de constitucionalidad, en cambio, las declaraciones de inconstitucionalidad pueden presentarse en los fundamentos jurídicos de cualquier sentencia constitucional. Así, las declaraciones de inconstitucionalidad pueden derivar de la «*ratio decidendi*» de algunos recursos de amparo, así como de los fundamentos jurídicos de los pronunciamientos interpretativos.

Precisando aún más el tema, para Jiménez Campo, la declaración de nulidad necesariamente debe recaer sobre textos normativos, en cambio, la declaración de inconstitucionalidad recae sobre normas jurídicas. De tal modo, la declaración de nulidad sólo afecta a los vicios de validez, y la declaración de inconstitucionalidad, que puede tener su origen en cualquier vicio de inconstitucionalidad⁷³³. Empero, en el análisis de Gonzáles Beilfuss⁷³⁴, si bien la distinción elaborada por Jiménez Campo entre la declaración de inconstitucionalidad, de la de nulidad ayuda a dar cobertura a los fallos de inconstitucionalidad sin nulidad, así como a los fallos de nulidad demorada, dicha distinción presenta problemas. En ese sentido, González Beilfuss⁷³⁵ observa en primer lugar la compatibilidad de la aplicación de dicha técnica con la previsión del artículo 39.1 LOTC, que como se vio prevé que «...la sentencia que declare la inconstitucionalidad declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados», que vendría a imponer la coincidencia de ambas declaraciones si no en el tiempo, sí en el fallo de las sentencias⁷³⁶.

⁷³¹ Vid Jiménez Campo, Javier, *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*, en VV.AA., *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 13–38; Así también Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la Ley en el Derecho español, en VV.AA., *La jurisdicción constitucional en España. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979 – 1994*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 71 – 122 en cuya obra sostiene la necesidad de adaptar la LOTC a la práctica jurisprudencial del TCE; Así también su trabajo *Qué hacer con la ley inconstitucional...opus cit.*, p. 63 y ss.

⁷³² No comparte este criterio Gómez Montoro, Ángel, *Comentario al artículo 39...opus cit.*, p. 583, para quien, lo que era una mera intención del constituyente se ha convertido en un mandato expreso de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 39.1 vincula la inconstitucionalidad con la declaración de nulidad, sin prever excepción alguna.

⁷³³ Para González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 235 y 236, el principal criterio para diferenciar a ambas declaraciones, radica en su objeto. Así, la declaración de nulidad sería precedente cuando la declaración de inconstitucionalidad recayere sobre un texto normativo, mientras que la declaración de mera inconstitucionalidad recaería sobre una norma jurídica. En el razonamiento del autor, este tipo de diferenciaciones también obstruiría la utilización de fallos de nulidad demorada en aquellos supuestos en los que inconstitucionalidad no recayera sobre un texto normativo, sino una norma jurídica.

⁷³⁴ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 235.

⁷³⁵ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 236.

⁷³⁶ A similar conclusión parece arribar Gómez de la Escalera, Juan José, *Las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal...opus cit.*, p. 169 y ss., al aseverar que la conjunción necesaria del binomio inconstitucionalidad – nulidad, es la que se desprende del artículo 39.1 LOTC, dados los términos tajantes y absolutos de dicho precepto. Advierte también, que esta situación acarrearía innumerables problemas en la aplicación de las normas, creando consiguientemente a aquellas «lagunas normativas» y, sembrando en definitiva,

En este escenario, si la propuesta de Jiménez Campo, de distinguir entre la declaración de inconstitucionalidad, de la de nulidad, no es suficiente como para fundamentar la aplicación de sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, así como las de nulidad diferida, podría trabajarse en otra línea de análisis, en la que atendiendo al principio de la primacía constitucional, el TCE dejaría de lado la previsión del artículo 39.1 de la LOTC, y basar sus fallos de inconstitucionalidad sin nulidad, y nulidad diferida en base a lo dispuesto por el artículo 164.2 de la CE. Empero aplicar este razonamiento no es tan sencillo si se tiene en cuenta que el TCE deriva también su legitimidad de su sometimiento a la LOTC, por lo que lo más viable para hacer frente a este contexto de confusión, al parecer, es promover la reforma del artículo 39.1 de la LOTC⁷³⁷, que posibilite prescindir del binomio inconstitucionalidad – nulidad, y desterrando la rigidez hasta ahora existente en el sistema de efectos de las sentencias, para dar lugar a otro más flexible, que responda a las necesidades de los planteamientos que se le presenten al TCE. Ya en su momento el Magistrado de dicho Tribunal, José Gabaldón⁷³⁸ hizo referencia a la necesidad de la modulación de las sentencias del TCE, a partir de la cual se permitiera a esta instancia constitucional aplazar los efectos de la nulidad por un tiempo en el cual pueda el legislador modificar los preceptos declarados inconstitucionales.

En criterio de Bocanegra Sierra, salvo que se modificase en tal sentido el artículo 39.1 LOTC, la declaración de inconstitucionalidad de una ley sin la consiguiente afirmación de la nulidad de la misma resulta de cuestionable viabilidad en nuestro sistema. En efecto, para este autor, si bien dicho precepto «no permite otra clase de pronunciamiento, ligando necesariamente la tacha de inconstitucionalidad de las leyes con el resultado técnico de su declaración de nulidad», «no es excesivamente arriesgado, en efecto, pensar que ese precepto (...) contiene, no obstante, una regla tal vez excesivamente simplista, cuya aplicación estricta podrá presentar en el futuro multitud de problemas...»⁷³⁹, este criterio ya fue esbozado con anterioridad por el mismo autor, en donde también, sostenía a su vez, una posible contradicción entre el artículo 39.1 LOTC y los artículos 161.1 y 164 Constitución⁷⁴⁰.

cierta inseguridad jurídica. Esto es así, debido a que al declararse la inconstitucionalidad y consecuente nulidad de la norma, no solamente se estaría anulando aquellas normas inconstitucionales, sino también las conformes con la Constitución y en consecuencia libres de cualquier vicio de inconstitucionalidad que afecte a su validez. En consideración a estos aspectos es que el autor, recomendó que el TCE, para evitar mayores inconvenientes, opte por dejar de lado el mandato contenido en el artículo 39.1 LOTC rompiendo la indefectible conexión inconstitucional – nulidad de la norma impugnada, ampliando el contenido de la ley a supuestos no previstos en ella. Desde luego, esta situación implica el alejamiento del TCE del paradigma del legislador negativo, para asumir un rol más activo cuya peculiaridad radica en la creación de derecho.

⁷³⁷ Para poder apreciar la opinión de algunos juristas sobre el tema, Vid la Encuesta: *Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en Revista Teoría y Realidad Constitucional, núm. 4, 2º semestre, Centro de Estudios Ramón Areces UNED, Madrid, 1999, p. 31 y ss. En el citado cuestionario se prevé la pregunta: «como sabemos, la declaración de inconstitucionalidad conlleva la automática declaración de nulidad «in radice» de los preceptos impugnados (artículo 39 LOTC), lo que en ocasiones crea situaciones difíciles de afrontar respecto de ciertas situaciones creadas al abrigo de disposiciones anuladas años después de la vigencia formal de las mismas ¿Sería Ud. partidario de que la LOTC permitiese al TCE modular los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en determinados supuestos?». En respuesta a la misma, Aragón Reyes señala que el «Tribunal está modulando los efectos de sus sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de la ley sin apoyo en su propia Ley Orgánica, y a veces en contradicción con ella, sería preferible que tal previsión se contuviese en el texto de dicha Ley, con la flexibilidad suficiente que requiere esta delicada materia».

⁷³⁸ Gabaldón, José, en Encuesta: *Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal...opus cit.*, p. 32.

⁷³⁹ Bocanegra Sierra, Raúl, *Sobre el alcance objetivo de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 527

⁷⁴⁰ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 237.

De igual forma, el Profesor Javier García Roca⁷⁴¹, es partidario de que tanto desde el punto de vista teórico como práctico, la asociación ineluctable entre inconstitucionalidad, como vicio, y la nulidad radical, como sanción, resultan ideas toscas, y que desde el momento en que fueron planteadas (1979), el sistema jurisprudencial constitucional ha avanzado lo suficiente como para continuar dentro de dicho sistema binario radical. Por ello el autor plantea que debe proyectarse una nueva regulación sobre el tema que permita al TCE mantener un equilibrio entre el principio constitucional de la seguridad jurídica, la necesaria proporcionalidad entre la entidad del vicio y la sanción, y una imprescindible ponderación de las situaciones de hecho y de Derecho creadas al amparo de la norma cuya nulidad se pretende.

Por último para el Profesor Luís López Guerra⁷⁴², también se pronuncia a favor de una modificación del artículo 39.1 LOTC, promoviendo la disociación entre inconstitucionalidad y nulidad, para evitar los efectos indeseables como el horror vacui o la misma inseguridad jurídica. Empero, el mismo autor advierte que dicha regulación debe tener muy en cuenta los límites necesarios a fin de evitar distorsiones y arbitrariedades a los que la doctrina se ha referido en forma constante, y más aún, cuando la misma naturaleza de este tipo de pronunciamientos por parte del TCE desde ya presenta sus propios problemas.

Entretanto, la doctrina⁷⁴³ ha postulado una conclusión preliminar al respecto: En primer lugar, que si bien es posible sostener la insuficiencia del trinomio inconstitucionalidad/nulidad/eficacia *ex tunc* para explicar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, esto no significa que se pueda prescindir del mismo. En consecuencia, al ser este el modelo adoptado por el legislador en la Ley Orgánica, mientras no opere reforme alguna, los llamados a aplicarla tendrán que sujetarse al esquema establecido, salvo –y esto no representa un criterio uniforme– que existan supuestos que motiven al Tribunal a excluir alguno de sus elementos, debiendo fundadamente esgrimir los razonamientos que lo impulsaron a actuar en tal sentido. Ahora bien, para que el Tribunal pueda romper la estructura del trinomio, la misma doctrina a señalado que el Juez constitucional debe abordar el tema separando, por un lado, el binomio inconstitucionalidad/nulidad y, por otro, inconstitucionalidad/eficacia *ex tunc*.

Habiéndose expuesto la postura doctrinal sobre la interpretación y la determinación de los alcances del artículo 39.1 de la LOTC, así como del artículo 164.2 de la Constitución española, corresponde ahora, detenernos en el estudio de la postura asumida por parte del Tribunal Constitucional español. Así, es posible advertir, que partiendo de la base normativa que regula el accionar del Tribunal, esta instancia muestra una evolución en la forma de asumir las disposiciones constitucionales y legales en cuanto a su eficacia, cuyos contrastes se han venido plasmando a lo largo de estos últimos veinte años. Dicha evolución, nos permite ver a un Tribunal apegado rigurosamente a la literalidad estricta de las disposiciones de su Ley Orgánica en lo concerniente a la delimitación de la eficacia de sus sentencias, es decir, consciente de que su accionar debía regirse dentro de los parámetros de la constitucionalidad o

⁷⁴¹ García Roca, Javier, en Encuesta: *Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal...opus cit.*, p. 33.

⁷⁴² López Guerra, Luís, en Encuesta: *Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal...opus cit.*, p. 35.

⁷⁴³ Vid por todos a Alonso García, Ricardo, *El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias*, Revista de Administración Pública, 1989, p. 263.

inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la norma impugnada. Para posteriormente, en un escenario distinto de aquel inicial, ahora se cuente con un Tribunal más abierto y dinámico en su rol de garante supremo de la Constitución, y a su vez, consciente de que su labor lo empuja necesariamente a asumir decisiones con una amplia libertad, sin que las previsiones legales supongan un límite a su accionar. Como se pudo apreciar línea más arriba, esta transición se llevó a cabo en forma paulatina, lo que no significa que no se pueda señalar un hito en especial que marca la ruptura del binomio inconstitucionalidad – nulidad por parte del Tribunal, y este hito se presenta con el dictado de la STC 195/1998, de 1 de octubre.

Si se trabaja en una retrospectiva de la jurisprudencia del TCE, es posible desprender que, en sus inicios, el Tribunal no se apartó de la literalidad del artículo 39.1 de la LOTC y aplicó de manera bastante rigurosa la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad⁷⁴⁴, y los consabidos efectos *ex tunc*. Estas afirmaciones se extraen de los muchos razonamientos esbozados por el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia primigenia, siendo las más relevantes la STC 14/1981, de 29 de abril, en cuyo fundamento jurídico No. 4.º, hacía referencia a que «la función principal de los procesos de constitucionalidad (...) es la defensa objetiva de la Constitución, el afirmar su primacía y privar de todo efecto a las leyes contrarias a la misma, excluyendo del Ordenamiento a las disconformes con la Constitución». De igual modo, en el fundamento jurídico No. 12 de la STC 99/1986, de 11 de julio, el Tribunal deja por sentado el carácter meramente declarativo de la sentencia que aprecia la inconstitucionalidad de una ley, y en consecuencia, ya con la SSTC 83/1984, de 24 de julio y 60/1986, de 20 de mayo, establecía que la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una disposición, acarrea la nulidad a *radice* o *ex origine*. Mucho más incisiva fue la aclaración sobre consecuencia directa de la declaración de inconstitucionalidad, esta es, la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento, tal como se desprende de entre otros pronunciamientos, de la STC 19/1987, de 17 de febrero en su fundamento jurídico 6.º, concordante con las STC 152/1986, de 4 de diciembre (FJ. único) y la STC 171/1985, de 13 de diciembre (FJ. 2.º), en las que sostuvo que «no cabe, por tanto, que los apliquen los Tribunales de Justicia, ni en el supuesto aquí planteado ni en ningún otro», desprendiéndose la eficacia *ex tunc*.

Conforme fue transcurriendo el devenir jurisprudencial del Tribunal, ésta fue advirtiendo de los riesgos que entraña la sujeción estricta al binomio inconstitucionalidad – nulidad, y empezó como dijimos, a abrirse nuevamente a otra categoría de sentencias denominadas por la doctrina como «interpretativas», que como se recordará tienen como principal característica, el desprender una interpretación conforme con la Constitución de la disposición impugnada, y así de este modo, salvar al precepto de ser expulsado del ordenamiento jurídico⁷⁴⁵. No debe dejarse de lado también, la técnica de la desestimación sin

⁷⁴⁴ En esta etapa del Tribunal, –en apreciación de Gómez Montoro, Ángel, *Comentario al artículo 39...opus cit.*, p. 586–, la declaración de nulidad como consecuencia de la inconstitucionalidad es la solución normal, no sólo porque es la que se adecúa plenamente al mandato contenido en el artículo 39.1, sino también porque es la que de hecho se adopta en la mayor parte de los casos. Un estudio de los fallos de las sentencias recaídas en procesos de control de constitucionalidad de leyes muestra que en las sentencias estimatorias el Tribunal declara habitualmente –también hoy– la «inconstitucionalidad y nulidad» de la disposición. En algunos casos es ésta la fórmula utilizada, pero en la mayor parte el Tribunal usa expresiones que indican la relación causa/efecto que existe entre ellas: se declara la inconstitucionalidad y «consiguientemente», «por consiguiente» o «por tanto» su nulidad.

⁷⁴⁵ Tomando en cuenta los riesgos que produciría la declaración de inconstitucionalidad, así como los vacíos como los siguientes vacíos, autores como Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión...opus cit.*, p. 334, señalan que los remedios o técnicas para solucionarlos pueden ser variados, de donde la inconstitucionalidad sin nulidad no es la única hipótesis, tampoco la más válida ni las más utilizada. Pero, para esta

mención expresa de la inconstitucionalidad. En todas estas situaciones, el Tribunal siempre se dio modos de fundamentar el recurso a estas técnicas, aunque siempre fue cauta al señalar que el límite a esta nueva forma de pronunciamientos era el evitar «tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional», siendo un ejemplo bastante recordado de ello, la STC 5/1981, de 13 de febrero, donde en su fundamento jurídico 6.º señalaba que este tipo de sentencias «es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso, pero la emanación de una sentencia de este género no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes. El tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución». Este razonamiento será replicado posteriormente en la STC 11/1981, de 8 de abril.

El trajinar de la jurisprudencia también está marcado por situaciones en las que el Tribunal advirtió, como se recordará, de supuestos en los que la declaración de nulidad en modo alguno subsanaba el vicio de inconstitucionalidad, o la nulidad comprometía situaciones de mayor inconstitucionalidad que tolerar la vigencia de la disposición inconstitucional⁷⁴⁶. Ejemplo de estos episodios son la STC 116/1987, de 7 de julio, donde el Tribunal entendió que la ley impugnada era inconstitucional sólo en la medida en que excluía de los beneficios de amnistía plena reconocida a los militares de la República a los que ingresaron en el Ejército con posterioridad al 18 de julio de 1936. En aquella oportunidad, el Tribunal reparó en que la declaración de la nulidad de la ley impugnada habría generado un vacío que habría provocado a su vez una situación de mayor inconstitucionalidad al excluir no sólo a un determinado segmento de la sociedad, sino a un colectivo entero, es decir todos los militares de la República a los que había alcanzado el beneficio previsto en la norma, por lo el Tribunal empezó a madurar⁷⁴⁷ la idea de diferir la entrada en vigor de la nulidad, que sin duda, arrancó y se desarrolló a partir de las SSTC195/1998, de 1 de octubre; y 235/1999, de 16 de diciembre. Es

autora, lo más importante, es que hay que descartar, como argumento básico para la utilización de estas técnicas, que los TC realizan una actividad discrecional o invaden la esfera del legislador cada vez que hacen efectiva la capacidad autoaplicativa de las normas constitucionales. Esta actividad debe considerarse, por el contrario, dentro de su ámbito funcional puesto que le corresponde, como máximo órgano de garantía complementar el proceso de actuación de los principios y fundamentos constitucionales para que la Constitución alcance de modo tal el carácter normativo que le otorga efectividad.

⁷⁴⁶ También pueden citarse aquí, los supuestos en los que el Tribunal se ha enfrentado a la inconstitucionalidad de determinadas partidas presupuestarias derivada habitualmente de la invasión de competencias autonómicas. En estos casos, el Tribunal señaló que la inconstitucionalidad no debe llevar aparejada la nulidad de las partidas y, mucho menos, de las subvenciones concedidas a su amparo, V. Gr. las SSTC 13/1992, de 6 de febrero; 16/1996, de 1 de febrero; y 68/1996, de 18 de abril, entre otras. Ahora bien, en estos casos jurisprudenciales, la exclusión de la nulidad no respondió a su inadecuación para reparar la inconstitucionalidad, sino al deseo de evitar la retroactividad de la inconstitucionalidad, es decir, que la solución contraria habría supuesto graves perjuicios a los intereses generales. En efecto, según Jiménez Campo, Javier, *Qué hacer con la ley inconstitucional*, en VV.AA., *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*. Actas de las II jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 64, la situación es distinta, pues no se pretende sólo evitar la remoción del efecto de cosa juzgada y de las situaciones administrativas firmes, sino la de cualquier otra situación creada al amparo de dichas normas. Desde luego, no puede dejarse de lado que, al tratarse de partidas presupuestarias que se refieren a ejercicios económicos ya cerrados y que han agotado sus efectos, por lo que cabría concluir que estamos ante normas ya derogadas, resultando innecesario declarar su nulidad.

⁷⁴⁷ No se olvide que esta posibilidad había sido rechazada expresamente en la STC 45/1989, de 20 de febrero, en la que el Tribunal afirmó que «la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad».

a través de estas sentencias que el Tribunal convirtió en algo común el dedicar en estos casos un fundamento jurídico —por lo general, el último— a delimitar el alcance de su decisión, lo que si bien coadyuvó bastante en su aplicabilidad, sin embargo, no puede negarse que también provocó no pocos problemas. En fin, es a partir de estos episodios que han proliferado los pronunciamientos de inconstitucionalidad sin nulidad, o de limitación temporal de la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad.

Por todo ello, en la práctica, desde hace ya algunas décadas, los Jueces constitucionales han sido sensibles a estos problemas y han ido proliferando variantes de sentencias en las que la declaración de inconstitucionalidad no lleva aparejada la nulidad. Y esta medida lo consiguió ya sea a través de la modificación del alcance de la disposición impugnada pero sin alteraciones en su letra, o a través de la adopción del modelo austríaco de diferir la eficacia de la nulidad durante un tiempo suficiente —predeterminado o no— para que la inconstitucionalidad fuera reparada por el legislador. Desde luego, la adopción de cualesquiera de estas soluciones —en cuyo favor se invoca con frecuencia el propio respeto a la ley enjuiciada y, a través de ella, al legislador— conlleva serios inconvenientes: Para el caso del primer supuesto, si bien con esa técnica se permite al Tribunal salvar de ser expulsada a la norma del ordenamiento jurídico, sin embargo, se corre el riesgo de atribuir al Tribunal Constitucional un papel muy próximo al de legislador positivo. Ahora bien, en cuanto a la segunda técnica, si bien permite actuar al Tribunal dentro del paradigma del legislador negativo y respetar no solamente el ámbito de actuación y configuración del legislador sino también, principios elementales como el de la seguridad jurídica y la certeza, empero, inevitablemente implica tolerar la pervivencia de la norma declarada como inconstitucional por el guardián de la Constitución, empujándonos a una situación en el que se coloca en serio riesgo de minar la supremacía de la Constitución y de favorecer a quien adoptó —puede ser que de manera consciente— leyes contrarias a la misma⁷⁴⁸. Por ello para Gómez Montoro, y porque la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad aunque no pueda ser una regla absoluta sí debe permanecer como un principio del que partir, este tipo de actuaciones deben ser excepcionales y, en todo caso, deben estar justificadas por las exigencias del supuesto concreto, que, además, deberán quedar reflejadas en la sentencia⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ Si bien en cada uno de estos supuestos, el Tribunal comprendió que la anulación produciría un vacío no conforme con la Constitución, se decantó por no operar sobre la ley, ya que ello supondría crear una nueva norma asumiendo competencias que corresponden sólo al legislador. En ese sentido, recuérdese el FJ. 22.º de la STC 96/1996, de 30 de mayo, en el que el Tribunal señaló que, como instancia de control, «no debe entrar siquiera a examinar cuál haya de ser la regulación básica de las potestades de disciplina e intervención respecto a las entidades de crédito que no son Cajas de Ahorro o Cooperativas de crédito. Ese juicio implicaría la reconstrucción de una no explicitada debidamente en el texto legal y por ende la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde». En tal sentido, el Tribunal, realiza un llamamiento a las Cortes Generales para que pongan remedio a la inconstitucionalidad en un plazo razonable. Dada esta característica, es que autores como Gómez Montoro, Ángel, *Comentario al artículo 39...opus cit.*, p. 603, han criticado que en realidad, a través de esta técnica, el Tribunal ni repara la inconstitucionalidad ni limita las posibilidades de aplicación de la norma, de manera que ésta seguirá siendo inconstitucional y, a pesar de ello, aplicable hasta que el mismo legislador estatal repare la inconstitucionalidad. Para este autor, lo peor de todo es que, en la realidad, no existe siquiera una nulidad diferida, pues no se fija un plazo a partir del cual la ley será nula; simplemente hay reconocimiento de una inconstitucionalidad que nunca se convertirá en nulidad, sino que dejará de serlo cuando el legislador decida atender el requerimiento del Tribunal.

⁷⁴⁹ Gómez Montoro, Ángel, *Comentario al artículo 39...opus cit.*, p. 586.

II. LA ARTICULACIÓN DEL MODELO BILATERAL O MULTILATERAL DE REPARACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD: PROBLEMAS Y DESAFÍOS EN SU IMPLEMENTACIÓN.

Como se pudo observar en los anteriores apartados, los diversos países analizados: Austria, Alemania, Italia y España, articularon cada uno de ellos –con sus propias particularidades–, el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad de la ley. Cada experiencia presenta sus aciertos y problemas en cuanto a la incorporación de esta técnica. Ahora bien, que dicho mecanismo tenga éxito en su eficacia, así como en los efectos que busque desprender, dependerá en gran medida de cómo se identifiquen y traten los inconvenientes suscitados, a fin de garantizar el equilibrio entre los diversos bienes jurídicos que se ven comprometidos en este tipo de pronunciamientos.

Uno de los primeros inconvenientes surgidos en la aplicación del modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad recae en la confusión que generan las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad y nulidad diferida. Salvo Austria, los demás Estados que acogieron este mecanismo, desarrollaron esta técnica en su origen, desde la práctica jurisprudencial, ante la ausencia de un sustento normativo que autorice y avale este tipo de pronunciamientos por parte de los Tribunales Constitucionales (TCs). El desempeño de los TCs en este modelo, suele caracterizarse por su total pragmatismo, que provocó una serie de dudas en cuanto a sus concretas consecuencias jurídicas que de sus sentencias debían desprenderse, que dicho sea de paso, los efectos jurídicos solían variar de un país a otro.

En este escenario incierto, los TCs empiezan a cobrar un inusitado protagonismo en la determinación del concreto régimen jurídico de esta categoría de pronunciamientos. Empero, González Beilfuss, advierte que del emergente protagonismo jurisprudencial de los TCs, surgirá otro elemento a ser tomado en cuenta: la gran influencia que suele tener el contexto normativo e institucional de los respectivos TCs en el desarrollo de dichas sentencias, así como en su régimen jurídico. Seguidamente apunta este autor, que «la derogación de las normas inconstitucionales en el caso austriaco, el tradicional binomio inconstitucionalidad – nulidad en los casos alemán y español, y el protagonismo de los tribunales ordinarios en el sistema italiano de control de constitucionalidad» tuvieron una incidencia decisiva en el régimen jurídico de las técnicas utilizadas en cada país⁷⁵⁰.

Si bien existen elementos que identifican a los diferentes países que introdujeron el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad en sus países, corresponde ahora trabajar en el análisis de los problemas que atingen al desarrollo del modelo bilateral, que precisamente se centran en tres factores fundamentales: En primer lugar se tiene al ámbito de aplicación, es decir, los supuestos en los que es permitido su empleo. En un segundo lugar se encuentra el comportamiento que deben asumir los operadores jurídicos durante el periodo interino que abarca desde el momento en que el TC declara la inconstitucionalidad del precepto, hasta que el legislador responda normativamente. Por último, llama la atención el contenido y alcance de la futura ley reparadora de la inconstitucionalidad que deberá ser aprobada por el legislador. La ausencia de garantías para su cumplimiento, así como la imposibilidad de evitar que el legislador vuelva a reproducir la norma declarada

⁷⁵⁰ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 238.

inconstitucional, son temas que cuestionan la capacidad del modelo bilateral para operar una reparación de la inconstitucionalidad en forma conjunta, es decir el TC y los Órganos de poder del Estado, especialmente el legislador y la magistratura en general.

Sobre el primer punto, en los apartados anteriores, se pudo advertir que la aplicación del modelo es propicia para aquellos casos en los que la reparación de inconstitucionalidad no se encuentre constitucionalmente predeterminada, o no sea coincidente con la voluntad del legislador actual. Asimismo, es factible su aplicación cuando el recurso al paradigma del legislador negativo pueda provocar un vacío normativo, o una situación de mayor inconstitucionalidad que tolerar la vigencia del precepto inconstitucional. En ese sentido, corresponde ahora centrar el análisis en los dos problemas apuntados en relación al modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad.

1. EL «PERIODO INTERINO» Y LA CONDUCTA DE LOS OPERADORES JURÍDICOS.

En la aplicación del modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, una vez que el TC constata y declara la inconstitucionalidad del precepto impugnado, no declara la nulidad de la misma, y más bien, en su lugar, opta por diferir su entrada en vigor. En ambos supuestos, el TC emplaza al legislador para que sea éste quien repare el vicio de inconstitucionalidad. Entre tanto, es decir, mientras se aguarda la respuesta normativa del legislador, surge el primer problema a resolver: ¿qué sucede con el precepto normativo declarado inconstitucional? La confusión entre los operadores jurídicos es comprensible, pues al existir una STC que declara la inconstitucionalidad de un determinado precepto jurídico, este mismo pronunciamiento no determina su expulsión del ordenamiento jurídico, es decir su nulidad. En este ámbito, es lógico preguntarse también, ¿cuál debe ser la conducta de los operadores jurídicos en relación a esta situación al parecer contradictoria?, ¿Cómo deberían actuar los tribunales ordinarios en aquellos supuestos de hecho pendientes, o los que se vayan a plantear durante el periodo interino?

Está claro que, de la experiencia de los distintos países estudiados, se deriva que el comportamiento de los operadores jurídicos durante el periodo interino, no necesariamente es el mismo en todos los casos. Las diferencias se manifiestan en función del régimen normativo e institucional en el que se desenvuelve el modelo bilateral, así como la técnica asumida por el TC.

Empezando por el primero de los países analizados dentro del modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, se evalúa a Austria, donde la aplicación de la técnica por la que se retrasa la entrada en vigor de la derogación ha tenido muy en cuenta el principio de la «seguridad jurídica» como el bien jurídico preponderante por el que se autoriza que la norma declarada inconstitucional continúe siendo aplicada hasta que el legislador responda a la convocatoria del TC, dentro del plazo fijado para el efecto.

Por el contrario, en el caso alemán y español⁷⁵¹, debido a la arraigada tradición dentro de sus sistemas de la nulidad *«ex tunc»*, dificulta la aplicación de la declaración de

⁷⁵¹ Como se pudo observar, en el caso español, los supuestos en los que se empleó el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad son reducidos, no habiendo en consecuencia sopesado con mayores

inconstitucionalidad sin nulidad, así como la nulidad demorada, pues la ultractividad de la norma declarada inconstitucional no se encuentra prevista en su normativa, impidiendo de este modo que los operadores del sistema continúen aplicando dicho precepto, más allá de la fecha de publicación de la sentencia constitucional.

La técnica de las sentencias aditivas de principio en Italia, parece ser una de las mejores ha momento de buscar un cierto equilibrio de los diversos bienes jurídicos en juego a través de la reparación compartida de la inconstitucionalidad, ello tomando en cuenta el origen netamente jurisprudencial de dicho mecanismo, llegando a operar incluso por fuera de la previsión constitucional. Cuando la Corte Constitucional italiana, constataba la inconstitucionalidad de la norma impugnada, paralelamente dictaba un principio que debía ser desarrollado por el legislador ha momento de reparar el vicio de inconstitucionalidad. Dicho principio regía también para los tribunales ordinarios, pues a partir de él la magistratura podía articular y reparar la inconstitucionalidad en base al principio establecido por la Corte como parámetro. De este modo, la anomia constitucional en la que se encontraban los operadores de otros sistemas normativos analizados se encuentra ausente en el sistema jurídico italiano.

Sin duda, cada una de las particulares técnicas empleadas para articular el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad en los diversos países analizados, presentan sus propias ventajas e inconvenientes. Por ello no es posible afirmar que un sistema sea más exitoso y menos problemático que otro, pues en cada experiencia los Tribunales Constitucionales tuvieron que recurrir a interpretaciones flexibles y, en otros casos hasta sobrepasar el régimen jurídico en el que se desenvuelven, todo con la finalidad de conseguir un equilibrio entre los diversos bienes jurídicos que se encuentran en juego en cada supuesto. Es por ello necesario centrarse ahora en un análisis más detallado de cada supuesto.

1.1. La inaplicabilidad del precepto inconstitucional durante el periodo interino.

Ante las diversas interrogantes suscitadas en el apartado anterior con relación a qué debía hacerse con el precepto declarado inconstitucional –sin la correspondiente nulidad, o que la misma había sido diferida–, mientras duraba el periodo interino y se aguardaba la respuesta normativa del legislador, una de las primeras respuestas lógicas vendría a sostener que la norma declarada inconstitucional por parte del TC, no debía continuar siendo aplicada durante el período interino. Empero, esta primera respuesta conlleva al planteamiento de nuevas interrogantes. Así, si se decide no aplicar la norma declarada inconstitucional durante el periodo interino, la inaplicación de dicho régimen normativo ¿afectará a todos sus destinatarios?, o por el contrario, ¿solamente a aquellos supuestos de hecho perjudicados por el precepto inconstitucional? Si se decide inaplicar la norma inconstitucional, ¿cómo deberán comportarse los operadores jurídicos con los casos pendientes de resolución, o aquellos que les sean presentados durante el periodo interino?

inconvenientes. Así, en el caso de las SSTC 45/1989 (IRPF) y 222/1992 (Subrogación arrendaticia de las parejas de hecho), la aprobación de la ley reparadora fue relativamente rápida, pero en todo caso, el problema de cuál debía ser el comportamiento de los operadores jurídicos durante el periodo interino no tuvo mayores connotaciones.

La respuesta a estas interrogantes puede estructurarse dependiendo en cada caso de las particularidades de cada sistema, siendo las posibilidades las siguientes:

1.1.1. La inaplicación del régimen normativo, y su integración a través de los tribunales ordinarios.

Una de las alternativas que se plantea, es que se deje en manos de los propios operadores jurídicos la compensación de la inaplicación del régimen jurídico a través de la integración. En todo caso, los llamados directos a integrar el ordenamiento jurídico ante la inaplicación del régimen jurídico serían los propios tribunales ordinarios, y ello es plenamente posible si se tiene en cuenta que tal actividad se enmarca en el ejercicio de la función jurisdiccional. Aunque claro está, que su articulación sopesará con algunas limitaciones como el principio de legalidad que impide a los tribunales integrar fácilmente ante la ausencia de norma, exigiendo que sea el legislador quien regule el supuesto de hecho ausente de consecuencias jurídicas.

Para Pizzorusso, en estos supuestos, los órganos jurisdiccionales pueden realiza con cierta facilidad la labor integradora del contenido normativo de la disposición, ya que corresponde a todos los intérpretes y operadores jurídicos realizar esta función⁷⁵², concediendo a los derechos fundamentales el valor normativo que tienen otorgado en virtud de la Constitución y, por tanto, aplicándolos directamente sin necesidad de esperar una norma que los complemente. Este criterio es compartido por García de Enterría, en cuanto asume que la norma constitucional tiene un manifiesto y positivo contenido jurídico que puede ser inmediatamente utilizado como cláusula general reemplazando a la ley inconstitucional sin que se ponga en riesgo de forma innecesaria al principio de la seguridad jurídica. Acá, lo único que realiza el órgano jurisdiccional, mientras dure el periodo transitorio, es una interpretación razonable que orienta los valores contemplados en la Constitución, teniendo en cuenta además que los derechos fundamentales y en concreto el principio de igualdad se encuentra dotado de un valor autoaplicativo⁷⁵³.

En lo que concierne al sistema español, el TCE ha recurrido a esta alternativa en la STC 36/1991⁷⁵⁴ (procedimiento corrector de menores), donde declaró la inconstitucionalidad sin nulidad del precepto que regulaba parte del procedimiento corrector de menores. Asimismo, el Tribunal consideró que en este caso, la declaración de nulidad podría conllevar mayores problemas –a raíz del vacío normativo generado–, que el tolerar formalmente la vigencia del régimen declarado inconstitucional, por lo que recordó al legislador la «imperiosa necesidad» de reformar la legislación tutelar de menores⁷⁵⁵, emplazando a su vez a los

⁷⁵² Pizzorusso, Alessandro, *Garanzie Costituzionali*, en Comentario della Costituzione a cura de Giuseppe Branca, Bologna, 1981, p. 178. De igual modo Cerri, Augusto, *Materiali e riflessioni sulle pronunzie di accoglimento «datate»*, en *Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre*, 1988, Milano, p. 150, sostiene que en estos casos su aplicabilidad debe realizarse por los órganos jurisdiccionales, siempre que se refiera a materia de derechos fundamentales.

⁷⁵³ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 74.

⁷⁵⁴ Sentencia de fecha 14 de febrero de 1991 (BOE 18 de marzo), resolutoria de cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 1001/1988, 291/1990, 669/1990, 1629/1990 y 2151/1990.

⁷⁵⁵ A raíz del emplazamiento del TC, Las Corte Generales aprobaron la Ley Orgánica 4/1992, por la que se llegó a modificar la Ley de Tribunales Tutelares de Menores en fecha 5 de junio de junio.

tribunales ordinarios a llenar el vacío normativo, tomando en cuenta la jurisprudencia constitucional y la Convención de los Derechos del Niño, hasta que el legislador responda normativamente⁷⁵⁶.

Por otro lado, la STC 37/1998 (abogado de oficio en la casación penal), también expone similares características a la STC 36/1991 (procedimiento corrector de menores) en cuanto el TC convocó a los tribunales ordinarios para evitar los problemas que podría acarrear el vacío jurídico generado por dichas sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad. El caso trató de la impugnación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), en cuanto alguno de sus preceptos vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que no prevenían obligación alguna para los abogados de oficio, así como para el Ministerio Fiscal de comunicar al imputado de la negativa de éstos a interponer el recurso de casación. El TC determinó la inconstitucionalidad de dicho régimen, y a su vez emplazó a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a «utilizar las posibilidades que le brinda el ordenamiento» para resolver los casos que se le planteasen hasta la aprobación de una normativa acorde a las exigencias previstas por el artículo 24 CE. Meses después, con la aprobación de la Ley 21/1988, se modificó la redacción del artículo 78 de la LECr, tomando en cuenta las recomendaciones del TC, de comunicar al imputado las negativas de los abogados de oficio y del Ministerio Fiscal para interponer el recurso de casación, para que con este conocimiento, el imputado pueda ejercer su derecho a defensa y designar un nuevo abogado defensor⁷⁵⁷.

Asimismo, por su importancia se trae a colación el ATC 56/2006, donde pese a que la cuestión no fue admitida, toda vez que el juez proponente no cumplió con el requisito de previa audiencia a las partes conforme al artículo 35.2 LOTC, el TCE al abordar la relevancia para el fallo de la norma cuestionada, vino a concluir que un pronunciamiento que declarase la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, sin nulidad, permitiría al órgano proponente inaplicar el precepto cuestionado y darle la razón a las actoras que invocan en el proceso a quo el resultar discriminadas en razón de sexo. Recuérdese que en aquella oportunidad, la cuestión acusaba la inexistencia de una regla que permitiera que al calcular la prestación de desempleo no se tuviera en cuenta la reducción de jornada para asistencia de hijos. De este modo, el Tribunal dejó por sentado, que la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad constituía un permiso principalmente para el juez proponente de la cuestión, para resolver el asunto inaplicando la norma legal en lo que impida la protección del bien constitucional lesionado. El Tribunal, aprovechó también la oportunidad para establecer que un razonamiento contrario, daría paso a que ninguna cuestión de inconstitucionalidad sustentada en la insuficiencia legislativa de una norma pudiera superar el juicio de relevancia.

⁷⁵⁶ En el fundamento jurídico 6.º de dicha sentencia, el TCE señalaba «Este Tribunal es bien consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 LTMM, en lo que se refiere sólo al procedimiento corrector, crea una situación normativa oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva. Por eso y como ya hicimos en la sentencia 71/1990, hemos de subrayar la imperiosa necesidad de que las Cortes procedan a reformar la legislación Tutelar de menores. En tanto eso no suceda, serán los propios jueces quienes habrán de llenar el vacío producido. Afortunadamente el mencionado artículo 40.2b) de la CDN y nuestra propia doctrina acerca de los derechos garantizados por el artículo 24 CE pueden facilitar el desempeño de esta tarea».

⁷⁵⁷ La STC 37/1988, recoge también los votos particulares de los magistrados De la Vega, García – Mon, Díaz Eimil y Rubio Llorente, porque en sus opiniones, la obligación de comunicar al imputado la negativa de los abogados de oficio, así como del Ministerio Fiscal de plantear el recurso de casación, no derivaba del texto constitucional.

Sobre el tema, un sector de la doctrina ha estado plenamente de acuerdo con la aplicación de esta medida durante el período interino, en ese sentido Jiménez Campo, a través de sus diversos estudios⁷⁵⁸ defendió y fundamentó la capacidad de los tribunales ordinarios para integrar el vacío normativo generado por la declaración de inconstitucionalidad, y mucho más aún cuando el ejercicio de esta facultad se encuentra precedido de una sentencia constitucional, aunque antes de llegar a esta afirmación, Jiménez Campo⁷⁵⁹, parte de una diferenciación en la naturaleza del objeto de control de constitucionalidad. Así, que los tribunales ordinarios puedan integrar o no el ordenamiento, dependerá en gran medida de la naturaleza de las normas impugnadas. En ese sentido, para el autor español, no es lo mismo que el vicio de inconstitucionalidad se origine en una norma preconstitucional que en una norma postconstitucional. En el primer supuesto, los tribunales ordinarios se encuentran facultados para inaplicar aquellas disposiciones normativas inconstitucionales, y llenar el vacío normativo a través de la analogía, pues al haberse derogado la norma expresa o tácitamente por la reformas operadas en el canon constitucional, el juez ordinario se encuentra plenamente habilitado para depurar e integrar el ordenamiento jurídico, ejerciendo desde ya una facultad que le es propia. Por el contrario, cuando el vicio de inconstitucionalidad se origina en un precepto postconstitucional, la posibilidad de que los tribunales ordinarios puedan integrar el vacío normativo cambia totalmente en sentido negativo⁷⁶⁰. Tomando en cuenta que los tribunales ordinarios operan en sujeción al principio de legalidad, así como al monopolio del control de constitucionalidad que recae en el TC, en este ámbito, el actuar de estos tribunales, difícilmente podría alejarse de tales límites. En este caso, es más complicado que los tribunales ordinarios puedan dejar de lado la literalidad de un precepto legal postconstitucional, por mucho que este ingrese en contradicción con la misma Constitución.

Sin embargo, otros sectores de la doctrina adoptan la postura de Jiménez Campo con reservas, y ello debido a que la complejidad del asunto y la diversidad de los supuestos dificultan realizar una afirmación con carácter general sobre la capacidad de los tribunales ordinarios para integrar el ordenamiento jurídico.

Considerando estos inconvenientes, quizá la salida más efectiva radique en la emisión de sentencias constitucionales que faciliten la labor integrativa de los tribunales ordinarios en la reparación de los vicios de inconstitucionalidad durante el período interino. Y ello pasa precisamente porque el TC emita pronunciamientos formalmente estimatorios, donde se limite

⁷⁵⁸ Vid, principalmente la obra de Jiménez Campo, Javier, «Analogía «*secundum Constitutionem*»...*opus cit.*, pp. 22 y ss., donde se muestra partidario de que los tribunales ordinarios sean los que integren a través de la analogía los vacíos normativos generados por normas preconstitucionales y leyes preconstitucionales, advirtiendo en este último supuesto, que la integración sólo operará cuando venga impuesta por una norma constitucional con contenido material propio. Por otro lado, el mismo autor en su obra: *Qué hacer con la ley inconstitucional...**opus cit.*, pp. 55 y ss., reduce los supuestos en los que la aplicación de la integración por los tribunales ordinarios sea aplicable. Así sólo podrán integrar los tribunales ordinarios, cuando el TC haya identificado concretamente el vicio de inconstitucionalidad y la forma en que la magistratura pueda llenar dicho vacío, pero además debe cuidarse de no afectar una reserva de ley.

⁷⁵⁹ Jiménez Campo, Javier, «Analogía «*secundum Constitutionem*»...*opus cit.*, pp. 24 y ss.

⁷⁶⁰ En un análisis más limitado a la integración analógica de la discriminación por exclusión tácita derivadas de normas postconstitucionales, Jiménez Campo, Javier, «Analogía «*secundum Constitutionem*»...*opus cit.*, p. 22, apunta los múltiples problemas que se pueden suscitar. Partiendo de la indeterminación del concepto «laguna normativa», el autor incide en la necesidad de diferenciar aquellos supuestos en los que la exclusión tácita constituye una verdadera laguna integrable analógicamente de aquellos en que dicha exclusión, expresa una voluntad clara del legislador para la continuidad de dicho vacío normativo.

a declarar la inconstitucionalidad del régimen jurídico impugnado, evitando determinar el modo concreto en que debiera repararse la inconstitucionalidad. En ese sentido, sólo si el fallo de inconstitucionalidad carece del elemento reconstructivo es que los tribunales ordinarios podrán integrar el vacío normativo según sea posible.

Si lo que se busca es promover la participación no sólo del legislador sino también de los tribunales ordinarios en el proceso de reparación de la inconstitucionalidad, es necesario facilitar la identificación de aquellas sentencias que tienen por objeto promover la reparación multilateral de la inconstitucionalidad. Para este fin, será recomendable que el TC emplace expresamente a los tribunales ordinarios cuando su concurrencia resultase necesaria para reparar el vicio de inconstitucionalidad. Por otro lado, para que la participación de los tribunales ordinarios sea posible, es necesario que de la sentencia constitucional no se derive la necesidad de continuar aplicando el régimen jurídico inconstitucional⁷⁶¹.

Ahora bien, en la convocatoria que realice el TC a los tribunales ordinarios para integrar el vacío normativo, debe cuidar de no incurrir en los problemas demostrados en el sistema italiano a raíz de las sentencias aditivas de principio, donde los jueces se mostraron incapaces de desarrollar el principio dado por la Corte Constitucional italiana. Sin duda, a los tribunales italianos no les fue nada fácil concretar la necesaria colaboración entre el Estado y las Regiones. Este caso se presentó a raíz de la Sentencia 109/1993, donde la Corte declaró la inconstitucionalidad del precepto que autorizaba al Ministro Estatal de Industria asignar algunos beneficios a favor de las empresas que integrasen mujeres al mercado laboral «en la medida en que no preveía ningún mecanismo de cooperación entre el Estado, las regiones y las Provincias Autónomas».

Otro ejemplo de imposibilidad para integrar el orden normativo por parte de los tribunales ordinarios en Italia, se presenta en la Sentencia 421/1991, donde la Corte declaró la inconstitucionalidad del precepto que regulaba las pensiones de los funcionarios locales, debido a que a efectos de calcular la pensión, la disposición preveía tomar únicamente en cuenta la situación laboral del último año de trabajo, obviando los cambios laborales u ocupación con anterioridad a éste. En este caso, los tribunales ordinarios se vieron imposibilitados de flexibilizar la rigidez de dicho régimen de pensiones. Esta dificultad por parte de los jueces italianos para resolver esta forma de inconstitucionalidades durante el periodo interino se irá reiterando en una grado tal que Anzon⁷⁶² la llegará a calificar como el «efecto paralizante» de las sentencias aditivas de principio.

Sin duda, los problemas que se derivan de la aplicación del modelo bilateral de la inconstitucionalidad en el periodo interino por parte de los tribunales ordinarios, representan una característica propia de la aplicación de dicha técnica, donde los comportamientos inciertos y heterogéneos de los operadores son el común denominador y su debilidad manifiesta.

⁷⁶¹ Para Jiménez Campo, Javier, «Analogía *«secundum Constitutionem»* »...*opus cit.*, p. 28 y ss., en los supuestos en los que la norma omitida no plantea excesivos problemas en el entendido de no requerir de una construcción normativa por parte del TC, éste puede emplazar a los órganos judiciales para que reparen el vicio de inconstitucionalidad, bastando para ello asumir las categorías normativas preexistentes.

⁷⁶² Anzon, Adele, *L'additiva di principio en giudizi in via principale*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2/1993, p. 890.

1.1.2. La inaplicación del régimen normativo, y la suspensión de los procedimientos pendientes.

La segunda alternativa en relación al destino del régimen jurídico declarado inconstitucional, es que el mismo se inaplique durante el período interino y en consecuencia, se interrumpan los procedimientos administrativos y judiciales en curso o que se planteen durante dicho período hasta la entrada en vigor de la ley reparadora. La adopción de una medida de esta naturaleza quizá se constituya en la más radical, sin embargo, el bien jurídico que se busca precautelar, es la eficacia del control de constitucionalidad. Por otro lado, González Beilfuss⁷⁶³, identifica también un otro bien jurídico que se pretende precautelar a través de esta medida, así, se vela por el principio de igualdad entre los diversos supuestos que puedan plantearse durante el periodo interino, es decir, a través de esta medida, se pretende hacer posible que la ley reparadora pueda ser aplicable tanto a los casos anteriores no resueltos definitivamente como a los que puedan plantearse durante dicho periodo⁷⁶⁴.

Como no podía ser de otra manera, desde la doctrina se han construido críticas hacia esta alternativa. Así, Modugno, reflexiona acerca de las contradicciones y paradojas que conlleva esta opción. Para este autor, si el Tribunal optó por declarar la inconstitucionalidad sin nulidad de la norma por temor al vacío jurídico que esta decisión produciría, sin embargo, el pronunciamiento de mera inconstitucionalidad, al paralizar los procedimientos judiciales y administrativos en trámite, provoca otro vacío igualmente inconstitucional⁷⁶⁵. Hasta que el legislador no actúe el juez ordinario no puede continuar el proceso, creándose una situación de vacío respecto a la aplicabilidad de la norma, y partiendo de esta constatación, el jurista italiano se cuestiona: ¿Qué es más adecuado al sistema, la laguna que produce la declaración de inconstitucionalidad con nulidad (que elimina de modo inmediato la norma del ordenamiento jurídico) o la laguna que produce la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad que suspende la aplicación de la norma hasta que el legislador actúe?⁷⁶⁶

Independientemente de la crítica y reflexión manifestada, la adopción de esta medida, sin duda alguna, tuvo su mayor aceptación dentro de la jurisprudencia constitucional alemana, donde a partir de la figura «*anwendungssperre*» quedó asentada que la inaplicabilidad de la norma inconstitucional y la consecuente suspensión de los procedimientos administrativos y judiciales

⁷⁶³ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 252.

⁷⁶⁴ A manera de ejemplo, en el caso español es posible citar en primer lugar la STC 45/1989 (IRPF). A partir de dicha sentencia, la Administración Tributaria a través de la Secretaría General de Hacienda, instruyó la abstención de practicar liquidaciones impositivas, y de resolver los recursos administrativos que afectasen a los años fiscales anteriores, hasta la entrada en vigor de la ley reparadora. Por otro lado, se tiene también a la STC 68/1996 (distribución territorial de las subvenciones estatales), donde el TC declaró la nulidad del inciso que preveía el trámite de audiencia de las CC.AA. Esta situación hubiera generado una situación de mayor inconstitucionalidad, por lo que se optó por la suspensión de los procedimientos administrativos, hasta la entrada en vigor de la ley reparadora.

⁷⁶⁵ En opinión de Ruggeri, Antonio, *Vacatio sententiae, «retroattività parziale»...opus cit.*, p. 929, el Tribunal opta por declarar la inconstitucionalidad sin nulidad, no precisamente fundado en el temor al vacío jurídico, sino más bien en función a una valoración política, que es reprochable al Tribunal ya que ello encierra el riesgo de injertar en el ámbito de la decisión constitucional un proceso político institucional incontrolable e incontentible.

⁷⁶⁶ Modugno, Franco, *Corte Costituzionale e potere...opus cit.*, p. 45. Además, para Sandulli, Aldo, *Il primo dodicennio*, Roma, 1968, p. 27, sostiene que los vacíos producidos por la declaración de inconstitucionalidad son saludables y debe defendérselos puesto que con este fin surge la justicia constitucional, como control a posteriori.

que pudieran verse afectados por la misma, sea la consecuencia jurídica habitual de los pronunciamientos de inconstitucionalidad sin nulidad.

Antes de ingresar en mayores consideraciones, es necesario recordar que la técnica de la inconstitucionalidad sin nulidad, en el caso alemán, fue introducida por el TCFA a través de su práctica jurisprudencial, pues no contaba con un fundamento normativo que le autorizase dictar semejante tipo de pronunciamientos. Asimismo, se pudo observar que es en forma posterior, que esta práctica jurisprudencial fue positivizada en forma apresurada, con las consecuencias lógicas de su imprecisión, pues no se logró derogar la disposición que obliga al TCFA a declarar la nulidad de la norma de forma inmediata a la declaración de inconstitucionalidad, como que tampoco se precisó los casos en los cuales podía dictarse esta nueva tipología de sentencias, así como las consecuencias que de ellas debían derivarse. En este escenario, ha sido una vez más el TCFA quien ha incorporado en forma gradual la «*anwendungssperre*», como una consecuencia de este tipo de pronunciamientos.

En cuanto a los orígenes de la técnica de la interrupción de los procedimientos en que es aplicable la norma inconstitucional en Alemania, según González Beilfuss⁷⁶⁷, se encuentra en los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, sobre el llamado *Anlassfall*⁷⁶⁸, es decir el supuesto de hecho que da origen a la sentencia: el caso *a quo* en las cuestiones de inconstitucionalidad o el caso concreto recurrido en amparo.

Este «premio al recurrente» como se conocía en el sistema austriaco, justificó también, para que en el caso alemán, la Sentencia del TCFA cobre trascendencia para el caso *a quo* a través de la obligada satisfacción del interés del recurrente de amparo. En ese sentido, este beneficio se concretó con la anulación de las sentencias de instancia que afectaban al *Anlassfall*, ordenando a su vez la suspensión del procedimiento judicial en trámite hasta la entrada en vigor de la ley reparadora. En efecto, Maunz advierte que durante el periodo transitorio entre la sentencia y la nueva norma, debía bloquearse automáticamente la aplicación judicial y administrativa de la norma. A su vez, aclara que la situación así creada, esta es la suspensión de los procesos pendientes hasta la entrada en vigor de la nueva normativa, no está más lejos de la Constitución misma que si las situaciones vigentes se regularan por la ley incompatible⁷⁶⁹. Por su parte, para Moench, ésta representa la única solución a la perplejidad que presenta la sentencia de mera incompatibilidad, esto es, el aplazamiento de las actuaciones

⁷⁶⁷ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 253.

⁷⁶⁸ El supuesto de hecho que da lugar a la sentencia constitucional, es conocido con el nombre de *Anlassfall*. En virtud a esta figura germana, es que la norma inconstitucional no puede seguir aplicándose a dicho supuesto, para el que debe ser resuelto como si la norma hubiese estado derogada en el momento de su concreción. Así también, este supuesto ha sido recogido normativamente por el sistema austriaco, como el «premio al recurrente» (*Ergreifepremie*) en el artículo 140.7 CA, por el que se obliga a dar efectos retroactivos a la sentencia constitucional menos en relación a dicho supuesto. En la práctica jurisprudencial alemana, el premio al recurrente generó una «carrera por ser *Anlassfall*», con el propósito de evitar la aplicación de la norma inconstitucional. Este mismo suceso generó que en la década de los ochenta, la jurisprudencia constitucional austriaca ampliase el concepto de *Anlassfall*, a partir del cual se pasa de una concepción estricta de dicho concepto, donde sólo se incluía al supuesto de hecho que generó la sentencia en la inaplicación de la norma y la consecuente suspensión de los procedimientos, hacia otra concepción más amplia de la misma, que engloba a todos los casos paralelos que han tenido entrada en el Tribunal hasta el día de la celebración de la vista oral, o hasta el día en que se inicia la deliberación de la sentencia.

⁷⁶⁹ Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31*, München, 1995, pp. 13 y ss.

administrativas o judiciales hasta que el legislador opere el cambio necesario⁷⁷⁰. Para este autor, haciendo referencia al caso Alemán, si la decisión del Tribunal sólo se limita a declarar la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada, luego la misma no podría ser aplicada conforme a los artículos 1.3 y 20.3 de la Constitución. La resolución de los procedimientos en curso debe suspenderse. No se puede decidir como si la norma lesiva ya no existiera (lo que sucede en el supuesto de que la norma fuera declarada nula que hace que se decida el proceso sin la norma). Haciendo referencia a la declaración de incompatibilidad, entiende que se abre una opción al legislador para determinar la decisión. La declaración opera, en consecuencia, suspensivamente hasta que el legislador actúe.

En forma posterior, esto es, en los años setenta, es decir una década antes de que suceda en Austria, en Alemania se vio la necesidad de ampliar el concepto restringido de *Anlassfall*, para dar paso a la figura del «*Parallelfälle*», a partir de la cual la inaplicación de la norma inconstitucional se amplió a favor de los casos paralelos, es decir, a los demás supuestos de hecho pendientes, o también supuestos de hecho que podían plantearse al interior del periodo interino.

En la apreciación de González Beilfuss⁷⁷¹, lo rescatable de la jurisprudencia constitucional alemana radica en que la generalización de la suspensión de los procedimientos en los que sería aplicable el régimen jurídico declarado inconstitucional, no se basó «en la imposibilidad de seguir aplicándolo tras la sentencia constitucional, en la conveniencia de evitar «carreras por ser *Anlassfall*» o en las dificultades para que los operadores jurídicos reparen por sí mismo...» los vicios de inconstitucionalidad, sino en la doctrina asentada por la Sentencia 37/217 de 1974, a través de la cual el TCFA señaló que «la nulidad y la mera inconstitucionalidad tienen los mismos efectos tanto respecto al pasado como al futuro». Si bien es cierto que esta afirmación generó la confusión existente en ese entonces en relación a la técnica de la inconstitucionalidad sin nulidad, no menos cierto es que a través de la misma, el TCFA dejó entrever el gran influjo que ejercía el dogma de la nulidad «*ex tunc*».

Además de desprender en forma general los efectos jurídicos de la nulidad y los de mera inconstitucionalidad, el TCFA a través de la Sentencia 37/217, reconoció que en algunos supuestos, y con carácter excepcional, la norma inconstitucional podía continuar aplicándose durante el periodo interino. Precisamente en dicha sentencia, el TCFA declaró la inconstitucionalidad del régimen jurídico de adquisición de la nacionalidad alemana por parte de hijos de matrimonios mixtos, dada su naturaleza discriminatoria, al establecer diferencias sobre quien ostentaba la nacionalidad alemana. Si era el padre quien gozaba de la nacionalidad alemana, el (la) hijo (a) adquiría automáticamente la nacionalidad del padre. Por el contrario, si era la madre la que portaba la nacionalidad alemana, el hijo sólo adquiriría la nacionalidad alemana para evitar la figura del apátrida, en caso contrario, debía adoptar la nacionalidad del padre que no era alemán. Asimismo, el TCFA determinó que dicho régimen era inconstitucional desde el 1 de abril de 1953, fecha en la cual, según se desprende del artículo 117.1 LF, ingresó en vigencia el principio de no discriminación en razón del sexo. Si en este caso, el TCFA, además de declarar la inconstitucionalidad del régimen jurídico impugnado,

⁷⁷⁰ Moench, Christoph, *Verzicht auf die Nichtigerklärung Verfassungswidriger Gesetze*, en el Seminario sobre *Möglichkeiten und Grenzen verfassungsgerichtlicher Entscheidung*, Staatsrechtliches Seminar Ws 1973/74, Freiburg, I. Br. 1973, p. 4.

⁷⁷¹ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 254.

también hubiera declarado su nulidad inmediata, o habría determinado suspender los procedimientos en los que hubiera podido aplicarse dicho régimen, se habría generado una situación de mayor inconstitucionalidad desde el punto de vista constitucional insostenible, pues habría privado de la nacionalidad a los hijos de los padres alemanes. Por otro lado, TCFA reconoció la existencia de diversas posibilidades de conceder la nacionalidad a los hijos de las madres alemanas, y en virtud a la misma es que renunció reparar unilateralmente el vicio de inconstitucionalidad, convocando al legislador al efecto.

Ahora bien, el establecimiento de esta excepción, además de contribuir a generar mayores confusiones e incertidumbre acerca de la aplicación de esta técnica, el TCFA no precisó criterios que delimiten en forma clara en qué casos podían suspenderse los procedimientos judiciales y administrativos, y en qué casos podía permitirse aplicar el régimen jurídico declarado inconstitucional pero no nulo.

Sin embargo, mas allá de las concretas observaciones, el TCFA fue continuando con su labor, dictando sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, desprendiendo de ellas las consecuencias de la «*anwendungssperre*» y el «*Parallelfälle*», aunque en igual medida también dictó otros pronunciamientos similares en naturaleza a la STC 37/217, en las cuales el Tribunal determinó la continuidad en la aplicación del régimen jurídico declarado inconstitucional. De la misma forma se tiene a la Sentencia 33/303, en la que el TCFA, consideró que las Leyes de Hamburgo y Baviera, al prever sistemas de *numerus clausus* de acceso a la Universidad, vulneraban el derecho a la elección de centro formativo previsto por el artículo 12.1 LF. La nulidad de dicho régimen jurídico habría afectado la continuidad de los *numerus clausus*, y con ello también a quienes fueron admitidos a través de su aplicación. Por ello el TCFA ordenó la continuidad de dicho régimen hasta el inicio del procedimiento de admisión del siguiente semestre estival, tiempo en el cual el legislador debía responder normativamente.

En el mismo sentido se cita a la Sentencia 40/296, que trató la retribución de los miembros del Parlamento del Sarre, donde el TCFA también prescindió de la declaración de nulidad, permitiendo que las normas inconstitucionales continuasen aplicándose a fin de garantizar la independencia de los miembros de dicho Parlamento.

Estas y otras sentencias⁷⁷² de la misma naturaleza, dejan entrever que el TCFA ha roto el habitual silencio que caracterizaba su actuar en las sentencias que declaraban la inconstitucionalidad sin nulidad para determinar con carácter expreso los casos en los cuales el régimen inconstitucional pero no nulo debe continuar aplicándose. Así también, es posible observar, cómo la inicial regla de inaplicación del régimen inconstitucional y la suspensión de los procedimientos, se empieza a convertir en la excepción. De este modo la praxis jurisprudencial demuestra algo que la doctrina aún no admite: la aproximación del mecanismo alemán a la técnica austriaca del retraso de la entrada en vigor de la derogación (nulidad), dejando de lado de este modo los efectos tradicionales de la nulidad «*ex tunc*».

⁷⁷² Dentro de la misma dimensión se analiza a la Sentencia 87/153, donde el TCFA consideró que durante los años 1978 – 1984, 1986, 1988 y 1991 el mínimo de existencia individual a efectos del IRPF era insuficiente para sostener el mínimo vital exento de gravamen. La declaración de nulidad del importe impositivo habría generado mayores inconvenientes que el tolerar la aplicación del mismo, por lo que el TCFA determinó la continuidad en su aplicación hasta que el legislador aprobase la ley reparadora, es decir el 1 de enero de 1996.

1.1.3. La inaplicación del régimen normativo, y la reparación provisional de la inconstitucionalidad por parte del TC.

Como se pudo observar, las dos alternativas analizadas, es decir, la que plantea se deje en manos de los propios operadores jurídicos la compensación de la inaplicación del régimen jurídico a través de la integración, así como la que plantea que el régimen jurídico declarado inconstitucional se inaplique durante el período interino y, en consecuencia, se interrumpan los procedimientos administrativos y judiciales en curso o que se planteen durante dicho periodo hasta la entrada en vigor de la ley reparadora, presentan sus propios problemas a la hora de su aplicación. Por ello, se elaboró una tercera vía que regule el periodo interino hasta la reparación definitiva llevada a cabo por el legislador. Precisamente ésta consiste en que los operadores jurídicos apliquen un régimen jurídico provisional establecido por el propio TC en su sentencia.

La aplicación de esta técnica, salvo algunas contadas sentencias en España⁷⁷³, fue ampliamente desarrollada en la jurisprudencia constitucional alemana, por lo mismo, es necesario centrarse una vez más en su análisis.

En ese sentido, se trae a colación la Sentencia 39,1, de 22 de junio de 1975, donde el TCFA declaró la inconstitucionalidad de la Ley que regulaba como no punibles los abortos practicados hasta los tres meses de embarazo. Transcurridos ellos, tampoco eran punibles las interrupciones voluntarias del embarazo que estuviesen previstas en la indicación terapéutica. A juicio del TCFA, a través de dicha regulación no se protegía suficientemente la dimensión objetiva de la vida humana. A fin de evitar un vacío normativo en este régimen, el TCFA determinó una serie de reglas provisionales aplicables a todos aquellos supuestos que se presenten, hasta que el legislador aprobase el régimen jurídico por el cual se reparase la inconstitucionalidad. El régimen provisional previsto por el TCFA establecía que, para aquellos casos de interrupción voluntaria del embarazo que se llevara a cabo durante los tres primeros meses, les sería aplicable el tipo penal del aborto, salvo que el embarazo hubiese sido a consecuencia de una violación, o que a juicio del juez penal no había otra forma razonable de solucionar la grave situación de necesidad en que se encontraba la mujer, supuestos en los que el aborto era impune.

En forma posterior, la Sentencia 88, 203, de 28 de mayo de 1993, viene a mostrar una regulación provisional mucho más elaborada por parte del TCFA sobre la ordenación del aborto⁷⁷⁴, en ocasión de pronunciarse sobre Ley aprobada en 1992, que prevenía la posibilidad de abortar durante los tres primeros meses de embarazo previo asesoramiento, en un centro autorizado, sobre las múltiples alternativas para hacer frente a la situación de necesidad y conflicto planteados por el embarazo. El TCFA, utilizó una vez más la teoría de la dimensión

⁷⁷³ Vid las STC 19/1987 (Contribuciones Territoriales), la 37/1988 (abogado de oficio en la casación penal) y la 61/1997 (Ley del Suelo), donde el TC se pronunció sobre el derecho aplicable durante el periodo interino.

⁷⁷⁴ En aquella oportunidad los votos particulares de los jueces Mahrenholz y Böckenförde, no pusieron mayor reparo ni mención crítica acerca de la actividad explícitamente normativa del BVerfG. Por lo mismo, recuérdese que la intromisión en la libertad de configuración del legislador ya había sido denunciada en el voto particular de Rupp Von Brünneck y H. Simon a la primera sentencia sobre el aborto (BVerfGE 39,1, voto particular 68 y ss.) al entender que, si bien el feto debía ser objeto de protección constitucional, sólo correspondía al legislador decidir si esta protección debía revestirse de carácter penal.

objetiva del derecho a la vida, a partir de la cual declaró la nulidad del supuesto general de necesidad, precisando que el asesoramiento al que hacía referencia la ley no tenía como objetivo la protección del *nasciturus*. En tal sentido, la misma sentencia previó un régimen provisional, cuya minuciosidad reguló a detalle el contenido del asesoramiento médico, así como de los centros médicos que podían llevar a cabo dicha labor⁷⁷⁵.

Otra Sentencia que restablece también en forma provisional la constitucionalidad por parte del TCFA, es la 84, 9, de 1991, donde el TCFA se pronunció declarando la inconstitucionalidad de la disposición del Código Civil que imponía el apellido del marido como apellido familiar común en caso de desacuerdo entre los contrayentes⁷⁷⁶. Al margen de la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal evitó declarar su nulidad, porque tomó muy en cuenta las diversas posibilidades para reparar la inconstitucionalidad, por lo que el legitimado para elegir la alternativa más coherente y conveniente a tal fin era el legislador. Por otro lado, en el razonamiento del TCFA, la nulidad de la disposición del Código Civil, habría causado un vacío normativo que habría generado una situación de mayor inconstitucionalidad, pues el régimen del derecho al nombre, habría sido suprimido por la sentencia. Entre tanto, el TCFA estableció una regulación transitoria a ser aplicada durante el periodo interino, de donde se desprende que ante el desacuerdo entre los cónyuges sobre el apellido familiar común, cada uno mantenía su apellido de solteros. Para el caso de que existieran hijos, la regulación del apellido familiar común prevista por el TCFA preveía que los cónyuges debían elegir de mutuo acuerdo cualquiera de los apellidos de los padres, en defecto de la misma, la unión mediante un guión, de ambos apellidos en cualquier orden, pero si acaso hubiese desacuerdo en el orden de los apellidos conjuncionados, la unión de los apellidos quedará según el orden resultante del azar.

Ahora bien, si la aplicación de esta tercera alternativa trae consigo sus propias ventajas, en cuanto busca generar un mayor ámbito de certeza y seguridad jurídica al periodo interino durante el cual se inaplica el régimen declarado inconstitucional hasta que el legislador repare el vicio de inconstitucionalidad. Esta técnica no escapa a las críticas suscitadas a partir de los problemas derivados del paradigma del legislador negativo. Así, por mucho que el TCFA establezca una regulación con carácter provisional, lo que está haciendo es crear, a través de sus sentencias, un régimen jurídico *ex novo*, que convierte al Tribunal en un legislador positivo, y mucho más cuando el régimen jurídico provisional puede ser solucionado de diversas formas, supuestos en los cuales, el TCFA estaría limitando e imponiendo a su vez una sola alternativa en desmedro de otras, resucitando de esta manera los problemas técnicos y funcionales que acarrearon al Tribunal a optar por el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad. Para evitar esta dificultad, Pohle propone frente al vacío provocado por la declaración de inconstitucionalidad y la consiguiente paralización de los procesos jurisdiccionales o

⁷⁷⁵ La pormenorizada regulación provisional que previó el TCFA, disponía que el asesoramiento «debía proteger la vida del *nasciturus* (...) alentar a la mujer a continuar con su embarazo (...) ayudarla a tomar una decisión responsable», a su vez orientar a la madre, en que «debía ser consciente de que el *nasciturus* ostentaba durante todo el embarazo un derecho propio a la vida», por lo que «el ordenamiento jurídico sólo podía tolerar el aborto en situaciones excepcionales». Similar dimensión adquiere la regulación en cuanto reconocimiento de las organizaciones que podían llevar a cabo dicho asesoramiento, así como también sobre los aspectos relativos a la financiación de las interrupciones del embarazo. Sin duda, esta detallada regulación, fue objeto de críticas por parte de la doctrina, así como en el ámbito político.

⁷⁷⁶ Es necesario aclarar que en Alemania, el régimen que regula el apellido familiar, prevé que el mismo es único, y no así como en el Derecho comparado, donde al nombre patronímico se suma el apellido tanto del padre como de la madre, en esa prelación y orden.

administrativos, la aplicación de la norma más favorable, en la que se incluye a la misma Constitución como parámetro normativo aplicable, es decir, durante el período transitorio, hasta que el legislador dicte una nueva ley, no se deben suspender los procesos para los perjudicados, sino que en virtud de la interpretación extensiva se deben utilizar de las normas que sobreviven la más favorable, lo que generalmente significará la aplicación de la Constitución. Para este autor, en estos supuestos, el Tribunal no suplanta la actividad del legislador, sino que se limita a interpretar las leyes conforme al material normativo efectivamente existente, y en virtud al cual, los tribunales ordinarios quedan autorizados a integrar⁷⁷⁷. Quien se encarga de ampliar este punto, es Martines, y lo hace señalando que debe tenerse un especial cuidado en aquellos supuestos en los que la declaración de inconstitucionalidad recae en una omisión legislativa, puesto que en estos casos, si bien se sanciona a la norma por no incluir a un determinado grupo social de los beneficios que goza otro colectivo de personas, no debe olvidarse que para este último segmento social, la ley es perfectamente conforme a la Constitución⁷⁷⁸. Complementando este razonamiento, Rubio Lorente sostiene que en el caso de ley declarada inconstitucional pero no anulada, la opción deliberada para excluir las consecuencias que el sistema anuda a la inconstitucionalidad no va, ni puede ir acompañada por una determinación de cuáles son los efectos de la ley que deben preservar, acerca de cuya vigencia no cabe duda alguna, pues de lo contrario la disociación de inconstitucionalidad y nulidad carecería de sentido. Asimismo sostiene que no puede ser simplemente el efecto de aplazar todos los expedientes administrativos y judiciales en los que debería aplicarse la ley viciada hasta que esta sea sustituida, ya que este aplazamiento carece de toda justificación en todos aquellos casos en que la aplicación de la ley es constitucionalmente irreprochable, es este el supuesto de aquellas leyes cuyo vicio consiste en no conceder a unos lo que otorga a otros pues el aplazamiento agravaría a estos⁷⁷⁹.

Por otro lado, se ha cuestionado también, la existencia de una cobertura legal que justifique y autorice al TCFA la posibilidad de establecer regímenes provisionales durante el periodo interino. En la mayoría de los casos, el Tribunal ha recurrido al artículo 35 de la LTCFA, pues en virtud al mismo, éste «...puede disponer en su sentencia quién debe ejecutarla; también puede regular en cada caso el modo y forma de ejecución». Sin embargo, el empleo del artículo 35 de la LTCFA como fundamento para justificar la facultad del TCFA para establecer regímenes jurídicos provisionales, no condice con la tipología de las sentencias estimatorias de control de constitucionalidad, cuyos efectos temporales desde ya no prevén precisamente el actuar en este sentido del Tribunal, por lo que el concepto de ejecución que se deriva del precitado artículo 35 LTCFA no permite sobrepasar la predeterminación de los efectos del sistema alemán de fuerte arraigo en la nulidad ex tunc.

En esta misma línea, Klein⁷⁸⁰, además de estar de acuerdo con el uso que el TCFA hace del artículo 35 LTCFA, justifica que la posibilidad de desprender de dicho precepto la facultad de establecer regímenes jurídicos provisionales es acorde con la responsabilidad que la Ley Fundamental de Bonn ha otorgado al Tribunal Constitucional de garantizar la supremacía

⁷⁷⁷ Pohle, Albrecht., *Die Verfassungswidrigerklärung von...opus cit.*, p. 129.

⁷⁷⁸ Martines, Temistocle, *Considerazioni sul tema*, en *Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre, 1988*, Milano, p. 241.

⁷⁷⁹ Rubio Lorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como forma...opus cit.*, p. 44.

⁷⁸⁰ Klein, Eckart, *Art. 35 VBerfGG*, en Benda, Ernest y Klein, Eckart, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 1991, pp. 525.

constitucional. Este fundamento es complementado por Laumen⁷⁸¹, quien asume esta posibilidad por parte del TCFA sólo en situaciones límite, en los que se busque evitar situaciones aun más inconstitucionales, que no puedan ser contrarrestadas ni por el legislador ni por los tribunales ordinarios. Empero, el fundamento de la predeterminación constitucional, también daría lugar a que en aras del principio de seguridad jurídica y el de legalidad, no siempre el TCFA esté habilitado para establecer un régimen provisional. Así en el caso de la Sentencia 39, 1 el Tribunal, al introducir un régimen provisional, con ella, también incorpora una nueva tipificación al ampliar los modos de comisión, y la misma estructura del tipo penal del aborto a supuestos en los que antes de la declaración de inconstitucionalidad del régimen estaban exentas de responsabilidad penal, tal el caso del aborto practicado durante los tres primeros meses. Esta actitud del TCFA puede llevarnos a cuestionar sobre el real equilibrio entre los bienes jurídicos que se encuentran en juego en la reparación provisional del régimen inconstitucional: La seguridad jurídica o la garantía de legalidad. Asumir la primera implicaría crear una situación de mayor inconstitucionalidad al generar un entorno de mayor gravosidad para quienes se encuentren en dichos supuestos, dejando de lado la garantía de legalidad que legitima cualquier cambio en el ámbito penal a la intervención del legislador. En consecuencia, si se asume a la garantía de legalidad por sobre la de seguridad jurídica, desde luego, la emisión de este tipo de pronunciamientos y la aplicación de esta técnica se verían limitadas en los casos donde el principio de legalidad penal –sobre todo– prohibiría al TC determinar criterios normativos reservados constitucionalmente al legislador ordinario.

Debido a las complicaciones para fundamentar el contenido de los regímenes jurídicos provisionales a partir de su predeterminación constitucional, sólo resta realizarlo desde el enfoque de la voluntad del propio legislador⁷⁸² y en su carácter estrictamente provisional. En ese sentido, es necesario tener muy en cuenta que, la voluntad del legislador como fundamento para sostener la práctica de dicha técnica, debe ser empleado con mucha cautela, tomando en cuenta que el TCFA no puede unilateralmente afectar temas que requieren del consenso social y político, que desde ya rebasan la voluntad implícita del legislador. Siendo más puntual, Moench, considera posible que el Tribunal pueda establecer un régimen jurídico provisional sobre todo en aquellos supuestos de inconstitucionalidad por omisión, donde el Tribunal podrá ampliar provisionalmente el espectro de beneficiarios que en principio la norma inconstitucional excluía de su cobertura, pero esto sólo será posible cuando el Tribunal crea con seguridad que el legislador hubiera incluido a los grupos desfavorecidos, si hubiera considerado o tenido en cuenta el principio de igualdad.⁷⁸³

Por otro lado, el carácter estrictamente provisional del régimen jurídico establecido por el TCFA presenta algunas observaciones. Así, si se asume que la reparación de la inconstitucionalidad es meramente provisional, y es el legislador el que posee amplias

⁷⁸¹ Laumen, Simone, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BverfGG. Eine systematische Darstellung*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1997, p. 103 y ss.

⁷⁸² Para mayor análisis sobre este punto Vid a González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, pp. 152 y ss., donde se hace referencia a la reparación unilateral de la inconstitucionalidad, a partir de la voluntad subjetiva y objetiva del legislador.

⁷⁸³ Moench, Christoph, *Verzicht auf die Nichtigerklärung Verfassungswidriger...opus cit.*, p. 4. Precisamente, este ha sido el criterio asumido por el TCFA al señalar que «Cuando el legislador, en contraste con el artículo 3 GG, privilegia a un grupo de personas, el Tribunal Constitucional Federal no puede, en línea de principio, restablecer la igualdad poniendo él mismo, en lugar del legislador, un nuevo texto de ley que comprenda ahora el grupo de personas no considerado. Puede, en efecto, darse la hipótesis que el legislador no hubiera acordado tal disciplina legislativa si en el ejercicio de su poder discrecional hubiera sido consciente de la incidencia del artículo 3 GG.»

facultades y la libertad necesarias para reparar en forma definitiva el vicio de inconstitucionalidad, en la realidad, suele presentarse de distinta manera, es decir, que el régimen provisional no es del todo transitorio, por el contrario, su consolidación definitiva suele ser la regla, ello es así porque los supuestos de hecho resueltos mediante la aplicación de dicho régimen interino no siempre puede ser revisado a la entrada en vigor de la ley reparadora. Imagínese revisar todos los supuestos cumplidos bajo el régimen provisional previsto por la Sentencia 39, 1 relativa al aborto, así como la Sentencia 84, 9 relativa al régimen de apellido familiar común, esta situación además de generar un inseguridad jurídica, provocaría un sin sentido del propio régimen provisional⁷⁸⁴.

Quizá por ello, para evitar grandes variaciones, es que por lo general las leyes reparadoras aprobadas por el legislador, suelen reproducir⁷⁸⁵ el contenido del régimen jurídico provisional previsto en las sentencias del TCFA⁷⁸⁶, es el caso de la Sentencia 88/203, en la medida en que la ley reparadora se limitó a imitar las reglas mínimas referentes al contenido del asesoramiento que debe recibir la mujer antes de llevarse a cabo el aborto. De esta forma, el régimen provisional establecido por el TCFA posee una gran influencia en la respuesta normativa del legislador, pudiendo entenderse esta situación como una forma de limitar el ámbito de discrecionalidad y libertad del legislador por parte del TCFA.

Por ello, no se puede negar que la autoridad del TCFA, en base a argumentos como la predeterminación constitucional para el establecimiento de algunos regímenes provisionales, hayan servido para que en la práctica jurisprudencial se pueda superar la falta de consenso social y político en aquellos ámbitos normativos conflictivos, que han hecho del Tribunal un verdadero colegislador, y con ello, volviendo a hacer que sus actos caigan dentro de los problemas funcionales que se identificaban en el modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad.

⁷⁸⁴ Por su lado Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de...opus cit.*, p. 297, plantea concluyentemente una solución para aquellos supuestos de declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, que consiste en aplicar directamente la Constitución, en vez de suspender los procesos pendientes, ya que dicha posibilidad es perfectamente compatible con el respeto al ámbito discrecional del legislador. Éste en su actuación posterior, puede suprimir para todos beneficiados y desfavorecidos, la ventaja que concedía a un grupo de personas, el agravio producido por la aplicación y extensión al grupo perjudicado, nunca sería mayor que el dimanante de la suspensión de los procesos tanto para los perjudicados como para los beneficiados.

⁷⁸⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, en Quaderni Costituzionali, anno IX, n 1, aprile, 1989, p. 86, entiende que en estas situaciones, la solución sería más compleja para el Órgano Legislativo, porque se vería obligado a hallar nuevos recursos que le permitan hacer frente a las situaciones y derecho adquiridos, pero sería más adecuada al carácter normativo de la Constitución y al principio de interpretación favorable de los derechos y libertades fundamentales, principio que prohíbe restringir su alcance y contenido. Todo esto sería más beneficioso, en tanto que evitaría que a la política de igualdad se termine por optar la vía brutal y ciertamente inconstitucional de congelar los efectos de las sentencias del TC.

⁷⁸⁶ Aunque también, en determinados supuestos, el legislador no tomó a plenitud el régimen provisional establecido por el TCFA, este es el caso de la Sentencia 84, 9 (apellido familiar común), donde en primera instancia, el Gobierno presentó un proyecto de Ley que reproducía en forma literal dicho pronunciamiento, sin embargo, la aprobación final de la reforma al Código Civil (BGB) que ingresó en vigencia el 1 de enero de 1994, se apartó considerablemente del mencionado proyecto. La primera divergencia se encuentra en que la ley de reforma al Código Civil, prevé la no imposición de un apellido familiar común en caso de desacuerdo entre los cónyuges, dejando de lado la regulación provisional que permitía continuar utilizando el apellido de solteros. Por otro lado, para el caso del apellido de los hijos, en caso de desacuerdo de los padres, ya no se acude a la determinación aleatoria del mismo, sino que será la autoridad jurisdiccional la que otorgue a uno de los progenitores el derecho a escogerlo.

1.2. La aplicabilidad del precepto inconstitucional durante el periodo interino.

Dentro de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, se ha planteado una alternativa opuesta a la analizada en los apartados anteriores. La propuesta prevé que los operadores jurídicos resuelvan los casos que se les planteen hasta la entrada en vigor de la ley reparadora aplicando el régimen jurídico declarado inconstitucional.

En ese sentido, si se analiza el sistema constitucional austriaco, se identificará que en ese país, se dio una mayor preponderancia al principio de la seguridad jurídica, en virtud del cual, no se habla de una declaración de nulidad de la ley inconstitucional, sino de su derogación (por los efectos *ex nunc*), así como la posibilidad de diferir la entrada en vigor de tal derogación por un determinado tiempo señalado por el TCA, mientras tanto, los operadores jurídicos debían continuar aplicando la norma inconstitucional mientras dure la *vacatio* y el legislador repare el vicio de inconstitucionalidad. La continuidad en la aplicación de la norma declarada inconstitucional, no sólo debía limitarse a los supuestos de hecho pendientes de resolución, sino también para aquellos casos que pudieran suscitarse dentro del periodo interino, desprendiéndose de esta situación la aplicación ultractiva de la norma derogada por el TCA, y además, que la aplicación de la norma inconstitucional no posee una naturaleza provisional sino definitiva, no pudiendo ser recurrida ni ante el propio TCA⁷⁸⁷.

Si en el sistema austriaco es posible continuar aplicando el régimen declarado inconstitucional en aras de la seguridad jurídica, no sucede lo mismo en aquellos países en donde el arraigado dogma de la nulidad *ex tunc*, no permite la aplicación de la norma inconstitucional más allá de la declaración de inconstitucionalidad prevista en el fallo del TC. Por lo mismo, si se toma en cuenta el sistema constitucional español, en el que también se encuentra arraigado el dogma de la nulidad *ex tunc*, la posibilidad de admitir esta técnica ha generado más de un rechazo a su propuesta por incluirla. Así, de los votos particulares de los magistrados Jiménez de Parga y Mendizábal Allende, en ocasión de la STC 159/1997 (Gravamen complementario a la tasa sobre máquinas recreativas – II), expresaron su total oposición a tener que tolerar la aplicación de un precepto inconstitucional.

Sin embargo, es necesario recordar que en determinados supuestos, su aceptación se fundamentó en la garantía de la supremacía constitucional, a través de la cual, puede ser más beneficioso soportar la vigencia de una norma jurídica más allá de la sentencia que declarada su inconstitucional, se suprime la misma del ordenamiento jurídico y generar un vacío que conculca otros derechos difíciles de admitir si se quiere preservar el equilibrio entre los bienes jurídicos en juego.

Por ello, y en contraposición a los rechazos planteados por los magistrados Jiménez de Parga y Mendizábal Allende hacia la posibilidad de seguir aplicando el régimen jurídico declarado inconstitucional durante el periodo interino, es necesario tomar en cuenta que, desde

⁷⁸⁷ La posibilidad de diferir la entrada en vigor y la aplicación de la norma declarada inconstitucional durante el período interino fue positivizada en 1975, con la introducción del actual artículo 140.7 CA, que permite al TCA, a través de sus pronunciamientos, la rehabilitación absoluta de la norma declarada inconstitucional (aún no derogada) no sólo con relación al pasado, sino también respecto al futuro, convirtiéndose de esta forma al TCA, según Schäffer, Heinz, *Verfassungsgericht und Gesetzgebund*, en *Festschrift anlässlich des 65. Geburtstages von Prof. Friedrich Koja*, 1998, p. 115, en un «legislador constitucional interno».

una concepción amplia de la primacía constitucional, los arts. 164.2 y 161.1.a CE, no se oponen a que dicha posibilidad pueda ser llevada a cabo por parte del TC español.

Independientemente de la resistencia doctrinal y normativa suscitada en algunos sistemas constitucionales hacia ésta técnica, lo que se debe rescatar es que en muchos de ellos, la práctica jurisprudencial, se abre de a poco a la necesidad de tolerar –no en todos los supuestos– la vigencia de la inconstitucionalidad, mientras dure el periodo interino⁷⁸⁸. Una vez más, analizando la práctica jurisprudencial española, se evalúa que los casos de nulidad diferida y aplicación del régimen inconstitucional durante el periodo interno se presentaron con mayor elocuencia en las SSTC 195/1998 (Reserva Natural de Santoña) y 208/1999 (Ley de Defensa de la Competencia), donde el TC aceptó sin mayores reparos que los regímenes jurídicos inconstitucionales sigan siendo aplicados durante el periodo interino, para evitar de esta forma la creación de un vacío normativo. Similar dimensión presentan también las SSTC 96/1996 (Ley de Disciplina e Intervención de la Entidades de Crédito) y 235/1999 (adaptación a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria), en este último caso, el TC determinó que mientras no se señalen las bases relativas a las entidades que no sean Cajas de Ahorro o Cooperativas de Crédito, continúa siendo el Estado quien ejerce la competencia impugnada.

Ahora bien, las observaciones doctrinales en relación al mantenimiento de la declaración de inconstitucionalidad y el simultáneo retraso de la declaración de nulidad, se ven enfocadas en las dudas sobre los efectos jurídicos de este tipo de pronunciamientos, y más concretamente sobre los efectos generales y la vinculación de los poderes públicos hacia las mismas. Por un lado, es un hecho que el diferir la declaración de nulidad obliga a los operadores jurídicos a continuar aplicando un régimen jurídico declarado inconstitucional, en desmedro quizá del principio de igualdad, pues puede que los casos pendientes de resolución no sean tratados con una norma constitucional, o en otro supuesto, que el recurrente no se beneficie de la declaración de inconstitucionalidad en su verdadera dimensión (según el dogma de la nulidad *ex tunc*), al aplicársele un régimen –ahora interino– que el mismo impugnó, o que beneficiándose el recurrente de la inaplicación al caso «a quo» (algo similar a la figura del alemana del *Anlassfall*) del régimen inconstitucional no nulo dentro del periodo interino, los otros supuestos similares pendientes de resolución, o que se planteasen durante el mismo, sí estarían sujetos a dicho régimen inconstitucional, vulnerándose de igual modo, el principio de igualdad.

Por otro lado, si se acepta la vigencia de interina del régimen jurídico declarado inconstitucional, los riesgos de que el legislador acate la prohibición de aprobar una ley similar a la declarada inconstitucional están latentes, dada la posible incidencia de dicho régimen.

En respuesta a estas observaciones, González Beilfuss⁷⁸⁹, asegura que en aquellos supuestos en los que resulte conveniente continuar aplicando el régimen jurídico inconstitucional durante el periodo interino, la figura del retraso de la entrada en vigor de la nulidad, es de mejor aplicación a la técnica de la inconstitucionalidad sin nulidad, y esto porque prevé una mayor consistencia interna, y además porque al retrasar la entrada en vigor de la

⁷⁸⁸ Así en Alemania, su jurisprudencia constitucional, demuestra que en los últimos años, el TCFA ha pronunciado sentencias declarando la inconstitucionalidad sin nulidad de normas tributarias o subvenciones públicas, pero al mismo tiempo, determinó la continuidad de dichos regímenes durante el periodo interino.

⁷⁸⁹ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, pp. 275 y 276.

nulidad, permitiendo a los operadores jurídicos seguir aplicando el régimen jurídico inconstitucional, genera mayor certeza sobre la actuación de estos durante dicho periodo.

Asimismo, para este autor, independientemente de la técnica empleada, la aplicación del régimen jurídico inconstitucional durante el periodo interino, al igual que presenta sus ventajas, también desprende sus inconvenientes. La ventajas se centran precisamente, en que a través de esta medida, es posible encauzar un proceso de reparación de la inconstitucionalidad que concluirá con la actuación del legislador, evitando desde ya el surgimiento de vacíos normativos que puedan generar situaciones de parálisis, o comportamientos inciertos por parte de los operadores jurídicos. De igual modo, la vigencia del régimen jurídico durante el periodo interino también permite hacer frente a casos en que el tránsito desde una situación de inconstitucionalidad hacia otra plenamente constitucional difícilmente puede hacerse en forma inmediata, siendo preferible llevarlo a cabo en forma gradual⁷⁹⁰.

En contraposición a las ventajas descritas, los inconvenientes de esta medida, se centran principalmente, en la subsistencia de un régimen jurídico más allá de la sentencia que declara su inconstitucionalidad. Aunque en su momento se arguyera que esta «situación anómala»⁷⁹¹ se legitimaba en la medida en que con ella se busca la protección de otros bienes jurídicos de rango constitucional, sin embargo, no se puede negar de que se trata de un precio muy alto e insostenible en cuanto a su explicación, cuando dicho régimen jurídico inconstitucional interno afecta en forma directa a los ciudadanos, dificultándose de esta manera la eficacia directa de los derechos fundamentales y su garantía por parte de los tribunales ordinarios⁷⁹².

Otro de los inconvenientes radica en que la ultractividad del régimen jurídico declarado inconstitucional no debía aplicarse al supuesto de hecho que dio lugar a la sentencia constitucional. Al hacerlo, es decir, al aplicarse el régimen jurídico inconstitucional interino al denominado también *Anlassfall*—en la semiología germánica— lo que se está haciendo es dejar

⁷⁹⁰ Este es el caso de las Sentencias del TCA 8871 (pensiones de viudedad) y 12569 (edad de jubilación). En el primer caso, para que el marido pudiese ejercer el derecho a la pensión de viudedad, la Ley que regulaba el régimen de pensiones en Austria, exigía al viudo que la esposa le hubiese mantenido en forma principal y que el mismo se encontrase en situación de incapacidad para trabajar, y en una situación de necesidad, requisitos que a juicio del TCA eran inconstitucionales por vulnerar el principio de igualdad constitucional. En relación al segundo caso, el régimen que regulaba la edad de la jubilación, se encontraba vigente desde el año 1984, y de su previsión que establecía que la edad normal para la jubilación en caso de los hombres era de 65 años y de 60 años para las mujeres. Para los supuestos de jubilación anticipada, la norma preveía la edad de 60 años para los hombres y 55 años para las mujeres. A juicio del TCA esta regulación constituía una forma de discriminación normativa desde todo punto de vista inconstitucional. Sin embargo, en ambas sentencias, el TCA, determinó que, si bien era el legislador el legitimado a reparar la inconstitucionalidad, éste debía tener muy en cuenta, que dicho reparo debía llevarse a cabo no en forma inmediata, sino gradual. En el caso de la Sentencia 8871 (pensiones de viudedad), el legislador se pronunció en 1981, determinando que los viudos tendrán derecho a 2/3 parte de la pensión de viudedad a partir del año 1985, y al 100 por ciento en el año 1989, gradualidad que fue aceptada por el TCA en la Sentencia 12691, aunque años más tarde, es decir en 1984, el mismo legislador retrasó la gradualidad inicial a 1989 y 1995 respectivamente, aspecto que también fue asentido por el TCA en la Sentencia 14050.

⁷⁹¹ Estos términos se desprenden del FJ Octavo de la STC 208/1999 (Ley de Defensa de la Competencia).

⁷⁹² Por eso, González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 278, apunta que la posibilidad de impugnar los actos de aplicación de una norma declarada inconstitucional, sólo puede ser evitada «a partir de la vinculación de los poderes públicos al pronunciamiento del Tribunal Constitucional ordenando dicha aplicación, o a partir de medidas como el carácter provisional de dicha aplicación».

sin sentido el control de constitucionalidad en general, e irrelevante la cuestión de inconstitucionalidad en particular. Precisamente para evitar estas dificultades, en los sistemas austriaco⁷⁹³ y alemán, se optó por excluir al *Anlassfall*, para evitar los problemas de la carrera por ser *Anlassfall*, previéndose el «*Parallelfälle*».

Si bien es cierto que estos inconvenientes son más dimensionados en aquellos sistemas donde el dogma de nulidad *ex tunc* se encuentra muy arraigado, no menos cierto es que dichos inconvenientes pueden ser menores en relación a los problemas suscitados por el binomio inconstitucionalidad – nulidad y los mismos efectos *ex tunc* que de ellos se deriva, por lo menos desde un punto de vista de la primacía constitucional y la ponderación de los bienes jurídicos que se busca preservar.

1.3. Supuestos de aplicación obligada del régimen inconstitucional: Sentencias sobre normas tributarias.

Cuando el pronunciamiento del Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del régimen jurídico más no así su nulidad, ordenando a la vez la aplicación del régimen inconstitucional hasta que sea el legislador quien se encargue de reparar dicha inconstitucionalidad, requiere de una mayor atención los supuestos en los que la norma impugnada regula cuestiones tributarias de aplicación masiva.

La trascendencia que adquieren los efectos temporales, esto es hacia el pasado y hacia el futuro, de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad (con nulidad diferida), son mayores en aquellos supuestos donde la norma impugnada regula aspectos tributarios. Es por eso que los diversos Tribunales Constitucionales estudiados hayan optado por combinar, y en algunos casos hasta cambiar los efectos previstos en sus leyes reguladoras, y la misma Constitución.

Si a primera vista es loable la aplicación del modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, pues la reparación de la inconstitucionalidad se encomienda al legislador y así se evitan muchas complicaciones, entre ellas los problemas funcionales cuando de normas tributarias se trata, paradójicamente el razonamiento inicial puede estar errado, y ello debido a que los efectos de las sentencias pronunciadas en este modelo pueden generar una serie de confusiones e incertidumbre. Precisamente, porque se tratan de normas tributarias de aplicación masiva, el régimen jurídico provisional aplicable durante el periodo interino, no puede escapar a la tensión que existe entre la seguridad jurídica que busca evitar la retroactividad de la inconstitucionalidad y la consiguiente creación de vacíos normativos, frente a la justicia material, que busca evitar la eficacia de la inconstitucionalidad.

Empero, aplicar las otras alternativas analizadas en el punto 1.1 y 1.2 del presente capítulo, tampoco presentan soluciones aplicables al caso que nos ocupa. Así, si se optase por la inaplicación del régimen jurídico tributario declarado inconstitucional, y se encomendase a

⁷⁹³ Del comentario a la Constitución austriaca de 1920 hecha por Kelsen, Fröhlich y Merkl, se desprende que los autores defendieron la posibilidad de que la ley inconstitucional fuera también aplicable respecto del *Anlassfall*.

los tribunales ordinarios la labor de integrar el ordenamiento jurídico, esta decisión implicaría forzar un vacío normativo, e inhabilitaría a los tribunales ordinarios para asumir una conducta integrativa, y esto, debido a la reserva de ley que rigen en la materia. Además es necesario tomar en cuenta que dada la complejidad que caracteriza a los sistemas tributarios, la solución al vicio de inconstitucionalidad puede ser articulada de diversas formas, que desde luego, requieren no del Tribunal Constitucional, sino de la intervención del legislador para que sea éste quien adopte la medida necesaria a tal fin con los consensos políticos y sociales que sean necesarios. Pero además, el hecho de determinar la inaplicación del régimen jurídico tributario inconstitucional hasta que el legislador repare el vicio de inconstitucionalidad, conllevaría hacia una situación insoportable para el Estado, quien dejaría de percibir los recursos que generaba el régimen impositivo inconstitucional.

Un análisis de las repercusiones sobre las sentencias constitucionales relativas a normas tributarias de aplicación masiva, puede ser llevado a cabo a través del estudio de la jurisprudencia constitucional austriaca y alemana. Esto se debe a que en su sistema normativo se prevé la aplicación de las normas inconstitucionales durante el periodo interino, y que cuando se buscó aplicar dicha regla a supuestos en los que tenían como cuestión de fondo temas tributarios, los problemas suscitados hicieron que los Tribunales Constitucionales construyan regímenes jurídicos específicos para estos casos particulares. Empero, los Tribunales Constitucionales al desarrollar los mismos, lo que hicieron fue crear unos mecanismos al margen de la ley, que no en todos los casos fueron positivizados en forma posterior. Además, la desconfianza ante estas peculiares decisiones asumidas por los Tribunales Constitucionales, hicieron que la misma administración tributaria, asuma medidas administrativas que socavan el principio constitucional de la presunción de constitucionalidad de las leyes.

En ese sentido, en el sistema alemán, a los pronunciamientos del TCFA que declaraban la inconstitucionalidad sin nulidad de una norma tributaria de aplicación masiva, lo acompañaban las circulares administrativas emitidas por el Ministro Federal de Finanzas, y sus similares representantes de los *Länder*. Dichas circulares serán las que rijan y determinen en forma provisional el comportamiento de la administración tributaria durante el periodo interino, recurriendo para ello al fundamento previsto en los arts. 100 y 165 de la Ordenanza Tributaria (*abgabenordnung*)⁷⁹⁴.

A manera de ejemplo, es posible citar las Sentencias 82, 60 y 82, 198, mediante las cuales el TCFA declaró la inconstitucionalidad del sistema de compensación de las cargas familiares, que desde el año 1983 se encontraba integrado por una subvención por cada hijo (*Kinderheld*) y por mínimo exento familiar (*Kinderfreibetrag*). Al haberse declarado la inconstitucionalidad del citado sistema dual impositivo entre 1983 y 1985, por ir en contra del mandato constitucional de no gravar el mínimo vital familiar, el sistema tributario alemán se vio en un complicado panorama, y más cuando el TCFA no determinó los efectos de tales pronunciamientos. Esta situación hizo que el Ministerio Federal de Finanzas dictara una circular administrativa⁷⁹⁵ que instruía «que las liquidaciones pendientes en relación con los periodos 1983 – 1985 fuesen realizadas con carácter provisional en la parte relativa a dicha

⁷⁹⁴ Vid la primera Circular de fecha 5 d febrero de 1968 en relación a la Sentencia 23, 1 (mínimo exento familiar).

⁷⁹⁵ Vid la Circular de 24 de septiembre de 1990, *Bundessteuerblatt*, I, pp. 624 y ss.

compensación; que los recursos administrativos basados en dicha inconstitucionalidad fuesen interrumpidos hasta la aprobación de la ley reparadora; y que los recursos solicitando la interrupción de la ejecución de dichas liquidaciones fuesen desestimadas».

González Beilfuss⁷⁹⁶, recuerda que esta medida administrativa produjo una avalancha de recursos, debido a la posibilidad de trasladar a los siguientes años fiscales, así como a otros tributos la doctrina sobre la prohibición de agravar el mínimo vital, y también por el emplazamiento realizado al legislador para que reparase la inconstitucionalidad solamente en relación a las liquidaciones que no hubiesen sido firmes en el momento de dictarse sentencia. A la par, el Ministerio Federal de Finanzas volvió a dictar una segunda circular⁷⁹⁷, meses después de la primera, por la que amplió las instrucciones al mínimo exento familiar existente a partir del año 1986, al mínimo exento individual, así como la deducción máxima de las cantidades destinadas a sufragar la estancia de hijos en el extranjero. Sin duda, estas figuras han despertado sospechas sobre su constitucionalidad, por eso mismo es que inmediatamente se plantearán los primeros recursos de amparo, arguyendo que dicho régimen jurídico no sólo se aplicó en relación a normas tributarias declaradas inconstitucionales, sino también a aquellas normas sospechosas de ser inconstitucionales, infringiéndose de esta manera el principio de legalidad y presunción de constitucionalidad de la ley.

En consideración a los problemas más que todo de legalidad que planteaba esta práctica, así como la crítica surgida desde la doctrina, el legislador alemán llevó a cabo la reforma de la Ordenanza Tributaria, aprobando la Ley de 21 de diciembre de 1993, que ingresó en vigencia el 1 de enero de 1994, y la Ley de 24 de junio de 1994, que entró en vigencia recién el 1 de enero de 1996. Las leyes reparadoras en este caso, se limitaron a reproducir la práctica jurisprudencial y administrativa desarrollada hasta ese momento sobre la materia⁷⁹⁸.

Más allá de los cuestionamientos hacia la cobertura legal de las instrucciones emitidas por el Ministerio Federal de Finanzas, esta entidad continuó dictando circulares administrativas ante la mera constatación que una norma tributaria de aplicación masiva había sido impugnada ante el TCFA. Así, según González Beilfuss⁷⁹⁹, las instrucciones emitidas fueron clasificadas en tres tipos: Por un lado, las que ordenaban a la Administración tributaria que añada a la liquidación del impuesto afectado el que se trataba de una liquidación provisional respecto al aspecto impugnado ante el TCFA. Por otro lado, las circulares ordenaban la suspensión de los recursos administrativos que se hubiesen interpuesto con anterioridad, siempre que no estuviesen encaminados a conseguir un certificado provisional. Y Por último, se ordenó otorgar el carácter provisional a las liquidaciones que hubiesen sido recurridas jurisdiccionalmente.

⁷⁹⁶ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 285.

⁷⁹⁷ Vid la Circular de 16 de enero de 1991, *Bundessteuerblatt*, I, pp. 91 y ss.

⁷⁹⁸ El artículo 165.1 de la Ordenanza Tributaria, prevé la posibilidad de liquidar un impuesto provisionalmente «cuando el TCFA ha declarado la inconstitucionalidad sin nulidad de una ley tributaria y el legislador está obligado a aprobar una nueva regulación». Por otro lado, el artículo 363.2 de la Ordenanza Tributaria prevé dos nuevos supuestos de suspensión de los recursos administrativos contra actos tributarios: «que se basen en la existencia de un procedimiento ante el Tribunal Constitucional Federal, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o un Tribunal Federal Superior sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión o sobre un conflicto relativo a la misma, o que de común acuerdo entre los órganos superiores de la Administración Tributaria se considere que dicha suspensión es conveniente en otros casos similares».

⁷⁹⁹ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 288.

Una medida similar fue optada por los tribunales ordinarios, quienes suspendieron los procedimientos jurisdiccionales basados en el motivo de inconstitucionalidad suscitado ante el TCFA, recurriendo como fundamento al artículo 74 de la Ley de Procedimiento Administrativo – Tributario, que permite interrumpir los procedimientos «si la sentencia depende total o parcialmente de la existencia de una determinada relación jurídica».

Todas estas construcciones buscaron llevar a cabo la liquidación de los tributos sobre los que se sospechaba acerca de su inconstitucionalidad. Desde luego, la revisión de dicha liquidación provisional ante el TCFA después de haberse pronunciado y aclarado la situación constitucional de la norma impugnada, era posible. Pero por otro lado, en el supuesto de que la sentencia del Tribunal declarase la desestimación del recurso, la liquidación provisional se consolidada definitivamente, con la reanudación de todos los procesos judiciales y administrativos que se encontraban suspensos.

Lo que se debe resaltar del estudio hecho al sistema alemán, es, que el dogma de la nulidad *ex tunc* es la que impulsó a adoptar determinadas conductas por parte de la Administración tributaria como la liquidación provisional de los tributos, así como la suspensión de los recursos administrativos y jurisdiccionales, difícilmente puede reparar la inconstitucionalidad en situaciones en las que se tratan de normas tributarias de aplicación masiva.

Si se analiza el sistema austriaco sobre el tema en cuestión, se podrá apreciar que la práctica jurisprudencial difiere del sistema alemán. El problema con el que tropieza la jurisprudencia constitucional austriaca radica, como se vio en el presente capítulo, en que el artículo 140.7 CA, prevé como regla que la norma tributaria inconstitucional continúe aplicándose respecto a los supuestos pendientes de resolución o que se puedan plantear durante el periodo interino, empero, prevé también una excepción, cual es el denominado *Anlassfall*, o supuesto de hecho que dio lugar a la sentencia, a quien no se le aplica el régimen jurídico inconstitucional como un apremio al recurrente. Esta situación, generó en la práctica jurisprudencial una «carrera por ser *Anlassfall*», cuyos recurrentes buscaban evitar que se les aplique la norma declarada inconstitucional. Por ello como se vio anteriormente, el TCA tuvo que ampliar el concepto restringido de «*Anlassfall*» por otro que englobe a todos los casos paralelos «*Parallelfälle*» que ingresaron su impugnación al TCA antes de la deliberación de la sentencia, para beneficiarse de la sentencia estimatoria que podría dictar dicho Tribunal.

La ampliación del concepto *Anlassfall*, más allá de evitar la avalancha de recursos de amparo, hizo que en 1996, el TCA se encuentre al borde del colapso, al habersele presentado más de once mil recursos de amparo contra las liquidaciones del nuevo impuesto de sociedades, con el objetivo de beneficiarse con el premio del recurrente. Empero, es necesario señalar, que el recurso de amparo austriaco se caracteriza por no acoger en su interior el control de constitucionalidad de las leyes aplicadas por el acto administrativo recurrido, en cuyo caso el recurso debe ser interrumpido para actuar como *Anlassfall*. En estos supuestos es el propio TCA el que suscita el procedimiento autónomo de control de constitucionalidad, luego del cual, se reasume el tratamiento de los recursos de amparo. Para hacer frente a esta situación de amenazante parálisis del TCA, esta instancia no tuvo más reparo que seleccionar cuatro recursos de amparo de los más de once mil, para que los mismos funjan de *Anlassfall* de dicho control llevado a cabo por el Tribunal. Luego de una valoración y compulsas de los antecedentes, el TCA dictó una sentencia estimatoria en fecha 24 de enero de 1997, en la que

determinó que el incremento era discriminatorio en la medida en que gravaba uniformemente a todas las sociedades. Asimismo, la sentencia hizo uso del artículo 140.6 CA y determinó la reviviscencia de la regulación anterior al impuesto de sociedades. Y tomando en cuenta lo previsto por el artículo 140.7 CA, el TCA determinó que el incremento impositivo no se aplicaría a ninguno de los más de once mil recurrentes en vía de amparo, como a ningún otro supuesto que incluso hubiere devenido firme. Desde luego, según Schäffer⁸⁰⁰, las repercusiones económicas de dicha sentencia fueron muy gravosas para el Estado, teniendo que devolverse sólo en relación a los recursos de amparo cuatrocientos millones de chelines, sin tomar en cuenta el incremento de los recursos que se esperaban recaudar.

En forma posterior a la señalada sentencia, el legislador aprobó un segundo aumento del impuesto de sociedades, pero esta vez tomando en cuenta el tamaño y la forma jurídica de las mismas, empero, al prever en su texto el carácter retroactivo de dichas medidas impositivas, hizo que se presentaran más de diez mil recursos administrativos contra las liquidaciones cuatrimestrales de dicho tributo. El TCA, para evitarse nuevamente una avalancha de recursos de amparo, suscitó inmediatamente el control de constitucionalidad sobre dicho incremento. Así el Tribunal dictó sentencia estimatoria en fecha 11 de diciembre de 1997, declarando la inconstitucionalidad del señalado incremento, así como la retroactividad de dicho fallo afectando a todas las liquidaciones cuatrimestrales firmes.

Para limitar esta situación gravosa desde el punto de vista económico para el Estado, el Gobierno Federal austriaco elaboró un anteproyecto de reforma de la Ley del Tribunal Constitucional⁸⁰¹, que buscaba por sobre todo evitar la presentación masiva de recursos de amparo que buscaban favorecerse con el premio al recurrente.

Si en algo coinciden los sistemas austriaco y alemán, es en que ambos presentan dificultades para encontrar un equilibrio entre los distintos bienes jurídicos que concurren en el control de constitucionalidad de normas tributarias de aplicación masiva, ya sea desde el punto de vista económico y la gravosidad que representa para el Estado verse limitado en la percepción de recursos económicos, como desde el enfoque de la seguridad jurídica: la aplicación de un régimen impositivo inconstitucional a todos los supuestos mientras dure el periodo interino.

En lo que se refiere a España, solamente se ha presentado un caso concreto que se encuentra en la STC 45/1989 (IRPF), donde el TC español declaró que los arts. 4.2 y 44.b) de la ley del IRPF, eran inconstitucionales debido a la ausencia de cualquier posibilidad de que los miembros de la unidad familiar tributasen separadamente y que la celebración del matrimonio durante el año fiscal pudiese ser incluida entre los supuestos de reducción del periodo impositivo, respectivamente. Para reparar el vicio de inconstitucionalidad en este caso, el TCE convocó al legislador para que lleve a cabo «las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa». En este caso, el legislador respondió rápidamente a la convocatoria del Tribunal,

⁸⁰⁰ Schäffer, Heinz, *La relación entre Tribunal Constitucional y legislador*, en Aja Eliseo y González Beilfuss Markuz. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998, p. 44.

⁸⁰¹ El mencionado anteproyecto fue sometido a consideración de distintas instituciones para que pudiesen formular sus observaciones antes del 10 de enero de 1998, sin embargo, debido a los problemas de fondo que planteaba su contenido, dicho documento no fue depositado formalmente en el Parlamento, estando vigente las disposiciones de la Ley del Tribunal Constitucional.

pues cinco después de dictarse la STC, aprobó la Ley 20/1989, de adaptación del IRPF. A la vez, la Secretaría General de Hacienda emitió una serie de instrucciones a la Administración Tributaria para que suspenda las liquidaciones correspondientes a los periodos impositivos anteriores a 1988, situación que agilizó la reparación del vicio de inconstitucionalidad, sin que se presenten mayores inconvenientes como en el caso austriaco y alemán, aunque es necesario tener en cuenta que esta ausencia de dificultades no significa que el sistema español se encuentre perfeccionado y listo para hacer frente a situaciones de esta naturaleza, por el contrario, no se sabe de los inconvenientes porque son escasos los casos suscitados en ese sentido ante el TC.

2. LA RESPUESTA NORMATIVA DEL LEGISLADOR: LA LEY REPARADORA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD.

Un segundo aspecto que es necesario analizar dentro del modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, está relacionado con la ley reparadora a través de la cual el legislador participa del control de constitucionalidad restableciendo la constitucionalidad del ordenamiento jurídico.

La importancia de la aprobación por parte del legislador de la ley reparadora de la inconstitucionalidad, se centra fundamentalmente en tres aspectos a considerar: En primer lugar, la aprobación de la ley reparadora significa que se respetó su posición constitucional, tomando en cuenta siempre que es el único órgano funcional legitimado para establecer el modo concreto en que debe repararse la situación de inconstitucionalidad. En segundo lugar porque en la efectiva aprobación de la ley reparadora descansa la eficacia de este modelo de reparación de la inconstitucionalidad. Y finalmente, porque con la entrada en vigor de la ley reparadora culmina el periodo interino, devolviendo la certeza hacia los operadores jurídicos acerca de su comportamiento dentro del mismo⁸⁰².

Si bien el modelo bilateral de restablecimiento de la constitucionalidad se caracteriza por la intervención del legislador, su participación efectiva no debe presuponerse, es necesario que el Tribunal Constitucional lo emplace expresamente para que apruebe la ley reparadora. Así, salvo en Austria, donde el TCA se limita posponer la entrada en vigor de la nulidad de las normas declaradas inconstitucionales, encontrándose el emplazamiento al legislador implícita en la misma sentencia, (aunque en los últimos tiempos al hacer referencia a los motivos y la duración del retraso de la entrada en vigor de la derogación, está obligando al TCA a referirse en forma reiterativa y expresa a la necesidad de contar con una ley reparadora), en los demás países analizados, la convocatoria al legislador es importante y las formas de emplazamiento pueden variar de un Estado a otro.

⁸⁰² Aunque resultan pertinentes las reflexiones realizadas por *Cappelletti, Mauro, El control judicial de la constitucionalidad...opus cit.*, p. 283, quien defiende la idea de no considerar al proceso legislativo por el que se aprueba la ley reparadora como una parte consustancial al control de constitucionalidad. Es tajante al señalar que el TC en relación con el Legislativo es independiente ya sea desde la perspectiva de su estructura, así como de su función. Por lo mismo, para que sus pronunciamientos sean eficaces, no debieran requerir de la actuación posterior del legislador.

En el caso alemán, se registra una marcada evolución en relación a los emplazamientos hechos por el TCFA hacia el legislador, pues se aprecia el tránsito de un emplazamiento genérico que es desprendible de los fundamentos jurídicos hacia emplazamientos expresos y temporalmente limitados previstos en los mismos pronunciamientos⁸⁰³. Por otro lado, en el sistema italiano, con el surgimiento de las sentencias aditivas de principio, la Corte Constitucional italiana alude en forma genérica, que es competencia del legislador desarrollar el principio contenido en la sentencia. En el caso español, se presenta un gradual cambio, que implica el paso de las habituales recomendaciones al legislador hacia situaciones como las ocurridas en ocasión de las SSTC 37/1988 (abogado de oficio en la casación penal) y la 45/1989 (IRPF), donde el TC determinó que era al legislador a quien correspondía reparar la constitucionalidad, ya que el TC no podía incidir en su libertad de configuración. De esta forma, el Tribunal, continuó emplazando al legislador haciendo énfasis en la «imperiosa necesidad para que actúe» como se pudo ver en la STC 36/1991 (procedimiento corrector de menores), hasta convocar al legislador para que responda «dentro de un plazo razonable» como lo hizo en ocasión de la STC 96/1996 (Ley de Disciplina e intervención de las Entidades de crédito), cuyo incumplimiento injustificado por más de tres años al emplazamiento realizado por el TC hacia el legislador dará lugar a la STC 235/1999 (adaptación a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria), a cuyo efecto el Tribunal volvió a reiterar que es deber del legislador reparar la situación de constitucionalidad, y advirtiéndole a su vez, que en el futuro, el TC podría determinar un plazo concreto en el que el legislador debía cumplir su obligación constitucional⁸⁰⁴.

⁸⁰³ Sobre el tema, González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 295, señala que en los primeros años de actividad del TCFA, éste se limitaba a emplazar en forma genérica al legislador empleando sentencias apelativas, o argumentando sobre su incompetencia para reparar la situación de constitucionalidad. Con el surgimiento de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad, los emplazamientos se hicieron constantes, hasta ganar mayor intensidad que se hizo una práctica jurisprudencial consolidada V. Gr. El pronunciamiento del TCFA sobre la actuación de las Fuerzas armadas (Bundeswehr) en misiones de paz bajo mandato de las Naciones Unidas. En efecto, en 1994 el Tribunal declaró conforme a la Constitución la intervención de las Fuerzas armadas alemanas en el marco de un sistema de seguridad colectiva, sin embargo, en aquella oportunidad ha inferido de la Ley Fundamental, además, una reserva de Parlamento. Según el contenido de la BverfGE 90, 286, para cada intervención de las Fuerzas armadas alemanas el Gobierno federal deberá recabar previamente el acuerdo del Bundestag. Ello se explica, dado que la Ley Fundamental no ha confiado exclusivamente al ejecutivo las Fuerzas armadas. Antes bien, la Constitución ha garantizado al Parlamento una considerable influencia en la regulación jurídica del desarrollo y empleo de las Fuerzas armadas. Oportunamente, el Bundesverfassungsgericht aprovechó la ocasión para acuñar la categoría de Ejército del Parlamento, y través de este pronunciamiento, no solamente decidió el Tribunal sobre la controversia constitucional abierta a raíz de la intervención de las Fuerzas armadas alemanas en Somalia, sino que definió la distribución de competencias entre Gobierno y Parlamento.

⁸⁰⁴ En la STC 195/1998 (Reserva Natural de Santoña), la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, buscó evitar que se generara un vacío normativo que afectaría los intereses de la Comunidad recurrente como la del Estado, ante el riesgo –como se vio– de la existencia de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que condenase a España por la insuficiente protección medioambiental de dicha reserva natural. Como bien lo expone Tejedor Bielsa, Julio, *Inconstitucionalidad y nulidad demorada. ¿Paliativo a la nueva jurisprudencia...opus cit.*, p. 120 – 121, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se señaló inequívocamente, una vez descartada la pretensión de España de invocar discrecionalmente razones de excepción derivadas de la toma en consideración de otros intereses de carácter económico o recreativo, para no proteger o modular el régimen de protección exigido por la Directiva. En particular, por lo que se refiere a la obligación de clasificar las Marismas de Santoña como zona de protección especial, conforme al artículo 4.1 y 2, de la Directiva, aunque el Tribunal de Justicia reconoce que los Estados miembros gozan de un cierto margen de apreciación en lo relativo a la elección de las zonas de protección especial, no lo es menos que la clasificación de estas zonas obedece a ciertos criterios ornitológicos determinados por la Directiva. De hecho, el Tribunal de Justicia considera insuficiente la clasificación de las Marismas de Santoña como reserva natural establecida por la

De esta manera, es posible apreciar que en gran parte de los países analizados, existe una separación entre el Tribunal Constitucional y el legislador que no permiten conducir entre ambos la aprobación de una ley reparadora. Esta situación es lógica si se tiene en cuenta que como mecanismo, el emplazamiento resulta extraño en sistemas como el español, donde pese a la realidad de esta práctica jurisprudencial, aun no se ha trabajado en la construcción de instrumentos formales de comunicación entre el TC y las Cortes Generales, impidiendo de esta forma la consolidación del modelo bilateral.

2.1. La convocatoria al legislador, y su deber de aprobar la ley reparadora.

Si lo que se busca con el emplazamiento es que el legislador actúe para restablecer la situación de constitucionalidad, es lógico preguntarse sobre la naturaleza de dicho emplazamiento. No es lo mismo que el emplazamiento constituya una mera invitación al legislador para actuar a que adquiera un carácter mucho más serio y que sea jurídicamente vinculante para éste. Que se opte por una u otra dimensión de la naturaleza del emplazamiento dependerá el cómo ejercitar un control de su cumplimiento.

Los argumentos esgrimidos en relación a la naturaleza vinculante del emplazamiento, sostienen que los mismos se benefician de la fuerza vinculante de las sentencias estimatorias que los contienen⁸⁰⁵. Empero, este argumento no sirve de mucho pues no toma en cuenta que las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, operan dentro del dogma de la nulidad ex tunc y del binomio inconstitucionalidad – nulidad, no permitiendo al TC dictar sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, o nulidad diferida, y en consecuencia, no habría lugar para la figura del emplazamiento al legislador para que repare la constitucionalidad, pues la STC ya se habría encargado de la misma.

Por su lado, para Blasco Soto, haciendo referencia al caso Alemán, señala que el carácter vinculante de las VBerfGE se encuentran precisadas en el artículo 31.1 del BVerfGG, es decir, la vinculación en sentido negativo que ejerce el TCFA, y que nadie más que esta instancia pueden apartarse de la decisión contenida en la sentencia que debe ser obedecida. Sin

Ley 6/1992, de 27 de marzo, tanto desde el punto de vista de la extensión del área protegida como en lo que respecta al estatuto jurídico de protección establecido. En cualquier caso, lo cierto es que, una vez localizados los títulos en conflicto, la resolución del problema competencial planteado en el caso que resuelve la STC 159/1998 no plantea ninguna dificultad. Así, teniendo presente el contenido de la competencia autonómica sobre espacios naturales protegidos y sobre normas adicionales de protección del medio ambiente formulada en la STC 102/1995 (especialmente FFJJ 16.º_20.º), se concluye afirmando, sin margen alguno para la duda, que «de cuanto llevamos dicho se deduce que la actividad administrativa de delimitación del ámbito territorial al que se extiende la Reserva Natural de Santoña y Noja es competencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria y, en consecuencia, los artículos 2 y 3 y el anexo de la Ley 6/ 1992 incurrir en inconstitucionalidad y así debe declararse», declaración que «debe extenderse, ex artículo 39.1 LOTC, al artículo 1 de la Ley recurrida (...) y al resto de los preceptos de la Ley 6/1992, que el legislador estatal ha concebido como un todo unitario» (STC 195/1998, FJ 4.º). Es por ello que el TC no emplazó directamente al legislador cántabro para que actúe, limitándose a posponer la entrada en vigor de la derogación «al momento en que la Comunidad Autónoma dicte la pertinente disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente».

⁸⁰⁵ Para Hein, Peter, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 1988, p. 171, de la interpretación hecha al artículo 20.3 LF, que prevé la vinculación del Poder Legislativo al ordenamiento constitucional, se desprende el carácter obligatorio de los emplazamientos contenidos en las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad.

embargo, la autora aclara que, el concepto de vinculación en modo alguno impone «extras» jurídicos como –en el caso concreto– obligar o exigir la actuación de otra instancia u órgano de poder del Estado⁸⁰⁶. Este es también el criterio sostenido por Aparicio, quien al recordarnos que la sentencia es vinculante porque necesita que la declaración en ella contenida no pueda ser discutida ya que afirma y realiza la Constitución, y que por lo mismo, todos los órganos, se ven obligados por ella. Ahora bien, para este autor, de este resultado no se puede deducir que el mismo comprenda la obligatoriedad de los mandatos, recomendaciones o advertencias al legislador, establecidos en la decisión, independientemente de que su fin sea perfeccionar el dictado Constitucional. En consecuencia, entender de este modo el concepto vinculación encerraría un grave riesgo, ya que se estaría erigiendo al Tribunal en el órgano más poderoso de los que componen el Estado, sería incluso poder constituyente⁸⁰⁷. De igual modo, para Pizzorusso, la creación de norma debe atender a criterios políticos, luego, sólo al legislador le compete determinar cuándo y qué leyes elabora. Consecuentemente, «no parece que pueda predicarse de la sentencia una eficacia tal que lo juzgado en ella enerve la potestad del legislador ordinario»⁸⁰⁸. Este criterio es sostenido también a su vez, por autores como Elia⁸⁰⁹ y Caravita⁸¹⁰, quienes señalan que el principio de la vinculación, tiene un contenido exclusivamente jurídico, y debe conceptualizarse siempre en relación con la naturaleza de la sentencia. En ese sentido, Mezzanotte, siguiendo la línea previamente explicada, sostiene que el efecto de la resolución constitucional no es impositivo, luego, si el legislador decide hacer caso omiso de la advertencia realizada por el Tribunal, o ser renuente a crear la ley reparadora del vicio de inconstitucionalidad porque su agenda política se lo impide, nada ni nadie podrá impelerle a que lo realice⁸¹¹.

Por otro lado, Onida critica esta categoría de sentencia, en tanto que no encuentra una función de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador, y para ello lanza un

⁸⁰⁶ Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión...opus cit.*, p. 278.

⁸⁰⁷ Aparicio Pérez, Miguel, *Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el poder judicial*, en RJC, 1983, p. 164. Asimismo, este autor sostiene que la sentencia vincula al legislador sólo en cuanto al contenido jurídico, más no así en cuanto a la actividad política que debe desarrollar.

⁸⁰⁸ Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Vol. II, Madrid, 1984, p. 344. Para el maestro italiano, no debe dejarse de lado, el hecho de que el legislador, al crear una nueva ley, lo hace atendiendo a datos prejurídicos, de modo que la influencia de los valores jurídicos como el principio de vinculación, así como los efectos de la sentencia no pueden ser entendidas de modo tal que limiten la agenda política del Poder Legislativo. Este criterio también es sostenido por Onida, Valerio, *Considerazioni sul tema*, en *Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre*, 1988, Milano, p. 188, para quien implicar al Tribunal Constitucional en la determinación de los órdenes del día político – parlamentario puede significar situarlo en el punto crucial de la contienda política que le cobrarían un alto precio en su deslegitimación.

⁸⁰⁹ Elia, Lopoldo, *Il potere creativo delle Corti...opus cit.*, p. 226.

⁸¹⁰ Caravita, Baniamino, *La modifica della efficacia temporale delle sentenze della Corte Costituzionale: limiti pratici e teorici*, en *Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre*, 1988, Milano, p. 243.

⁸¹¹ Mezzanotte, Carlo, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritti costituzionale sostanziale*, en *Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre*, 1988, Milano, p. 45. Además, para este autor, la lógica de las sentencias de simple incompatibilidad sin nulidad, encierra un elemento de peligro, puesto que conceden al Tribunal un fuerte poder de maniobra en la agenda política del Gobierno, del Parlamento y de los partidos y éste es uno de los aspectos en que la política es especialmente celosa, puesto que interfiere en la misma definición de los equilibrios políticos.

fuerte cuestionamiento: «¿Quién dice que la creación de vacíos legislativos, si es el caso, no constituye el mejor incentivo para una posible y rápida intervención legislativa?»⁸¹²

Por su parte, González Beilfuss⁸¹³, fundamenta el carácter vinculante del emplazamiento, tomando en cuenta la primacía constitucional, y que la misma sólo puede tutelarse a través de la intervención conjunta del TC detectando la inconstitucionalidad y el legislador armonizando los diversos bienes jurídicos en juego. De esta forma, el autor identifica al emplazamiento realizado por el TC hacia el legislador, como el «elemento integrante de la garantía de la supremacía constitucional», de donde se desprende también la prohibición para el legislador de aprobar leyes inconstitucionales.

Sin duda, en el caso español ha sido este el argumento empleado en la STC 208/1999 (Ley de Defensa de la Competencia), en la cual de forma primordial el TC recurre a la «lealtad constitucional»⁸¹⁴ para convocar al legislador y repare la inconstitucionalidad a través de una respuesta normativa y dentro del plazo más breve posible. De igual forma, en la STC 235/1999 (adaptación a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria), que surge como consecuencia del incumplimiento al emplazamiento contenido en la STC 96/1996 (Ley de Disciplina e Intervención de la Entidades de Crédito), donde el TC insistió en el emplazamiento, apelando a la «necesidad constitucional», así como el «inexcusable imperativo constitucional», para que el legislador responda normativamente a la convocatoria realizada por el TC español.

En fin, recogiendo las reflexiones desarrolladas por Cervati, doctrinalmente se duda si existe una verdadera obligación de obedecer estas decisiones por parte del legislador, y por lo mismo, resulta por demás controversial la definición del alcance de semejante obligación. En sí, al exigir la necesaria actividad del legislador para que el pronunciamiento sea eficaz, no nos permiten desterrar las desconfianzas, precisamente en la predisposición del legislador, de acudir a la convocatoria realizada por el Tribunal, sobre todo, si el comportamiento de este ente político se caracteriza por ser inactivo y poco receptivo al desarrollo de los principios y valores contenidos en la Constitución⁸¹⁵.

Asimismo, trayendo a colación las reflexiones elaboradas por Ahumada Ruíz y Blasco Soto, se entiende que las advertencias y recomendaciones realizadas por el Tribunal hacia el legislador fluctúan y son la característica principal en esta relación institucional. La aceptación por parte del legislador hacia las exhortaciones realizadas por el Tribunal, dependerán en gran parte, a la disponibilidad del legislador o de su buena voluntad, pero fuera de ello no es posible desprender ningún otro tipo de ligazón⁸¹⁶. En conclusión, la eficacia vinculante de este tipo de pronunciamientos, en lo que concierne a la advertencia al legislador, no se encuentra expresamente prevista, y mucho menos se debe desprender, que por la Constitución sea obligatoria⁸¹⁷.

⁸¹² Onida, Valerio, *Considerazioni sul tema...opus cit.*, p. 188.

⁸¹³ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 298.

⁸¹⁴ Por su parte el TCFA también ha recurrido a conceptos como el «cooperación leal» entre los poderes públicos y convocar al legislador para que apruebe la ley reparadora en la Sentencia 6, 257 de 1957, entre otras.

⁸¹⁵ Cervati, Angelo, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionale Austriaca, Tedesca ed Italia*, en Quaterni Costituzionali, 1989, p. 264.

⁸¹⁶ Ahumada Ruíz, María Ángeles, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, en RCEC, enero – abril 1991, n.º 8, p. 183.

⁸¹⁷ Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión...opus cit.*, p. 280.

2.2. El plazo razonable para la respuesta normativa por parte del legislador.

Si se asume que el emplazamiento realizado por el TC hacia el legislador, obliga a éste a reparar la constitucionalidad, el siguiente punto de discusión debe centrarse en si el mismo debe ser cumplido en un determinado plazo, o por el contrario, el legislador es libre de decidir cuándo aprobará la ley reparadora. Si se tiene en cuenta que el legislador se encuentra desde un punto de vista constitucional compelido a reparar la constitucionalidad, y que existe una real necesidad de limitar en la medida de lo posible el periodo interino, así como la aplicación de la norma inconstitucional, lo más lógico sería prever (dejar por sentado) que el emplazamiento al legislador forzosamente tenga que estar sujeto a un límite temporal. Pero una vez más resurgen nuevas interrogantes sobre cómo determinar ese límite razonable, sin que ello implique restringir el ámbito de libertad del legislador.

Salvo el caso austriaco, donde el TCA puede diferir la entrada en vigor de la derogación durante un plazo máximo de dieciocho meses ya se trate de normas legales o normas reglamentarias que impliquen necesariamente una reforma legal, y de seis meses cuando sólo se trata de la afectación de normas reglamentarias, el legislador debe responder normativamente en dichos periodos de tiempo, en los demás países analizados aún se trabaja en determinar dicho límite temporal.

En el caso italiano, la Corte Constitucional también ha recurrido en sus sentencias al empleo de términos como el de «urgente», «necesariamente oportuna» «con particular urgencia», «no más reenviable», y «efectuar cuanto antes». Con estos llamamientos, la Corte buscó la reacción inmediata del legislador o del Gobierno para reparar la constitucionalidad. En ese sentido, Romboli⁸¹⁸ nos ayuda a identificar algunas sentencias en ese sentido: Así la Sentencia 140/1993 relacionada a la necesidad de separar todo lo posible el tratamiento penal del menor de la disciplina punitiva general, la Sentencia 185/1993, relativa al régimen de ayudas a los terrenos en los centros habitados y desprovistos de instrumentos urbanísticos, la Sentencia 343/1994, sobre la racionalización del conjunto de las penas previstas para varios delitos militares relacionados con la negativa de prestar el servicio militar, la Sentencia 114/1994, en relación a los supuestos de huelga de los abogados, la Sentencia 258/1994, de los riesgos derivados de la vacunación obligatoria por ley, la Sentencia 188/1996, referida a la necesidad de reformar el código militar, la Sentencia 235/1996, que establece la necesidad de fijar el plazo del recurso contra las medidas adoptadas por el juez de vigilancia en materia de permisos premio, y la Sentencia 185/1998, en la cual la Corte determinó la ampliación del tratamiento anticancerígeno a determinados enfermos terminales, imponiendo a su vez, al igual que en las sentencias anteriores, la necesidad de que el legislador responda normativamente dado el carácter de urgencia del régimen a reparar.

En otras ocasiones, pese al emplazamiento hecho por la Corte Constitucional al legislador para reparar la constitucionalidad en el menor tiempo posible, y dada la reiterada inercia del Órgano Legislativo, la Corte ha informado al legislador que si su inactividad se prolonga en el tiempo, en una ocasión posterior en la que la ésta sea llamada a enjuiciar las mismas disposiciones declarará ciertamente su inconstitucionalidad⁸¹⁹. Precisamente estos

⁸¹⁸ Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 110.

⁸¹⁹ A decir de Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 112, se tratan de supuestos donde la Corte, independientemente de que concluya el proceso con un pronunciamiento de falta de fundamento, o

supuestos se presentaron en la Sentencia 57/1993, relativa a los criterios de cálculo de las pensiones de los dirigentes de las empresas, la Sentencia 442/1994, en la que la Corte determinó la necesidad de tratar la reforma del proceso abreviado en el proceso penal, y la Sentencia 358/1995, mediante la cual la Corte, a efectos del tratamiento fiscal de la familia, determinó que «el legislador no deberá consentir posteriormente (...) la prolongación de las mencionadas especulaciones perjudiciales para las familias de renta baja o numerosas».

En la jurisprudencia constitucional alemana, la necesidad de prever un límite temporal a la actuación del legislador, fue consolidándose en forma gradual. De inicio, en sus primeros pronunciamientos el TCFA ha momento de emplazar al legislador, omitía hacer referencia a algún límite temporal para su cumplimiento. Sin embargo, en los últimos años, el Tribunal, empezó a asumir una conducta menos tímida, haciendo alusiones genéricas a la necesidad existente de contar con una ley reparadora en un determinado tiempo. En ese sentido, las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad dictadas por el TCFA, convocaron al legislador para que el mismo actuara «dentro de un plazo de tiempo adecuado» como se puede apreciar la Sentencia 6, 257, y «sin demoras» como se desprende de las Sentencias 15, 46 y 32, 199.

Si bien es cierto que el emplazamiento –en los términos empleados por el TCFA– daba lugar a una situación de incertidumbre sobre su real cumplimiento por parte del legislador, dicho Tribunal optó por determinar plazos temporales concretos en los que el legislador debía aprobar la ley reparadora. Dicha concreción hacía referencia a plazos como: al «final de la legislatura», es el caso de las Sentencias 15, 337; 36, 146 y 39, 169; o fijando el plazo «de un año concreto», como se desprende de las Sentencias 61, 319; 85, 164; y 98, 365. En algunos casos, el TCFA se animó a señalar una fecha concreta para el que el legislador actuara aprobando la ley reparadora. Es el caso de las Sentencias 82, 126; 87, 153; 93, 121; y 93, 165.

Luego de estas apreciaciones, es posible afirmar que tanto en el sistema austriaco como en el alemán, los emplazamientos dirigidos hacia los legisladores por parte de los TCs, por lo general se encuentran acompañados de un plazo de tiempo establecido que debe ser forzosamente cumplido. Claro está que se trata de límites máximos y no mínimos, por lo que nada impide que el legislador repare la inconstitucionalidad antes de lo previsto en el respectivo emplazamiento de la Sentencia.

En cuanto al caso español, han sido a través de las SSTC 96/1996 (Ley de Disciplina e Intervención de la Entidades de Crédito), y 208/1999 (Ley de Defensa de la Competencia)⁸²⁰,

inadmisibilidad, reconoce explícitamente que el régimen jurídico impugnado se encuentra en contraste con los principios constitucionales, o lo que es igual a señalar que se detectó una situación de incompatibilidad entre las disposiciones impugnadas y los principios constitucionales. A este supuesto, el autor los denomina de diversa manera: «inconstitucionalidad constatada», «no conformidad con los principios constitucionales», «situaciones que no están en sintonía con la Constitución», «incongruencias y lagunas difícilmente justificables». En estos casos, las disposiciones son declaradas inconstitucionales desde el punto de vista formal más no material. En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad material, ésta es aplazada por la Corte para preservar el ámbito de discrecionalidad del legislador, y ello buscando un contrapeso entre los diferentes valores constitucionales en juego. En consecuencia, la eficacia real de este tipo de pronunciamientos –como se puede apreciar– depende en gran medida del acuerdo y comunicación que se entable entre la Corte Constitucional y el legislador.

⁸²⁰ Como se recordará, en la STC 96/1996 (Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito), el TC aplicó el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad. En este caso, el TC declaró la inconstitucionalidad del artículo 42 de dicha Ley «por no limitar las bases fijadas por el Estado respecto a la disciplina e intervención de las entidades financieras que no sean Cajas de Ahorro o Cooperativas de Crédito». En

que el TC ha momento de convocar la actuación del legislador en la aprobación de la ley reparadora, lo hizo empleando frases como «dentro de un plazo razonable», «dentro del plazo más breve», o con «presteza». Sin embargo, ha sido en ocasión de la STC 235/1999 (adaptación a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria), que el TC aprovechó en señalar que el emplazamiento realizado en la STC 96/1996 (Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito) no fue considerado por el legislador en forma oportuna, pues «el transcurso de más de tres años (...) desborda, como es notorio, el criterio de un tiempo razonable para acomodar la norma a la Constitución...». Ante la inercia del legislador, el TC reiteró en emplazamiento hacia el legislador, pero esta vez le hizo una advertencia expresa, de que en una próxima vez, se establecería un plazo temporalmente limitado, en el cual el legislador se encontrará compelido a responder normativamente.

Ahora bien, la determinación de un plazo temporal concreto para que el legislador apruebe la ley reparadora –en el caso español– presenta algunas dificultades. Una de ellas está relacionada con la capacidad del TC para computar el tiempo necesario requerido por el legislador para responder normativamente. Si bien en una situación posterior a la emisión de la sentencia es posible estimar el transcurso de tiempo como el «razonable» y además suficiente para que el legislador actúe y apruebe la ley reparadora, la determinación del mismo *a priori*, no es tan sencilla, y ello porque de entrada los supuestos conocidos y valorados por el TC, son diversos, y no siempre se cuenta con la información suficiente sobre un determinado régimen (y la complejidad del mismo), para prever en forma precisa el tiempo necesario que requerirá el legislador para aprobar una ley reparadora que requiere de todos los consensos sociales y políticos y que además responda a las expectativas generales con un contenido normativo coherente. Por supuesto, tampoco se puede negar que el incumplimiento al emplazamiento en el tiempo señalado por el TCE se deba a cuestiones extra jurídicas como ser la carga laboral de las Cortes Generales, o la ausencia de un consenso político al interior del Parlamento que permita aprobar el texto de la ley reparadora, o la misma posibilidad de disolución del Parlamento en un sistema político Parlamentario.

Los inconvenientes descritos, no solamente afectan a la jurisprudencia constitucional española, sino también a la misma jurisprudencia constitucional alemana y austriaca, es por ello que en estos países han buscado adecuar el plazo otorgado al legislador para aprobar la ley reparadora, tomando en cuenta cada supuesto de hecho y su misma naturaleza jurídica. En ese sentido, el TCA fue reduciendo la invocación al artículo 140.5 CA, buscando en todo caso modular los efectos de dicha disposición constitucional, para que de esta forma se de paso a que el legislador no agote el plazo máximo cuando la inconstitucionalidad del régimen queda constatada aún más con apoyo en un pronunciamiento constitucional anterior⁸²¹, o que se

el razonamiento del Tribunal, esta omisión implicó una negación implícita de las competencias autonómicas sobre la ordenación del crédito y la banca, pues las bases estatales para su concreción impedían la actuación de las CC.AA. recurrentes. En ese sentido, la sentencia sólo declaró la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, y a su vez, emplazó en forma expresa a las Cortes Generales para reparar el vicio de inconstitucionalidad «dentro de un plazo de tiempo razonable». Si bien a través de esta sentencia el TC por primera vez decide ir más allá del emplazamiento genérico y, en su lugar hacer alusión a un periodo de tiempo en el cual el legislador debía responder normativamente, en el caso concreto, el legislador hizo caso omiso de esta convocatoria, lo que motivó al TCE a pronunciarse en una segunda oportunidad a través de la STC 235/1999 (Adaptación a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria).

⁸²¹ Vid las Sentencias 9067, 11295, 12185 y 12492 entre otras.

pueda hacer coincidir la reparación de la constitucionalidad con otro proceso de modificaciones iniciadas previamente⁸²².

De igual forma, el TCFA, reproduciendo la actitud del TCA, empezó a modular la duración del periodo interino, ya sea aprovechando la coyuntura de la realización de una reforma por aprobarse, este el caso de la Sentencia 90, 263, donde el TCFA otorgó al legislador un plazo considerablemente amplio que abarcaba desde de 1994 hasta fines de la siguiente legislatura, para aprobar la ley reparadora del régimen de filiación matrimonial por parte del hijo. La determinación asumida por el TC fue en consideración a que en esas fechas se llevaba a cabo la reforma del Derecho de Familia. En otras ocasiones, dada la complejidad, los debates y proyectos existentes sobre el contenido de la ley reparadora, dificultaron una respuesta normativa inmediata por parte del legislador, este fue el caso de la Sentencia 82, 126, en la que el TCFA emplazó al legislador a aprobar la ley reparadora antes del 30 de junio de 1993, es decir, tres años después de que se dictara la citada Sentencia, y ello debido a la abundancia de discusiones doctrinales, así como los proyectos de reforma existentes sobre la materia, dejando de este modo un amplio margen de maniobrabilidad al TC.

Como siempre, el señalamiento de un plazo concreto para que el legislador apruebe la ley reparadora presenta sus ventajas e inconvenientes. En relación a las primeras, a través de esta precisión temporal, se genera certeza en cuanto al instante exacto en que el legislador actuará con la aprobación de la ley reparadora, y en consecuencia, la incertidumbre y la imposibilidad por determinar si transcurrió el tiempo razonable o más breve posible, para catalogar la inercia del legislador ya no generan problemas. Sin embargo, el hecho de emplazar al legislador para que actúe en un determinado tiempo, implica una fuerte presión, que en algunos casos autorizaría hablar de una limitación al ámbito de libertad del legislador.

Sin embargo, si bien el establecimiento de un plazo concreto para que el legislador actúe aprobando la ley reparadora, desde ya contiene fuertes elementos que juzgan a su favor, un otro elemento que aún inquieta está relacionado con las garantías para el efectivo cumplimiento por parte del legislador de que su actuar se producirá luego de dicho señalamiento concreto, aspecto que desde luego también merece un análisis que será desarrollado a continuación.

2.3. Las garantías frente a la inercia del legislador en la aprobación de la ley reparadora.

Si bien una de las virtudes principales del modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad radica en la intervención del legislador, quien, en el legítimo ejercicio de sus funciones es el llamado a aprobar la ley reparadora, en los hechos no existe una garantía efectiva de que tal actuación legislativa realmente suceda. En efecto, como se vio, ciertamente, la existencia de un plazo dentro del cual el legislador se encuentra compelido a aprobar la ley reparadora, si bien puede generar mayores situaciones de certeza, puede suceder también que el legislador no responda normativamente debido a múltiples circunstancias como la ausencia de una voluntad política, el exceso en la carga parlamentaria, la complejidad del tema y los múltiples debates inacabables sobre el contenido de la ley reparadora, hasta la disolución del

⁸²² Vid las Sentencias 13777, 14258, y 14262, entre otras.

mismo parlamento (en aquellos sistemas parlamentarios), que pueden dificultar la efectiva actuación del legislador⁸²³.

Por ello mismo, es necesario analizar las posibles salidas ante la inercia del legislador, o mecanismos que garanticen la eventual actuación del legislador en la aprobación de la ley reparadora.

Precisamente, una de las alternativas radica en la necesaria intervención del TC para sancionar el comportamiento totalmente omisivo del legislador. Pero para que esta posibilidad sea viable, es necesario contar con un mecanismo procesal que habilite la intervención del TC. Lógicamente, para poder determinar en qué casos el TC puede ejercitar este control sobre la ejecución de sus sentencias, obligan a revisar la ley reguladora de cada país analizado para ver la factibilidad de esta medida.

En el caso español, el artículo 92 LOTC, señala que «El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quien ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución». Al parecer, esta disposición permite al TC español a actuar de oficio respecto a la ejecución de sus pronunciamientos y realizarlos con posterioridad a los mismos. Sin embargo, González Beilfuss⁸²⁴, apuntó su observación al respecto, es decir, si un pronunciamiento sobre el incumplimiento del deber de aprobar la ley reparadora pueda considerarse una medida de ejecución de una sentencia de control de constitucionalidad. Para este autor, si bien los efectos jurídicos de este tipo de sentencias difieren de los típicamente anulatorios, no se puede negar que sólo desde un concepto amplio de ejecución puede defenderse tal posibilidad⁸²⁵.

Una segunda vía posible para obtener un pronunciamiento del TC referido al comportamiento omisivo del legislador, se daría a través de una actuación no de oficio del TC, sino a instancia de parte, recurriendo a los procedimientos constitucionales previstos en la ley reguladora. Pero antes bien, es pertinente señalar que en ninguno de los países estudiados se reconoce algún procedimiento constitucional concreto contra las omisiones absolutas del legislador, más que el recurso de amparo. Pero a su vez, la aplicación de este recurso, puede verse seriamente limitado, en la medida en que no podría alegarse la violación a un derecho fundamental como consecuencia de la inercia del legislador, basada en la no aprobación de la

⁸²³ Ya Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión...opus cit.*, p. 277, advertía que, la voluntad del legislador en procura de corregir el vicio de inconstitucionalidad, puede resultar ser una quimera, sobre todo si se toma en cuenta que el Legislativo no se caracteriza por ser hábil y dinámico, y menos aún se ha mostrado complaciente en atender las recomendaciones, advertencias y pronunciamientos del Tribunal.

⁸²⁴ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 307.

⁸²⁵ Particularmente se considera que cuando la disposición del artículo 92 LOTC hace referencia a que el TC podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quien ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución, lo más que podrá hacer Tribunal, es convocar nuevamente al legislador a que actúe aprobando la ley reparadora, pues de la interpretación de la citada disposición, difícilmente podría desprenderse que el señalamiento que haga el TC en relación a quien debería ejecutar la sentencia, no garantiza a que el compelido cumpla efectivamente el emplazamiento. Quizá por ello sea necesario desprender consecuencias jurídicas mayores en coerción para garantizar una actuación por parte del legislador, pero para ello, será necesario tomar en cuenta también, aquellos casos de fuerza mayor no imputables al legislador que le hicieran incumplir con su deber constitucional, de aquellos casos en los que el legislador ingresa en una inercia voluntaria injustificable desde todo punto de vista jurídico y político. Ahora bien, el trabajo en sí de este planteamiento debe cuidar de no constituirse en una forma de limitación al ámbito de libertad de configuración y discrecionalidad del legislador.

ley reparadora en aquellos supuestos en lo que se suspendieron los procesos judiciales y administrativos⁸²⁶, o fueron resueltos a través de la integración judicial. Donde sí podría acudir en vía de amparo para impugnar la violación a derechos fundamentales por parte del legislador ante la renuencia a aprobar la ley reparadora, es en aquellos casos donde el régimen jurídico declarado inconstitucional continuó aplicándose durante el periodo interino, pues dicha aplicación no sería justificable una vez que el plazo concedido al legislador hubiere fenecido.

Dadas las complicaciones que presenta el lograr que sea el propio TC el que logre ejecutar su propia sentencia ante la inercia del legislador por aprobar la ley reparadora, la otra posibilidad que queda, es que la inactividad del legislador sea sancionada con la nulidad o derogación de la ley declarada inconstitucional.

Esta medida radical, se encuentra prevista en el sistema austriaco, donde una vez concluido el plazo otorgado por el TCA al legislador para que apruebe la ley reparadora, la derogación de la norma declarada inconstitucional opera en forma inmediata sin mayores reparos ante la ausencia de respuesta normativa por parte del legislador.

En el caso alemán, resulta ejemplificativa la Sentencia del TCFA de fecha 11 de noviembre de 1999 relativa a la Ley de Compensación Financiera de 1993, el TC tomando en cuenta la complejidad del tema, concedió un primer plazo al legislador hasta el 31 de diciembre de 2002, para que el mismo dicte una ley reparadora que concrete y complete los parámetros observados, y sobre la base de esta futura ley, el legislador debía aprobar otra de Compensación financiera antes del 31 de diciembre del año 2004. Ante el vencimiento de cualquiera de las dos fechas, el TCFA previó que el régimen jurídico impugnado y declarado inconstitucional, sería además declarado nulo. Desde luego, no debe olvidarse que en el caso Alemán, el legislador no se encuentra obligado constitucionalmente –sino sólo por ley ordinaria– a eliminar la ley declarada inconstitucional, de igual modo, no le es vinculante ninguno de los plazos establecidos por el TCFA. Sin embargo, autores como Heussner, han trabajado en construir argumentos que permiten sostener la obligatoriedad por parte del legislador, de emitir una ley reparadora de la inconstitucionalidad, basando su fundamento en lo preceptuado por el artículo 20.III de la Constitución Alemana, que obligaría al legislador, a establecer un ordenamiento constitucional de las leyes, y de donde se deriva que para las situaciones jurídicas pendientes también está obligado a restablecerlas de modo conforme a la Primera Norma⁸²⁷.

En el sistema italiano, frente a la inactividad del legislador, la Corte Constitucional no ha dudado en llevar a cabo –no en una sino en varias ocasiones– lo advertido en su momento

⁸²⁶ Aunque en estos supuestos habría que considerarse si la suspensión de los procesos judiciales y administrativos, sin saber por cuanto tiempo, dada la renuencia del legislador a actuar, estaría infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

⁸²⁷ Heussner, Herman, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes...opus cit.*, p. 258. No obstante, para Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión...opus cit.*, p. 277, al postura sostenida por Heussner, no es del todo correcta, y ello porque, si bien en atención al mandato de la Constitución, el legislador está vinculado a desarrollarla y preservarla, sin embargo, de esta disposición no podría desprenderse que esté obligado a unos mandatos que provienen del Tribunal Constitucional, mandatos concretos que si se llevan hasta el límite, llegarían a coartar su actividad, ya que implicaría una interferencia en su agenda política.

al Órgano Legislativo. Así Romboli⁸²⁸ identifica que, la Corte cumplió su amenaza al «duplicar» la precedente decisión de falta de fundamento o de inadmisibilidad con una sentencia de inconstitucionalidad. Estos supuestos se ejemplifican en la Sentencia 279/1987, donde la Corte convocó al legislador a prever la aplicabilidad de las sentencias sustitutivas para los delitos militares, que fue duplicada a través de la Sentencia 284/1995, luego de que transcurrieron ocho años de inercia legislativa⁸²⁹.

En el caso español, como se vio, es la STC 235/1999 (Adaptación a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria), en la cual el TC advirtió al legislador que de seguir incumpliendo a los emplazamientos realizados para aprobar la ley reparadora, en una próxima vez, se establecería un plazo temporalmente limitado, y ante dicha circunstancia el legislador se encontrará compelido a responder normativamente⁸³⁰.

Para González Beilfuss⁸³¹, la actitud del TC español en el sentido descrito anteriormente, merece una serie de consideraciones: Primero, el hecho de advertir al legislador que de continuar la renuencia a aprobar la ley reparadora, en una próxima vez se le limitaría el plazo dentro del cual debería de responder normativamente, constituye una amenaza y una incoherencia técnica a la vez, pues la sentencia emitida por el TC es un pronunciamiento que prescinde de la declaración de nulidad por criterios técnicos. Con esto se quiere decir, que si el TC opta por asumir una medida radical como la de declarar la nulidad del régimen jurídico declarado inconstitucional ante la renuencia – inercia del legislador a aprobar la ley reparadora, con esto se estará desnaturalizando el sistema bilateral de reparación, y acarreando problemas que en su momento se quiso evitar⁸³².

En ese sentido, el autor español aclara que la amenaza de limitar el tiempo en el que el legislador debe responder normativamente para reparar el régimen jurídico inconstitucional, debe ser concebido como un mero mecanismo de presión al legislador, que desde luego, deberá ejercitarse en forma excepcional y concediendo un plazo por demás suficiente al efecto. En todo caso deberá evitarse que este mecanismo de presión, en vez de conseguir disuadir al legislador, lo aleje y cree una tensión entre las relación TC – legislador⁸³³.

⁸²⁸ Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 111.

⁸²⁹ De igual modo vid. las Sentencias 140/1993 y 114/1994, que fueron duplicadas en las Sentencias 194/1994 y 171/1996, respectivamente.

⁸³⁰ Por otro lado, en relación a las SSTC 195/1998 (Reserva Natural de Santoña) y 208/1999 (Ley de Defensa de la Competencia), la declaración de la nulidad ante la inercia del legislador no habría sido posible tomando en cuenta que la fórmula utilizada por el TC, hizo que la entrada en vigor de la nulidad se retrasara al momento en que se apruebe la ley reparadora.

⁸³¹ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 309.

⁸³² Al Declararse la nulidad del régimen inconstitucional, como consecuencia de la ausencia de una respuesta normativa por parte del legislador, el TC desencadenaría las mismas consecuencias negativas que se desprenden del binomio inconstitucionalidad – nulidad: el vacío jurídico y situaciones de mayor inconstitucionalidad que la tolerancia en la vigencia del régimen inconstitucional.

⁸³³ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 310, destaca que en el caso español, para hacer frente a la pasividad del legislador, se buscó aplicar otros mecanismos disuasorios menos radicales que la advertencia de limitar el plazo para la reparación, o la declaración de la misma nulidad. Dichas medidas se traducen en la elaboración de mecanismos de seguimiento parlamentario de las sentencias constitucionales, así como la publicación de una Memoria anual del TC en la que se recuerda al legislador sus deberes pendientes para con la aprobación de leyes reparadoras.

Frente a los problemas que conlleva la expulsión automática del ordenamiento jurídico del régimen normativo inconstitucional ante la ausencia de respuesta normativa por parte del legislador, se ha planteado una última alternativa, que se rescata de la experiencia de la jurisprudencia constitucional alemana. Dicha práctica consiste en que la propia sentencia constitucional determine qué es lo que sucederá si el legislador no aprueba dentro del plazo establecido la ley reparadora. Así, en la sentencia 98, 169, de 1 de julio de 1998, donde el TCFA a la vez que declaró la inconstitucionalidad del régimen jurídico que regulaba la remuneración del trabajo en prisión por ir contra el principio de resocialización, determinó también que dicho régimen debía continuar vigente hasta el 31 de diciembre de 2000, y que al cabo de la misma, si no se había probado la ley reparadora por parte del legislador, debían ser los tribunales ordinarios los que la determinen.

En otras ocasiones, dada las limitaciones técnicas para que los tribunales ordinarios puedan suplir la ausencia de ley reparadora: la ausencia de una cobertura legal, así como el principio de legalidad, han empujado al TCFA a señalar en sus propias sentencias la forma en la que debía repararse el vicio de inconstitucionalidad. Es lo que sucedió con la Sentencia 99, 216, de 10 de noviembre de 1998, donde el TCFA declaró inconstitucional la deducción de los gastos de custodia de los hijos, aunque en su mismo pronunciamiento declaró también la continuidad de dicho régimen hasta el 31 de diciembre de 1999, a la vez previó que en caso de ausencia de respuesta normativa por parte del legislador, las personas casadas también podían deducir por concepto de gastos de custodia 4000 marcos por el primer hijo y 2000 por los siguientes, en igualdad con las personas separadas, divorciadas y solteras⁸³⁴.

Empero, esta técnica alemana donde el TCFA prevé qué sucederá luego de que el plazo haya vencido y no exista una respuesta normativa por el legislador, cae en el problema funcional inicial de la crítica a un TCFA convertido en legislador positivo al reparar unilateralmente la inconstitucionalidad en el supuesto de la inercia legislativa. Pero por otro lado, la presión disuasoria que pretende ejercerse en el legislador, a la larga, puede repercutir en forma negativa en el contenido de la ley reparadora, aspecto éste último que merece ser también analizado.

Dadas estas dificultades que radican en la nada fácil tarea de garantizar la intervención del legislador, Aragón Reyes, sostiene que frente a la inactuación del Tribunal mediante la aplicación de la inconstitucionalidad sin nulidad que requiere necesariamente la actuación del legislador para que la decisión sea eficaz, se decanta por un rol mucho más activo por parte del Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad, aunque ello implique la superación de los límites funcionales⁸³⁵. Este autor prevé que el legislador será más eficaz y rápido en el despliegue de su actividad cuando se invaden sus competencias que cuando simplemente se le exhorta o insta a que legisle, propugnando con ello, un retorno hacia el dictado de pronunciamientos interpretativos, donde el Tribunal unilateralmente resuelve el vicio de inconstitucionalidad, sin embargo, ya vimos que el recurso a esta técnica, también presente sus propios inconvenientes, con lo que ambos sistemas, el unilateral y el bilateral, a la vez que presentan sus aciertos, no se encuentran libres de complicaciones en su aplicabilidad,

⁸³⁴ La vigencia del régimen inconstitucional prevista en la Sentencia 99, 216, no trajo mayores complicaciones, debido a que a finales de 1999, el legislador aprobó la ley reparadora: Ley de Promoción de la Familia de 22 de diciembre de 1999.

⁸³⁵ Aragón Reyes, Manuel, *La función legislativa de los parlamentos y sus problemas actuales*, en *El parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, 1990, p. 127.

dejándose en última instancia, al criterio que adopte el Tribunal en última instancia, preponderando en todo momento, los diversos bienes jurídicos en juego, pero además, la naturaleza característica y fines del control de constitucionalidad.

2.4. La ley reparadora de la constitucionalidad, presupuestos sobre su contenido y alcance.

Independientemente del plazo que se le confiere al legislador para que actúe en la aprobación de la ley reparadora, es necesario dejar en claro que, el legislador tiene una amplia libertad para decidir el contenido y alcance de la misma, por lo que las posibilidades para reparar la inconstitucionalidad son diversas.

Para definir una forma concreta de reparación, será importante tomar en cuenta el comportamiento de los operadores jurídicos durante el periodo interino en que rige el régimen declarado inconstitucional. Sin duda estos elementos serán determinantes a la hora de definir el contenido y alcance de la ley reparadora. Si se optó por la inaplicación del régimen declarado inconstitucional, y en consecuencia se suspendieron los procedimientos en los que habría sido posible su aplicación, la ley reparadora aprobada por el legislador les será aplicable. Situación distinta se presenta en aquellos supuestos en donde el régimen jurídico inconstitucional continuó aplicándose, o fueron los tribunales ordinarios los que fueron integrando el vacío normativo, en estos casos, la ley reparadora sólo les será aplicable, cuando se determine el carácter retroactivo de la misma⁸³⁶.

Ahora bien, un otro aspecto que también requiere ser analizado, es si la ley reparadora, además de reparar el vicio de inconstitucional declarado en la sentencia constitucional, también puede restablecer la constitucionalidad de otros regímenes que se encuentran relacionados con el reparado directamente por el legislador.

Al parecer, y cuidando en todo momento el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, es posible afirmar que la ley reparadora, en aquellos supuestos donde el carácter internormativo del régimen declarado inconstitucional, admita la posibilidad de la extensión de dicha reparación sin mayores dificultades, y mucho más cuando la misma viene impuesta en virtud del principio de primacía constitucional, así como el de economía jurídica.

En todo caso, habrá que considerar también, que la reparación provisional que hiciera el TC en relación al régimen inconstitucional y su situación durante el periodo interino, influirán decisivamente en el contenido y alcance de la ley reparadora. Un claro ejemplo sobre el tema vendría a constituir el tratamiento de los regímenes tributarios declarados inconstitucionales pero que al haberse diferido su nulidad, en el periodo interino se adoptaron medidas tendientes a no generar situaciones de mayor inconstitucionalidad que la tolerancia del

⁸³⁶ Quien se opone a este razonamiento es el TCFA, que arraigado en el dogma de nulidad ex tunc insiste en el carácter retroactivo de la ley reparadora. Por ello, en la Sentencia 55, 100, el TCFA declaró la nulidad de la ley reparadora porque la misma prevenía en su lugar los efectos ex nunc, y ello quizá por la influencia ejercida desde la propia doctrina, donde autores como Heyde, Wolfgang, *Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen*, en *Festschrift für Hans Joachim Faller*, München, 1984, pp. 54 y ss., quien defiende abiertamente el carácter retroactivo de dichos pronunciamientos.

régimen jurídico inconstitucional. Así, el razonamiento del legislador ha momento de aprobar la ley reparadora, seguirá los parámetros y recomendaciones hechas por el TC. En tal sentido, basta recordar las Sentencias 82, 60 y 82, 198, donde el TCFA declaró la inconstitucionalidad del sistema de compensación de las cargas familiares, que desde el año 1983 se encontraba integrado por una subvención por cada hijo (*Kinderheld*) y por mínimo exento familiar (*Kinderfreibetrag*). En estos supuestos, el TCFA declaró la inconstitucionalidad del citado sistema impositivo dual entre 1983 y 1985, por ir en contra del mandato constitucional de no gravar el mínimo vital familiar. En este caso, el TCFA también emplazó al legislador para que reparase la inconstitucionalidad solamente en relación a las liquidaciones que no hubiesen sido firmes en el momento de dictarse sentencia. Por ello, tomando en cuenta los problemas sobre todo de legalidad que planteaba esta práctica, así como la crítica surgida desde la doctrina, el legislador alemán llevó a cabo la reforma de la Ordenanza Tributaria, aprobando la Ley de 21 de diciembre de 1993, y la Ley de 24 de junio de 1994, leyes reparadoras que en este caso, se limitaron a reproducir la práctica jurisprudencial y administrativa llevada a cabo.

La incidencia suele ser mayor en aquellos casos en los que el TC, se ocupó de precisar en sus sentencias, con un lujo de detalles, el contenido de la futura ley reparadora, limitando con esta conducta el ámbito de libertad del legislador, así como su margen de discrecionalidad. Por otro lado, al tratar de predeterminedar el contenido y alcance de la ley reparadora, el señalamiento de requisitos concretos por parte del TCFA, a la larga implicarán también la petrificación de normas subconstitucionales. Por ello, se ha manifestado en su momento que la adopción de este tipo de medidas ha significado un verdadero peligro dentro de la jurisprudencia constitucional alemana, recuérdese en ese sentido la Sentencia 39,1, de 22 de junio de 1975, donde el TCFA declaró la inconstitucionalidad de la Ley que regulaba como no punibles los abortos practicados hasta las tres meses de embarazo⁸³⁷. Transcurrido los tres meses, tampoco eran punibles las interrupciones voluntarias del embarazo que estuviesen previstas en la indicación terapéutica. Para el TCFA, a través de dicha regulación no se protegía suficientemente la dimensión objetiva de la vida humana. A fin de evitar un vacío normativo en este régimen, el TCFA determinó una serie de reglas provisionales aplicables a todos

⁸³⁷ En el caso español, es posible recordar la STC 53/1985, de 11 de abril, donde el TC español resolvió el recurso previo planteado contra el proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal sobre la despenalización del aborto. A través de dicha sentencia, el TC impone auténticos mandatos al legislador, en los que se afirma que «como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador (...) pero sí lo es, de acuerdo con el artículo 74.9, b LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio –y sin excluir otras posibilidades– permitan la prosecución de la tramitación del Proyecto por el órgano competente». Esta afirmación generó el rechazo de varios Magistrados del TC, quienes plantearon sus votos particulares, así para el Magistrado Arozamena Sierra, se «ha concluido con un pronunciamiento que traspasa los límites jurídico – funcionales de la potestad jurisdiccional que incumbe al Tribunal Constitucional». Por su parte el Magistrado Díez–Picazo señaló «tampoco creo que sea función del Tribunal colaborar en la función legislativa, orientarla o perfeccionarla». De igual modo, el Magistrado Tomás y Valiente señaló «La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidas. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadirse a las leyes para que sean constitucionales. Si se actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo». Por su parte los Magistrados La Torre Segura y Díez de Velasco Vallejo, afirmaron que tal función «excede de las ya muy amplias competencias que no sólo la Constitución, sino también la LOTC, asignan a este Tribunal Constitucional, cuya actuación no puede aproximarse a la de una tercera Cámara sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico político, invadiendo facultades que corresponden al Poder Legislativo». Finalmente, el Magistrado Rubio Llorente en forma puntual apuntó que cuando «el Tribunal impone a las Cortes sus propias preferencias de política legislativa, y esta imposición, que no encuentra naturalmente, base alguna en la Constitución o en la Ley, es arbitraria».

aquellos supuestos que se presenten, hasta que el legislador aprobase la ley por la cual reparaba la inconstitucionalidad. El régimen provisional previsto por el TCFA establecía que, para aquellos casos de interrupción voluntaria del embarazo que se llevara a cabo durante los tres primeros meses, les sería aplicable el tipo penal del aborto, salvo que el embarazo hubiese sido a consecuencia de una violación, o que a juicio del juez penal no había otra forma razonable de solucionar la grave situación de necesidad en que se encontraba la mujer, supuestos en los que el aborto era impune⁸³⁸.

Por otro lado, si bien a través del señalamiento de los requisitos concretos el TCFA incidió en el ámbito de libertad del legislador, llegando a influir sobre el contenido de la futura ley reparadora, puede suscitarse también una situación inversa, es decir, que el legislador vuelva a aprobar un régimen jurídico similar al declarado inconstitucional y elevarlo a rango constitucional. Esta situación es la que se presentó en las Sentencias 9950, 10394, 10931 y 11309, donde el legislador austriaco en ejercicio del artículo 44 CA aprobó preceptos constitucionales singulares, habiendo para ello, obtenido el voto cualificado de dos tercios. El criterio político está claramente presente en estas medidas adoptadas por el legislador, quien busca mantener un régimen inconstitucional a pesar de su constatación por parte del TCA, y para evitar su posterior impugnación, es elevada de rango normativo para que no pueda ser objeto de control por parte del TCA.

En el caso italiano, su Constitución no prevé un principio expreso que obligue al legislador a no aprobar nuevamente una ley cuyo contenido es igual al declarado con anterioridad inconstitucional por la Corte. Dentro de la doctrina italiana, ha sido D'Orazio⁸³⁹, quien fundamentó la tesis de una estricta prohibición jurídica para el legislador de reproducir «*illico ac immediate*» una norma declarada inconstitucional, dicha prohibición, sobre todo va dirigida al poder de legislación ordinaria del Parlamento. Pero para el caso en que el legislador decidiese aprobar una ley que reproduce la ya declarada inconstitucional anteriormente, el valor jurídico de dicha norma sería nulo, y para hacer frente a la misma, debería de acudir a la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia constitucional, en virtud de la cual, los jueces estarían en la obligación de inaplicar la ley que reproduce una normativa ya declarada inconstitucional, remitiéndose en todo caso a la eficacia precedente de la sentencia, lo que habilitaría al juez «a quo» a replantear la cuestión de inconstitucionalidad de la nueva ley, siendo grandes las posibilidades de que la Corte ratifique la declaración de inconstitucionalidad que pesaba sobre la anterior ley, en la nueva norma⁸⁴⁰.

⁸³⁸ Véase también la Sentencia 88, 203, de 28 de mayo de 1993, en la que TCFA desarrolla una regulación provisional mucho más detallada sobre la ordenación del aborto, en ocasión de pronunciarse sobre Ley aprobada en 1992, que preveía la posibilidad de abortar durante los tres primeros meses de embarazo previo asesoramiento, en un centro autorizado, sobre las múltiples alternativas para hacer frente a la situación de necesidad y conflicto planteadas por el embarazo. El TCFA, tomando en cuenta la teoría de la dimensión objetiva del derecho a la vida, a partir de la cual declaró la nulidad del supuesto general de necesidad, precisando que el asesoramiento al que hacía referencia la ley, no tenía como objetivo la protección del *nasciturus*. En tal sentido, la misma sentencia previó un régimen provisional, cuya minuciosidad reguló a detalle el contenido del asesoramiento médico, así como de los centros médicos que podían llevar a cabo dicha práctica.

⁸³⁹ D'Orazio, G., *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione...opus cit.*, p. 61.

⁸⁴⁰ Otra de las alternativas apuntadas por Romboli, Roberto, *Italia...opus cit.*, p. 122, para evitar la entrada en vigor de una ley reproductora de la inconstitucionalidad, es el recurso a la figura del veto presidencial (artículo 74 CI), por el cual el Primer Ministro, puede remitir a las Cámaras la ley aprobada, exigiendo su nuevo tratamiento dada las dudas o cuestionamientos sobre la aprobación final de la ley.

Por ello, resulta de interés traer a colación el planteamiento de Limbach, para quien la solución planteada por el Tribunal no siempre es la única correcta y definitiva al problema de la inconstitucionalidad⁸⁴¹, y que es necesaria la intervención del legislador en procura de corregir el vicio de inconstitucionalidad. Esta afirmación también ha sido expresada por el propio TCFA en ocasión de resolver en reiteradas oportunidades los supuestos de regulación del embarazo y la cambiante historia del artículo 218 del Código Penal. En efecto, como se recordará, en una primera oportunidad, esto es el año 1975, el TCFA dictó la sentencia BverfGE 39,1, donde declaró que, si la protección constitucional de la vida en ciernes no es lograble de otro modo, cabe al Estado recurrir al Derecho Penal como último recurso. Este planteamiento se fundaba en la creencia, de que el medio más severo era simultáneamente el más eficaz, es decir, el Tribunal había apostado a la eficacia del poder punitivo para garantizar la protección del bien jurídico, sin ser consciente que el poder penal, lejos de precautelar derechos subjetivos, se constituye en un mecanismo de autoengaño que pretende hacer creer que la solución atraviesa por la imposición de sanciones más gravosas, cuando en realidad, no alcanza ni como un objetivo disuasorio en la comisión del ilícito. Desde luego, habida cuenta de la incertidumbre provocada por las altas cifras de abortos, el Bundesverfassungsgericht comenzó a dudar de la eficacia disuasoria del Derecho Penal. Sin perjuicio de ello, se decidió por la amenaza de la penalización, dada la supuesta fuerza moralizadora del Derecho Penal. En aquel momento, el Tribunal pensaba que los ciudadanos bien pudieran deducir la permisón moral de la interrupción del embarazo de la inexistencia de una sanción.

En una segunda oportunidad, esto es en el año 1993, el Bundesverfassungsgericht reconoció legitimidad constitucional a la idea alternativa del legislador de protección de la vida naciente a través de una tutela consultiva. Desde luego, el Tribunal ha continuado prohibiendo la interrupción del embarazo a lo largo del período de gestación; pero ha dejado de considerar mandato constitucional la amenaza de castigo. Tal cambio ha resultado de la conciencia, de que no ha tenido mayores consecuencias en la realidad la protección a través de la amenaza de la pena de la vida en gestación. Expresamente, el Bundesverfassungsgericht mediante la BverfGE 88, 203 <263>, llegó a reconocer que las experiencias habidas con la regulación jurídico – penal vigente no animaban precisamente a mantener las anteriores posiciones.

De todo esto, las lecciones aprendidas nos permiten sostener, que el Bundesverfassungsgericht está en situación de dependencia respecto de las contradicciones del legislador. Es decir, independientemente de que el Tribunal haya declarado inconstitucional una determinada regulación, no tiene el legislador por qué abdicar de la propia capacidad de aprendizaje. Por lo mismo, el BVerfG ha reconocido el problema y relativizado, en consecuencia, la fuerza vinculante de sus decisiones. Esto lo dio a conocer precisamente en ocasión del dictado de la BverfGE 77, 84 <104> de 1987, donde reconoce al legislador el derecho a una segunda prueba y a acudir de nuevo ante el Tribunal. Así, en uno de los fundamentos de la sentencia, el Tribunal sostuvo expresamente, que «la posibilidad abierta al legislador de repetir una norma, no le hace sentir afectada su tarea de interpretar vinculantemente la Ley Fundamental así como de garantizar una tutela constitucional eficaz de los derechos.» En otras palabras, la declaración de inconstitucionalidad de una norma no impide al legislador, decidir una regulación materialmente igual o semejante si lo cree oportuno. Sin duda, esta facultad se desprende de la especial responsabilidad del legislador democrático, de adaptar el ordenamiento jurídico a cambiantes demandas sociales y nuevas

⁸⁴¹ Limbach, Jutta, *Papel y poder del Tribunal...opus cit.*, p. 99.

necesidades de regulación. De hecho, si el legislador tuviera que actuar vinculado permanentemente por la jurisprudencia del BVerfG, ello sólo contribuiría a la petrificación del Derecho y, en opinión del Tribunal, desaparecería la apertura al cambio de las condiciones de existencia y de la conciencia social. Luego, esta parálisis no comulga con la idea de democracia, que se precia de caracterizarse por la continua competencia entre mayorías y minoría en un juego de disputa armoniosa, que busca corregir el devenir de las decisiones políticas⁸⁴². Y, dado que el Bundesverfassungsgericht carece de facultad para autocorregirse por propia iniciativa, se requiere la renovada actividad del legislador que dará a los Magistrados la posibilidad de volver sobre su anterior decisión.

En forma coincidente con González Beilfuss⁸⁴³, se considera que para evitar estas situaciones desagradables, es necesario tomar en cuenta que, la articulación del modelo bilateral de reparación, depende en gran medida de una actitud ética, leal y responsable por parte de todos los órganos que intervienen en dicho proceso. Así el TC debe limitarse a encauzar la reparación, sin condicionar al legislador más allá de lo estrictamente necesario. Que el legislador asuma su rol funcional y contribuya con su participación en la aprobación de la ley reparadora, tomando en cuenta el escenario social que en muchos casos urge de una respuesta positiva y pronta de este poder público del Estado. Y por último, los operadores jurídicos deben asumir una conducta durante el periodo interino, que tome en cuenta el pronunciamiento del TC, y a partir de él, busque mantener el equilibrio de los diversos bienes jurídicos en juego.

Asimismo, como conclusión a este capítulo, no puede dejarse de lado, el peligro que entrañan la técnica por la cual el Tribunal busca modificar la eficacia de la sentencia constitucional en el tiempo, puesto que dicha situación conlleva a relativizar el carácter normativo y jerárquico de la Constitución, y esto debido a que, en aquellos supuestos en los que se dictó una pronunciamiento meramente declarativo de la inconstitucionalidad sin nulidad, la supremacía de la Constitución se dejó en suspenso al permitir que opere, aunque temporalmente, una norma inconstitucional. Este ha sido también es criterio sostenido por De Agapito, quien identifica como un problema central de esta categoría de sentencias, a la relajación del carácter vinculante de la Constitución, y donde el papel de los Tribunales Constitucionales aparece más como una función práctica que se orienta según la prudencia necesaria para el caso concreto, que por una operación lógica con una referencia jurídica precisa⁸⁴⁴. En opinión de Schlaich, la introducción de elementos externos al juicio de constitucionalidad como fundamento para delimitar el alcance de sus sentencias, no siempre presenta un encuadre constitucional y legal, al contrario, además de modificar la rigidez de la Constitución, no se logra alcanzar la certeza y seguridad jurídica pretendidas.⁸⁴⁵ Este mismo autor sostiene, –para el caso Alemán, pero que es extensible a la experiencia de los otros Estados estudiados– que el Tribunal ha creado todo un arsenal de posibles decisiones jurídicas,

⁸⁴² Lenk, Kurt, *Probleme der Demokratie*, en Lieber Hans Joachim, *Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart*, Bonn 1991, p. 934.

⁸⁴³ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la...opus cit.*, p. 317.

⁸⁴⁴ De Agapito Serrano, Rafael, *Constitución y proceso político. La concepción liberal temprana y la problemática actual*. Tesis Doctoral, Salamanca, 1987, p. 60.

⁸⁴⁵ Para Schlaich, Klaus, *El Tribunal Constitucional Federal...opus cit.*, p. 208, la categoría de inconstitucionalidad sin nulidad no encuentra una cabida fácil dentro de unos contornos precisos y, en consecuencia, la reacción del Tribunal es también imprevisible, por lo que se cuestiona, si un sistema jurídico basado en los principios de legalidad y seguridad jurídica podría soportar este modo de decisión de un Tribunal.

sin autorización legislativa expresa, pero legitimado por las exigencias de los casos concretos. Luego, es lógico cuestionarse si esta situación no constituye, en cierto modo, una afrenta al legislador o la misma magistratura en general, así como preguntarse también, si para la vida jurídica en general es saludable que un Tribunal posea habilidades tan amplias de reacción. A esto debe sumarse la crítica sostenida por Cascajo, quien denuncia la conducta del legislador, puesto que muy pocas veces responde a las necesidades y advertencias manifestadas por el Constitucional⁸⁴⁶, que se muestra apático e incapaz de reformas legislativas dinámicas, ya sea porque el tratamiento parlamentario de la norma, es compleja, o porque las posibilidades del consenso político no siempre son oportunas⁸⁴⁷.

Es en base a estas observaciones que la doctrina ha sostenido que el autocontrol por parte de los Tribunales Constitucionales, respecto al recurso hacia este tipo de pronunciamientos, no constituye una garantía, aunque sí expresa una voluntad de circunscribirse en su función. Por ello, Hesse, apela a que el supremo intérprete de la Constitución se desenvuelva en el marco de las funciones a él encomendadas; Luego, el custodio de la Constitución no tendría por qué modificar la distribución de funciones a través del dictado de pronunciamientos sin soporte constitucional o legal⁸⁴⁸. Ahora bien, si la delimitación funcional entre el rol desempeñado por el Tribunal y el legislador no fue fácil de precisar, esta imprecisión se agudiza aún más con el dictado de esta categoría de pronunciamientos por parte del Tribunal. Sin embargo, pese a esta situación complicada y compleja, debe destacarse también, que los Tribunales Constitucionales de los Estados analizados, han mostrado una prudencia en el uso de este modo de sentencias, dando a entender la consciencia sobre un uso racional de las mismas, midiendo para ello, las consecuencias que traerían aparejados para el concierto constitucional el diferir la eficacia del fallo.

⁸⁴⁶ Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión...opus cit.*, p. 363, señala la importancia que representa no sólo para el entramado jurídico, sino también para el orgánico institucional, las relaciones entre el Parlamento y el Constitucional, pero no en los términos en los que se está planteando. Sostiene en crítica al legislador, que un Poder Legislativo incapaz no convierte al TC en capaz, al contrario, al depender este último del primero, se arriesga a una deslegitimación del que debiera constituirse en el custodio de la Constitución.

⁸⁴⁷ Cascajo Castro, José Luis, en VV.AA., *Los procesos constitucionales...opus cit.*, p. 56, el maestro español expresa a su vez, «quisiera suscitar un aspecto importante relativo al valor y efectos de las sentencias en los procesos declarativos de inconstitucionalidad. Me parece observar con demasiada frecuencia que la música que interpreta el TC no resulta del todo audible, o dicho en otros términos, es escuchada por los órganos del Poder Ejecutivo y Legislativo con un alto nivel de sordera». Esta afirmación sirve para cuestionar la inercia del Legislativo español, por ejemplo en materia tutelar de menores, es decir, cuando en el año 1985, con la publicación de la LOPJ el mismo legislador en la disposición adicional primera se dispuso el plazo de un año para reformar, entre otros, la Legislación sobre Tribunales Tutelares de menores. El plazo impuesto por el propio legislador, fue desatendido por el mismo. Recuérdese por lo mismo, cómo el TCE en la sentencia 71/1990, de 5 de abril, recoge el contenido de la mencionada disposición adicional y afirma en el fundamento jurídico 4.º que considera imperiosa la necesidad de que se realice la modificación. «Tales son las normas que rigen las actuaciones de la jurisdicción de menores y que han sido aplicadas en los procedimientos que aquí se impugnan, debiendo aclararse, antes de seguir adelante, que si bien es cierto que la LOPJ, en su disposición adicional primera dispuso que en el plazo de un año el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de reforma de la legislación tutelar de menores, sin que hasta el momento, y pese a su imperiosa necesidad, tal previsión se haya cumplido...». Continuada la inercia del legislador, no le quedó otra alternativa al TCE, que dictar la sentencia 36/1991, por el que declaró inconstitucional parte de la legislación tutelar de menores reiterando el Constitucional la necesidad de la reforma, aunque luego la omisión hacia esta exhortación permaneciera.

⁸⁴⁸ Hesse, Konrad, *La interpretación constitucional*, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1992., p. 50.

CAPÍTULO IV

FORMACIÓN DEL SISTEMA BOLIVIANO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

I. RETROSPECTIVA HISTÓRICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA.

Una vez revisadas las diversas sentencias en materia de control de constitucionalidad emanadas de los Tribunales Constitucionales europeos, y al haber destacado la variada tipología de dichos pronunciamientos, corresponde ahora centrar nuestra atención, en el desarrollo de la tipología y efectos de las sentencias constitucionales emitidas por el Tribunal Constitucional boliviano (en adelante TCB). A tal fin, el estudio abarcará –en primer lugar– una revisión acerca de la génesis y las discusiones en torno a la naturaleza del Tribunal Constitucional en Bolivia, para luego pasar a analizar el desarrollo, auge y la decadencia de esta instancia de control, y en base a ello, se trabajará en la elaboración de un bosquejo acerca de su futuro, asumiendo el nuevo paradigma constitucional y legal. En ese sentido, el análisis que se desarrollará, comprende dos momentos temporales importantes y necesarios para entender el significado del control de constitucionalidad, como mecanismo de defensa de la supremacía de la Constitución boliviana. Así, un primer momento de análisis se centrará en la descripción del sistema constitucional y el control de constitucionalidad de las normas antes de la creación del TCB, para posteriormente proseguir con otro análisis en el que se pondrá especial énfasis en el balance de las labores desempeñadas por el Tribunal Constitucional a lo largo de algo más de una década de ejercicio jurisdiccional, buscando identificar con ello, los aciertos y debilidades orgánico – institucionales de aquella instancia *ad hoc*. Para ello, se tendrá como punto de referencia, el rol y status que asumió el Tribunal, a partir de la emisión de sus fallos; esta situación, sin duda, obligará también, como epílogo del apartado de estudio, a llevar adelante un examen sobre la vigencia y viabilidad de aquellos argumentos que sostienen la revisión y, cuando no, el cambio del modelo de control de constitucionalidad en Bolivia. Ahora bien, cabe recalcar que, para cumplir con todo este emprendimiento, se recurrirá a consultar la legislación y jurisprudencia constitucional comparada, poniendo especial énfasis en la amplia praxis española sobre este tema.

1. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA.

1.1. Breve reseña histórica del desarrollo del control de constitucionalidad boliviano: Del sistema de control político al sistema de control judicial.

De la revisión realizada a los antecedentes históricos del ordenamiento jurídico boliviano, es posible afirmar que, de inicio, el modelo del control asumido por el naciente

Estado, fue uno próximo al modelo del «*sistema de control político*»⁸⁴⁹. En efecto, la Constitución Política del Estado de 1826, no contemplaba en su texto cláusula de supremacía constitucional alguna, es más, omite toda referencia a la potestad jurisdiccional para velar por la constitucionalidad de las leyes⁸⁵⁰. Desde luego, esta situación fue observada en su momento por el Libertador Simón Bolívar, quien en su mensaje al Congreso Constituyente de Bolivia de fecha 25 de mayo de 1826, reflexionó sobre la necesidad de introducir un sistema de control de constitucionalidad de los actos del poder público. En aquel entonces, Bolívar entendió que el responsable de aquella labor debía ser un órgano político. Este razonamiento se plasmó posteriormente en la delegación constitucional de dicha función en la tercera Cámara del Poder Legislativo, es decir, la Cámara de Censores⁸⁵¹, todo esto se desprende de la lectura textual del artículo 51, que preceptuaba como una de las atribuciones de la Cámara de Censores: «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

⁸⁴⁹ Esta situación es posible entenderla si se tiene en cuenta el repaso histórico realizado por Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción constitucional en Bolivia. Ley No. 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*. UNAM, México, 2002, p. 1, de donde se desprende que, «Las primeras Constituciones latinoamericanas estuvieron influidas por el doble influjo de la Carta Federal de los Estados Unidos de 1787 y la Constitución española de Cádiz de 1812, esta última estuvo vigente así sea esporádicamente en las colonias americanas durante la lucha por la independencia. En tanto que la Ley Fundamental norteamericana adoptó la revisión judicial que se había iniciado durante la época colonial; los constituyentes españoles establecieron el control político del Poder Legislativo, es decir, las Cortes, para decidir sobre las violaciones a la Carta Fundamental», este último, claro está, hasta antes de que Kelsen, como miembro de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente, introdujera en la Constitución austriaca de 1920 la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), incorporándose con ello, el control concentrado de constitucionalidad, o conocido también como el modelo europeo, cuya característica central radica en la concesión de la facultad de control a un órgano especializado en la solución de los conflictos de la ley con la Constitución. Así también, Fernández Segado, Francisco. *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006 Tomo I, Konrad Adenauer, Bolivia, 2006, p. 301, sosteniendo en forma resumida que, en el continente americano, surgió la garantía jurisdiccional de la Constitución, en tanto que en el continente europeo, lo que se intentó fue primeramente la defensa política de aquella. Por su parte Rivera Santivañez, José Antonio, *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*, IMAG, Sucre – Bolivia, 2007, p. 5, recuerda que este modelo tiene sus orígenes en la posición antijudicialista o la desconfianza en la labor de los jueces, asumida en la época de la revolución francesa; de manera que se asumió la posición de que los ciudadanos serían protegidos por las leyes elaboradas por el Parlamento, ya que la ley era la expresión de la voluntad general, posición que se sustentaba en la tesis de Rousseau sobre la infalibilidad del Parlamento. De ahí que Francia se convirtió en el arquetipo del control político de constitucionalidad de las leyes.

⁸⁵⁰ En el análisis de Galindo de Ugarte, Marcel, *¿Tribunal Constitucional o Corte Suprema? Una contribución al debate*, Fundación Milenio, Bolivia, 1994, p.48, Bolívar, ha momento de proyectar la Constitución de 1826, conocía el texto de la Norma Fundamental norteamericana, así como de la sentencia «Marbury Vs. Madison», pero que nada dice en su «Discurso al Congreso Constituyente de Bolivia» de las razones que lo movieron a negar al Poder Judicial la potestad de vigilar la Constitución. En criterio de este autor, Bolívar habría actuado demostrando una postura «antijudicialista» quizá influenciado por el pensamiento europeo de entonces, y esta deducción es posible desprenderla de uno de los pasajes del mensaje al Congreso Constituyente que sostenía: «La verdadera constitución liberal está en los códigos civiles y criminales; y las más terrible tiranía la ejercen los tribunales por el tremendo instrumento de las leyes».

⁸⁵¹ La Constitución boliviana de 1826 preveía un Órgano Legislativo Tricameral, conformada por una Cámara de Tribunales, de Senadores y Censores. Sobre el aspecto normativo véase a Félix Trigo, Ciro, *Las Constituciones de Bolivia*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 67. Asimismo, resulta de interés citar algunos pasajes de Bolívar, Simón, en el «*Discurso al Congreso Constituyente de Bolivia*». Lima, 25 de mayo de 1825, La Esperanza del Universo. Unesco, 1983, p. 241, en el que sostenía: «Los censores ejercen una potestad política y moral que tiene alguna semejanza con la del Areópago de Atenas y de los Censores de Roma. Serán ellos los fiscales contra el gobierno para celar si la Constitución y los tratados públicos se observan con religión. He puesto bajo su égida el juicio nacional, que debe decidir de la buena o mala administración del Ejecutivo».

tratados públicos»⁸⁵². En la comprensión de la doctrina nacional, lo que se consiguió con esta disposición, fue incorporar al nuevo Estado, dentro de un control legislativo (político) de la Constitución⁸⁵³.

Años más tarde, a raíz de la reforma constitucional del año 1831, esta facultad de control ejercida por el Órgano Legislativo, pasó a depender de otra instancia denominada el Consejo de Estado, que según el artículo 93 de la Constitución se encontraba conformada por «...siete individuos, nombrados por el Congreso a pluralidad absoluta de votos...»; sumándose en forma posterior a este ente colegiado el Presidente y Vicepresidente de la República una vez fenecido su mandato. Esta misma cláusula constitucional establecía expresamente que, dentro de las atribuciones del Consejo de Estado, se encontraba la de «velar sobre la observancia de la Constitución, e informar documentadamente al Cuerpo Legislativo sobre las infracciones de ella». Ahora bien, téngase en cuenta que las facultades que asumió el Consejo de Estado, dentro de esto que vino a representar el inicio del control de constitucionalidad en Bolivia, no cambió en modo alguno la naturaleza propia del modelo del «sistema de control político»⁸⁵⁴, es decir, se había pasado del «control legislativo» hacia el control político en manos del Ejecutivo⁸⁵⁵. Empero, no debe dejarse de lado que, en aquella época, el Estado boliviano, recién iniciaba el trajín de una etapa constitucional a la que la doctrina constitucional contemporánea denomina como «panfletaria». En este escenario, es característico que el Estado conciba a la Constitución, no como una norma jurídica, sino más bien, como un documento de naturaleza eminentemente política. Luego, en la realidad de aquel entonces, esta situación provocó que en la reforma constitucional del año 1839, el legislador suprimiera al Consejo de Estado, y con él, la tarea del control de constitucionalidad. Tendrían que transcurrir cuatro

⁸⁵² Revisando los escritos sobre Bolívar, Simón. *La Doctrina del Libertador*. Ayacucho, Venezuela, 1976, p. 230, se tiene que el modelo político del control de constitucionalidad esbozado en Francia, había pretendido ser replicado por el pensamiento del Libertador, llegándose a plasmar en la Constitución boliviana de 1826.

⁸⁵³ Vid por todos a Galindo de Ugarte, Marcel. *¿Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 57, quien sosteniendo el pensamiento de Loewenstein, formularía una crítica a este modelo de control político, afirmando que: «El parlamento que ha emitido la ley es el menos apropiado para convertirse en defensor de la Constitución (...) No se puede esperar de la Asamblea, o de la mayoría de sus miembros, que se corrija así misma».

⁸⁵⁴ Esta afirmación es compartida por Rivera Santiváñez, José Antonio. *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*. Kipus, Bolivia, 2004, p. 117. En efecto, si se asume la clasificación sobre las clases de control de la constitucionalidad formulada por De Vergottini, Giuseppe. *Derecho Constitucional Comparado*. Espasa Calpe, Madrid – España, 1985, p. 192, «El control político», se caracteriza porque los actos de comprobación de compatibilidad con la Constitución, se atribuyen a un órgano político, como es un órgano administrativo (del Poder Ejecutivo) o un órgano parlamentario, como sucede en Francia, donde se desarrolló la doctrina de la «soberanía parlamentaria», según la cual es inconcebible que un órgano extraño al Parlamento pueda invalidar una norma legal. Es por ello que, a un principio el control de la constitucionalidad fue encomendado al Senado y –posteriormente– desde 1958, al Consejo Constitucional, cuerpo político compuesto por nueve miembros designados por el Presidente de la República y por los presidentes de las dos Cámaras e integrado por los ex Presidentes de la República, organismo éste que utiliza procedimientos de tipo jurisdiccional. Asimismo, Hauriou, André, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Ariel, Barcelona, 1970, p. 327, en referencia al caso Francés, señala como un elemento característico del control político, que el mismo opera con carácter previo, es decir, antes de que el proyecto de ley sea considerado formalmente en el Parlamento.

⁸⁵⁵ En la explicación de Urcullo Reyes, Jaime. *El control jurisdiccional de «revisión judicial» o «difuso» en Bolivia*, en Baldivieso Guzmán, René et al. *Tribunal Constitucional. La Justicia Constitucional en Bolivia 1998 – 2003*. Kipus, Bolivia, 2003, p. 71, mientras que en el control legislativo, la vigilancia y corrección de la vigencia y aplicación de las normas constitucionales se atribuye al Poder Legislativo, a una parte de él, a sus comisiones especiales o a organismos de su creación y dependencia, son estos quienes adoptan generalmente las medidas correctivas de tipo político por infracción al texto constitucional, en tanto que en el control ejecutivo, esta facultad es ejercitada por el Poder Ejecutivo, o a través de delegados especiales, que son quienes dictan las medidas políticas correctivas cuando las normas se contraponen a la Constitución.

años para que nuevamente, a través de la reforma a la Constitución del año 1843, se restablezca la existencia de una instancia especializada que se encargue de velar por la primacía constitucional. Así, el control fue ejercido por el Consejo Nacional, compuesto por dos senadores, dos representantes, dos ministros de Estado, dos ministros de la Corte Suprema de Justicia, un General del Ejército, un Eclesiástico de dignidad y un jefe correspondiente a las Oficinas de Hacienda. Esta instancia tenía encomendada la labor de velar por la observancia de la Constitución, debiendo elevar al entonces Poder Ejecutivo los informes acerca de casos en los que se suscitaban las infracciones a la Constitución, continuando de este modo la línea del control político. Empero, la vigencia de este ente y sus facultades de control constitucional, fueron suprimidas con la reforma constitucional del año 1851, creándose nuevamente un vacío jurídico sobre el tema. Si bien es cierto que el artículo 82 de aquel texto constitucional, preceptuaba que el Poder Judicial residía en la Corte Suprema, en las Cortes Superiores y Juzgados de la República, sostenía también 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». Desde la perspectiva doctrinal mayoritaria, el contenido de este precepto, no podría asemejarse con la naturaleza de un proceso de inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una ley, decreto o resolución⁸⁵⁶. Esta falta de conciencia sobre la importancia de contar con un sistema de control de constitucionalidad –aunque en su dimensión política– como base para el fortalecimiento del naciente régimen democrático, hizo que el joven Estado boliviano prescindiera⁸⁵⁷ de dicha función por cerca de diez años⁸⁵⁸, es decir, se tuvo que aguardar hasta la reforma de la Constitución del año 1861, donde se volvió a restituir la figura del Consejo de Estado⁸⁵⁹, a la par de su facultad de control de constitucionalidad. Todo ello se desprende de la prescripción que establecía el artículo 41, al disponer: «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. 9) Recibir durante el receso de la Asamblea las denuncias y querrelas interpuestas contra el Presidente de la República y Ministros del despacho, por actos inconstitucionales, para someterlas a la Asamblea, previa instrucción conveniente». Véase entonces, que la importancia de la reforma a la Constitución operada en aquel entonces, no

⁸⁵⁶ Vid a Urcullo Reyes, Jaime. *El control constitucional en Bolivia antes de 1994. Legislación y jurisprudencia, Una Mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*. Lecturas Constitucionales Andinas, núm. 4, Lima, 1995, p. 44, aunque el mismo Urcullo, años más tarde, en su obra *El control jurisdiccional de «revisión judicial»...opus cit.*, p. 83, entiende que el artículo 82 de la Constitución de 1852 (Gobierno de Bélzu), introdujo el germen del control de constitucionalidad difuso, debido a que de la precitada cláusula constitucional, son desprendibles tres elementos centrales de dicho sistema, a saber: a) La Organización del Poder Judicial, b) La competencia para aplicar la Constitución y, c) La supremacía de las leyes constitucionales.

⁸⁵⁷ Así, en la reforma de la Constitución de 1839, el Presidente José Miguel de Velasco suprimió el Consejo de Estado, instituyendo en su lugar en el artículo 77 inc. 2) la misión de «velar en la exacta observancia de la Constitución...» como una facultad propia del Poder Ejecutivo. Algo similar sucedió cuatro años más tarde durante la presidencia de José Ballivián, al operarse la reforma a la Constitución de 1843, en su artículo 66 se facultó al Consejo Nacional el «velar sobre la observancia de la Constitución, dando al Poder Ejecutivo los informes convenientes en los casos de infracción...». Inclusive hubieron situaciones como la que se presentó con la reforma de la Constitución de 1851, durante la presidencia de Manuel Isidoro Bélzu, cuyo texto en su artículo 102 disponía que «...la presente Constitución y los derechos establecidos por ella, quedan confiados al patriotismo y valor de los bolivianos».

⁸⁵⁸ En la perspectiva de Galindo Decker, Hugo. *Tribunal Constitucional*. Editorial Jurídica Zegada, Bolivia, 1994, p. 27, en 1851, existía un desconocimiento absoluto en el Estado boliviano, acerca del juicio de inconstitucionalidad, como mecanismo básico para la obtención de la tutela y operatividad de la Constitución.

⁸⁵⁹ Cabe resaltar también, que años más tarde, la historia se volvería a repetir, pues a través de la reforma de la Constitución realizada el año 1868 se suprimió el *Consejo de Estado*, restituyéndose la figura y sus competencias, en la reforma constitucional del año 1871.

solo se debía a que con ella se reincorporaba el sistema de control político, sino también, porque coetáneamente a este mecanismo, se introdujo el sistema de «control jurisdiccional»⁸⁶⁰. Así, el artículo 65.2 de aquel texto constitucional, disponía: «Son atribuciones de la Corte de Casación: 2. «Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión depende de la constitucionalidad de las leyes»⁸⁶¹. Asimismo, el artículo 86 establecía: «Las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualquiera otras resoluciones»⁸⁶². Sin duda, a partir de lo preceptuado en dichas cláusulas constitucionales, Bolivia, terminó adscribiéndose dentro del «sistema de control de constitucionalidad difuso»⁸⁶³, por el que –en principio– la Corte Suprema de Justicia⁸⁶⁴, asumía la facultad de conocer y tramitar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de toda disposición legal que contrastase con la Constitución⁸⁶⁵.

Una vez embarcados en este nuevo modelo de «control jurisdiccional» de la constitucionalidad, las posteriores leyes ordinarias como la del Procedimiento Civil⁸⁶⁶, se

⁸⁶⁰ Esta dualidad de mecanismos de control: el político y el jurisdiccional que se ven recogidos en la reforma a la Constitución del año 1861, reflejan las dos tendencias sobre la naturaleza del control de constitucionalidad, y desde ya, puede afirmarse también, que representan una disyuntiva acerca de la naturaleza jurídica que reconocía el constituyente boliviano a la Constitución de entonces. En el análisis de García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 95, es posible sostener, que al igual que en gran parte de los nuevos Estados latinoamericanos, en el caso boliviano, al reconocerse el control jurisdiccional de la constitucionalidad, lo que hizo el constituyente fue conferir a los jueces el velar por la primacía constitucional, tal como lo hiciera en su momento el constituyente norteamericano a través del artículo VI de la Carta de Filadelfia, con lo cual, se confirió a la Constitución la categoría de verdadera norma jurídica. Sin duda, esta situación, hará que en forma posterior y paulatina, Bolivia deje de lado el modelo del control político europeo que, en aquel entonces estuvo fuertemente influenciado por el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau, que postulaba conferir la labor de velar por el principio de la Supremacía Constitucional a los organismos parlamentarios.

⁸⁶¹ Cabe resaltar, que el texto del artículo 65 en cuestión, tiene como antecedente al Decreto Ley de 31 de diciembre de 1857, dictado durante la Presidencia de José María Linares, que tenía por objeto, regular la organización judicial, y señalaba sobre el tema que, la Corte «conocerá de las causas civiles de puro derecho, cualquiera que sea su cuantía, cuando su decisión dependa únicamente de la constitucionalidad de las leyes».

⁸⁶² En el razonamiento de Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción constitucional...opus cit.*, p. 2, al estar presentes en la configuración de los nuevos estados latinoamericanos las influencias norteamericana e hispánica, con el transcurso del tiempo y de manera paulatina se impuso la primera sobre la segunda, de tal forma que, en la gran mayoría de los ordenamientos constitucionales del nuevo mundo, predominó, con modalidades y matices, el modelo de la «judicial review».

⁸⁶³ En la explicación de Fix – Zamudio, Héctor. *La justicia constitucional en América Latina*, en *Lecturas Constitucionales Andinas No 1*. Publicación de la Comisión Andina de Juristas, Códice Ediciones, Lima – Perú, 1991, p. 14, en los procesos de consolidación de las democracias latinoamericanas, los constituyentes adoptaron el modelo norteamericano de control de la constitucionalidad, y ello, como consecuencia de la influencia que ejercieron en su momento, los libros: «*La democracia en América del Norte*» de Alexis de Tocqueville y «*El Federalista*» de los teóricos norteamericanos Alexander Hamilton, James Madison y John Jay.

⁸⁶⁴ En adelante se referirá a esta instancia empleando los términos «máxima instancia de administración de justicia», «Corte», o «CSJ».

⁸⁶⁵ Este criterio es compartido por Félix Trigo, Ciro. *Las Constituciones...opus cit.*, p. 97. Empero, en la opinión de Galindo Decker, Hugo. *Tribunal...opus cit.*, p. 28, el control de la constitucionalidad de las leyes así introducido en Bolivia, en aquel momento, ni se aceptó, ni se comprendió, y sin embargo, dicho instituto fue mantenido incólume en sus características hasta la aprobación de la Constitución reformada el año 1967.

⁸⁶⁶ Sobre el tema, Urcullo Reyes, Jaime. *El control constitucional...opus cit.*, p. 83, sostiene que, el 20 de febrero de 1878 fue promulgada como Ley del Estado la «Complicación de las Leyes del Procedimiento Civil», que fue formada por la acumulación, el ordenamiento y distribución todo el conglomerado de textos legales vigentes de la época, y que versaban sobre temas como la organización judicial, la competencia de los tribunales, y el procedimiento civil, documentos que, al encontrarse dispersos en publicaciones parciales y de distintas fechas, dificultaban su consulta y aplicación práctica.

encargaron de desarrollar este paradigma. Para el caso concreto de la norma adjetiva civil, ésta se encargó de regular –en la parte referida a la organización judicial–, las facultades con las que contaba la Corte Suprema para «conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho, y de cuya decisión dependa la constitucionalidad de las leyes». Posteriormente, las reformas a la Constitución de 1868 y 1871, mantendrán la redacción que otorga al Supremo Tribunal de Justicia, la facultad del control jurisdiccional, con el añadido de «o constitucionalidad». Años más tarde, con la reforma constitucional de 1878, el Constituyente mantuvo inalterable la facultad de control de constitucionalidad de la Corte Suprema al reproducir íntegramente el tenor del texto de referencia, pero, ampliando el margen del control hacia los «decretos y a cualquier género de resoluciones»⁸⁶⁷, no limitándolo solamente a la ley. En las posteriores reformas de la Constitución, es decir, las llevadas a cabo en los años: 1880 (Gobierno de Campero), 1938 (Gobierno de Germán Busch), 1945 (Presidencia de Gualberto Villarroel), 1947 (Gestión del Presidente Enrique Hertzog), 1961 (Mandato de Víctor Paz Estenssoro) y finalmente la del año 1967 (Periodo presidencial de René Barrientos Ortuño), el tenor de la redacción se mantuvo, aunque con ligeras modificaciones, que no afectaban la naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad⁸⁶⁸.

1.2. Los inicios del control jurisdiccional de constitucionalidad boliviano: del reconocimiento constitucional a las dificultades de la praxis.

Si bien en un principio, el control de constitucionalidad en Bolivia, aparece tímidamente en la primera Constitución de 1826, al adoptar un modelo de control cuya naturaleza denotaba su perfil político, no tardó mucho para que –fruto de los influjos del derecho comparado–, opte por asumir en 1861, otro de carácter jurisdiccional. Empero, cabe señalar aquí una enorme frustración al respecto, puesto que, los anales de la historia jurisprudencial constitucional boliviana, nos reflejan que ambos modelos de control de la constitucionalidad, se mantuvieron en aquel entonces, dentro de aquello que en la doctrina constitucional se denomina la «Constitución formal», no encontrando eco ni correspondencia a la luz de una «Constitución material»⁸⁶⁹. Dicho de otro modo, el reconocimiento de los controles de constitucionalidad en el texto constitucional, carecían de aplicación práctica. Luego, no existía una sintonía entre el mandato jurídico constitucional y la realidad social, lo que sin duda, no solamente puso en cuestión la aplicabilidad y vigencia del control de constitucionalidad de la norma, sino también, la fuerza normativa de la propia Constitución.

De este modo, obsérvese cuál fue la suerte del primer modelo de control de constitucionalidad asumido por Bolivia, esto es, el control político, que se hallaba recogido en

⁸⁶⁷ En su momento, Urcullo Reyes, Jaime. *El control constitucional... opus cit.*, p. 88, hizo notar su crítica en relación al empleo de los términos «cualquier género de resoluciones», pues esta disposición, daría a entender, que las resoluciones judiciales también serían objeto del control de constitucionalidad. Sin embargo, es sabido que el reclamo por la ilegalidad de los fallos se halla determinado bajo otras formas procesales, y que por lo mismo, el legislador debió ser más concreto al señalar que se refería a resoluciones administrativas o legislativas.

⁸⁶⁸ En estas reformas constitucionales posteriores, se introducen otros mecanismos para hacer efectivo el control de constitucionalidad de las normas, como el recurso de hábeas corpus, de amparo constitucional, y directo de nulidad, entre otros, que recogen la idea central que sostiene la facultad del Poder Judicial «...de aplicar esta Constitución con preferencia a las demás leyes, y las leyes con preferencia a otras resoluciones».

⁸⁶⁹ Como bien lo señalara Mortati, Constantino. *La constitución en sentido material*, Madrid, 2000, p. 24, la Constitución es sólo una y su objeto es la construcción jurídica del orden político global de la sociedad. De cómo se construya el equilibrio entre el ser y el deber dependerá el éxito o fracaso de la norma, y la de las instituciones del Estado.

la Constitución de 1826, y en la que se encomendaba el control de la constitucionalidad de las normas a la Cámara de Censores. Dicha instancia jamás funcionó. Algunas de las razones que expliquen esta anomalía, se encuentran en el corto periodo de vigencia de esta Constitución, que a mediados de 1828, esto es, a los diecinueve meses de su aprobación, fue declarada en suspenso y sujeta a revisión, gracias al Pacto de Piquiza, que obligó al gobernante de aquel entonces, Gral. Antonio José de Sucre, a dimitir al cargo, dada la difícil coyuntura político – social que atravesaba del nuevo Estado, que luchaba por consolidarse democráticamente entre amagos de golpes de Estado e intentos secesionistas. Similar destino transitó el Consejo de Estado, instancia que habiendo sido creada a raíz de la reforma constitucional de 1831, en la práctica, tampoco pudo ejercer el control de constitucionalidad. Si bien es cierto que, el Consejo de Estado no cambió en modo alguno el modelo de control político, también es cierto que, como institución, no pudo institucionalizarse, a tal punto que el desinterés por el cargo y la función, se vieron reflejados en la ausencia de candidatos para optar a una de las siete ternas para el cargo de Consejero. Según Urcullo, una de las causas que dificultaron la instrumentalización del Consejo, se debió precisamente, a su falta de reglamentación, ya sea porque en su momento se pensó que era mejor que dicha instancia funcione sin limitaciones o, debido a las constantes reformas constitucionales en las que se suprimía y reponía a esta figura y sus atribuciones de control de la constitucionalidad. Tampoco puede dejarse de lado, la desatención prestada por los gobiernos de turno hacia esta institución, en tanto que jamás fue aceptada, dado el incómodo control que suponía sobre sus actos.⁸⁷⁰ Luego, razones sobraron para que aquel control político de constitucionalidad reconocido en el texto constitucional, en los hechos, nunca fuera aplicado por el Consejo de Estado.⁸⁷¹

En lo que concierne al control jurisdiccional de la constitucionalidad, puede afirmarse que, si bien desde la reforma a la Constitución operada el año 1861, se reconocía la facultad del máximo Tribunal de justicia ordinaria para ejercer el control judicial de las normas, lamentablemente, a la hora de pretender aplicar el examen de constitucionalidad por su destinatario, es decir, la Corte Suprema de Justicia, los representantes de aquella instancia de poder asumieron una posición institucional que, en palabras de Urcullo, podría calificarse de «tímida, tangencial y hasta contradictoria, como si la Corte no entendiera el alcance de esta institución del control de la constitucionalidad ni se decidiera a definirse al respecto»⁸⁷². Articular explicaciones que permitan comprender el por qué de esta actitud de parte de la CSJ, implica en primer término, tomar en cuenta el vacío normativo que no permitió regular el accionar de aquella instancia de administración de justicia. Sobre este punto cabe recordar, que la génesis del control jurisdiccional instituido a través de la reforma constitucional de 1861, paradójicamente tuvo su antecedente en el Decreto Ley de 1857, que regulaba la organización judicial, y en cuyas disposiciones se confería facultades a la Corte Suprema para «conocer de las causas civiles de puro derecho cuando su decisión dependa de la constitucionalidad de las leyes», sin embargo, ni las disposiciones constitucionales, menos aún las del Decreto Ley de

⁸⁷⁰ Urcullo Reyes, Jaime. *El control constitucional...opus cit.*, p. 87.

⁸⁷¹ En la experiencia particular de Urcullo Reyes, Jaime. *El control constitucional...opus cit.*, p. 79, comenta que, habiendo realizado una revisión bibliográfica, pudo dar con la existencia de un libro de interés, en cuanto refleja el funcionamiento del Consejo de Estado. El libro titulado «Boletín del Consejo de Estado. Año de 1874» con una extensión de más de doscientas páginas, registra las sesiones del Consejo del año 1874. Precisamente en ese año, se encontraba en vigencia la Constitución reformada de 1871, empero en los registros de aquel documento, no se constata algún precedente que dé a entender sobre el ejercicio del control de constitucionalidad de los actos del Ejecutivo.

⁸⁷² Urcullo Reyes, Jaime. *El control constitucional...opus cit.*, pp. 67 y 68.

referencia, fueron complementadas con normas reglamentarias que especificaran el trámite para hacer efectivo el control normativo – constitucional⁸⁷³. Este panorama – independientemente de las posteriores reformas hechas a la Constitución– no cambió en lo absoluto⁸⁷⁴. La doctrina sobre el tema, sostiene que, si no se dictó una reglamentación que instrumentalice el procedimiento del control de constitucionalidad, fue porque se pensó, que al igual que en el caso norteamericano, la Corte Suprema iría regulando «*solvitur ambulando*» esta institución, a través de los casos judiciales que se fueran presentando⁸⁷⁵. Por esta razón los fallos emitidos dentro del control de constitucionalidad, quedaron librados a la sana aplicación de los miembros de la Corte Suprema, cuyas decisiones vinieron a constituirse en una jurisprudencia que fue invocada forzosamente en forma posterior, aunque claro está, no debía extrañarnos el carácter contradictorio de aquellas decisiones.

En ese sentido, la Corte había dejado por sentado que, como instancia jurisdiccional encargada de fiscalizar la constitucionalidad de las normas, solamente intervendría cuando los interesados acusaren la inconstitucionalidad de la ley por la que debía decidirse su litigio. Así, la jurisdicción y competencia de la Corte, sólo se activaría como consecuencia de un caso particular, concreto, en el que las partes intervinientes impugnasen la aplicabilidad de la ley⁸⁷⁶.

Continuando con las explicaciones sobre el flaco desempeño de la Corte en el control jurisdiccional de la constitucionalidad, no debe perderse de vista un dato interesante. Según el estudio de Grant⁸⁷⁷, en aquel entonces, la Corte Suprema se opuso rotundamente a que el legislador adopte una ley que permitiera «demandas directas de inconstitucionalidad en abstracto, o fundadas directamente en perjuicios o agravios, y sin que haya interés o derecho actualmente herido por la ejecución de la ley»⁸⁷⁸. Por ello, años más tarde, en 1921, el

⁸⁷³ Nótese, como el responsable de la norma hacía referencia al término «causas civiles». Esta situación hizo que el proceso de reclamo por la constitucionalidad, se sustancie en aplicación a las normas propias del proceso civil, que sin duda, vino a limitar el contenido y alcance del control. Advertidos del error, se entiende que en las reformas posteriores a la Constitución, la redacción del término «asuntos de puro derecho» fue cambiada.

⁸⁷⁴ Así, años más tarde, la compilación referida al Procedimiento Civil (1878), tampoco contemplaba disposiciones especiales para regular el procedimiento a seguirse en los asuntos de inconstitucionalidad.

⁸⁷⁵ Vid por todos a Urcullo Reyes, Jaime. *El control constitucional...opus cit.*, p. 98, y Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 15.

⁸⁷⁶ Para un mayor análisis sobre el pensamiento de los personeros de la Corte en aquellos tiempos, véase «*Observaciones de la Corte Suprema al Senado, del 24 de agosto de 1884, al proyecto de Ley sobre queja e inconstitucionalidad*», Corte Suprema de Justicia de Bolivia. Jurisprudencia y doctrina expuestas en correspondencia y circulares de sus Presidentes. Homenaje en el primer centenario, Sucre – Bolivia, 1927, p. 48.

⁸⁷⁷ Grant, James. *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes* (Una contribución de las Américas a la ciencia política), UNAM, México, 1963, p. 10.

⁸⁷⁸ Quizá por ello, en su discurso de apertura del año judicial de 1885, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, Pantaleón Dalence, hacía referencia a que los procedimientos de inconstitucionalidad reconocidos por la Constitución carecían de consistencia, y en consecuencia, al pretender ampliar la posibilidad de interponer recursos abstractos de inconstitucionalidad, tornarían de mayor complejidad el mecanismo de control de las normas. Por lo mismo, según el Magistrado «Si se permitiese deducir demandas directas de inconstitucionalidad (...) para que la Corte Suprema las resuelva también directamente, se invertirían los principios constitucionales, confiando al Poder Judicial la potestad de revisar y corregir los actos de los otros poderes». El razonamiento anotado previamente, y otros esbozados por Dalence, amén de las críticas que podría merecer, significaron en su momento, un gran aporte esclarecedor acerca del funcionamiento del control de constitucionalidad en Bolivia, que se ve reflejado en el documento «Informe presentado al Senado» de 1884. Sin embargo, conviene apuntar también acá, que años más tarde, la jurisprudencia de la Corte Suprema, comenzó a hacer énfasis en la posibilidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad por acción directa, siendo válidos los aportes doctrinales sobre el tema, del autor Fajardo Francisco. *Inconstitucionalidad de Leyes y Decretos Supremos*, en

Presidente de la Corte Suprema, Luis Paz, ratificaba que «La Corte Suprema, inspirándose en la práctica de la Corte Federal de la Gran República, sólo conoce la ley cuando hay un litigio particular; y lo decide rehusando la aplicación de la ley impugnada, si a su juicio es inconstitucional, pero no la deroga ni la anula; la ley subsiste porque la decisión de la Corte no rige sino dentro de los límites del proceso, en términos que para cada caso que ocurra, aunque sea idéntico, será necesario un nuevo juicio y una nueva sentencia. De esta manera, la Corte Suprema ejerce función judicial, no legislativa; deja de la práctica ineficaz la disposición que pronto o tarde llegará a ser retirada por quien la expidió, sobrepasando la valla constitucional o anulada por quien para ellos tiene autoridad»⁸⁷⁹.

Sin duda, fue plausible la labor de la Corte por proyectar directrices que le permitieran diseñar el cauce del control de constitucionalidad, sin embargo, la desorientación, y el desconocimiento certero del procedimiento, no solamente fueron aspectos que dificultaron la labor de esta alta magistratura, sino también, de los propios abogados, quienes manifestaron, no sin razón, sus dudas en cuanto al contenido y alcance del control, que se reflejaron en las dudas sobre a quién demandar, así como la forma de incoar la aplicación del medio indirecto, sobre todo, en aquellos supuestos en los que la ley a aplicarse, era tachada de inconstitucional en un juicio ordinario.

En esta retrospectiva histórica que pretende explicar la génesis y posterior desarrollo del control de constitucionalidad en Bolivia, es necesario también, resaltar la importancia del Decreto Ley No. 12760 aprobado en 1975, por el que se puso en vigencia el Código de Procedimiento Civil⁸⁸⁰, y cuyas disposiciones, recién, por primera vez, regularon el procedimiento que debía seguirse ante la Corte Suprema de Justicia a fin de promover el control de constitucionalidad de las normas⁸⁸¹. Así, el artículo 754 de la precitada norma adjetiva civil, establecía que toda persona que se considerare agraviada por los efectos de una ley, decreto o cualquier género de resolución, podría recurrir ante la Corte Suprema demandando se declare la inaplicabilidad de aquellas disposiciones dada su inconstitucionalidad. La demanda debía interponerse contra la persona natural o jurídica que se amparare o pretendiere ampararse o aprovecharse de la norma tachada de inconstitucional, o

Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales. No. 17, Publicación de Facultad de Derecho, Charcas, Sucre – Bolivia, 1947, en el que se sostiene que los mecanismos para reparar el daño causado por una ley o decreto supremo inconstitucional, la persona o institución afectada puede ejercer la acción por «vía de demanda» que vendría a representar la acción directa y, a través de la «vía de defensa o excepción» que tramita la causa indirectamente como si se tratase de un incidente.

⁸⁷⁹ Para mayores consideraciones sobre el tema, véase el documento de la Corte Suprema de Justicia, *Discursos de los presidentes de Cortes Supremas*, Bolivia, 1927, p. 445. De igual manera, véase el documento «Informe al Senado. 1884», donde se aclara el procedimiento a seguir para la aplicación del control de constitucionalidad, de donde se caracteriza que el juicio es ordinario y de puro derecho. Si la cuestión de inconstitucionalidad es suscitada ante un juez inferior, éste debe remitir el expediente ante la Corte Suprema, en estado de sentencia, y después que las partes hayan producido sus pruebas y alegatos. En los demás casos, el interesado promueve el caso ante la Corte Suprema adjuntando los justificativos de la demanda, y dirigiéndose en contra de la persona que, en perjuicio suyo hace o trata de hacer actualmente la disposición constitucional, pudiendo concurrir accesorariamente en ejercicio de su Ministerio el Fiscal General.

⁸⁸⁰ El Código de Procedimiento Civil, entró en vigencia en fecha 2 de abril de 1973. El 28 de febrero de 1997, por Ley No. 1760, fue elevado al rango de Ley.

⁸⁸¹ El procedimiento no solamente regulaba el denominado «proceso de inconstitucionalidad o inaplicabilidad», sino también, los procesos de hábeas corpus, amparo constitucional, recurso directo de nulidad, proceso contra resoluciones del Poder Legislativo o una de sus Cámaras, así como el recurso contra impuestos ilegales.

contra la autoridad que hubiera dado cumplimiento o pretendiera ejecutarlas. Una vez que la demanda fuera puesta en conocimiento de la Corte Suprema, ésta remitía los antecedentes ante el Fiscal General de la República, para que dicha instancia, emita un dictamen sobre la cuestión, en un plazo máximo de cuarenta días, vencido el mismo, la Corte debía dictar la sentencia dentro de un plazo similar. Recogiendo el pensamiento que expresó en su momento Paz, la sentencia que declarase probada la demanda de inconstitucionalidad, no podía anular, revocar o modificar la disposición tachada de inconstitucionalidad, limitándose solamente a declarar su inaplicabilidad al caso particular, dotándose de este modo a la decisión, de un efecto «inter partes»⁸⁸².

A manera de concluir este apartado, se comparte la crítica sostenida por Urcullo, para quien, la Corte Suprema, en esta su experiencia acerca del control de constitucionalidad, se caracterizó, no precisamente por asumir una labor vanguardista en cuanto al control de constitucionalidad de las normas como sucediera en la experiencia de otros Estados que asumieron este mecanismo constitucional para precautelar la supremacía de la Constitución. Al contrario, la jurisprudencia emanada de la Corte, lejos de ser uniforme, denotaba en sus razonamientos, «interpretaciones caprichosas y arbitrarias»⁸⁸³, guiado en un buen número de casos por el afecto o desafecto políticos al poder de turno, lo que en la perspectiva del autor, no hizo más que desacreditar y deslegitimar en la Corte, la función de controlar la constitucionalidad de las normas⁸⁸⁴. En fin, en esta etapa primigenia del control jurisdiccional de la constitucionalidad en Bolivia, la Corte, no supo asumir su función de garante de la supremacía constitucional, ya sea porque no comprendió la función como institución, o porque dudó de la eficacia de este mecanismo para lograr la imposición de la Constitución, situación que, como lo describe Galindo⁸⁸⁵, hizo necesario pensar en un proceso de reajuste, que permita cambiar el modelo del control de constitucionalidad, subrogando la facultad de control hacia otro ente especializado.

⁸⁸² Ya en la década del setenta, el Presidente de la Comisión redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, Rodolfo Virreira, en su obra, *Código de Procedimiento Civil*. Amigos del Libro, Bolivia, 1987, p. 93, explicaba el criterio generalizado sostenido por la judicatura de entonces, en relación al recurso de inaplicabilidad, entendiéndolo que: «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». Asimismo, para un mayor análisis normativo véase el Decreto Ley No. 12760, en su Título VII, Libro IV, De los procesos y recursos previstos por la Constitución Política del Estado, arts. 754 y ss.

⁸⁸³ Véase por ejemplo en Arce, Carlos y Urcullo Jaime. *Diccionario de Jurisprudencia Boliviana*. Tomo I. Empresa Gráfica Burillo, Bolivia, 1959, p. 215, en el que se cita como fuente a la GG.JJ. No. 1288, pág. 44 y 1294, pág. 17, en el que se advierte el fallo emitido por la Corte Suprema afirmando que «Los DD.SS. del 1º de septiembre y 1º de diciembre de 1942 sobre impuestos, no son inconstitucionales», cuando en realidad, la Constitución de 1938, en su artículo 58 establecía que los impuestos y otras cargas debían establecerse por ley de la república como facultad privativa del Poder Legislativo. Sin duda, esta decisión desconoció el fallo pronunciado por la Corte dentro del reclamo que planteó un litigante particular contra un juez que pretendía imponer derechos procesales a su favor basados en un arancel dictado por el Poder Ejecutivo sobre derechos procesales para jueces. En aquella oportunidad, la Corte determinó que la «...administración de justicia es gratuita y que la facultad de imponer contribuciones es privativa del Cuerpo Legislativo.» (G.J. No. 478, págs. 10 y 14), en Moscoso, Octavio. *Compendio de la Gaceta Judicial*, Tomo II. Sucre 1878.

⁸⁸⁴ Urcullo Reyes, Jaime. *El control constitucional...opus cit.*, p. 99.

⁸⁸⁵ Galindo de Ugarte, Marcel. *¿Tribunal Constitucional...opus cit.*, p.53.

1.3. Disquisiciones sobre la conveniencia en la adopción del modelo de control y la necesidad de un Tribunal Constitucional: La reforma constitucional de 1967.

Previo a realizar el análisis del cambio de modelo del control de constitucionalidad en Bolivia, es decir, el paso de un control difuso a otro de carácter concentrado, es necesario detenernos en el estudio de la regulación sobre el procedimiento para la declaración de inaplicabilidad de la norma declarada inconstitucional, contenida en el texto de la Constitución reformada el año 1967⁸⁸⁶. Así, el texto de aquella Constitución, recogía en los artículos 228 y 229 (Título 1, Cuarta Parte), el principio fundamental de la «primacía de la Constitución», en virtud al cual, ratificaba que la Constitución era la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional, y a partir de ella, desprendía la obligación de los Tribunales, jueces y autoridades a aplicarla con preferencia a las leyes. Seguidamente, establecía que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución, no podían ser alterados por las leyes que reglamentaban su ejercicio. Por lo mismo, el texto de la Constitución ratificó nuevamente a la Corte Suprema de Justicia⁸⁸⁷ como el guardián que se encargaría de velar por su primacía frente a las demás normas del ordenamiento jurídico, a través de los recursos de constitucionalidad⁸⁸⁸. Ahora bien, el procedimiento para hacer efectivo el control de constitucionalidad de la norma, lo establecía, como se pudo ver con anterioridad, el Código de Procedimiento Civil, instrumento normativo que al describir el modo de tramitar los recursos constitucionales, denotaba algunas características procesales que enmarcaban al control de constitucionalidad boliviano, dentro del modelo difuso. Uno de los rasgos que nos permiten sostener esta afirmación, se encuentra relacionado con el efecto «*inter partes*» de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema. Desde luego, de inicio, esta característica en la eficacia del pronunciamiento constitucional, generó sendas reacciones desde un parco sector doctrinal boliviano. Tal como lo recuerda Galindo de Ugarte, este sector doctrinal advirtió que al no regir en Bolivia el principio del «*Stare Decisis*»⁸⁸⁹, la Corte se veía obligada a pronunciarse en cada caso particular, y

⁸⁸⁶ La reforma de la Constitución fue promulgada en fecha 2 de febrero del mismo año, como resultado de la labor desarrollada por el Asamblea Constituyente durante el periodo legislativo de 1966 a 1967.

⁸⁸⁷ En ese sentido, el artículo 127 del precitado texto constitucional, al enumerar las atribuciones de la Corte Suprema, la facultaba en el punto quinto a «conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho, cuya decisión dependiera de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones».

⁸⁸⁸ Conviene aclarar acá, que el mecanismo para velar por la primacía de la Constitución, no solamente operaba a través de los recursos de inconstitucionalidad, sino también, a través de la revisión en los recursos de hábeas corpus, amparo constitucional, recurso directo de nulidad, y el recurso contra tributos y otras cargas públicas. Sin duda, estas variadas competencias de la Corte, como lo apuntara Fernández Segado, Francisco. *Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional*. REDC, Madrid – España, núm. 49, enero – abril, 1997, p. 79, dotaron a esta instancia, de un perfil omnicompreensivo, puesto que no solamente se abocaba a desarrollar funciones judiciales y de control de constitucionalidad, sino también, a desempeñar labores disciplinarias y administrativas.

⁸⁸⁹ Sin duda, el problema radica en que, a diferencia de los nuevos Estados donde existe una fuerte influencia del sistema romano – germánico escriturado, en el paradigma jurídico del *common law*, la base de todo el derecho descansa en la creación judicial, y para ello, la regla del precedente (*the rule of precedent*), que fundamenta la obligación que pesa sobre el juez de atenerse en sus fallos a los precedentes judiciales (*stare decisis et quia non movere*) es un elemento central para dar pie al desarrollo y cumplimiento de la Constitución. De este modo, aunque formalmente los efectos se circunscriban a las partes de la litis, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar notablemente este rasgo. En ese sentido, Fernández Segado, Francisco. *Del control político al control jurisdiccional...opus cit.*, p. 331, sostiene que la vinculación del precedente se acentúa aún más en relación con la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores. La existencia de un Tribunal Supremo único y la obligación de seguir los precedentes establecidos por los tribunales jerárquicamente superiores otorga al sistema norteamericano, en el punto que nos ocupa, una operatividad semejante a la de un control en vía principal, que

ello contribuía a generar una alta «volatilidad de las sentencias»⁸⁹⁰. Desde un enfoque cercano al planteado por Galindo, Asbún⁸⁹¹ sostuvo que la dispersión en las decisiones asumidas por la Corte, provocaría en la práctica, una suerte de inseguridad, en tanto que el resultado de una sentencia ulterior sobre la misma norma ya impugnada y en vía de inaplicabilidad, no fuera igual al del fallo precedente. Frente a estas percepciones críticas, no faltaron partidarios –desde otro sector de la doctrina–, que al tenor de la redacción del artículo 757. II del Código de Procedimiento Civil, rechazaron cualquier posibilidad de desprender de la sentencia, los efectos «*erga omnes*» dentro del control concreto de constitucionalidad⁸⁹², y ello porque la precitada disposición establecía que la sentencia que declarara probada la demanda, no podía anular, revocar o modificar la disposición tachada de inconstitucionalidad. Uno de los defensores de esta línea de pensamiento, fue Daza, quien sostuvo que «el órgano judicial no puede, en manera alguna, ni debe ir más allá de la declaración de inejecución en cada caso particular, pues carece de potestad para abrogar o derogar las leyes o los actos jurídicos inconstitucionales»⁸⁹³, un razonamiento contrario, sostenía el autor, implicaría una ruptura del principio básico del gobierno republicano –democrático establecido en el artículo 2 de la Constitución de 1967. Posteriormente, el planteamiento fue justificado por Trigo, para quien «...la derogación de normas por el Poder Judicial significaría tanto como un avance excesivo en sus atribuciones, que le colocaría por encima de los demás poderes del Estado, con la subsiguiente quiebra del principio de igualdad e independencia en que institucionalmente se hallan colocados»⁸⁹⁴.

Desde luego, la eficacia del pronunciamiento constitucional no fue el único factor que condicionó la consolidación del sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad. En

termina, indirectamente, por desencadenar una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la ley, bien diferente de la de una mera desaplicación de la ley en un caso singular con la posibilidad, empero, de que en otros supuestos sea nuevamente aplicada. De igual modo, Cappelletti, Mauro. *Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé*, en Cappelletti, Mauro. *Le pouvoir des juges*, Economica y Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París, 1990, p. 202, establece que, ciertamente, si una ley es inaplicada por el Tribunal Supremo norteamericano por considerarla inconstitucional, la ley, formalmente, continuará formando parte del ordenamiento jurídico, pero la regla del *stare decisis* la convertirá en letra muerta.

⁸⁹⁰ Galindo de Ugarte, Marcel. *¿Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 57. De igual modo, para Asbún, Jorge. *El control de constitucionalidad en Bolivia: evolución y perspectivas*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, No. 7, 2003, p. 8, la ausencia en Bolivia del valor vinculante del precedente jurisprudencial que existe en Estados Unidos desvalorizó este recurso, ya que la Corte Suprema además de concluir la inaplicabilidad de una norma a un caso concreto, requería contar con varias sentencias en el mismo sentido para que tengan al menos un carácter orientador en el ámbito judicial. En este escenario, no debía sorprender que frente a otra impugnación de la misma norma cuestionada, al tener que analizarse el caso concreto que daba origen al recurso, la Corte Suprema concluyera con una sentencia diferente y en consecuencia el precedente judicial resultare contradictorio.

⁸⁹¹ Asbún, Jorge. *Análisis jurídico – político de la reforma constitucional*. UPSA, Santa Cruz – Bolivia, 1994, p. 28.

⁸⁹² El modelo de la *judicial review*, fue promovido a través de los escritos de Tocqueville, a través de cuyo pensamiento, se sostenía firmemente, que los efectos de la sentencia que determinase la inconstitucionalidad de la ley, sólo desprendería efectos *inter partes*. En la perspectiva latinoamericana, este efecto viene a denominarse la *fórmula Otero*, que se entiende fue introducida en las Constituciones mexicanas de 1857 y 1917, y a través de la cual se dejó establecido, que la sentencia recaída en un juicio de amparo desprendería efectos *inter partes*, y con ello se buscó evitar que el órgano judicial efectuase declaraciones generales de inconstitucionalidad, y así, evitar los conflictos que pudieran surgir entre los poderes de la Federación y, de modo específico, impedir la irrupción del juez en la escena política censurando al Legislativo.

⁸⁹³ Daza Ondarza, Ernesto. *La supremacía constitucional y la Corte Suprema como guardián de la Constitución*. Editorial Universitaria, Cochabamba – Bolivia, 1968, p. 31.

⁸⁹⁴ Félix Trigo, Ciro. *Derecho Constitucional boliviano*. Editorial Cruz del Sur, Bolivia, 1952, p. 684.

efecto, más allá de lo vanguardista que pudo resultar en su momento, el hecho de que Bolivia se adscriba dentro del modelo de control judicial de constitucionalidad de la ley, esto es, el sistema norteamericano de la «*judicial review*», y los plausibles esfuerzos que invirtieron los miembros de la Corte Suprema para encaminar el recurso de inaplicabilidad de la norma por inconstitucional, sobre todo si se toma en cuenta, la carencia de normas que regulen el accionar del máximo Tribunal de Justicia al efecto, en los hechos, todo derivó en un fracaso. Claramente Asbún⁸⁹⁵, resalta el poco efecto que tuvo en el ordenamiento jurídico boliviano, la existencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y para sostener esta afirmación, el autor se basa en una explicación de carácter jurídica y otra cultural. Así, desde la perspectiva jurídica, sostuvo que, mientras en el sistema norteamericano, se reconocía la facultad para declarar la inaplicabilidad de ley a todos los jueces, en la regulación constitucional boliviana, dicha facultad se encontraba reservada a la Corte Suprema de Justicia, por lo que el trámite se hacía más restringido ha momento de su interposición, teniendo en cuenta la alta función que desempeñaba la Corte, así como las múltiples y divergentes funciones que venía desarrollando. En lo concerniente a la explicación cultural, manifestó que la judicatura boliviana, discípula de la experiencia jurídica francesa, no supo asumir su rol de garante de la Constitución, al contrario, a partir de un entendimiento distorsionado de la división de poderes, sus miembros terminaron por considerarse meros aplicadores de la ley, y no así, de la Constitución⁸⁹⁶. Por lo mismo, el reconocimiento expreso que se hiciera en el texto de la Constitución sobre la supremacía constitucional, el reconocimiento del carácter directamente aplicable de la Constitución, la incorporación del recurso de inaplicabilidad como competencia exclusiva de la Corte Suprema, no fueron suficientes para que ésta ejercite efectivamente el control de constitucionalidad jurisdiccional, de modo que dicha competencia, existía solo formalmente en el ordenamiento jurídico boliviano.

Es por esta razón, que la doctrina mayoritaria sostiene que, aquellos elementos que pueden considerarse capitales en el modelo de control difuso de constitucionalidad, no estuvieron presentes en el caso boliviano y, si bien el modelo fue adoptado en la concepción estadounidense, las diferencias ya referidas, sugieren calificarlo como atípico, más aún si se tiene en cuenta que Bolivia, con la reforma constitucional de 1967, tampoco abandonó del todo el sistema del control político. Esta afirmación se desprende del análisis al artículo 59. 1, que reconoce como atribuciones del Poder Legislativo, entre otras, la de interpretar las leyes. En el razonamiento de Fernández Segado, la mencionada previsión normativa sustentaba una suerte de control político al encomendar al Congreso la facultad de resolver cualesquiera dudas que ocurrieran «sobre la inteligencia de alguno o algunos de los artículos de esta Constitución, si se declaran fundadas por los dos tercios de votos de cada Cámara». Para el autor, una determinación de este tenor, común en otros textos constitucionales de la época, convertían al Órgano Legislativo, en intérprete de la Constitución, situación que, unida a la falta de atribución a otros órganos de la función de defensa constitucional, conducía al mantenimiento de un control político de la constitucionalidad más o menos recóndito⁸⁹⁷.

⁸⁹⁵ Asbún, Jorge. *El control de constitucionalidad...opus cit.*, p. 12.

⁸⁹⁶ Asbún, Jorge. *El control de constitucionalidad...opus cit.*, p. 17, sostiene también, que el escenario en el que le tocó desenvolverse a la Corte Suprema, se hallaba marcado por un régimen de gobiernos dictatoriales que, siéndoles característica suya la disolución del Congreso, asumían también, una actitud amenazante sobre la Corte, lo que desde luego también contribuyó a que esta instancia, no llegase a desarrollar el control de constitucionalidad de la ley.

⁸⁹⁷ Fernández Segado, Francisco. *Del control político al control jurisdiccional...opus cit.*, p. 323.

En fin, de la lectura realizada al artículo 127 de la Constitución de 1967, es posible desprender el complicado panorama que diseñó el legislador para la Corte Suprema, en la medida en que se le preveían facultades no sólo jurisdiccionales, sino también, administrativas, disciplinarias, y encima, las del control de constitucionalidad de las leyes. En este escenario, y dadas las labores disímiles que se le encomendaron, no era de extrañar que el perfil de la Corte, se caracterizara por la de un ente incapaz de ejercer, al menos, una de las funciones confiadas por la Constitución, denotando en su accionar principal (la estrictamente jurisdiccional) la mora procesal en la tramitación de las causas. Sin duda, esta situación hizo que surgieran voces exigiendo una reforma constitucional, a través de la cual se institucionalicen órganos especializados –*ad hoc*– que le permitieran a la CSJ desconcentrar y transferir a aquellas instancias sus labores administrativas – disciplinarias, y el relativo al control de constitucionalidad, de modo tal, que le sean reservadas al más alto Tribunal de Justicia de la República, la resolución de casos estrictamente judiciales. Desde luego, estos pedidos se concretaron recién veintiocho años después, es decir, con la entrada en vigor de la Constitución reformada en el año 1995, en cuyo texto se reguló a detalle la institución del Tribunal Constitucional boliviano, y sobre el cual nos detendremos en su análisis en el siguiente apartado.

1.4. El surgimiento del modelo de control concentrado de constitucionalidad en el escenario jurídico boliviano: La regulación de la Constitución de 1995 y la Ley No. 1836 del Tribunal Constitucional.

Con el retorno a la democracia en 1982⁸⁹⁸, Bolivia tuvo que llevar adelante un trajín político que le permitiera consolidar las instituciones básicas de un Estado de Derecho. En ese sentido, podría afirmarse que se trabajó bastante en la organización política estatal a través de la institucionalización y el fortalecimiento de los partidos políticos, y a su vez, en garantizar la continuidad de los procesos de convocatoria para la celebración de elecciones generales (presidenciales, senaturías y diputaciones) y municipales (alcaldías), que cumplieran con los estándares mínimos de cualquier poliarquía. Empero, la parte concerniente a la reorganización jurídica del Estado, había sido relegada a un segundo plano carente de importancia.

En efecto, tuvo que transcurrir una década para que los actores políticos comprendieran que la democracia, no solamente se construía a través de la toma de decisiones en el orbe político – electoral, sino que también, era necesaria la adopción de políticas de reforma estructural del ordenamiento jurídico, como pilar para el respeto no sólo de los derechos fundamentales, sino también hacia las propias instituciones del Estado. Es en ese sentido que, en 1992, se gestó uno de los acuerdos políticos de gran trascendencia en la historia del Estado boliviano. Así, durante la Presidencia de Jaime Paz Zamora, se suscribió, conjuntamente los representantes de los principales partidos políticos, el pacto «Andrés de Santa Cruz»⁸⁹⁹, que permitió llevar adelante, la reforma de la Constitución Política del Estado

⁸⁹⁸ La transición hacia la democracia en Bolivia, se dio el año 1982, con la entrega del poder por parte del Gral. Guido Vildoso (último gobierno de facto) hacia Hernán Siles Suazo (presidente constitucional), quien debido a la crisis inflacionaria Estatal, dimitiría al cargo. Una vez convocada las elecciones, asumió el poder en 1985 el MNR a la cabeza de Víctor Paz Estensoro.

⁸⁹⁹ El acuerdo fue suscrito en fecha 9 de julio de 1992, y a través de dicho documento, es que se convocó a un Congreso extraordinario para discutir, entre otros asuntos, la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución, según lo establecía el artículo 230 de la Constitución de 1967.

de 1967, cuya substancial característica, sino la principal, radicó en la introducción de institutos jurídicos tendientes a garantizar el respeto y la observancia de los derechos fundamentales.

Precisamente, una de las figuras jurídicas que introdujo la Ley No. 1473 de Necesidad de Reforma de la Constitución⁹⁰⁰, fue la del Tribunal Constitucional⁹⁰¹. De este modo, en el paradigma de lo que vendría a constituir el futuro texto constitucional, se encomendó a aquella instancia *–ad hoc–* el ejercicio del control de la constitucionalidad, ejercitada *–hasta ese entonces–*, por la Corte Suprema de Justicia⁹⁰². Pero además, cabe recordar, que en la Ley de Necesidad de reforma de la Constitución, el Tribunal Constitucional aparecía como un órgano que concentraba la interpretación definitiva y vinculante de la Ley Fundamental. Por otra parte, en lo que hace a su naturaleza, se lo concibió como instancia jurisdiccional integrada en el Poder Judicial. Desde luego, esta ubicación sui géneris del Tribunal respondía *–según explicó el ex parlamentario Vásquez Villamor–* a que con ella, su buscó garantizar, por un lado, el ejercicio independiente de aquella instancia de control, y por el otro, asegurar la clásica división tripartita de poderes, que paradójicamente era incipiente en aquel entonces⁹⁰³. En ese sentido, si bien el Tribunal Constitucional, se encontraba comprendido dentro de la estructura del Poder Judicial, ello no significaba que como instancia *–ad hoc–* fuera dependiente del Poder Judicial, o de alguno de los otros Poderes del Estado. Luego su sometimiento operaba únicamente en relación a la Constitución.

En el diseño previsto por la Ley No. 1473, el Tribunal se encontraba conformado por cinco Magistrados. Éstos podían ser elegidos de entre jueces, fiscales, catedráticos y profesionales con título de abogado en provisión nacional. Los interesados debían cumplir con requisitos como el de los años de experiencia (diez años de ejercicio profesional idóneo), así como reunir las condiciones necesarias para ser senador de la República.

Ya en lo que concernía a sus atribuciones, conviene destacar aquí, que la Ley de reforma, no sólo le encomendó al Tribunal la competencia básica del control de constitucionalidad de la ley, como de ordinario sucedería en cualquier Estado que adopte para sí el modelo de control concentrado de la constitucionalidad, sino que además, se le confirieron otras competencias adicionales como ser: la protección de los derechos fundamentales, es decir, se erigió un mecanismo de defensa del individuo y de la sociedad frente al Estado, Así también, se le encomendó la protección de la distribución territorial, del poder, y por tanto, de la existencia de las minorías territoriales. Y por último, la protección de

⁹⁰⁰ Es necesario aclarar, que si bien, fue el Presidente Paz Zamora quien presentó el proyecto del Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución, fue el Presidente interino de la República, Luis Ossio Sanjinés, quien promulgó la ley de referencia, en fecha 1 de abril, previa aprobación y sanción por parte del Órgano Legislativo, en fecha 31 de marzo de 1993.

⁹⁰¹ El proyecto de Constitución reguló la figura del Tribunal Constitucional, (en adelante TCB), dentro del Título Cuarto, que albergada a los artículos 121, 122 y 123, dotándole de un diseño vinculado al Poder Judicial.

⁹⁰² Sin duda, la introducción del Tribunal Constitucional, no es el único acierto de la mencionada Ley, pues a su vez, es posible resaltar otros aspectos como el reconocimiento de la calidad «multiétnica y pluricultural» del entramado social boliviano; la edad de ciudadanía a los 18 años; el mecanismo de elección de diputados uninominales y plurinominales; el mecanismo de votación en el Congreso, en supuestos en que el candidato a Presidente de la República no alcance la franja de la mayoría absoluta; creación del Consejo de la Judicatura; modificaciones al régimen municipal, entre otras más.

⁹⁰³ Vásquez Villamor, Luis Ángel. *Tribunal Constitucional. Comentarios y anotaciones en el ordenamiento jurídico boliviano*. Tomo I. Fondo editorial de los Diputados, Bolivia, 1999, p. 3.

la división de poderes, que se manifestaba en la protección de la sociedad frente a la concentración indebida de poder de uno de los órganos del Estado⁹⁰⁴.

Ahora bien, la inserción del Tribunal Constitucional dentro del texto de la futura Constitución, debía representar, además de un esfuerzo político loable, el camino hacia la coronación del Estado de Derecho y el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Sin embargo, esto no sucedió así, pues antes de que llegase el regocijo, se hicieron presentes las reacciones más críticas que reflejaban una ferviente oposición hacia la entrada en vigencia de aquella instancia de control. Desde luego, no puede negarse que hubieron también, posturas contestatarias que salieron en defensa y apoyo hacia aquella institución.

Partamos entonces por señalar, algunos de los criterios críticos que se opusieron a la creación del Tribunal Constitucional, bajo el argumento de que aquella, representaba una usurpación de las funciones y facultades propias de la Corte Suprema, y que si se la aceptaba (la inserción) se corría un alto riesgo de desvirtuar su naturaleza. Así, el entonces presidente de la CSJ, Edgar Oblitas, sostuvo que el interés político por crear un Tribunal Constitucional, representaba un desacierto irresoluble, en tanto se pretendía colocar a dicho Tribunal por sobre el Poder Judicial, y con ello, dejar a aquel Poder del Estado sin ninguna utilidad, al perder su principal función, esto era, el ejercicio del control de constitucionalidad⁹⁰⁵. Más radical aún fue el pronunciamiento institucional de la Corte Suprema, la que a través de una comunicación⁹⁰⁶, expresaba su rotundo rechazo a la creación del Tribunal Constitucional, al considerar dicha medida, como atentatoria contra la independencia del Poder Judicial. La Corte no dudó en utilizar apelativos para calificar a aquella situación, como un verdadero «golpe de Estado», que pretendía socavar la autoridad de la máxima instancia de administración de justicia⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ En el análisis de Vásquez Villamor, Luis Ángel. *Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 4, la atribución de dichas competencias adicionales al Tribunal, lo que buscaba fue, quitarle la carga procesal que se encontraba en poder de la Corte Suprema de Justicia. De igual modo, en criterio de Galindo de Ugarte, Marcel. *¿Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 64, sostiene que, la Ley No. 1473, lo que se hizo, fue redistribuir las atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia que, según el artículo 55 de la Ley de Organización Judicial, eran 33, de las cuales, quince permanecían en la jurisdicción de la Sala Plena, once pasaron a ser facultades del Consejo de la Judicatura, y siete fueron transferidas al Tribunal Constitucional.

⁹⁰⁵ Oblitas, Edgar. *Discurso e informe de la gestión de 1993*, Sucre, 3 de enero de 1994, p. 29 y 30, en Abad Yupanqui, Samuel. *La reforma Constitucional en Bolivia*. Boletín de la Comisión Andina de Juristas, Núm. 42, Lima, septiembre de 1994, p. 18, en el mismo documento, el autor señalaba «...que la Corte Suprema no se opuso, ni se opone a la introducción de una enmienda en la Carta Política, para la creación de una Sala Constitucional, que junto a las existentes, formen en su conjunto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...) Nos oponemos a que se constituya un Cuarto Poder del Estado, un poder paralelo y Superior a la Corte Suprema».

⁹⁰⁶ El documento de referencia, es de fecha 29 de marzo de 1993, y de donde es posible extraer otros argumentos en contra de la creación del Tribunal Constitucional, en el entendido de que significaría «...un inaudito atentado contra el régimen de juricidad, puesto que la Corte Suprema quedaría reducida a una rutinaria labor de Tribunal de Casación o para la solución de recursos de nulidad en los trámites ordinarios, olvidando que la Corte Suprema es el más alto Tribunal de Justicia de la República. El carácter de alto Poder del Estado radica precisamente en la privativa facultad del Supremo Tribunal de Justicia de la Nación de ejercer el control de la constitucionalidad y la alta misión reguladora de los actos y resoluciones emanados de los otros poderes públicos».

⁹⁰⁷ Sin duda, las críticas radicales asumidas por la Corte no fueron las únicas, pues según Galindo Decker, Hugo. *Tribunal...opus cit.*, p. 51 y ss., en la exposición de las tesis contrarias a la creación del Tribunal Constitucional, es posible advertir la existencia de otros razonamientos esbozados por Ex Ministros de la Corte Suprema, Colegios de Abogados, y otras instituciones sociales, las cuales sostuvieron que esta iniciativa «Se trataba de una posición política que lejos de llevar adelante la Reforma de la Constitución verdadera y deseada por el país intentaba dar un golpe de mano dirigido contra la cabeza del Poder Judicial para el control de la

Frente a aquellas posturas reacias a la creación del Tribunal, no tardaron en articularse contraargumentos que fundamentaban la necesidad de contar con una instancia especializada para el ejercicio del control de la constitucionalidad. Uno de los principales representantes de esta corriente era Urcullo⁹⁰⁸, quien buscando contrarrestar las críticas antes formuladas, sostuvo que la institucionalización de éste órgano no implicaba menoscabo alguno de las atribuciones básicas y más relevantes de la Corte Suprema, sino sólo aquella referida al control de constitucionalidad, que si bien en aquel entonces, representaba una materia importante, requería de un tratamiento especializado. Luego, la Corte Suprema se mantendría con sus atribuciones básicas de Tribunal máximo de administración de justicia ordinaria (en materias, civil, penal, de comercio, laboral, y tributaria, entre otros).

De igual modo, Asbún⁹⁰⁹ sostuvo que la incorporación del Tribunal Constitucional dentro del ordenamiento jurídico, representaba un abanico de mejoras, que se traducirían esencialmente, en el hecho de que la sociedad vería amparada sus derechos por parte de un órgano especializado, cuya función primordial residía en velar por su salvaguarda, pero a su vez, este autor identificaba también, que el mayor logro radicaba en la necesidad de desconcentrar a la Corte Suprema de sus sobrecargadas responsabilidades, erradicándose con ello, la retardación de justicia y la ausencia de especialización de los tribunales⁹¹⁰.

Por otra parte, en respuesta a aquella crítica que asumía a la creación del Tribunal Constitucional como un «golpe de Estado» hacia el Poder Judicial, se contraargumentó sosteniendo que el Órgano Legislativo, al constituirse en el representante del pueblo soberano, tenía entre sus facultades, la de reformar la Constitución, actuando cuan «poder de reforma», no teniendo impedimento alguno en crear un órgano especializado, que más allá de desnaturalizar la función asumida por la máxima instancia de administración de justicia ordinaria, en opinión de Fernández Segado, lo que buscaba, era fortalecer a la Corte Suprema de Justicia mediante la delimitación de su jurisdicción a lo ordinario y a lo contencioso – administrativo, dejando al Tribunal Constitucional, velar por la primacía constitucional a través del control de constitucionalidad⁹¹¹.

constitucionalidad (...) cuyo propósito es despojar a la Corte Suprema de sus atribuciones básicas y relevantes, lesionando muy gravemente su jerarquía y su propia naturaleza».

⁹⁰⁸ Urcullo Reyes, Jaime. *Proceso democrático. Situación jurídica y reforma constitucional en Bolivia*. Urquiza Editores, La Paz – Bolivia, 1993, p. 168.

⁹⁰⁹ Asbún, Jorge. *Análisis jurídico – político...opus cit.* p. 27.

⁹¹⁰ Una vez más, revisando las tesis favorables a la creación del Tribunal constitucional, Galindo Decker, Hugo. *Tribunal...opus cit.*, p. 51, cita la propuesta realizada por el partido político Movimiento Nacionalista Revolucionario (M.N.R.) a la cabeza de su líder Gonzalo Sánchez de Lozada, quien a tiempo de recordar la interposición del recurso de Nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, contra las actas de los cómputos de las pasadas elecciones, hizo referencia a la sobrecargada labor de la Corte, y la consecuente retardación de justicia, siendo necesaria desde aquella perspectiva, la desconcentración de las labores, debiendo ser transferidas éstas, hacia una Corte Constitucional. En efecto, del discurso pronunciado en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, en el Seminario de «Reformas Constitucionales» organizada por la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, publicada en Luis Luna, *La Reforma Constitucional*, 1991, p. 191, es posible advertir, que en aquella ocasión, Sánchez de Lozada criticó el hecho de que la interposición de los recursos de nulidad contra las resoluciones 063/89, 064/898, y 074/89, de fechas 22,23 y 27 de mayo de 1989, el Acta y la Resolución del Cómputo Nacional Electoral, pronunciadas por la Corte Nacional Electoral, no prosperara en instancias de la Corte Suprema.

⁹¹¹ Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 32.

Como en todo, dentro de este fuego cruzado de posturas y contraposturas acerca de la creación del Tribunal Constitucional, no estuvieron ausentes otras de naturaleza ecléctica. Dentro de esta línea intermedia se encontraba el planteamiento de autores como Galindo Decker, quien propuso la creación de una Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema, la que debía encargarse de ejercitar el control de la constitucionalidad de las leyes. Para los defensores de esta iniciativa, los Magistrados de aquella nueva Sala, debían ser especialistas en Derecho Constitucional, y ejercitar funciones preventivo – represivas, ha momento de ejercer la tutela de los derechos fundamentales. El límite infranqueable para aquella instancia –según sus ideadores– era que no se convierta en una «súper sala» que pretenda imponer su criterio sobre la supremacía constitucional⁹¹². Empero, conforme fueron transcurriendo los debates, esta iniciativa fue abandonada, y ello en atención a la valoración que se hizo, acerca del funcionamiento y la experiencia de otros Estados que habían asumido para sí, aquel modelo de Sala Constitucional.

En este mismo escenario, no faltaron quienes calificaron a esta confrontación entre posturas y contraposturas acerca de la creación o no del Tribunal Constitucional, como un debate estéril. En ese sentido, ya Fernández Segado, advirtió que la delegación del control de constitucionalidad a la CSJ o a un Tribunal, no debía ser considerado como una regla universal o dogma insalvable, en tanto que la asignación de aquella competencia a una u otra instancia, venía a constituir una decisión legítima e incuestionable del poder constituyente o del «poder de reforma». Asimismo, para Fernández, la progresiva proliferación de tribunales constitucionales en América Latina, encuentra su explicación en el fracaso de los órganos jurisdiccionales ordinarios (se refiere sobre todo a la Corte Suprema) en el ejercicio de esta función, ya sea por su falta de especialización, sus sobrecargadas labores, o debido a la falta de comprensión del significado de la Constitución como norma jurídica. En consecuencia, bien podría afirmarse, que en Bolivia, fueron estos mismos factores lo que motivaron al poder de reforma, decantarse por encomendar la labor del control de constitucionalidad de la ley, a una instancia especializada⁹¹³.

Una vez que se sortearon los debates iniciales, suscitados en ocasión de la promulgación de la Ley de necesidad de reforma, tuvo que gestionarse un nuevo acuerdo político que permitiera la aprobación de las reformas a la Constitución contenidas en la Ley No. 1473. Aquel pacto se suscitó dentro del nuevo mandato constitucional, que perteneció al entonces presidente constitucional de la República, Gonzalo Sánchez de Lozada, quien convocó a los jefes de los partidos con representación parlamentaria, para la celebración de una cumbre política, todo con la finalidad de consensuar el sometimiento a debate y aprobación en el Poder Legislativo, de la Ley de reforma de la Constitución. Fruto del acuerdo político gestado en fecha 12 de agosto de 1994, se promulgó la Ley No. 1585, de Reforma de la Constitución Política del Estado. Y en forma posterior, en fecha 6 de febrero de 1995, como consecuencia una vez más del consenso político, se aprobó la Ley No. 1615, de Adecuaciones

⁹¹² Galindo Decker, Hugo. *Tribunal...opus cit.*, p. 87.

⁹¹³ En la misma perspectiva de Fernández Segado, Francisco. *El Tribunal Constitucional. Un estudio orgánico*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, No. 15, 1989, p. 378, la proliferación de tribunales constitucionales, se debe al consolidación de la doctrina que considera necesario el abandono del sistema de desaplicación y su progresiva sustitución por la declaración general de inconstitucionalidad, que se entiende, resulta más coherente con el principio de igualdad ante la ley, lo que no quiere significar que se requiere de modo inexcusable de un Tribunal Constitucional, aunque claro está, es connatural al modelo de jurisdicción constitucional que descansa en un órgano «ad hoc» de control.

y Concordancias de la Constitución Política del Estado, que vino a constituir el texto definitivo de la Constitución. En la versión final del texto constitucional, saltaba a la vista la alteración sustancial del diseño del Tribunal Constitucional previsto originalmente en la Ley No. 1473. Uno de esos cambios tuvo que ver con la ubicación y naturaleza del Tribunal. Así, la Ley de reforma, dedicaba un Título específico (el Cuarto) de la Constitución, a la figura del Tribunal Constitucional; mientras que en la Ley No. 1615, ubicó a aquella instancia del control de la constitucionalidad, dentro del Capítulo correspondiente al Título que regulaba al Poder Judicial. En ese sentido, la regulación contenida en el artículo 116 constitucional, preceptuaba, que el Poder Judicial se ejercía – entre otros órganos– por la Corte Suprema de justicia, el Tribunal Constitucional y el Consejo de la Judicatura. Por otro lado, las facultades de control de la constitucionalidad e interpretación judicial de la Constitución, también reflejaban modificaciones, ya que la Ley No. 1615 reservaba estas con carácter exclusivo, al Tribunal Constitucional. Asimismo, tomando como ejemplo el artículo 76 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el caso boliviano, se amplió la legitimación activa para la interposición del recurso de inconstitucionalidad abstracto, facultándose al efecto, a cualquier diputado o senador, e incluso, al Defensor del Pueblo.

Cerrado el debate en el orbe constitucional con la aprobación del texto definitivo de la Constitución, inmediatamente se abrió otro escenario de discusión, siendo el objeto del mismo, el proyecto de Ley del Tribunal Constitucional. Una vez que se celebraron los talleres para diseñar las «Bases del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional»⁹¹⁴, se presentó oficialmente a la cartera gubernamental de Justicia, el «Anteproyecto de Ley del Tribunal Constitucional» conformado por 104 artículos en la que se incluían dos disposiciones especiales y una derogatoria⁹¹⁵. En forma posterior, esta estructura vino a representar el contenido básico de la futura Ley del Tribunal Constitucional que fue aprobada⁹¹⁶.

Después que el Anteproyecto de Ley del Tribunal Constitucional fuera presentado oficialmente, y se lo sometiera a estudios por parte de especialistas nacionales y extranjeros, dicho documento quedó olvidado en el Poder Ejecutivo, atribuyéndose esta situación, a una falta de interés político en su aprobación. Fue recién, en fecha 3 de marzo de 1997, que el presidente de la República remitió el Anteproyecto al Presidente Nato del Congreso de aquel

⁹¹⁴ El primer taller se llevó a cabo el día 6 de febrero de 1995, auspiciado por el Ministerio de Justicia, y del cual participaron los Viceministerios del ramo, así como el Programa Norteamericano de Iniciativas Democráticas de USAID/Bolivia. En esta primera reunión, se debatieron temas como la viabilidad de elaborar una norma específica que regulara el accionar del Tribunal Constitucional, y no así, dentro de la Ley de Organización Judicial No. 1455, de 18 de febrero de 1993. Posteriormente se desarrolló un segundo taller en el que se elaboró el Proyecto de Ley del Tribunal Constitucional, a la cabeza del director de Derecho Privado del Ministerio de Justicia Mario Cordero, y la asistencia técnica de profesores de Derecho Constitucional boliviano y alemán, entre los que se cita a Alcides Alvarado, Marcelo Galindo y Matthias Herdegen, respectivamente. Ya por el mes de abril de 1995, previo el dictamen de los consultores internacionales, entre los que se encontraba el profesor Fernández Segado, Francisco, se desarrolló el último taller que fue ejecutado ininterrumpidamente del 25 de junio al 8 de julio de 1995, culminándose aquel, con la entrega al Ministro de Justicia de aquel entonces, René Blattmann Bauer, del Anteproyecto de Ley del Tribunal Constitucional.

⁹¹⁵ Cabe destacar, que el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contemplaba una interesante exposición de motivos como corolario a los cuatro títulos, a saber: De las Normas generales, de la Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, de las disposiciones comunes de procedimiento, y de los Procedimientos constitucionales.

⁹¹⁶ Inmediatamente presentado el Anteproyecto de Ley del Tribunal Constitucional, dicho documento fue sometido a un análisis por parte de los profesores Matthias Herdeger, y Francisco Fernández Segado, quienes emitieron sus informes y observaciones en fechas 22 y 30 de agosto de 1995, respectivamente.

entonces Víctor Hugo Cárdenas, a fin de sujetarlo al procedimiento legislativo señalado por la Constitución vigente⁹¹⁷. Dado que en el mes de agosto de 1997, se celebró la elección Presidencial, la tramitación del Proyecto de Ley quedó nuevamente estancada, por lo que se tuvo que aguardar al nuevo mandato presidencial, esta vez, con Hugo Bánzer Suárez en el mandato, se llevaron a cabo las gestiones con el recientemente conformado Congreso de aquel entonces. Los acuerdos alcanzados propiciaron la aprobación y posterior promulgación de la Ley No. 1836 del Tribunal Constitucional⁹¹⁸, en fecha 1 de abril de 1998. La nueva disposición legal contemplaba 119 artículos⁹¹⁹, sin contar la Disposición especial que facultaba a dicha instancia de control, a dictar sus reglamentos que le permitieron determinar su organización y funcionamiento⁹²⁰. Ahora bien, la Ley reguladora del Tribunal, reprodujo las particulares atribuciones que la Constitución asignaba al TCB, es decir, no solamente se limitó a facultar el conocimiento de los recursos directo/abstracto, e indirecto/incidental de inconstitucionalidad, sino también, se llegó a regular la asignación de trece procedimientos constitucionales diferentes⁹²¹.

En este nuevo escenario, muy distinto al que le tocó vivir a la Corte Suprema de Justicia, el novísimo Tribunal Constitucional se encontraba dotado de un procedimiento que le permitió de inicio, desarrollar sus actividades con una meridiana claridad en cuanto a su naturaleza y alcance, aunque claro está, en el trajinar de su funcionamiento, se vio motivado a modular el contenido, la trascendencia y eficacia de sus pronunciamientos, al punto que, al igual que en la experiencia de la jurisprudencia constitucional comparada, le significaron altos

⁹¹⁷ Dando cumplimiento a lo establecido por el procedimiento legislativo, el Presidente del Congreso, remitió a su vez, en fecha 3 de marzo de 1997, al Presidente de la Cámara de Diputados Georg Prestel, vía nota S.A.P. No. 603/96 – 97, el Proyecto de Ley del Tribunal Constitucional, para su conocimiento y trámite legislativo.

⁹¹⁸ La Ley No. 1836, fue modificada posteriormente por la Ley No. 1979 de 19 de mayo de 1999, que introdujo algunos aspectos relacionados con la validez temporal de la ley 1836.

⁹¹⁹ Ahondando más en el contenido de la Ley No. 1836, se tiene que ésta se encontraba estructurada en Cuatro Títulos, de los que se desprendían: Título Primero, que contenía a las disposiciones generales, que se subdividían a su vez, en dos capítulos: De los principios y disposiciones fundamentales; y la Jurisdicción, competencia y atribuciones del Tribunal. En el Título Segundo, regulaba la organización y funcionamiento del Tribunal, el que se subdividía a su vez, en cinco capítulos: De la Organización del Tribunal; Del estatuto de sus magistrados, entre los que se regulaban la suspensión y cese, así como el personal y el funcionamiento administrativo de la entidad. El Título Tercero, regulaba los aspectos comunes al procedimiento, así como la legitimación activa, la forma y contenido de los recursos, excusas y recusas, y la tramitación de la admisión de los recursos. Por último, se tenía al Título Cuarto, en el que se regulaban los procedimientos constitucionales.

⁹²⁰ La Ley comprendía también Cuatro Disposiciones Transitorias y una de Derogatorias y Modificatorias.

⁹²¹ Los otros recursos reconocidos eran: 3) Los recursos de inconstitucionalidad contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones de cualquier naturaleza, creados, modificados o suprimidos en contravención a la Constitución, 4) Los conflictos de competencia y controversias que se susciten entre los poderes públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios, 5) Las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales contrarias a la Constitución, 6) Los recursos directos de nulidad contra los actos o resoluciones de quienes usurpen funciones que no les competen o ejerzan jurisdicción, potestad o competencia que no emane de la Ley, 7) Los recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras, cuando tales resoluciones afecten uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera sean las personas afectadas, 8) La revisión de los recursos de Hábeas Corpus y Amparo Constitucional, 9) Las consultas del Presidente de la República, del Presidente del Congreso Nacional y del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones. La declaración del Tribunal Constitucional es obligatoria para el órgano que efectúa la consulta, 10) La constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales, 11) Las demandas respecto a procedimientos contrarios de Reforma de la Constitución.

costes que repercutieron en su institucionalización dentro del concierto de los órganos de poder estatal.

1.4.1. La naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional en la Constitución de 1995: Entre el control concentrado y el sistema mixto.

Como se tuvo oportunidad de advertir en el apartado anterior, uno de los cambios operados a la Ley No. 1473 a través de las Leyes Nos. 1585 y 1615, que se trae a colación ahora para su análisis, dada su pertinencia, es el relacionado a las disposiciones que, en principio, reconocían al Tribunal Constitucional, su independencia frente a los demás órganos del Estado, y su sólo sometimiento a la Constitución, concediéndosele un Título específico al efecto, que lo separaba en su tratamiento del Poder Judicial.

Como era de suponer, de inicio, las críticas no se dejaron esperar, y arremetieron en contra del tratamiento que concedía la Ley de reforma de la Constitución al Tribunal dentro del concierto de la división de poderes. Recuérdese en ese sentido, la crítica vertida por Peláez, quien en representación de la Judicatura de aquel entonces, sostuvo que, el establecimiento de un ente especializado «*ad hoc*» implicaba consolidar un cuarto poder al interior del Estado, que terminaría socavando el equilibrio de poderes⁹²². A este razonamiento se sumó otro de importancia sostenido por Urcullo, para quien, a fin de evitar la desnaturalización de la clásica división de poderes, propuso que el Tribunal Constitucional forme parte del Poder Judicial, garantizándose su independencia⁹²³.

En aquel escenario que se caracterizó por las fuertes presiones ejercidas desde la Judicatura, y las mismas voces autorizadas desde la doctrina, que criticaron la propuesta del Anteproyecto sobre la naturaleza extra poder del Tribunal Constitucional, al «poder de reforma» no le quedó otra que ceder e introducir al Tribunal dentro del Capítulo Tercero de la Constitución, correspondiente al Poder Judicial. En el análisis de Fernández Segado, aquella modificación denotaba una concepción errada de la división de poderes, en tanto ignoraba que uno de los más importantes criterios de distribución del poder, es el de la división entre el poder constituyente y los poderes constituidos, división cuya efectividad no se limita al momento de la elaboración de la Constitución, sino que ha de manifestarse a lo largo de toda su vigencia, siendo función del Tribunal Constitucional garantizar que los poderes constituidos actúen dentro del marco y de los límites establecidos por la decisión del Constituyente. Luego, era el Tribunal el llamado a defender la dimensión primaria de aquella división de poderes⁹²⁴.

En fin, ha momento de analizar la Ley de reforma de la Constitución, el profesor español Jiménez Campo, sostuvo que, «...la integración o separación del órgano de la justicia constitucional en el Poder Judicial no es una cuestión definitoria de esencia...»⁹²⁵. Sin embargo, para Fernández Segado, aquella afirmación no era del todo cierta⁹²⁶, en la medida en que, si se

⁹²² Peláez Gantier, Gabriel. *El Tribunal Constitucional y la Corte Suprema*, Artículo publicado en el periódico Presencia, en La Paz, en fecha 25 de mayo de 1993.

⁹²³ Urcullo Reyes, Jaime. *Proceso democrático. Situación...opus cit.* p. 167.

⁹²⁴ Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 44.

⁹²⁵ Jiménez Campo, Javier. *El Tribunal Constitucional como órgano independiente en un Estado de derecho. Reflexiones sobre la Ley de Necesidad de la Reforma de la Constitución Política del Estado*. Honorable Senado Nacional – Fundación Milenio, La Paz – Bolivia, 1994, p. 104.

⁹²⁶ Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 47.

asumía al Tribunal Constitucional como un órgano de naturaleza jurisdiccional, su procedimiento de actuación, el estatuto de sus miembros y el valor de sus decisiones se hallaban en la órbita de la jurisdicción ordinaria. Y aquella situación no era la más viable para el Tribunal, puesto que al integrárselo dentro de la estructura y organización del Poder Judicial, ello sólo contribuía a comprometer su independencia administrativa, económica y financiera, como sucedía en el caso concreto⁹²⁷.

En forma posterior a la entrada en vigencia de la Constitución, y la Ley reguladora del Tribunal Constitucional, habría sido de suponer que los intensos debates sobre aquellos tópicos referidos a su situación y naturaleza cesaran. Empero, no fue así. Ni bien se aprobó su diseño constitucional y legal, surgieron posiciones doctrinales de autores nacionales, que entendieron a la introducción de la figura del Tribunal Constitucional en el texto de la Constitución, como una modalidad particular, a partir de la cual, el sistema constitucional boliviano adoptaba el modelo de control mixto de la constitucionalidad. Pronto, aquel planteamiento, abrió nuevamente el debate de criterios totalmente dispares. Así, autores como Durán Rivera,⁹²⁸ sostuvieron que el modelo del control de constitucionalidad en Bolivia era en esencia concentrado, tomando en cuenta la existencia de un órgano supremo (el Tribunal Constitucional) que se constituía en el único facultado para inaplicar las leyes o declarar la inconstitucionalidad de las mismas con carácter *erga omnes*. Similar criterio fue sostenido por Baldivieso Guzmán⁹²⁹, quien realizando una reinterpretación del artículo 228 de la Constitución, señalaba que las facultades de supremo intérprete y custodio de la Constitución pasaron de la Corte Suprema de Justicia a manos del Tribunal Constitucional, instancia esta que asumía en su totalidad las competencias de la Corte (*sistema difuso*), para que sea el Tribunal quien ahora las lleve a cabo con un amplio monopolio (*sistema concentrado*)⁹³⁰.

⁹²⁷ Así, el artículo 116 Constitucional, establecía que en el ámbito administrativo – disciplinario, económico y financiero el Tribunal Constitucional dependía del Consejo de la Magistratura, instancia que se constituye en el ente administrativo y disciplinario del Poder Judicial. Como es de suponer, el artículo 26 de la Ley No. 1836, del Tribunal Constitucional, reiterará el criterio establecido en la Constitución, al preceptuar que el Presupuesto del Tribunal Constitucional será aprobado en Sala Plena y homologado por el Consejo de la Judicatura, todo ello en concordancia con el artículo 27 de la misma Ley.

⁹²⁸ Durán Rivera, Willman R, *La fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional*, en *Seminario Internacional de Jurisprudencia*, Instituto de la Judicatura, Sucre, 3 y 4 de octubre de 2002, p. 16

⁹²⁹ Baldivieso Guzmán, René, *Derecho Procesal Constitucional. Tribunal, Procedimientos y Jurisprudencia en Bolivia*, Sirena, Santa Cruz – Bolivia, 2006, p. 34.

⁹³⁰ En la caracterización realizada por uno de los grandes procesalistas italianos Calamandrei, Piero, *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, en su obra *Instituciones de derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, El Foro, 1996, vol. III, pp. 32 – 33, en el *sistema difuso* o denominado también como «*incidentals*» ya que sólo puede ser propuesto en vía prejudicial a través de quien es considerado parte en una controversia concreta, resulta siendo «específico» en la medida en que la declaración de inconstitucionalidad se limita a negar la aplicación de la ley al caso concreto, y es de naturaleza «*declarativa*», por cuanto el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente y, en consecuencia, con efectos *ex tunc*. Por otro lado, en el *sistema concentrado* además de ser ejercido restrictivamente por «un único y especial órgano constitucional», se caracteriza por ser «*principals*» puesto que el control se define como un asunto separado y principal de la petición, cuestionándose directamente la legitimidad de la ley en general, sin necesidad de aguardar a que se presente la oportunidad de una controversia especial. Asimismo, denota la característica de la «*generalidad*» que implica que la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación de la ley con efectos *erga omnes*, es decir, que la norma impugnada pierde para siempre su eficacia normativa general, y es en consecuencia «*constitutiva*», lo que importa señalar, que la declaratoria de inconstitucionalidad opera como anulación o ineficacia *ex nunc*, sólo con efectos pro futuro.

Por otro lado, en la percepción del ex Magistrado del Tribunal Constitucional, Rivera Santiviáñez⁹³¹, ha momento de precisar el alcance del precitado artículo 228 constitucional, sostuvo que el sistema de control de constitucionalidad en Bolivia era mixto, pues de la disposición constitucional de referencia, se desprendía que «Los tribunales, jueces y autoridades» debían «aplicar (la Constitución) con preferencia a las leyes...», de ello debía desprenderse, que en aquellos supuestos en los que el juez o tribunal ordinario, ha momento de conocer o tramitar un proceso judicial, advirtieran la incompatibilidad o contradicción de la ley en la que debían fundar su decisión con la Constitución, era esta última la que debía prevalecer y aplicarse. Aunque claro está, por mandato de la Constitución y la Ley (del Tribunal Constitucional) dicha valoración sobre la constitucionalidad o no de la norma, debía ser revisada por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, la afirmación sobre el carácter mixto del modelo de control de constitucionalidad realizada por Rivera Santiviáñez, fue corregida por él mismo en otro estudio posterior⁹³². Así, en una nueva reinterpretación del artículo 228 constitucional, el autor entendió que el mismo constituía un resabio del modelo difuso del control de constitucionalidad, en tanto se facultaba a los jueces y tribunales judiciales ordinarios a inaplicar las leyes, decretos o resoluciones que fueran contrarias a la Constitución. Empero, –y aquí viene la corrección a su anterior planteamiento–, el autor aclaró a su vez, que en cuanto a su contenido, la disposición constitucional recogía el principio de la supremacía de la Constitución en el orden jerárquico de las normas, y por la que obligaba su aplicación preferente con referencia a las demás normas del ordenamiento jurídico⁹³³. Por lo tanto, al ser la Constitución la ley fundamental del Estado, se entendía que todo funcionario público o autoridad, juez o tribunal, se encontraba obligado a aplicarla con preferencia frente a una ley, decreto o cualquier género de resolución cuyas disposiciones desprendieran normas contrarias a la Constitución. A fin de proporcionar mayor contundencia a este último razonamiento, Rivera Santiviáñez, se detuvo a analizar el término «preferencia» recogido en el artículo 228 de la Constitución. Así, desde su perspectiva, el concepto «preferencia», no debía entenderse como una situación opcional que permita al funcionario, autoridad, juez o tribunal, optar entre la Constitución y la ley, decreto o resolución, y en su caso, aplicar las normas legales ordinarias frente a la Constitución. Al contrario, el sentido en el que debía entenderse, era en el de la prelación, es decir, que la norma constitucional primaba en su aplicación frente a las demás normas legales ordinarias. Por consiguiente, si bien podía afirmarse que el artículo 228 constitucional, implícitamente facultaba a los jueces y tribunales, a inaplicar la norma contraria a la Constitución cuando tuvieran certeza de dicho contraste, no menos cierto era, que cuando se suscitaba una duda sobre la constitucionalidad de la norma, era deber de los jueces y tribunales, plantear el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad.

Al margen de estas posturas, en criterio del investigador, tomando en cuenta la regulación prevista en el artículo 116 parágrafo IV de la Constitución, era posible sostener, que el control de constitucionalidad se ejercía por el Tribunal Constitucional, a cuya consecuencia, el modelo adoptado devenía concentrado. Es más, de la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley No. 1836, que hacía referencia a la presunción de constitucionalidad de «...toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado hasta tanto el Tribunal Constitucional

⁹³¹ Rivera Santiviáñez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba – Bolivia, 2001, p. 123.

⁹³² Rivera Santiviáñez, José Antonio. *El control de constitucionalidad en Bolivia*, en Revista del Tribunal Constitucional, Sucre, 1999, p. 56.

⁹³³ Rivera Santiviáñez, José Antonio. *El control de constitucionalidad...opus cit.*, p. 56.

resuelva y declare su inconstitucionalidad.», se desprendía una facultad que no se reconocía ni a la Corte Suprema, ni a los Jueces, sino privativamente al Tribunal Constitucional.

1.4.2. *Breve excursus*: El modelo de control de constitucionalidad proyectado en la Constitución Política de 1995: Entre el modelo de control jurisdiccional y el modelo de control político.

Si bien hasta ahora, se han esbozado criterios histórico – normativos que nos permiten deducir, que en Bolivia, a raíz de la reforma Constitucional operada en el año 1995, se implementó el «modelo jurisdiccional de control de constitucionalidad»; sin embargo, ésta afirmación merece algunas precisiones en tanto que, –en aquella ocasión–, el legislador, también dotó a la Constitución de un paralelo «modelo político de control de la constitucionalidad», esto era posible sostenerlo, si se realizaba una lectura detenida al texto constitucional de entonces. En efecto, de la lectura realizada al artículo 59 de la Constitución, se desprendía la facultad de defensa y autocontrol preventivo con el que contaba el Poder Legislativo. Ampliando la explicación, no debe perderse de vista la actividad creadora con que cuenta todo Poder Legislativo en el ejercicio de su función principal, cual es la de legislar. Ahora bien, aquella instancia deliberante ha momento de dictar normas, debía ceñirse a lo que la Constitución mandaba o prohibía⁹³⁴. Así lo establecía la disposición contenida en el artículo 8 constitucional, la que en sintonía con el artículo 229 de la misma Ley Fundamental, sostenían que, «...los principios, garantías y derechos reconocidos por esta Constitución...», no podían «ser alteradas por la leyes que regulen su ejercicio». En consecuencia, del contenido de estos preceptos se desprendía visiblemente, el autocontrol normativo de la constitucionalidad ejercida por el Legislativo. Claro está, que el autocontrol que la Constitución imponía a aquella instancia deliberante, no sólo operaba en forma preventiva, sino también, *ex post*. En efecto, el precitado artículo 59 de la Constitución, facultaba al Legislativo en su inciso 1) A abrogar y derogar normas con carácter definitivo, en aquellos supuestos en los que la norma contrastase con la Constitución. Para el caso de la abrogatoria, ésta podía operar en forma tácita o expresa. El primer supuesto era desprendible de la previsión contenida en el artículo 228 constitucional, que regulaba sobre la primacía de la Constitución y a cuyo tenor, se entendía, que no serían aplicadas las normas que se contrapongan a ella. A *contrario sensu*, la abrogatoria expresa, constreñía al legislador, a dejar sin efecto y expulsar a la norma contraria a la Constitución del ordenamiento jurídico. Sin duda, ambas facultades abrogatorias, se desprendían de la disposición constitucional preceptuada en el artículo 234, la que en comunión con las otras disposiciones citadas, permitían sostener la existencia no solamente de un control jurisdiccional de la constitucionalidad a manos del Tribunal Constitucional, sino también, de un sistema paralelo de «control político» ejercitado por el Poder Legislativo, aunque no en forma monopólica, pues dentro de este modelo, se hallaba también al control ejercido por el Poder Ejecutivo.

En efecto, cuando del Poder Ejecutivo y sus facultades de control se hablan, es necesario tener en cuenta, que en la función ejecutiva se combinan la acción política y la administrativa, y es precisamente a través de ambas, que se exterioriza la presencia del Estado en sociedad, ya sea en la adopción de políticas públicas o, en la ejecución de programas

⁹³⁴ Para Vásquez Villamor, Luis Ángel. *Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 28, el Poder Legislativo tiene como función crear normas a través de la función primaria y general de la Constitución, valiéndose para ello, de un margen muy amplio de maniobra política y jurídica, dentro de su competencia.

ministeriales de gobierno. En tal sentido, la Constitución de 1995, también diseño en su texto, facultades de defensa y autocontrol preventivo de la constitucionalidad para el Poder Ejecutivo⁹³⁵. Así, el artículo 92 constitucional, preveía la obligación tanto para el Presidente, como para el Vicepresidente, de jurar fidelidad a la República y a la Constitución, ha momento de tomar posesión del cargo. De igual modo, el artículo 96 inc. 1) y 18) señalaban como atribuciones del Presidente de la República «1: ejecutar y hacer cumplir las leyes, expidiendo decretos y órdenes convenientes, sin definir privativamente derechos, alterar los definidos por la ley ni contrariar sus disposiciones, guardando las restricciones consignadas en esta Constitución.» Ahora bien, las facultades de autocontrol por parte del Poder Ejecutivo, al igual que en el caso del Poder Legislativo, no solo se ejercían en forma preventiva, sino también, se activaban en forma posterior⁹³⁶. En esta dimensión, el Ejecutivo, en su función co – legisladora que se desprendía del artículo 76 constitucional, en su primera parte preveía que toda Ley sancionada por el Poder Legislativo, podía ser observada por el Presidente de la República en el término de 10 días desde aquel en que la hubiera recibido. Desde luego, a esta atribución, debía sumarse la contenida en el artículo 74, párrafo segundo de la misma Norma Fundamental, que regulaba la función de veto, a través de la cual, la norma aprobada por el Legislativo y remitida al Ejecutivo para su promulgación, podía ser desechada en aquella instancia, ya sea por cuestiones de oportunidad⁹³⁷ o de legitimidad, entendiéndose a ésta última como un supuesto en el que la norma presentaba contrastes con la Constitución, no pudiendo ser propuesta de nuevo sino en una de las legislaturas siguientes.

De este modo, queda patente que el diseño constitucional acerca del control de constitucionalidad en Bolivia, previsto en la reforma de la Constitución de 1995, era uno de carácter dual. Es decir, regían dos modelos de control, uno de ellos latente y en estado de reposo, desaprensivo a los mandatos constitucionales, y alternativamente, el otro, en proceso de nacimiento previsto por el pacto constituyente para cimentar los pilares del Estado de Derecho y el cumplimiento de los derechos y garantías fundamentales de la persona. Claro está, que la cohabitación y la resolución de ambos sistemas, como lo advirtiera el citado el ex Congresista Vásquez Villamor, no eran previsibles a priori⁹³⁸.

⁹³⁵ Sobre el tema, Huerta Luis, *Los criterios de la interpretación constitucional*, en *Justicia Constitucional*, Reflexiones y análisis, Revista Constitucional No.1, Editorial Judicial, Sucre – Bolivia, 1999, p. 64, recuerda que el más antiguo de los mecanismos de control de constitucionalidad que se podía encontrar, era el veto o la observación presidencial, que surgió mucho antes de que el juez Marshall diera su famosa sentencia en el caso Marbury vs. Madison. En efecto, fue George Washington, el primer presidente norteamericano, quien observó dos normas del Congreso por ser contrarias a la Constitución. Desde luego, el Presidente del Estado, vino a convertirse, en la primera figura o institución que de alguna manera ejerció un control sobre la constitucionalidad de las leyes expedidas en la República.

⁹³⁶ En el criterio de la doctrina constitucional boliviana, representado en este caso por Vásquez Villamor, Luis Ángel. *Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 32, este era uno más de todos los elementos de coordinación y relación de funciones que existía entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, con relación al control de constitucionalidad. Véase también en la perspectiva de la doctrina italiana a Esposito, Carlos, *voz «capo dello Stato»*, en *Enciclopedia del Diritto*, volumen VI, p. 227, quien al hacer referencia a la figura del «jefe del Estado», identifica a tres posibles formas de supremacía de un hombre o de una institución en la comunidad estatal: La supremacía en posición, la supremacía como guía y la supremacía como mando, parangonables con las facultades de control que –se entiende– pueden aplicarse también al caso boliviano.

⁹³⁷ Bajo este concepto, se analiza la conveniencia de promulgar la ley en un momento dado, y en relación a los factores económicos, sociales y políticos entre otros.

⁹³⁸ En la perspectiva de Vásquez Villamor, Luis Ángel. *Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 33, el razonamiento anotado *ut supra*, no implicaba sostener la existencia de una mezcla de dos sistemas, que comúnmente se conoce como sistema mixto, sino de la convivencia de dos sistemas para un mismo objeto.

1.5. Composición, estructura y mandato del Tribunal Constitucional republicano en la Constitución de 1995.

Por voluntad del legislador, el Tribunal Constitucional se encontraba integrado por cinco magistrados, quienes eran designados por el Poder Legislativo por dos tercios de voto de sus miembros presentes⁹³⁹. Cabe recordar al respecto que, en su momento, cuando se discutió el proyecto de reforma de la Constitución de 1995, se suscitaron las observaciones y críticas no sólo en relación al número de Magistrados integrantes del Tribunal Constitucional⁹⁴⁰, sino también a la forma de designación de éstos. En ese sentido, Fernández Segado, a partir de un estudio acerca de la legislación comparada, advertía la insuficiencia del número de integrantes del Tribunal Constitucional, en tanto que el número de miembros de estos órganos, en países como el Perú, oscilaba desde los siete integrantes, hasta los dieciséis del *Bundesverfassungsgericht* alemán⁹⁴¹. Y en lo concerniente a la designación de los miembros del Tribunal por parte del Congreso, se advirtió del riesgo de politización partidista que este mecanismo de elección podía entrañar.

Ahora bien, en cuanto a la primera observación que criticaba el insuficiente número de Magistrados, la respuesta del legislador se centró en recordar, que en el diseño de la Ley No. 1836, también se había previsto la designación de un igual número de suplentes, que al igual que en el caso de los Magistrados titulares, eran designados por el Congreso Nacional a través del mismo mecanismo, esto es, la obtención de los dos tercios de voto de los miembros presentes. En todo caso, los Magistrados suplentes debían ingresar a suplir cualquier afección y garantizar el normal desenvolvimiento del Tribunal. En la opinión de Vásquez Villamor, el número de integrantes del Tribunal Constitucional era el idóneo como para garantizar el quórum que se requería para cumplir la función del control de la constitucionalidad de la ley⁹⁴². Y a efectos de garantizar la continuidad y permanencia de los Tribunales, la regulación del artículo 119. V de la Constitución, señalaba que los Magistrados debían desempeñarse en sus funciones por un período personal de diez años improrrogables, no pudiendo ser reelectos, sino hasta después de haber transcurrido un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato⁹⁴³. De otro lado, los Magistrados sólo podían cesar en el ejercicio de sus funciones, por las causales establecidas en su Ley reguladora⁹⁴⁴. De esta forma, al estar conformado el Tribunal por cinco magistrados, uno de ellos ejercía la Presidencia, y la elección de este cargo se encontraba en manos de los cinco miembros, debiendo conseguirse dos tercios de voto para

⁹³⁹ Sobre el tema, la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución, establecía que el cómputo de los dos tercios de voto, debía resultar de la votación del total de los miembros de Congreso Nacional, aunque claro está, que la Ley No. 1585 modificó esta disposición, al establecer que los dos tercios se debían computar de entre los miembros presentes.

⁹⁴⁰ Quizá por ello, como se verá más adelante, en la actual Constitución Política del Estado Plurinacional, y la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, el número de magistrado se incrementó a siete.

⁹⁴¹ Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 54.

⁹⁴² Vásquez Villamor, Luis Ángel. *Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 35.

⁹⁴³ El artículo 15 de la Ley No. 1836, señala que el cómputo de los diez años se inicia desde la fecha de posesión en el cargo de Magistrado.

⁹⁴⁴ Taxativamente, el artículo 21 de la Ley No. 1836, prevé entre las causas para el cese de funciones de los magistrados, las siguientes: fallecimiento, renuncia, cumplimiento del periodo de funciones, incapacidad física o mental sobreviniente, legalmente comprobada, incompatibilidad sobreviniente, y condena por sentencia ejecutoriada. En todos estos supuestos, era obligación del Tribunal comunicar al Congreso, para que esta instancia proceda a la designación del nuevo magistrado, en el plazo máximo de treinta días, convocándose de ser necesario a Congreso extraordinario, tal como lo señalaba el artículo 21.III de la Ley No. 1836.

la designación en el mencionado cargo, es decir, se requerían cuatro votos de cinco para elegir al Presidente de la institución⁹⁴⁵, quien ejercía su mandato por el lapso de cinco años, al cabo de los cuales, podía ser reelecto por una sola vez. Para el caso de la renuncia o el fallecimiento, debía procederse a una nueva elección para un nuevo periodo, y en el supuesto de tratarse de un impedimento temporal, éste debía ser suplido por el Magistrado Decano⁹⁴⁶. Entre el Presidente del Tribunal y el resto de los Magistrados, existía una relación basada en el principio de igualdad en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, las decisiones (Sentencias, declaraciones y autos⁹⁴⁷) se adoptaban por mayoría de sus miembros⁹⁴⁸. Nótese entonces cómo, a partir del número de componentes del Tribunal, aquella instancia de control logró organizarse en una sola Sala, que desempeñaba sus funciones en forma continua. Para permitirle concentrar esfuerzos a la Sala, ésta contaba con un apéndice denominado la Comisión de Admisión, misma que se encontraba conformada por tres Magistrados⁹⁴⁹. Aquel filtro que se encontraba conformado por tres Magistrados, y su función era decidir sobre la admisión de las demandas, recursos o consultas, siempre que éstos cumplieran los requisitos exigidos por la Ley, caso contrario, debía rechazar las mismas, siempre que las observaciones no fueran subsanables. Asimismo, era deber de la Comisión, absolver las consultas acerca del rechazo del incidente de inconstitucionalidad presentado por la parte al interior de un proceso judicial o administrativo. Así las cosas, todo parecía indicar que el número de magistrados permitiría un perfecto engranaje entre sus miembros para alcanzar su función mayor, es decir, el control de constitucionalidad, sin embargo, en los hechos, se hizo patente la insuficiencia de miembros para cubrir la enorme carga procesal que entrañaba fungir como el intérprete supremo de la Constitución.

Seguidamente, en respuesta a esta última crítica, la réplica sostuvo que los órganos de la jurisdicción constitucional se presentaban como órganos de carácter técnico – jurídico, pero, en buena medida, también de designación política. A ello se sumó otra explicación, que daba cuenta de la imposibilidad de determinar anticipadamente, que el diseño orgánico de una instancia en cuestión, conduzca necesariamente a la politización del mismo, por lo menos no desde la perspectiva académico – científica⁹⁵⁰. En todo caso, cabría recordar, que el diseño de

⁹⁴⁵ Al respecto, Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 66, advierte no solo una contradicción entre la Ley No. 1836 y la Constitución, sino una flagrante vulneración en tanto que el artículo 10 de la Ley reguladora, señala que «Los magistrados del Tribunal Constitucional elegirán por mayoría de votos, en forma oral y nominal, del total de sus miembros al presidente...», de este modo, la Ley reducía la mayoría constitucional de los dos tercios a una mayoría no especificada cualitativamente, que bien podría interpretarse, como una mayoría absoluta.

⁹⁴⁶ La figura del Magistrado Decano, se encontraba regulada en el artículo 12 de la Ley No. 1836, y que atribuía tal calidad, al magistrado más antiguo, calificándose este aspecto, ya sea tomando en cuenta el tiempo de funciones en el Tribunal Constitucional o, en caso de que los magistrados compartan la misma antigüedad en el ejercicio de sus funciones, se tomaba en cuenta la fecha de extensión del título de abogado en provisión nacional.

⁹⁴⁷ El artículo 41 (Resoluciones) parágrafo II de la Ley No. 1836, señalaba: «Las resoluciones que resolvieran demandas o recursos se producirán en forma de sentencia. Las declaraciones serán adoptadas en los casos de consulta. Las decisiones de admisión o rechazo, desistimiento, caducidad, u otras adoptarán la forma de auto».

⁹⁴⁸ Sin duda, si se toma en cuenta la regulación española, en el caso boliviano, el Presidente del Tribunal carece del voto cualificado que le permitiría dirimir en un supuesto empate.

⁹⁴⁹ Todos los Magistrados debían desempeñar sus funciones en la mencionada Comisión, en forma rotativa y obligatoria.

⁹⁵⁰ Sin embargo, Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 55, entiende que, si bien la franja de los dos tercios representaría una garantía de consenso para la designación de profesionales idóneos al cargo de magistrados, por otro lado, de ninguna manera se eliminaría totalmente la injerencia partidaria.

un determinado órgano, responde a la voluntad del legislador, que es la instancia que actualiza en forma permanente la soberanía popular. Pero además, aquel riesgo de una posible politización de la instancia de control de constitucionalidad, no hallaba asidero válido en la medida en que el artículo 14 de la Ley No. 1836, establecía una serie de requisitos que los aspirantes a la Magistratura, debían cumplir, lo que cerraba cualquier margen de maniobra política en su designación. Así, los candidatos al cargo debían ser postulados por el Ministerio de Justicia, las Facultades de Derecho de las Universidades públicas y privadas, así como los Colegios de Abogados. Luego, para ser propuestos, debían reunir las mismas condiciones que se necesitaban para ser Ministro de la Corte Suprema de Justicia⁹⁵¹, estos son: a) Tener el título de abogado en provisión nacional, b) Haber ejercido con idoneidad la judicatura, la profesión o la cátedra universitaria por lo menos durante diez años⁹⁵². En todo caso, la posible incidencia política que se pudo ejercer en el Tribunal a través de sus miembros, siempre fue menor, sobre todo si se toma en cuenta la actual regulación del Tribunal Constitucional Plurinacional, sobre la cual nos detendremos más adelante.

1.5.1. Esbozo de las principales atribuciones del Tribunal Constitucional boliviano en la Constitución de 1995.

Una de las particularidades que caracterizó desde un principio al Tribunal Constitucional boliviano, se vio reflejado en el abanico de atribuciones que el legislador le confió, y que se encontraban reguladas taxativamente en el artículo 120 de la Constitución, a lo largo de diez apartados. Sobre este rasgo distintivo se pronunciaron diversos sectores de la doctrina, de los que resalta la opinión de Fernández Segado⁹⁵³, para quien la amplitud de facultades del TCB, suponían un cierto riesgo con implicancias directas que comprometían su adecuado funcionamiento⁹⁵⁴. En aquel entonces, el profesor español, albergó esperanzas de que aquella preocupación suya, fuese disipada con la regulación de la futura Ley del Tribunal, o a través de la propia actuación del órgano contralor de la constitucionalidad⁹⁵⁵. Empero, la ley

⁹⁵¹ Esta regulación plasmada definitivamente en la Ley No. 1585, vino a modificar el proyecto establecido en la Ley No. 1473, de Necesidad de la Reforma, en la que hacía referencia a la obligación para optar al cargo, de reunir los mismos requisitos que para ser designado Senador de la República.

⁹⁵² Esta disposición constitucional, era complementada por el artículo 13 de la Ley No. 1836 del Tribunal Constitucional, cuando adicionaba el requisito de «no estar comprendido en los casos de incompatibilidad señalados en la presente ley». Consecuentemente, las incompatibilidades se hallaban reguladas en el artículo 17 de la precitada norma, entre las que se pueden citar: el ejercicio de cargos públicos o privados, administrativos o sindicales, remunerados o no; el desempeño de funciones directivas en partidos políticos, asociaciones, fundaciones, colegios profesionales o empresas mercantiles de cualquier naturaleza, y el ejercicio libre de la abogacía.

⁹⁵³ Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 81.

⁹⁵⁴ Apenas empezó a iniciar sus actividades el Tribunal Constitucional boliviano, una de las observaciones que hizo el profesor Eguiguren Praeli, Francisco, *Los efectos de las decisiones del Tribunal Constitucional*, en *Justicia Constitucional...opus cit.* p. 97, fueron reflejadas en el Seminario público sobre Justicia Constitucional desarrollado los días 19 y 20 de enero de 1999, en Sucre Bolivia. En aquella ocasión, el jurista peruano, expresaba su preocupación por el número de competencias que le habían encomendado al TCB, llegándolo a identificar como uno de los tribunales constitucionales con más competencias en el orbe iberoamericano que se conocía, pero que sin embargo, algunas de ellas no eran constitucionales, independientemente de su importancia v. gr.: el recurso directo de nulidad que no reflejaba en su naturaleza una acción constitucional; así también, el tema de los tributos que según el citado autor, pudo haber estado manejado o incluido en cualquiera de los recursos de inconstitucionalidad sea esta abstracto o incidental, o en cualquier acción de amparo para defender un derecho.

⁹⁵⁵ Similar criterio es compartido por Abad Yupanqui, Samuel, *La reforma constitucional en Bolivia*, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, Lima, núm. 42, septiembre de 1994, p. 19.

reguladora del Tribunal, poco pudo hacer al respecto, dado el condicionamiento que entrañaba la norma constitucional. Luego, de nada sirvió que el legislador introdujera «filtros» en la Ley del Tribunal, con la finalidad de restringir el acceso a aquella instancia, en un afán de racionalizar, hasta donde fuera posible, el recurso a los procedimientos constitucionales, cuyas dimensiones las hacían muy relacionadas entre sí. Empero, independientemente de los esfuerzos realizados por el legislador, para Fernández Segado, el número de atribuciones asignadas a este órgano desbordaban los límites de lo razonable, y lo más reprochable aún, radicaba en que las mismas, no se justificaban con el rol de un órgano de esta naturaleza, por cuanto algunas de tales atribuciones versaban sobre cuestiones que se antojaban más de la competencia de la jurisdicción ordinaria que la propia de un Tribunal Constitucional⁹⁵⁶.

Ahora bien, más allá de las críticas que pudieron merecer las sobrecargadas labores asignadas al Tribunal Constitucional boliviano, es necesario, —a fin de desarrollar más adelante un estudio sobre la tipología de las sentencias emitidas por esta instancia de control—, realizar previamente una clasificación de éstas, y para ello, se asume como modelo de referencia, el propuesto por García de Enterría⁹⁵⁷, quien tipifica cuatro categorías al respecto:

En primer lugar, se tenía a los recursos sobre la constitucionalidad de las leyes, dentro de los cuales se encontraban el recurso directo o control abstracto de normas⁹⁵⁸, y el recurso indirecto o incidental, constituyéndose ambos mecanismos, como la competencia nuclear del Tribunal, heredera de la «*judicial review*» y que vino a representar el dispositivo de fiscalización de las decisiones asumidas por el Poder Legislativo. A través de este primer grupo de competencias a las que la doctrina constitucional denomina como «control normativo», el Tribunal Constitucional, podía «Conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales»⁹⁵⁹. De igual modo, podía «Conocer de los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en la Constitución»⁹⁶⁰. Por último, dentro de este núcleo competencial, el Tribunal

⁹⁵⁶ Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 73.

⁹⁵⁷ Para llevar a cabo esta clasificación, el profesor García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 137, asumió la propuesta de Friesenhahn, E., *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der B. R. Deutschland*, en Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band II. Staatsorgane Staatsfunktionen*, Munich, 1980 p. 331, quien sostuvo que, las competencias del Tribunal podían agruparse, en su mayor parte, en las tres *Grundformen*, o formas fundamentales de la justicia constitucional: conflictos constitucionales, control de normas y recursos de amparo.

⁹⁵⁸ Para García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 137, el concepto «control abstracto de normas» aparece en la terminología alemana, más precisamente, en la obra de Soehn, H., *Die abstrakte Normenkontrolle*, en *Bundesverfassungsgericht*, homenaje a los veinticinco años del Tribunal Federal Constitucional, citado, tomo I, p. 293, y aclara a su vez, que este tipo de recurso no es demasiado empleado en la práctica alemana, registrándose hasta 1975, sólo 37 sentencias en este tipo de procesos.

⁹⁵⁹ Así lo establecía el artículo 120.1a. de la Constitución de 1995.

⁹⁶⁰ Aquella facultad se desprendía de lo establecido en el artículo 120.4a. constitucional. Pero además, cabe recordar, que los antecedentes de este recurso se encuentran en la Constitución de 1861, aunque como señala Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 82 y ss., sólo en la Constitución de 1938 adquiriría el diseño jurídico que con posterioridad será adoptado en la Carta constitucional de 1967. En consecuencia, el Código de Procedimiento Civil lo denominará «recurso contra impuestos ilegales», confiriéndose esta competencia a la Corte Suprema de Justicia. Ahora bien, en la regulación del texto constitucional de 1995, la sentencia en cuestión podía declarar la aplicabilidad de la norma legal impugnada, imponiéndose en ese supuesto, las costas al recurrente, o bien, su inaplicabilidad al caso concreto. Sobre este último punto, es necesario mencionar, que la previsión acogida en el texto del Anteproyecto, disponía un criterio distinto, en tanto que la declaración de la inconstitucionalidad del tributo, implicaba que quedaría sin efecto la resolución u ordenanza que hubiere creado,

también se hallaba facultado para «Conocer de las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución»⁹⁶¹, así como también, la de «Conocer de la constitucionalidad de Tratados o Convenios con Gobiernos extranjeros u organismos internacionales»⁹⁶².

En segundo lugar, se ubicaban los recursos de amparo constitucional, interpuestos por los particulares para la protección de los derechos, tras haberse agotado las vías jurisdiccionales ordinarias. Esta competencia era considerada el fruto de la influencia que ejerciera el Tribunal de Garantías constitucionales de la II República española. En ese sentido, los artículos 120.7a. y 120.5., hacían referencia a la facultad de revisión de los recursos de amparo constitucional y hábeas corpus, así como de los recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras, cuando tales resoluciones afectaban a uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera que fueran las personas afectadas, respectivamente⁹⁶³.

Inmediatamente después, en un tercer ámbito de competencias, se encontraban los conflictos constitucionales, es decir, los relacionados a los conflictos entre los principales órganos constitucionales del Estado, V. Gr., los conflictos de competencias y controversias

modificado o suprimido el mismo, precisándose de modo expreso en el texto del Anteproyecto redactado por la Comisión, que en tal caso, la sentencia surtiría plenos efectos frente a todos. Sin embargo, el texto final del Anteproyecto remitido por la Presidencia de la República al Congreso, alteraría radicalmente este criterio, suprimiendo la alusión a los efectos «erga omnes» de la sentencia, y circunscribiendo la dejación sin efecto del acto, resolución u ordenanza impugnados y declarados inconstitucionales, al caso particular y concreto debatido.

⁹⁶¹ Vid el artículo 120.10a. de la Ley Fundamental de 1995. Sobre este punto, es necesario recordar, que la finalidad de esta atribución, se circunscribe a la regularidad formal del procedimiento de reforma, esto es, la labor del Tribunal por velar la observancia de las formalidades procedimentales constitucionalmente establecidas para la reforma de la Ley Fundamental, «sin que en ningún caso se ingrese al análisis del contenido material de la reforma», puesto que lo contrario –en un criterio compartido con Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 83– habría significado prácticamente equiparar o sobreponer el Tribunal Constitucional al «poder de reforma», algo que sin duda, habría desnaturalizado la función que debía asumir dicho órgano. En consecuencia, la demanda podía ser planteada en cualquier momento anterior a la sanción de la Ley de reforma de la Constitución, y la sentencia se concretaba a determinar la observancia o inobservancia de las formalidades del procedimiento de reforma. Para el supuesto de declararse la inobservancia del procedimiento constitucionalmente establecido para la reforma, el Tribunal debía disponer, en atención al artículo 119 de su ley reguladora, que sea reparado el defecto u omisión, a los fines de viabilizar el procedimiento, reservándose la legitimación a este efecto, al Presidente de la República o, a cualquier senador o diputado.

⁹⁶² Tal como lo preceptuaba el artículo 120.9a. del precitado texto constitucional, la consulta era absuelta a través de una declaración constitucional que tenía efecto vinculante. Si el Tribunal entendía que el Tratado o Convenio era contrario a la Constitución, dicho instrumento internacional, no podía ser aprobado, aunque claro está, que en aquellos supuestos en los que el Estado había suscrito Tratados o Convenios multilaterales, la declaración de inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas no impedía su aprobación, siempre que se hubiera formulado la reserva en la que se viese reflejada la decisión del Tribunal Constitucional.

⁹⁶³ La facultad de revisión de las decisiones asumidas por parte de la judicatura ordinaria al interior de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional, representan una regla generalizada en la legislación comparada, y dicha medida encuentra su fundamento en tanto se entienda que los derechos fundamentales ocupan un lugar nuclear en el ordenamiento constitucional. Como ya lo mencionó García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 142, en alusión a la Constitución española, los derechos fundamentales y libertades públicas siempre serán asumidos como «valores superiores» del ordenamiento jurídico, en tanto representan el fundamento mismo del orden político y de la paz social. Este criterio que fuera estructurado en su versión europea por Schmitt, también tuvo su propia construcción dentro del Derecho Constitucional norteamericano con la figura de la «*preferred position*», o de la posición preferencial de las libertades fundamentales, y que en criterio del juez Frankfurter, representan la «condición indispensable de una sociedad abierta». En consecuencia, la vulneración de estos, también representa la lesión de la Norma Fundamental. Por ello, la tutela de los derechos fundamentales, más allá de representar la protección de un derecho o interés legítimo subjetivo, importa la defensa objetiva de la Constitución.

entre los poderes públicos, la Corte Nacional Electoral, los Departamentos y los Municipios (artículo 120.2a.)⁹⁶⁴, y las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales (artículo 120.3a.)⁹⁶⁵.

Finalmente, en una cuarta categoría, podía englobarse a una singular categoría de competencias, todas ellas relacionadas con el control previo de inconstitucionalidad, previsto para la absolución de consultas del Presidente de la República, el Presidente del Honorable Congreso Nacional y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones, o de leyes, decretos o resoluciones aplicables a una caso concreto. Cabe aclarar también, que este cuarto conjunto de competencias, fue ampliado por la Ley del Tribunal Constitucional, previéndose también, la posibilidad de que el Presidente del Congreso Nacional, pudiera realizar la consulta ante el Tribunal acerca de la constitucionalidad o no de los Tratados o Convenios internacionales antes de su ratificación.⁹⁶⁶ Asumiendo la explicación de Rousseau, se podría afirmar que el legislador boliviano de aquel entonces, fue influenciado por la regulación francesa en relación a esta modalidad de control de constitucionalidad. Así, Francia fue el único Estado que adoptó en forma exclusiva esta modalidad de control, aplicable tanto para las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, cuyo examen de constitucionalidad previo es obligatorio, no sucediendo lo mismo en relación a las leyes ordinarias y los compromisos internacionales, donde el examen devenía facultativo⁹⁶⁷.

⁹⁶⁴ Tomando en cuenta el análisis de Sánchez Agesta, Luis, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, p. 391, el otorgar al Tribunal Constitucional el conocimiento y resolución de estos conflictos, no solamente representa una medida coherente asumida por el poder de reforma, sino que además, coloca al Tribunal en una situación de garante del equilibrio de una ordenación compleja del poder, lo que le convierte necesariamente en árbitro de los diferentes conflictos que puedan suscitarse, y ello aún en el caso de que el Estado carezca, en sentido estricto, de una estructura territorial compleja. De igual forma Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 89, comparte el criterio del profesor español, empero, critica la técnica legislativa con que se reguló esta competencia del Tribunal, por cuanto se entremezclan a auténticos poderes públicos, como pueden ser el Legislativo o Ejecutivo, con los Departamentos y Municipios, que son estructuras organizativas administrativas contempladas por la Constitución, pero no poderes públicos (en cada caso lo serán: el Consejo y el Alcalde, de una parte y el Prefecto del Departamento, así como el Consejo Departamental respectivo, de la otra).

⁹⁶⁵ Si se toma en cuenta la clasificación de las competencias propuesta García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 137, así también la de Friesenhahn, E., *Die Verfassungsgerichtsbarkeit...opus cit.* p. 334, esta atribución no encaja dentro de los supuestos característicos de los conflictos competenciales, es más, estos mecanismos de impugnación, bien podrían ser canalizados ante otra instancia como lo sería la Corte Suprema de Justicia.

⁹⁶⁶ Desde la perspectiva de García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 153, este conjunto de atribuciones, lejos de constituirse en un bloque de competencias meramente consultivas, representaban para la instancia que realizaba la consulta, una decisión vinculante en tanto que con ella, se buscaba evitar la promulgación, vigencia, o ratificación de un proyecto de ley, decreto, o ley o decreto, así como un Tratado o Convenio internacional que contrastaban con alguna disposición constitucional.

⁹⁶⁷ Cabe anotar también que, según Rousseau, Dominique. *La Justicia constitucional en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 54, este principio de control preventivo –en el caso Francés– presenta un elemento de flexibilidad y otra de excepción. La flexibilidad a la que se hace referencia, fue introducida por el propio Consejo Constitucional que en su decisión de 23 de abril de 1985, decidió que «una ley promulgada puede ser contestada con éxito con ocasión del examen de disposiciones legislativas que la modifican, la completan o afectan a su ámbito». Y, la excepción se prevé por la Constitución que otorga al primer Ministro, el poder de solicitar al Consejo que declare que una ley o parte de una ley vigente es de competencia reglamentaria. Repasando un poco la historia francesa, es posible recordar que, en 1990, el Parlamento francés, debatió, inútilmente, la posibilidad de incorporar en Francia la excepción de inconstitucionalidad e igualmente el control a posteriori, sin embargo, los partidarios del control preventivo defendieron los méritos y ventajas del sistema

Ahora bien, en relación a esta particular forma de control «*ex ante* o preventivo» de la norma, conviene realizar un pequeño excurso sobre las críticas generadas desde la doctrina. Así, para Cruz Villalón, una vez que se introduce en el ordenamiento un control represivo de la constitucionalidad material de las leyes, ya no tiene sentido seguir afirmando una competencia equivalente de los órganos políticos. Consecuentemente, en relación con la constitucionalidad material, el Tribunal no tiene dictámenes que emitir, sino sentencias que dictar. Luego, lo único que cabría sería un dictamen sobre la constitucionalidad formal⁹⁶⁸.

Por otro lado, en opinión de Fernández Segado, como regla general, el control preventivo de constitucionalidad –advertía– encierra el grave peligro de convertir al Tribunal en una suerte de órgano político, desdibujando la que debe ser su función sustantiva, esto es, el control represivo de la constitucionalidad. En consecuencia, el único supuesto en el que podría aceptarse la utilidad de contar con un control previo, sería aquel que permita ejercer una fiscalización respecto de los proyectos de leyes o de cualquier texto normativo que aún no haya ingresado en vigor. Aunque –claro está– el mismo tendría que vertebrarse sobre la base de una consulta, y no así, bajo la forma de un recurso. Empero, volviendo al análisis del contexto de la Constitución de 1995, el control a que se refería el artículo 120.8a., hacía referencia, no solamente a proyectos normativos, sino también, a normas plenamente vigentes y aplicables a un caso concreto⁹⁶⁹. En consecuencia, resultaba incoherente hablar de un control previo sobre normas vigentes. En su lugar, lo que cabía en aquel último supuesto era más bien, someter a la

elegido por el Constituyente de 1958. Los fundamentos de aquellos, describían las bondades de este control, caracterizándolo de rápido, simple y sobre todo, al garantizar una perfecta seguridad en las relaciones jurídicas, en tanto que al resolverse la constitucionalidad de la ley antes de su entrada en vigencia, una vez fuera promulgado el texto, cada uno podía fundar con toda tranquilidad su comportamiento sobre la ley, con la certeza de que ésta no podría ser discutida. En ese sentido, se sostenía que, no debía temerse que un individuo perturbe el juego jurídico solicitando la censura de una ley que se aplicaba desde hace años, o permanezca la amenaza permanente de una contestación contenciosa. Por lo mismo, quedó patentado el argumento que esgrimía, que el permitir en Francia el control a posteriori habría significado someter ámbitos completos del Derecho social, fiscal, extranjería, sucesiones, entre otros, al juego de la censura constitucional y, a crear en consecuencia, un «desorden insondable». Desde luego, estos postulados sólo sirvieron de fundamento para el sistema francés, más no así para el resto de los países europeos, donde quedó confirmado que el control a posteriori aportaba una mejor protección de las libertades y de los derechos fundamentales, que el control a priori.

⁹⁶⁸ Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918 – 1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 210,

⁹⁶⁹ En ese sentido, lo único realmente previo era el hecho de que la norma se consultaba antes de ser aplicada a un caso concreto, con el efecto de que, hasta en tanto se absuelva la consulta, quedaba en suspenso su aplicación al supuesto particular. Por lo mismo, se sostuvo la inutilidad del control previo sobre normas vigentes, y que en su lugar, ante la duda sobre su constitucionalidad, debía recurrirse a la vía más correcta al efecto, es decir, interponer un recurso directo o incidental de inconstitucionalidad. En la observación de Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 95, otra de las críticas que se le atribuye a este grupo de competencias propias del control previo de constitucionalidad, radica en que, ante una consulta que sólo debe pretender, ante las dudas surgidas al consultante, que el Tribunal declare si la norma en cuestión es o no conforme con la Constitución, los efectos de las declaraciones asumidas por Tribunal serían incoherentes. Es decir, en aquellos supuestos en los que el Tribunal declare la constitucionalidad de la ley, decreto o resolución consultada, el órgano consultante no podrá interponer posteriormente recurso de inconstitucionalidad contra la misma disposición. Sin embargo, cabe preguntarse sobre ¿qué es lo que sucedería si la declaración constitucional declarara la inconstitucionalidad de la norma que iba a aplicarse? A la luz, de la disposición del artículo 111 de la ley reguladora del Tribunal, el órgano consultante no podría aplicar la norma tachada de inconstitucional, pues estaría obligado por la declaración. Sin duda, esta aseveración contradice la previsión del artículo 121.II de la Constitución, que reconoce plenos efectos «erga omnes» a esa declaración.

norma a un control de constitucionalidad ex post, que permitiera definir su contraste o no con la Constitución.

En el análisis del carácter y naturaleza del control previo de constitucionalidad, no faltaron quienes acusaron a éste, de ser un instrumento político, en tanto que el juez constitucional, no realizaba a través de este, una actividad auténticamente jurídica, sino todo lo contrario, es decir, se lo acusaba de actuar como un cuasi legislador, no solo negativo, sino positivo⁹⁷⁰. Empero, desde la experiencia del ex Magistrado del TCB, Rivera Santivañez, tal acusación era incorrecta. Para Rivera, el Tribunal Constitucional, ha momento de verificar previamente la constitucionalidad de una Ley aún no promulgada, o de un Tratado suscrito, más no ratificado, no desempeñaba ningún papel de legislador, porque no fijaba al legislador los términos de la Ley o del Tratado para que sea constitucional. Precisó a su vez, que el Tribunal, como instancia de control, no intervenía en el contenido de la futura Ley, o del futuro Tratado, sino que su accionar se limitaba a determinar la compatibilidad o incompatibilidad del proyecto con las normas de la Constitución. Si en algo podía influir el Tribunal, era en desprender una eficacia vinculante de su decisión en torno a la declaración de conformidad o no del proyecto a la luz de la Constitución. De este modo, los órganos respectivos se veían obligados a sujetarse a la determinación asumida por el Tribunal. Es decir, si como consecuencia del proceso de consulta, el Tribunal declaraba la inconstitucionalidad parcial, ello implicaba que debía corregirse la disposición legal antes de su promulgación, o del Tratado antes de su ratificación. En cambio, si la inconstitucionalidad era total, no podían promulgarse ni ratificarse los respectivos proyectos de Ley o Tratado que motivaron la consulta⁹⁷¹. Hecha aquella aclaración, para el ex Tribuno, el único supuesto en el que era válida la aplicación del control previo de constitucionalidad, era en relación a la consulta sobre proyectos de Ley o de la ratificación de un Convenio o Tratado internacional, más no así, para el supuesto de la consulta sobre una norma o Tratado Internacional ya vigente, puesto que ante la duda razonable sobre su constitucionalidad, el legislador había previsto el control de constitucionalidad ex post⁹⁷².

Para finalizar este apartado, se trae a colación, la cita de una peculiar competencia asignada al TCB. Así, el artículo 120.6a. constitucional, facultaba al Tribunal «conocer de los recursos directos de nulidad» interpuestos en resguardo del artículo 31. La doctrina mayoritaria fue contundente al sostener, que el recurso directo de nulidad, representaba un mecanismo procesal sin parangón alguno en la legislación comparada. En un intento por explicar la naturaleza jurídica de este recurso, Morales Guillen, sostuvo que se trataba de un precedente doméstico, pero limitado del amparo constitucional, previsto y reservado a enervar, como medio de impugnación, los actos ilegales u omisiones indebidas de funcionarios o autoridades no judiciales, cuando éstos se arrogaban de jurisdicción o competencia que no emanaba de la

⁹⁷⁰ Esa es la posición asumida por muchos estudiosos de la materia entre los que Moderne, Franck, *El control previo de constitucionalidad en la Europa Contemporánea*, en *La Jurisdicción Constitucional*, Juricentro, Costa Rica, 1993, p. 117, cita a Mauro Cappelletti, Javier González Pérez, quienes sustentan esta tesis afirmando que «El tribunal constitucional actuaría como una cuasi legislador no sólo negativo, como en la clásica función de control a posteriori de la constitucionalidad, sino positivo, puesto que, para que una ley o un Tratado llegue a ser tal y desarrolle sus efectos jurídicos auténticos, el pronunciamiento del juez constitucional a favor de su constitucional sería necesario, junto a la actuación del Parlamento y del Poder Ejecutivo».

⁹⁷¹ Rivera Santivañez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional...opus cit.* p. 140

⁹⁷² Se refería al control abstracto e incidental de inconstitucionalidad, previstos en la Constitución y en su Ley reguladora.

Constitución⁹⁷³. En estos supuestos, el Tribunal debía declarar la nulidad de todos los actos que implicaban usurpación de funciones o ejercían jurisdicción que no emanaba de la ley. Ahora bien, de ese modo, el mismo Morales Guillen, sostuvo críticamente, que aquel recurso, apuntaba más hacia un control de la legalidad, más no así de constitucionalidad, por lo que planteó que su conocimiento debía transferirse a la Corte Suprema de Justicia, como antaño le pertenecía.⁹⁷⁴

2. LAS FACULTADES INTERPRETATIVAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PREVISTAS EN LA CPE DE 1995 Y SU LEY REGULADORA.

En palabras de Hesse, la interpretación es una herramienta inequívocamente necesaria para que el Tribunal Constitucional, lleve a cabo su labor de defensa de la Constitución⁹⁷⁵, pues a través de ella, el Tribunal podrá asignar significados al concepto que el legislador había pretendido consignar a la ley, y partir de ello, determinar si la norma en cuestión, es o no incompatible con el texto constitucional⁹⁷⁶.

Empero, esta idea de concebir al Tribunal Constitucional como el intérprete supremo de la Constitución, no siempre fue bien recibida. Es más, este rechazo se acentuaba en mayor medida, en aquellos supuestos en los que el problema de la interpretación constitucional de la ley, nos vinculaba con el fenómeno de las denominadas «sentencias interpretativas», y su variada tipología (manipulativas, sustitutivas, aditivas, entre otras)⁹⁷⁷. Y, como era de suponer, este rechazo también se hizo patente en el caso boliviano, es decir, que no fue del todo aceptada la idea de introducir en la Constitución de 1995, a un Tribunal Constitucional con facultades hermenéuticas.

En ese sentido, las críticas y oposiciones se centraron en relación al artículo 121 del Proyecto de reforma de la Constitución, puesto que la misma se encargaba de caracterizar al Tribunal Constitucional, como el intérprete judicial de la Constitución. Uno de los que manifestó su desacuerdo con el contenido de aquella disposición, fue el jurista Miguel Harb⁹⁷⁸, quien argumentó que la interpretación de la Constitución, no representaba una actividad estrictamente judicial. Apoyado en la disposición contenida en el artículo 59 constitucional, señaló que la facultad de interpretación de la Constitución, le correspondía también al Poder

⁹⁷³ Morales Guillen, Carlos, *Código de Procedimiento Civil concordado y anotado*, Editorial Gisbert, La Paz – Bolivia, 1981, p. 1262.

⁹⁷⁴ A decir de Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 80, un buen número de las atribuciones del Tribunal Constitucional se han desgajado de las que con anterioridad a la reforma constitucional de 1995 correspondían a la Corte Suprema de Justicia, circunstancia que ya nos pone sobre aviso acerca de la posibilidad de que algunas de ellas no sean propias de un órgano cuya función primigenia es la de controlar la constitucionalidad de las leyes. Los recursos directos de nulidad y las impugnaciones del Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales son ejemplos bien ilustrativos de lo dicho y a ellos, quizá, podría añadirse algún procedimiento más.

⁹⁷⁵ Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik...opus cit.*, p. 31.

⁹⁷⁶ López Bofill, Héctor, *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 15

⁹⁷⁷ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.* p. 32.

⁹⁷⁸ Miguel Harb, Benjamin, *El sistema constitucional boliviano*, en García Belaunde, Domingo et al. Coords., *Los lineamientos constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dykinson, 1992, p. 122.

Legislativo⁹⁷⁹, en la medida en que aquella instancia deliberante se hallaba facultada para dictar normas interpretativas de la Constitución.

Sin duda, el desacuerdo planteado por Miguel Harb, requiere aún en la actualidad, de algunas precisiones en línea con la determinación de la naturaleza y la legitimación activa de la interpretación constitucional. En ese sentido, se debe empezar sosteniendo la diferencia existente entre dictar una ley interpretativa de la Constitución, y otra bien distinta, que es interpretar las disposiciones de la Constitución, como una actividad consustancial al ejercicio del control de constitucionalidad de las normas. Por ello, resulta pertinente recordar el razonamiento esbozado por el Tribunal Constitucional español⁹⁸⁰, cuando hacía referencia a la necesidad de precautelar la ineludible diferenciación entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, de donde se desprende que es al Tribunal Constitucional a quien pertenece el monopolio de la determinación con carácter vinculante de lo que ha querido decir el constituyente. Un razonamiento *–a contrario sensu–* permitiría sostener el establecimiento de una prohibición absoluta para todos los operadores jurídicos, incluido el legislador estatal, de dictar normas puramente interpretativas de la Constitución. Esta ha sido, precisamente, la *ratio decidendi* expresada en la STCE 76/1983, al afirmar que «El legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos».

Empero, en aquel escenario de escepticismo hacia la figura del Tribunal Constitucional, no quedó más remedio que renunciar a la idea de contar con un Tribunal intérprete de la Constitución. Así, el legislador boliviano, se vio obligado a suprimir de la Ley No. 1585, de «Concordancias y Adecuaciones de la Constitución», toda referencia a la facultad de interpretación de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional. Amén del cauce constitucional, fueron las competencias nucleares y accesorias del Tribunal las que en definitiva, forzaron a aquella instancia de control, a trajinar por el sendero de la interpretación de la Constitución. No otra cosa reflejaba la regulación contenida en el artículo 4 (Interpretación Constitucional) de la LTC, al reconocerle como medida excepcional, la facultad de asumir criterios interpretativos que concuerden con la Constitución, sólo en aquellos supuestos en los que una ley, decreto o cualquier género de resolución admitía diferentes interpretaciones. Por lo mismo, el legislador comprendió que en aquellas situaciones previstas por la ley, debía ser el Tribunal, el que desentrañe el sentido de la disposición, en resguardo del principio de conservación de la norma, o de interpretación conforme a la Constitución, en virtud a los cuales, como se tuvo oportunidad de estudiar anteriormente, cuando se estaba en presencia de una *res dubia*, el Tribunal debía absolver aquella duda interpretativa. Dicho de otro modo, en aquellos supuestos en los que de una misma disposición era posible desprender más de una norma, y de las cuales algunas eran conformes y otras discordantes con la Constitución,

⁹⁷⁹ Para Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 50, El mantenimiento en la Constitución boliviana de una cláusula como la del artículo 59 retrotrae aun constitucionalismo decimonónico de corte jacobino, asentado en el principio inamovible de la soberanía de la ley.

⁹⁸⁰ Vid por todos, la STC español No. 76/1983, de 5 de agosto.

debía tenerse como válida por parte del Tribunal, a la que guardaba sintonía con la Ley Fundamental y, descartar a las que contrastaban con aquella.

Asimismo, no debe olvidarse, que la LTC acogía en su artículo 2, al principio de la presunción de constitucionalidad, en virtud al cual, se presumía «...la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los órganos del Estado hasta en tanto el Tribunal Constitucional resuelva y declare su inconstitucionalidad». En ese sentido, cuando se suscitaba una duda sobre la constitucionalidad de una norma, debía interponerse el recurso abstracto o incidental de inconstitucionalidad, y dejar al criterio interpretativo del Tribunal la determinación de la conformidad o no con la Constitución de la disposición impugnada. Hasta entonces, la norma en cuestión se presumía constitucional, y su ratificación dependía enteramente del criterio hermenéutico asumido por el TCB. Nótese entonces, cómo el legislador de aquella época, era consciente del rol de intérprete de la Constitución que le tocaba asumir inevitablemente al Tribunal, más allá de las discusiones acerca de la legitimidad de aquella actividad.

Ahora bien, una vez citadas las disposiciones de la LTC que reconocían la facultad interpretativa con la que contaba del Tribunal Constitucional, era necesario dejar en claro que, a partir de ellas, no podía sostenerse que el Tribunal fuera el único intérprete de la Constitución. Un razonamiento en este sentido habría implicado contrariar lo dispuesto por el artículo 228 de la Constitución, que obligaba a que los jueces y tribunales apliquen preferentemente la Constitución en relación a las demás normas del ordenamiento jurídico⁹⁸¹.

A fin de dilucidar la polémica sobre los legitimados para llevar a cabo la interpretación de la Constitución, considero necesario detenernos a reflexionar acerca de la variante en el modelo de control de constitucionalidad que presenta el diseño constitucional boliviano. De este modo, en la explicación de Fernández Segado, al igual que en muchos países latinoamericanos, Bolivia, fue heredera de dos modelos. Es decir, fue influenciada tanto por el modelo de control jurisdiccional de tipo norteamericano, así como del modelo austriaco, y como era lógico de esperar, ello propició una suerte de variante híbrida. Sin duda, para el autor español, aquello repercutió en el paradigma de los ordenamientos latinoamericanos, que terminaron conservando en forma simultánea o paralela, la facultad de los jueces ordinarios o de algunos de ellos al menos, de decidir con efectos ordinarios, esto es, «inter partes», sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas en los casos concretos de que conocieron, todo ello, sin perjuicio del control de constitucionalidad que se había reservado al Tribunal Constitucional. Desde luego, esta fórmula particular no era posible encontrarla en los ordenamientos europeos, donde la resolución de los problemas de constitucionalidad de las leyes, representaban una competencia exclusiva de los Tribunales Constitucionales, en tanto que los jueces y tribunales ordinarios no pueden sino diferir al Tribunal Constitucional los casos litigiosos⁹⁸².

De este modo, el modelo de control de constitucionalidad asumido en gran parte de los países latinoamericanos, responde según Piza Escalante, a una «concepción iberoamericana

⁹⁸¹ Empero, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional no era el único intérprete de la Constitución, no menos cierto es, que la supremacía interpretativa le correspondía por mandato del artículo 4 de la LTC, que obligaba a los tribunales, jueces y demás autoridades, a aplicar la interpretación asumida por el TCB.

⁹⁸² Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 50

difuso – concentrada»⁹⁸³. Esta opinión, también fue compartida por García Belaúnde, para quien, la justicia constitucional, en una mayoría de los Estados de América Latina, vive y desarrolla un «modelo dual o paralelo», entendiendo por tal, a aquellos sistemas constitucionales que en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Sin embargo, este mismo autor, advierte también, de la problemática que entraña la implementación de este peculiar modelo dual, en tanto no se conocen de cauces de solución a las posibles discrepancias entre las interpretaciones de los órganos jurisdiccionales ordinarios y la interpretación del Tribunal Constitucional⁹⁸⁴. En este tipo de modelos duales, la única solución posible al conflicto entre los intérpretes, es dejar en claro que, si bien el Tribunal Constitucional no monopoliza la interpretación judicial de la Constitución, sí debe ser considerado el intérprete supremo de la misma. Ahora bien, de seguro, fue éste el razonamiento asumido por el legislador boliviano, al proyectar el contenido del artículo 44. I de la LTC, por el que se establecía, que los poderes públicos, estaban obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional, siendo sus sentencias, declaraciones constitucionales y autos, obligatorias y vinculantes para los poderes del Estado, legisladores, autoridades y demás tribunales⁹⁸⁵. Pero a su vez, es necesario recordar, que el artículo 44.I de la LTC no era el único en reconocer aquel carácter al TCB, puesto que el artículo 45.I de la Ley reguladora del Tribunal, establecía expresamente, que las sentencias eran obligatorias y vinculantes para todos los poderes del Estado en general, y de modo específico para los tribunales. De toda esta explicación, era posible deducir, que los poderes del Estado, así como los tribunales, no sólo quedaban vinculados por el fallo de la sentencia propiamente dicho, es decir, por la parte dispositiva del mismo, sino más allá, esto es, por aquello que la doctrina alemana denomina los «*Tragende Gründe*» o «*ratio decidendi*», y la importancia de estos razonamientos fundamentales radicaba en que, en ellos, se veían contenidos las interpretaciones realizadas por el Tribunal, reiterándose con ello, su status de máximo intérprete de la Constitución.

En fin, más allá de los disensos y consensos suscitados en relación a las facultades interpretativas del Tribunal, aquella instancia de control, en vez de ingresar en la discusión, se centró en responder a través del dictado de pronunciamientos que, no sólo le permitieron justificar y defender su rol de intérprete supremo de la Constitución, sino también, a título de intérprete de la Ley Fundamental, le permitió bregar por senderos en muchos casos alejados de los parámetros Constitucionales y legales, lo que desde luego, abrió otro escenario de discusión, aunque no con la misma intensidad con la que se debatió la figura misma del TCB.

⁹⁸³ Piza Escalante, *Rodolfo*, *Legitimación democrática en la nueva justicia constitucional*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 1995, p. 155.

⁹⁸⁴ García Belaúnde, Domingo, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, Ponencia presentada al VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, organizado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 6.

⁹⁸⁵ Recuérdese que el artículo 4 (Interpretación Constitucional) de la LTC, también reconocía al Tribunal como supremo intérprete de la Constitución.

3. GLOSA DE LA REGULACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS PRINCIPALES VÍAS DE CONTROL NORMATIVO DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA: LOS RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL AMPARO CONSTITUCIONAL.

La facultad nuclear del Tribunal Constitucional, esto es, conocer los recursos de inconstitucionalidad, se encontraba prevista en el artículo 120. 1ª de la Constitución de 1995, en la que señalaba como atribución del Tribunal, «conocer, en única instancia, de los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales.» Como se puede apreciar, el precepto constitucional en cuestión, era general en su regulación, puesto que no reparaba diferencia alguna entre los dos mecanismos – comúnmente conocidos– es decir, entre el recurso abstracto y el incidental de inconstitucionalidad. Si acaso cabía distinción alguna, ella era posible desprenderla de la segunda parte de la mencionada disposición, que aludía a la legitimación activa en los supuestos en que la acción era «de carácter abstracto y remedial», en cuyo caso, sólo podían interponerla el Presidente de la República, cualquier senador o diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo.

De este modo, si bien es cierto que en el texto de la Constitución no se trabajó la diferencia extrañada, aquella sí pudo ser corregida en el contenido de la Ley No. 1836, del Tribunal Constitucional, es decir, la regulación legal proyectada, permitía distinguir ambos procedimientos constitucionales en función a su procedencia. Así, el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad, procedía contra toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial contraria a la Constitución, mientras que el recurso indirecto o incidental, procedía en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependía de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso en concreto⁹⁸⁶.

Ahora bien, en lo que respecta al diseño constitucional del recurso directo de inconstitucionalidad, lo que llamó la atención de la doctrina fue, en primer término, la amplísima legitimación para su interposición ante el Tribunal. Fue partidario de aquella crítica Eguiguren Praeli, para quien, se fue demasiado democrático, por así decirlo, al conceder el derecho de acción directa de inconstitucionalidad a un solo congresista, cuando en la experiencia comparada, ésta legitimación normalmente se encuentra reservada a un determinado porcentaje representativo de congresistas, para que acusen al unísono la inconstitucionalidad de la norma, pero que al no contemplarlo así, el control de constitucionalidad boliviano, se exponía a serios riesgos de expansión de la disputa política al plano jurisdiccional.⁹⁸⁷ Empero, en contraposición al criterio formulado por Eguiguren, no

⁹⁸⁶ Según Oblitas, Fernando, *Notas sobre reformas judiciales y constitucionales*, Editorial Cima, La Paz – Bolivia, 1997, p. 23, el mayor debate que se suscitó en la Comisión redactora del Anteproyecto en relación al recurso indirecto o incidental, versó sobre quién había de estar legitimado para interponerlo. Como era de esperar, surgieron dos criterios, el primero de ellos planteaba legitimar a toda persona que fuere parte del proceso judicial o administrativo, este razonamiento era tributario del tradicional «recurso de inaplicabilidad» que hasta ese entonces se encontraba regulado por el Código de Procedimiento Civil. La otra propuesta, autorizaba al juez, tribunal o autoridad administrativa del proceso en cuestión, para que de oficio o a instancia de parte, promoviera el recurso ante el Tribunal Constitucional. Luego de sendos debates, fue el último criterio el que terminó por imponerse e incorporarse al artículo 59 de la LTC.

⁹⁸⁷ En la perspectiva de Eguiguren Praeli, Francisco, *Los efectos de las decisiones del Tribunal Constitucional, en Justicia Constitucional...opus cit.* p. 99, tomando en cuenta la experiencia jurisdiccional comparada, advierte que en la mayor de la veces, el Tribunal fue un escenario donde se trasladó el debate político hacia una manifestación

faltaron sectores doctrinales que, en base a fundamentos radicalmente opuestos, criticaron la legitimación procesal prevista para tal recurso, por entenderla alicorta. Partidario de esta opinión era Asbún, para quien el sistema democrático boliviano era demasiado delegado o representativo por cuanto aquella acción sólo podía ser iniciada por los representantes, cuando por la propia importancia del recurso, –sostuvo– debió también permitirse a los ciudadanos interponer dicha acción⁹⁸⁸.

El transcurso del tiempo, se encargó de dar la razón a Eguiguren Praeli, puesto que el Tribunal Constitucional, conforme fue desarrollando su labor de control de constitucionalidad de la ley, se vio colapsado no solamente por la carga procesal que entraña la resolución de casos complejos en los que se debe determinar la conformidad o no de la norma impugnada con la Constitución, sino que en muchos casos, la disputa política irresoluta en el Poder Legislativo, fue remitida al ámbito de la jurisdicción constitucional, con lo que la labor del Tribunal se tornó más compleja, dado que al TCB no sólo le tocaba resolver la conformidad de la norma con la Constitución, sino también diversos componentes de carácter político. Sin duda, aquella situación minó y desgastó la imagen del Tribunal frente a la sociedad y el Estado. El desenlace final, como se verá más adelante, fue la desarticulación y la parálisis institucional del Tribunal.

En lo concerniente al objeto de control de constitucionalidad, según se desprendía de la Constitución y la LTC, el Tribunal contaba con una amplia gama de normas susceptibles de impugnación a través de cualquiera de los mecanismos por los que se podía activar dicha atribución, es decir, ya sea por la vía del recurso directo o, por la del incidental. Las normas que podían ser sometidas a control de constitucionalidad eran las leyes, los decretos y cualesquiera resoluciones no judiciales.

Ya en lo relacionado a la tramitación del recurso, el artículo 33 de la LTC, facultaba a la Comisión de Admisión, rechazar por unanimidad los recursos manifiestamente improcedentes, entendiéndose por tales, a aquellos supuestos en los que el recurso carecía en absoluto de contenido jurídico – constitucional que permitiera al Tribunal, asumir una decisión sobre el fondo de la cuestión. Asimismo, podía rechazar aquellas causas en las que el Tribunal, con anterioridad ya hubiera desestimado en el fondo, sobre todo, en aquellos casos que denotaban una naturaleza y objeto sustancialmente análogos. En cualquiera de estas situaciones, la ley reguladora del Tribunal Constitucional, permitía al recurrente interponer el recurso de reposición, que debía ser presentado dentro de los tres días siguientes a la notificación con el rechazo. La encargada de resolver el recurso, era la propia Comisión en el mismo plazo.

Precisando un poco más el trámite ante la Comisión de Admisión, es necesario recordar que, en el supuesto de la interposición de un recurso directo de inconstitucionalidad, la LTC sólo exigía en su artículo artículo 56, que la Comisión requiera el cumplimiento de ciertos requisitos formales como la acreditación de la *personería* de la autoridad recurrente, y la

jurídica es decir, donde las discrepancias en el congreso buscaban ser llevadas a una nueva discusión ante el Tribunal, donde muchas veces quienes pierden un debate en un tema trascendente, con razón o sin ella, acusan a la ley de inconstitucional y buscan que el tribunal constitucional la dirima. Esta expansión del conflicto político al jurisdiccional, lo que hacen es desnaturalizar la esencia del control de constitucionalidad, y con ello, fuerzan a que el Tribunal bregue por senderos incómodos en la medida en que sus decisiones, más allá de revertir un carácter judicial, asumen decisiones estrictamente políticas o con contenido político.

⁹⁸⁸ Asbún, Jorge. *Análisis jurídico – político...opus cit.* p. 29.

constatación de que en el recurso se precisara la norma constitucional que se entendía infringida. Entre tanto, para la interposición del recurso incidental, la norma sí preveía un trámite específico de sustanciación del incidente. En efecto, el procedimiento no hacía referencia a la admisión del recurso incidental por el Tribunal Constitucional, sino a la tramitación en un nivel inferior, es decir, al rechazo o admisión del incidente de interposición del recurso indirecto por ante el juez, tribunal, o autoridad que conocía de la causa judicial o administrativa. En ese sentido, si el juez o autoridad administrativa encontraba manifiestamente infundado el incidente, la resolución de rechazo emitida por el juez, necesariamente debía ser elevada en consulta, de oficio, ante el Tribunal Constitucional. Una vez que el recurso indirecto era admitido por el Tribunal, éste actuado no significaba, en modo alguno, la suspensión de la tramitación del proceso, el que se desarrollaba hasta el momento en que debía pronunciarse la sentencia judicial o resolución administrativa. Está claro que la autoridad judicial ni la administrativa podían asumir una decisión final sobre el asunto, en tanto no fueran notificados con el fallo del TCB.

Ahora bien, es menester centrarnos en el estudio de otra de las atribuciones del Tribunal Constitucional boliviano a través de la cual, aquella instancia de control, supo incidir, al igual que en los recursos de inconstitucionalidad, sobre el ordenamiento jurídico. Dicho mecanismo era el recurso de amparo constitucional. La importancia de aquel recurso, radicaba en que, a los fines del presente estudio, una buena parte, sino la principal fuente del dictado de pronunciamientos interpretativos⁹⁸⁹, fue desarrollada a través de aquel mecanismo. En efecto, la revisión de oficio de las resoluciones de los recursos de amparo constitucional (así como las de hábeas corpus) fue introducida como una competencia del Tribunal Constitucional a raíz de la reforma de la Constitución de 1995⁹⁹⁰. Esta medida asumida por el legislador del año 1995, no hizo otra cosa que recoger un postulado básico previsto en la legislación comparada, que entiende plenamente justificada aquella competencia del Tribunal Constitucional. Desde luego, si se asume la teoría norteamericana de «*preferred position*», que alude a la prelación en el ordenamiento jurídico de los derechos y libertades fundamentales, consecuentemente, la vulneración de cualquiera de ellas importaría también, la infracción de la propia Constitución. Ahora bien, la teoría norteamericana de referencia, se acomodaba perfectamente en el escenario normativo constitucional y legal boliviano, dotando al recurso de amparo, de la importancia necesaria, en tanto permitía no solamente la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales, sino también, entrañaba la defensa objetiva de la Constitución. Por lo mismo, la regulación normativa del recurso de amparo se encontraba diseñada para ser accionada contra toda resolución, acto u omisión indebida de autoridad o funcionario, siempre

⁹⁸⁹ Si se revisan los datos estadísticos del Tribunal Constitucional, en www.tribunalconstitucional.gob.bo, el recurso de amparo constitucional (hoy acción de amparo) representa, después del recurso de hábeas corpus (actualmente acción de libertad), el segundo mecanismo más utilizado para acceder ante el Tribunal Constitucional en procura de obtener un pronunciamiento acerca de la vulneración de derechos fundamentales por parte de una norma, por lo general, contraria a la Constitución.

⁹⁹⁰ Cabe recordar, que la Constitución reformada en 1967, atribuía la facultad de revisión de las resoluciones emitidas al interior de los recursos de amparo constitucional y hábeas corpus, a la Corte Suprema de Justicia, competencia que pasó luego a manos del TCB. Sin duda, esta situación despertó las más férreas críticas de la Corte Suprema, cuyos personeros defendían la postura de que dicha competencia debía seguir siendo atribuida a la jurisdicción ordinaria. Aunque, tal como se encontraba diseñada la figura del recurso de amparo tanto en la Constitución como en su misma ley reguladora, que el Tribunal Constitucional asuma conocimiento del mencionado recurso, no significaba que los tribunales ordinarios no podían también asumir un conocimiento previo de la situación reclamada, y este accionar del Tribunal no hacía otra cosa que instrumentalizar el principio de subsidiariedad.

que no hubiere otro medio o recurso para la protección inmediata de los derechos y garantías. De igual modo, podía emplearse contra todo acto u omisión indebida de persona o grupo de personas particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos o garantías reconocidos por la Constitución y las leyes.

Continuando con la explicación del recurso de amparo, debe recordarse, que la autoridad competente para conocer del aquél, en una primera instancia, correspondía a las Cortes Superiores de Distrito en las capitales de Departamento, y a los jueces de partido en las provincias, para que en forma posterior, la revisión la realice de oficio el Tribunal Constitucional⁹⁹¹. Ahora bien, sobre el tema, la LTC, amplió escasamente la regulación constitucional sobre la intervención del Tribunal, al sostener en su artículo 102.V., que la resolución será elevada en revisión de oficio ante el Tribunal Constitucional en el plazo de veinticuatro horas. A su vez, el artículo 102.1 disponía que la resolución dictada en un recurso de amparo constitucional, debía ser elevada en revisión de oficio ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de veinticuatro horas.

En cuanto a los efectos de la sentencia, el artículo 121.II de la Constitución, reconocía una eficacia general, salvo que se tratase de un derecho subjetivo controvertido, a cuyo efecto, la eficacia se limitaba al caso concreto. A su vez, la ley reguladora del Tribunal Constitucional, en su artículo 102.II preceptuaba de forma expresa, que la resolución que conceda el amparo, determinaría también la existencia o no de responsabilidad civil y penal, previendo en el primer caso el monto indemnizable por daños y perjuicios y, en el segundo, disponiendo la remisión de antecedentes al Ministerio Público.

A partir de estos elementos normativos, el Tribunal Constitucional boliviano, empezó a definir y matizar su jurisprudencia, que como se verá a continuación, recibió los influjos de la legislación comparada en cuanto a la modulación de sus pronunciamientos, yendo en muchos casos contra lo dispuesto en la propia Constitución, o su misma ley reguladora.

⁹⁹¹ Aquella facultad se encontraba contemplada en el artículo 120.7a. de la Constitución reformada en 1995.

CAPÍTULO V

LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

TIPOLOGÍA Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA.

Como ya se señaló, constituye un hito fundamental en la historia jurídica de Bolivia, la aprobación de la Ley No. 1473, por la que se estableció la necesidad de reforma de la Constitución, y la posterior promulgación de la Ley No. 1585 de 12 de agosto de 1995, de reforma a la Constitución Política del Estado, pues a través de dichas modificaciones se instituyó un nuevo paradigma sobre el control de constitucionalidad, bajo el principio de la supremacía constitucional⁹⁹². Precisamente, esto sucedió así, con la introducción de la figura del Tribunal Constitucional en el texto de la Constitución, a partir de la cual, el sistema constitucional boliviano adoptó el modelo de control concentrado⁹⁹³ de la constitucionalidad.

Con todo, es necesario recordar, que el Tribunal Constitucional en Bolivia, inició sus actividades recién en junio de 1999, luego de que el Poder Legislativo aprobase las Leyes No.

⁹⁹² Con anterioridad a la Reforma Constitucional del año 1995, hubo otra en 1861, donde se introduce el control jurisdiccional difuso, que en su artículo 86 preveía el principio de supremacía constitucional, y a su vez, en el artículo 79, otorgaba al Tribunal Supremo de Justicia la labor del control de constitucionalidad, a través de la vía de acción concreta, al prever que «son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, además de las que señalen las leyes: 2º Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes». A partir de estas disposiciones, jueces y tribunales se encontraban obligados a inaplicar las disposiciones que fueran incompatibles con la Constitución. De igual modo, la Corte Suprema de Justicia tenía la facultad de conocer el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una disposición legal, cuyos efectos asumían una dimensión sólo *inter partes*.

⁹⁹³ Sobre la naturaleza jurídica del sistema de control de constitucionalidad en Bolivia, existen criterios dispares. Por un lado, autores como Durán Rivera, Willman R, *La fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional*, en *Seminario Internacional de Jurisprudencia*, Instituto de la Judicatura, Sucre, 3 y 4 de octubre de 2002, p. 16, sostiene que el modelo del control de constitucionalidad en Bolivia es en esencia concentrado, tomando en cuenta que existe un órgano supremo que es el único que puede inaplicar las leyes o declarar la inconstitucionalidad de las mismas con carácter *erga omnes*; y éste, en nuestro modelo, es el Tribunal Constitucional. Similar criterio es sostenido por Baldivieso Guzmán, Rene, *Derecho Procesal Constitucional. Tribunal, Procedimientos y Jurisprudencia en Bolivia*, Sirena, Santa Cruz – Bolivia, 2006, p. 34, quien realizando una reinterpretación del artículo 228 de la Constitución, señala que las facultades de supremo interprete y custodio de la Constitución pasaron de la Corte Suprema de Justicia a manos del Tribunal Constitucional, instancia que asume en su totalidad las competencias de la Corte (sistema difuso), para que sea el Tribunal quien ahora las lleve a cabo con un amplio monopolio (sistema concentrado). Por otro lado, Rivera Santivañez, José Antonio, *Jurisprudencia Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba – Bolivia, 2001, p. 123, precisando el alcance del precitado artículo 228 constitucional, sostiene que el sistema de control de constitucionalidad en Bolivia es mixto, pues de la disposición constitucional de referencia se desprende que «Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán (la Constitución) con preferencia a las leyes...», de ello se desprende que en los supuestos en que el juez o tribunal judicial ordinario, ha momento de conocer o tramitar un proceso judicial, si ha momento de dictar la sentencia se percata sobre la incompatibilidad o contradicción de la ley en la que debe fundarse la misma con una norma de la Constitución, deberá aplicar esta última. Al margen de posturas, se considera que debe tomarse en cuenta el artículo 116 par. IV el cual es taxativo al mencionar que el control de constitucionalidad se ejerce por el TC a cuya consecuencia el modelo adoptado es concentrado, por otra parte la LTC en su artículo 2 refiere que (...) Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva y declare su inconstitucionalidad. No la Corte Suprema, ni los Jueces, sino el TC.

1836, del Tribunal Constitucional (LTC) y 1979, de modificaciones a la LTC⁹⁹⁴. De su Ley reguladora podía desprenderse claramente que el TC contaba con dos mecanismos fundamentales para el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, decretos y demás resoluciones no judiciales, dichos mecanismos recaían en los recursos directo o abstracto, e indirecto o incidental de inconstitucionalidad⁹⁹⁵, a partir de los cuales, el TC boliviano desarrolló una labor que en muchas ocasiones fue muy representativa y activista, lo que le ha valido ser catalogado como una instancia confiable en la labor de protección de la Constitución y los derechos fundamentales de las personas, prestigio que ha sabido ganarse en base al manejo no menos controvertido de la modulación de los efectos de sus pronunciamientos, sobre los cuales se centrará el análisis en esta parte de la investigación.

En efecto, el interés por desarrollar un balance de la tipología, alcance y contenido de los fallos de las sentencias del Tribunal Constitucional boliviano en sus primeros doce años de existencia, se explica a partir de criterios que, en su momento, también fueron considerados por la doctrina y jurisprudencia comparada, más concretamente se trae a colación los fundamentos elaborados a partir de la experiencia española. Así, en primer lugar, no puede dejarse de lado aquel fenómeno que, cuán réplica del modelo español, en el caso boliviano también se hizo patente, es decir, el surgimiento considerable de pronunciamientos cuyo fallo no se limitaba a estimar o desestimar la inconstitucionalidad de la norma, sino que en su lugar, lo que hacían, era remitir a la motivación o a los «fundamentos jurídicos» de la sentencia, para de este modo, condicionar la validez/invalidéz de la norma enjuiciada. Sin duda, este fenómeno despertó una importancia y atención por parte de la judicatura ordinaria, así como de los órganos de poder del Estado, en tanto que la sentencia constitucional, presentaba una conexión entre motivación y fallo tan estrecha que, la decisión asumía un trasfondo total, en el que es prácticamente imposible distinguir los motivos, de la decisión a la que arriban.

En este escenario, cabe recordar, que el artículo 4 (Interpretación Constitucional) de la Ley No. 1836 Ley del Tribunal Constitucional boliviano (LTCB o LTC) señalaba que «los

⁹⁹⁴ El Tribunal Constitucional en Bolivia, se instaló por primera vez el 5 de agosto de 1998, con la posesión de 5 magistrados titulares: Dr. Pablo Dermizaky Peredo (Presidente), Dr. Hugo de la Rocha Navarro (Decano), Dr. Pastor Ortiz Matos, Dr. René Baldivieso Guzmán, Dr. Willman Ruperto Durán Rivera, y 5 magistrados suplentes: Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, Dr. Alcides Alvarado Daza, Dr. Jaime Urcullo Reyes, Dr. Rolando Roca Aguilera y Dr. José Antonio Rivera Santivañez. En esa fecha se había previsto en la Disposición Segunda de la Ley No. 1836 un proceso de *vacatio legis* de un año para que el TC entre en pleno vigor. Sin embargo, dicho plazo tuvo que ser reducido por Ley No. 1979, de 24 de mayo, que estableció la entrada en vigor del TC el 1 de junio de 1999, y no así el 5 de agosto del mismo año.

⁹⁹⁵ Esta afirmación no implica dejar de lado las demás competencias con las que cuenta el TC. Así, de lo previsto en los arts. 120 de la Constitución y 7 de la Ley 1836, se desprende que, son atribuciones también del TC, conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones de cualquier naturaleza, creados, modificados o suprimidos en contravención a la Constitución; De los conflictos de competencia y controversias que se susciten entre los poderes públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios; Las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales contrarias a la Constitución; Los recursos directos de nulidad contra los actos o resoluciones de quienes usurpen funciones que no les competen o ejerzan jurisdicción, potestad o competencia que no emane de la Ley; Los recursos contra las resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras, cuando tales afecten uno o más derechos y garantías concretas, cualesquiera sean las personas afectadas; La revisión de los recursos de Hábeas Corpus y Amparo Constitucional; Las consultas del Presidente de la República, del Presidente del Congreso Nacional y del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de Leyes, Decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto; La constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales y las demandas respecto a procedimientos contrarios de Reforma de la Constitución.

tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional», de lo que se desprendía *prima facie*, que todas las decisiones del TCB presentaban un carácter interpretativo, más allá de lo que concretamente se recogía en el fallo de la sentencia⁹⁹⁶. Sin embargo, los cuestionamientos empezaron a surgir en el momento en que el Tribunal fue más allá, y adoptó la técnica de remitir en la parte del fallo hacia los fundamentos de la sentencia, con lo que la judicatura y los mismos órganos de poder del Estado, empezaron a cuestionarse acerca de la vinculatoriedad que ejercían estas interpretaciones no contempladas en el fallo⁹⁹⁷. A lo que el TCB en sus tempranas sentencias constitucionales manifestó expresamente: «...todos los fundamentos jurídicos o rationes decidendi que sirven de sustento a la parte resolutive (...) tiene carácter obligatorio y vinculante tanto para las partes como para todos los jueces, tribunales, legisladores y autoridades en general, en aplicación del artículo 121.II de la Constitución Política del Estado (CPE) concordante con el artículo 44.I LTC» (Auto Complementario 0036/2003–ECA, correspondiente a la SC 0771/2003 – R). Desde luego, este criterio asumido por el TCB, salvo contadas excepciones, no tuvo mayores repercusiones como las suscitadas en la experiencia jurisprudencial comparada analizada en los capítulos II y III de la presente investigación.

En consecuencia, y como un segundo factor a considerar en esta parte del estudio, se tiene que, al igual que en la jurisprudencia constitucional comparada, en el caso boliviano, la jurisprudencia constitucional local, en varios y significativos casos, adoptó una formulación en sus sentencias, cuyo contenido rebasó no solo la previsión constitucional, sino también la de su ley reguladora, aspecto éste que, sin lugar a dudas, nos conduce a reflexionar detenidamente, si en aquellos supuestos, el Tribunal se extralimitó en sus funciones o si, por el contrario, se mantuvo dentro del diseño de la justicia constitucional realizado por el constituyente. Cabe aquí también una tercera posibilidad formulada por Ezquiaga Ganuzas, para quien, es necesario determinar en qué medida la regulación de las funciones del Tribunal no se adecúa a las necesidades de la institución, con lo que podrían proponer reformas legislativas⁹⁹⁸.

Por ello, en lo que sigue de este capítulo, se realizarán algunas consideraciones a partir del estudio concreto de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional boliviano en estos primeros doce años, los que nos permitirán en forma posterior, entender la etapa

⁹⁹⁶ Como se recordará, en España, debido al especial carácter de intérprete supremo de la Constitución que el artículo 1 de la LOTC le otorga, y como señalara Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Diez años de fallos constitucionales*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 31, septiembre – diciembre, Bilbao, 1991, p. 117, por el valor que la Constitución y su Ley Orgánica reconocen a todas sus decisiones, y por la vinculatoriedad de su jurisprudencia para el poder judicial (art. 5 de la LOPJ), las consideraciones interpretativas del Tribunal constitucional en sus motivaciones poseen, en la práctica, casi la misma fuerza vinculante que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto realizada en el fallo de una sentencia.

⁹⁹⁷ Como lo afirmara Cervati, Ángelo, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, en AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè. Milán, 1988, p. 126, existe una diferencia sustancial entre el dictado de una sentencia interpretativa, es decir, aquella que condiciona la constitucionalidad de la norma a una concreta interpretación de esta prevista en la motivación del mismo pronunciamiento, y aquella meramente interpretativa a través del cual, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de un precepto en la parte dispositiva de la decisión. Precisamente, la diferencia radica en que a través de la primera, la sentencia mantiene dentro del ordenamiento el enunciado legal pero asociado a un significado concreto, mientras que en el segundo caso, el enunciado es expulsado del ordenamiento jurídico. Luego, en el segundo supuesto, el Tribunal se desempeña dentro del paradigma del legislador negativo, más no sucede así en el segundo supuesto, en tanto que la interpretación y la eficacia que de esta se pretende desprender, coloca el Tribunal en un papel paralegislativo.

⁹⁹⁸ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Diez años de fallos constitucionales...opus cit.*, p. 117.

crítica que le tocó vivir, hasta la reconfiguración constitucional y legal de esta instancia de control de la constitucionalidad en Bolivia. En ese sentido, a partir de la descripción de las previsiones constitucionales y legales sobre los contenidos de los fallos en la jurisdicción constitucional, nos detendremos a estudiar los fallos interpretativos emitidos por el TCB, la concepción del Tribunal sobre los mismos, su tipología⁹⁹⁹ y su justificación por medio de los principios de conservación de las normas y de interpretación conforme a la Constitución, para finalmente, articular a manera de epílogo, algunos esbozos críticos sobre la práctica desarrollada por el Tribunal en este ámbito.

I. LAS SENTENCIAS ATÍPICAS Y EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN: ENTRE LA INTERPRETACIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LA NORMA POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO.

Es necesario partir del razonamiento de Nogueira Alcalá¹⁰⁰⁰, quien sostiene que la Constitución de un Estado, no es solo un conjunto de normas superiores del ordenamiento jurídico, sino que expresa un orden de valores que deben ser realizados por los operadores jurídicos y políticos de ella. Por ello, no resulta extraño que los enunciados constitucionales, por regla general, tengan un alto nivel de abstracción y admitan diversos desarrollos alternativos que pueden ser adoptados en base al principio democrático, a través de la posible alternancia en el poder de las fuerzas políticas que se suceden en el tiempo, todo ello, por los medios definidos y regulados por la Constitución. Es precisamente este paradigma de complejidad y abstracción normativa el que obliga a una interpretación de ella conforme con sus valores y principios en un sentido unitario y sistemático, buscando asegurar y garantizar al máximo posible el pluralismo y la libertad del legislador en la configuración legal de la vida social y política.

En ese sentido, desde la perspectiva del principio democrático, los operadores e intérpretes jurídicos de la Constitución, deben presumir la buena fe y constitucionalidad de la obra del legislador, así como de los otros operadores jurídicos, ha momento de realizar una interpretación conforme a la Constitución de las disposiciones normativas, salvo que de dichos enunciados normativos no sea posible extraer ninguna interpretación que sea conforme con la Ley Fundamental. Ciertamente, es ésta la delicada operación que representa desarrollar el principio constitucional de «*conservación normativa*», «*conservación del derecho*», o de «*presunción de constitucionalidad de los actos legislativos*», que se encontraba recogida en el artículo 2 de la LTC, que

⁹⁹⁹ En la actualidad el propio TCB construyó la siguiente categoría de pronunciamientos constitucionales: *Sentencia Fundadora o Básica*, es aquella que sienta o establece un entendimiento nuevo. *Sentencia Moduladora*, la que realiza alguna modificación o precisiones que surgen en el desarrollo de la línea jurisprudencial, pero que no implica un cambio radical a la misma. *Sentencia Mutadora o Cambiadora de línea*, las que efectúan un giro radical o un cambio de entendimiento en la línea jurisprudencial existente. *Sentencia Reconductora de línea*, es aquella sentencia que retoma un entendimiento superado. *Sentencia Aplicadora de la norma*, entendida como aquella que se limitan a aplicar la norma a un caso concreto, que subsumen el caso en la norma. *Sentencia Sistematizadora*, se caracteriza porque sistematiza los precedentes sobre un mismo tema, contenidos de manera dispersa en varias sentencias constitucionales y establecen de manera clara las subreglas en torno a un determinado problema jurídico. *Sentencia Unificadora*, que unifican la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

¹⁰⁰⁰ 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 N° 1, 2004, pp. 113 – 158.

buscaba evitar la eliminación o el desmantelamiento del ordenamiento jurídico, de textos que pudieran ser interpretados en algún sentido en conformidad a la Constitución¹⁰⁰¹.

Asimismo, tomando en cuenta las consideraciones realizadas por Ezquiaga Ganuzas, es importante tener en cuenta que todas las decisiones del Tribunal Constitucional (e incluso todas las decisiones judiciales) son interpretativas en tanto que, para dilucidar conflictos, resulta imprescindible aplicar enunciados legales, y esta operación exige, necesariamente, atribuir a esos enunciados un significado, o lo que es lo mismo, determinar una norma a partir de los preceptos¹⁰⁰². Esta afirmación, al igual que para el caso español, es válida para el caso boliviano, en la medida en que, si se toma en cuenta la finalidad del control de constitucionalidad, esto es, «garantizar la primacía de la Constitución» según el artículo 1 de la LTC¹⁰⁰³, se requiere de la atribución de un significado a partir de la interpretación no sólo de los texto objeto de impugnación, sino también para la determinación del significado de los enunciados constitucionales, y así poder «enjuiciar la conformidad» de aquéllos con ésta. Luego, todo control de constitucionalidad requiere ineludiblemente la interpretación de los enunciados tanto constitucionales como legales, resultando de todo esto, una deducción lógica: que todas las sentencias recaídas en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad son interpretativas, tal como en su momento lo expresara el TCE en su sentencia de fecha 13 de febrero de 1981.

Partiendo de lo preceptuado en el artículo 35.1 de la LOTC en el caso español, y los artículos 4 y 59 del LTC para el caso boliviano, para la tramitación del recurso incidental de inconstitucionalidad (cuestión de inconstitucionalidad en España), se requiere como requisito previo, que el juez (o autoridad administrativa en Bolivia) plantee la duda sobre la

¹⁰⁰¹ Como se pudo observar en los anteriores capítulos, la interpretación constitucional que realiza la magistratura constitucional opera fundamentalmente sobre la distinción entre enunciado normativo o disposición normativa y norma. Los enunciados normativos o disposiciones o textos normativos, son diferentes de las normas o proposiciones jurídicas que se desprenden por vía interpretativa de los textos. El texto es el enunciado normativo sobre el cual recae el proceso de interpretación, y consecuentemente, las normas o proposiciones normativas constituyen el resultado de dicho proceso. Así, un enunciado normativo o texto puede tener diversas normas, como asimismo, una norma puede estar contenida en diversos textos, ya que la relación entre enunciado normativo o texto y la norma no tienen necesariamente un carácter unívoco. En ese sentido, la distinción desarrollada en su momento por Crisafulli, es la que permite justificar y legitimar algunos tipos de sentencia denominadas «atípicas», desprendiéndose de esto, que el objeto del control de constitucionalidad recae sobre normas jurídicas que se derivan vía interpretación de las disposiciones normativas.

¹⁰⁰² Para Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Diez años de fallos constitucionales...opus cit.*, p. 121, dejando de lado aquella discusión acerca de si caben los casos claros que pueden ser aplicados sin interpretación, o si ésta debe producirse en toda aplicación jurídica, entiende a los fines que importan al presente estudio, que en la mayoría de los casos de aplicación judicial del derecho existe un componente interpretativo, ya sea porque uno o más enunciados ofrezcan dudas de significado, o porque, aunque sean de comprensión clara para el juez, es preciso ponerlos en conexión para obtener la norma (el significado) que resulte aplicable al caso. Para este autor, la regla es aplicable incluso para aquellos supuestos en los que el juez decide recurrir al precedente, para asumir atribuciones de significado realizadas anteriormente por él mismo o por otro juez, pero, enfatiza, el componente interpretativo tampoco se encuentra ausente en esta situación, ya que en algún momento se ha debido llevar a cabo el proceso de interpretación.

¹⁰⁰³ Sobre el particular, en el caso español, el artículo 27.1 sostiene «Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados.» Además, en virtud del artículo 28.1 LOTC, para constatar la conformidad deben tenerse en cuenta, además de los preceptos constitucionales, «las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas».

constitucionalidad del precepto. Esta exigencia también es aplicable para los casos de sustanciación de los recursos de inconstitucionalidad, donde el Presidente del Gobierno, el Fiscal General, el Defensor del Pueblo o cualquier diputado o senador (cincuenta Diputados y Senadores en España) deben plantear su discrepancia interpretativa y, si el enunciado normativo admite diferentes interpretaciones, será el Tribunal quien defina la interpretación que concuerde con la Constitución.

Por lo mismo, y en principio, resultaría por demás sensato sostener, que en las sentencias del Tribunal Constitucional, es común hallar declaraciones interpretativas en la motivación de la decisión, particularmente dentro del apartado de los fundamentos jurídicos. Son pronunciamientos que, de ordinario, contemplan las interpretaciones implícitas de enunciados constitucionales y/o legales necesarios para resolver el conflicto expuesto. Sin embargo, el supuesto de sentencia interpretativa al que ahora nos referimos, es otro en el que el Tribunal, atribuye concretos significados a enunciados cuya constitucionalidad se cuestiona, precisamente para hacerlos compatibles con la Constitución y así, poder mantenerlos dentro del ordenamiento jurídico, y de cuyos casos la temprana jurisprudencia del TCE presenta varios supuestos, como la STC 64/1982¹⁰⁰⁴, en cuyo FJ 9 se precisa cómo debe entenderse el artículo 8.4 de la Ley 12/1981, de la Generalidad de Cataluña para mantener su constitucionalidad, o la STC 71/1982¹⁰⁰⁵, donde el Tribunal realizó varios pronunciamientos interpretativos sobre disposiciones de la Ley 10/1981¹⁰⁰⁶, que aprueba el Estatuto de Consumidor; concretamente en el FJ 5, vierte una interpretación acerca del contenido de los artículos 4 y 6 de modo tal que a través de las mismas, pueda salvar su constitucionalidad, siendo el constructo hermenéutico elaborado por el Tribunal, el siguiente: donde dice «cuanto esté legislado» hay que entender que dice «cuanto esté legislado o lo que legisle el Estado» (FJ 8); Asimismo, en el FJ 17, realizó una interpretación del artículo 15, que refería al derecho del consumidor a un servicio posventa satisfactorio, siendo el entendimiento del mismo por parte del Tribunal, «en el sentido de que el consumidor tiene derecho a disponer de un servicio posventa, cuando así se haya convenido en el contrato o cuando en la normativa estatal se establezca...».

Otro antecedente que se cita acá por su importancia para la jurisprudencia española, es la relacionada con la STC 76/1983¹⁰⁰⁷, por la que el Tribunal, a través de interpretaciones evitó la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de varias disposiciones de la LOAPA. Por su relevancia, se cita aquí el FJ 12 del precitado pronunciamiento, en el que el Tribunal plantea una interpretación sobre el artículo 7.2, párrafo primero de la ley enjuiciada, y por la que se reconoce al Gobierno un poder de vigilancia de las Comunidades Autónomas, siendo el criterio del Tribunal, que «se concreta en la facultad de formular los requerimientos procedentes a fin de subsanar las deficiencias en su caso advertidas en la ejecución de la legislación del Estado por las Comunidades Autónomas, requerimientos, por otra parte, que no tiene carácter vinculante», para construir esta interpretación, el Tribunal tuvo que recurrir a los debates parlamentarios del precepto¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁴ Recurso de inconstitucionalidad de fecha 4 de noviembre.

¹⁰⁰⁵ Recurso de inconstitucionalidad de fecha 30 de noviembre

¹⁰⁰⁶ Aprobada por el Parlamento Vasco en fecha 18 de noviembre.

¹⁰⁰⁷ Recurso de inconstitucionalidad de fecha 5 de agosto.

¹⁰⁰⁸ La STC 76/1983, contempla también una interpretación del artículo 19.1 de la LOAPA en su FJ 24.

Cabe recordar, que las sentencias interpretativas pronunciadas por el TCE, no solamente fueron emitidas al interior de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, sino también, como consecuencia de la resolución en vía de amparo¹⁰⁰⁹ V. Gr. la STC 63/1982¹⁰¹⁰, en la que el Tribunal, esgrime en el FJ 3, que «El principio de mantenimiento de la Ley que, según reiteradas declaraciones de este Tribunal, orienta su doctrina, aconseja en este caso reducir el alcance de la decisión estimatoria, sin hacer uso de la facultad que el artículo 55.2 L.O.T.C. nos otorga para plantear ante el Pleno del Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso –Administrativa. Esta cuestión sólo ha de plantearse cuando el acto del poder que se anula es consecuencia ineluctable de la aplicación de la norma, y no puede decirse que ello haya sido así en el presente asunto, pues el artículo 64 citado no veda el emplazamiento directo de quienes puedan comparecer como demandados en razón de ser titulares de un derecho o de un interés legítimo ya defendido en el procedimiento administrativo, cuando aparecen suficientemente identificados en el escrito de interposición del recurso o en la demanda. Para estos supuestos, la insuficiencia de la norma constitucionalmente válida para el emplazamiento de quienes no son titulares de derechos o intereses legítimos que se intentaron hacer valer en el previo procedimiento administrativo o, aun siéndolo, no aparecen identificados, o cuyo domicilio se ignora, puede ser suplida por las correspondientes de la L.E.C., y en esta interpretación el artículo 64 no es contrario a la Constitución, permite que pueda buscarse dentro de la vía judicial ordinaria el remedio contra la indefensión y puede ser mantenido en tanto que el legislador no dé una nueva regulación de la materia más plenamente ajustada a la Constitución». Como se tendrá oportunidad de apreciar más adelante, el TCB también se valió de los recursos de amparo constitucional (hoy acción de amparo) para emitir pronunciamientos interpretativos, y ello es una muestra de cómo en el caso boliviano, el intérprete supremo de la Constitución, fue heredero de las prácticas desarrolladas en el continente europeo.

En efecto, el TCB, al igual que sus pares europeos y latinoamericanos, ha desarrollado una tipología de «sentencias atípicas», o conocidas también con el nombre de sentencias interpretativas o intermedias, en las cuales la magistratura constitucional ponderó los valores y principios constitucionales en juego¹⁰¹¹, optando por aquellas soluciones que provocasen menos daño al ordenamiento jurídico, y sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales, evitando a su vez, la emergencia de vacíos normativos.

Empero, si bien es cierto que a través de las sentencias atípicas el TCB buscó precautelar el principio de conservación de las normas legislativas (posibilitando de esta forma,

¹⁰⁰⁹ Véase en ese sentido, la STC 31/1984, de 7 de marzo, por el que se resolvió un amparo por la presunta vulneración del artículo 14 de la CE realizada por el Real Decreto 124/1982, de 15 de junio, sobre fijación del salario mínimo interprofesional. En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional decidió denegar el amparo en virtud a una interpretación del Decreto compatible con el artículo 14 de la CE, Vid el FJ 11.

¹⁰¹⁰ Recurso de amparo de fecha 20 de octubre.

¹⁰¹¹ Como se pudo apreciar en los anteriores capítulos, a raíz de esta ponderación de valores y principios constitucionales surgen las sentencias interpretativas, sobre las cuales, si bien es posible establecer una amplia tipología, también es cierto que aún no existe un punto pacífico sobre sus efectos y alcances como categoría, y ello debido a las dificultades de dicha caracterización. Así, las prácticas jurisprudenciales de los tribunales constitucionales europeos como Austria, Alemania, Italia y España, nos demuestran sus particularidades específicas, en torno a los efectos y alcances especiales de sus sentencias, que de un modo u otro, están siendo reproducidas también, en la actualidad, por los tribunales constitucionales de Sudamérica, y Bolivia no se encuentra ausente de dicho concierto.

salvar la norma legislativa de una inminente declaración de nulidad), así como otorgar una certeza jurídica y la aplicación uniforme del derecho, asumiendo los principios constitucionales y una interpretación sistemática y finalista, no menos cierto es, que con esto, el TCB desarrolló una intervención positiva¹⁰¹² criticada duramente desde la doctrina¹⁰¹³, en tanto que esta medida implicaba el abandono por parte del Tribunal de aquel paradigma del legislador negativo dentro del cual debía operar y, para cuya finalidad fue concebido. En este panorama, se exigía al Tribunal, no confundir la labor legislativa con la labor jurisdiccional que le correspondía asumir. En el razonamiento de Aguiar de Luque, de lejos, el Tribunal debía ser capaz de comprender, que la función legislativa dentro del marco de coincidencias que representa la Constitución, supone traducir normativamente, «una opción política no programada» y, en consecuencia corresponde en modo exclusivo al legislador ordinario, representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del Derecho, no incumbiendo al Tribunal «enjuiciar el mayor o menor acierto con que los operadores jurídicos están llevando a cabo esta labor». Luego, para lo que sí está calificado el Tribunal, es para analizar la adecuación de la legislación al marco constitucional o, en otras palabras, le asiste un deber ineludible por «establecer el significado de un texto y decidir si es conforme con la Constitución», y nada más¹⁰¹⁴.

¹⁰¹² Como ya lo sostuviera Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la...* opus cit. p. 98, resultaría un sinsentido relacionar a la labor del Tribunal Constitucional con la función legislativa, puesto que «El Tribunal Constitucional, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de una norma inconstitucional, no produce sino que anula una norma, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como legislador negativo». Sin embargo, como ya tuviera oportunidad de apuntar Aguiar de Luque, Luis, *El Tribunal Constitucional y la función legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión*, en revista de Derecho Político, Núm. 24, Madrid, 1987, p. 11, el problema no se centra en sostener una mera diferencia en la forma de incidir en la configuración del ordenamiento, «positiva en el órgano parlamentario, negativa en el órgano de Justicia constitucional». Para este autor, es necesario tener en cuenta los criterios que guían y sirven de fundamento a la función de cada uno de tales órganos. Para explicar su razonamiento, trae a colación la realidad normativa del caso español, en donde las «...Cortes representantes del pueblo español (artículo 66.1) en quien reside la soberanía nacional (artículo 1.2) ejercen la potestad legislativa del Estado, función política por excelencia. Mientras que el Tribunal Constitucional, por el contrario, desempeña la función de control de constitucionalidad, función jurídica de carácter rogado». Desde luego, ha sido este también el razonamiento expresado por el Tribunal Constitucional español expresadas en sus tempranas sentencias, donde se encargó de señalar expresamente, las diferencias que separan a uno y otro órgano al precisar que en un plano debían situarse a las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merecían, y en otro plano muy distinto, situar a la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos.

¹⁰¹³ Al igual que Gómez de la Escalera, Juan José, *Las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional...* opus cit., Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos...* opus cit., p. 122, sostiene que las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales son creaciones instrumentales para hacer más operativos los valores y principios constitucionales, explicitando su fuerza normativa y garantizando la mayor adecuación del ordenamiento infraconstitucional a la Constitución, ya sea para evitar la vulneración de derechos fundamentales o para evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad que tolerar la vigencia de la norma declarada inconstitucional. Sin embargo, el mismo autor se encarga de precisar que el límite a esta operación radica en que la sentencia atípica del TC debe explicitar, a través del proceso interpretativo o de integración judicial un valor o principio constitucional que se deduce de la Ley Fundamental (a rime obbligate), desempeño éste que no constituye una actividad legislativa propiamente dicha, sino una simple interpretación o integración constitucional, que ofrece la ventaja de economía procesal y seguridad jurídica. En ese sentido, se advierte también, que a través de este tipo de pronunciamientos, debe evitarse encubrir el supuesto de una creación «ex novo» de enunciados normativos por el Tribunal Constitucional, lo que en un Estado constitucional democrático corresponde al Parlamento.

¹⁰¹⁴ Aguiar de Luque, Luis, *El Tribunal Constitucional y la...* opus cit. p. 13.

Sobre el particular, en el sistema constitucional boliviano, la LTC preveía en su artículo 4 (Interpretación Constitucional) que «En caso excepcional de que una ley, decreto o cualquier género de resolución admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional en resguardo del principio de conservación de la norma adoptará la interpretación que concuerde con la Constitución...», asimismo, en su artículo 48 (Forma y contenido de la sentencia) señalaba que la sentencia deberá contener «La parte resolutive en la que se pronunciará el fallo sobre el fondo del recurso o demanda, en la forma prevista para cada caso, su dimensionamiento en el tiempo y los efectos sobre lo resuelto...», lo que en cierto modo, otorgaba al TCB una visión flexible del binomio constitucionalidad – inconstitucionalidad, posibilitándole realizar modulaciones, grados y ponderaciones en sus pronunciamientos. A partir de estas disposiciones legales, el TCB para atenuar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales, se permitió desarrollar una modalidad de sentencias denominadas –como se vio en la jurisprudencia constitucional comparada– de «*interpretación conforme*» a la Constitución, a través de las cuales, se evitó declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados, cuando pueden tener en algún sentido una interpretación «*secundum constitutionem*», eliminando todas las demás hipótesis interpretativas como contrarias a la Constitución, señalando así, el único sentido en el que la norma legal es conforme a la Constitución, y evitando de esta forma recurrir a la abrogación o derogación de la norma inconstitucional tal como lo preveía el artículo 58. II de la LTC¹⁰¹⁵.

Esta postura asumida por el Tribunal Constitucional boliviano –si se presta atención al papel que desempeñan los tribunales o cortes constitucionales en la legislación comparada– no constituye un caso anómalo o excepcional, lo que no significa que su estudio y delimitación no sean importantes, pues a través de esta categoría de pronunciamientos, se dio concreción normativa a las cláusulas abstractas de la Constitución, convirtiendo los derechos políticos y abstractos en derechos jurídicos y concretos. Empero, ya Rivera Santivañez, observaba que, esta especificación del contenido general de la Constitución, necesariamente implicaba la creación de Derecho que era extraído por el Tribunal, y que se traducían en el desprendimiento de innumerables normas implícitas, no expresadas, contenidas en la Constitución, y que al derivarse de ésta, devenían idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. De ello se desprende, que en el constitucionalismo contemporáneo se cambió la concepción clásica sobre la función de la jurisdicción constitucional, pues frente a la visión kelseniana del «legislador negativo», hoy se la concibe en la función «creadora del Derecho»¹⁰¹⁶. Así lo han advertido también, autores como Caretti y Cheli quienes afirman, a partir de la observación de las diversas experiencias europeas «...la existencia de una tendencia general expansiva que lleva a los Tribunales constitucionales a deslizarse hacia un terreno que parece resultar extraño a su esfera de competencia»¹⁰¹⁷, ya sea porque esta labor implica ineludiblemente parangonable con

¹⁰¹⁵ Pero además, como lo recuerda Gómez de la Torre Maraño, Misael, *Comentario crítico a la nueva Constitución Política del Estado*, Bolivia, 2008, p. 40, no debe olvidarse que el TCB, también empezó a suprimir frases, artículos y después normas enteras (del Legislativo, del Ejecutivo e incluso, sentencias del poder judicial) durante su vida histórica.

¹⁰¹⁶ Para Rivera Santivañez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno*, en Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales No. 002, Vol.4, Universidad de Talca, 2006, p. 585, las decisiones adoptadas por la jurisdicción constitucional tienen la forma y contenido jurídico, pero tienen efectos de carácter político, ello obliga a que, en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, se brinde un especial cuidado al estudio de las sentencias constitucionales.

¹⁰¹⁷ Caretti, P. y Cheli, E., *L'influenza del valor costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, en Pizzorusso, Alessandro, y Varano V., *L'influenza del valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milán. 1985, vol. II, p. 1021.

el rol de un verdadero legislador positivo o colegislador. Desde luego, como bien lo resumiera Schlaich, el estudio sobre esta temática, representa un capítulo propio del constitucionalismo del Estado social de Derecho, que al conferir a los textos constitucionales una función transformadora e introducir en los mismos, amplios contenidos materiales, involucran en dicha labor tanto al legislador como al Tribunal Constitucional, por lo que urge una tarea que permita distinguir las funciones entre el primero y el segundo que, apenas se pueden evitar¹⁰¹⁸, si se toma en cuenta la imperiosa labor hermenéutica desarrollada por la instancia de control en procura de alcanzar, su misión constitucional, esto es, la de ser el intérprete supremo de la Constitución.

En tal sentido, con este estudio buscamos adentrarnos en el análisis de aquellas decisiones emanadas de la jurisdicción constitucional boliviana en el control de constitucionalidad de la ley que la doctrina llegó a denominar como «sentencias interpretativas», o como López Bofill se encargó de denominar como «formas interpretativas de decisión»¹⁰¹⁹, para referirse a ese amplio espectro de decisiones interpretativas estimatorias, desestimatorias, interpretaciones conformes, interpretaciones conformes cuya definición se arrastra al fallo, interpretaciones en sentencias cuyo fallo remite en general a los fundamentos (o remite a un fundamento en particular) o interpretaciones conformes que despuntan de los razonamientos sin proyección en el fallo¹⁰²⁰, todos ellos, aplicados a la experiencia de la

¹⁰¹⁸ Schlaich citado por Aguiar de Luque, Luis, *El Tribunal Constitucional y la...opus cit.* p. 13.

¹⁰¹⁹ Como ya advirtiera López Bofill Héctor, *Decisiones Interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 19, este cambio en la denominación de la sentencias interpretativas, responde a la insatisfacción originada en una cierta ausencia de entendimiento sobre las premisas mismas que han de fundamentar la clasificación de las decisiones emanadas por el Tribunal Constitucional. Por ello, el autor propone emplear la expresión «formas interpretativas de decisión», en tanto que la misma comprende, de un lado, las distintas variantes que la doctrina clásica incluye en las llamadas «sentencias interpretativas», es decir, sentencias en las que se declara la constitucionalidad del precepto legal enjuiciado pero en las que se subordina el contenido normativo de la ley a la interpretación que el Tribunal Constitucional entiende adecuada a la Constitución. Para tal fin, el Tribunal se encargó de proyectar una multiplicidad de fórmulas en las que estas decisiones se manifiestan: V. Gr. los pronunciamientos desestimatorios en los que como se vio en los capítulos anteriores, declaran la constitucionalidad del precepto siempre que se ajuste a la interpretación constitucionalmente conforme que el Tribunal Constitucional define. Dentro de este abanico de fórmulas, también se encuentran los pronunciamientos estimatorios, es decir, aquellos que declaran la inconstitucionalidad de la ley en la medida en que ésta se interpreta de una determinada manera, aunque claro está, dicha declaración no supone la nulidad y la expulsión del texto del ordenamiento jurídico. Por otro lado, en dichas sentencias, la interpretación de la ley que se considera constitucionalmente conforme puede consignarse en el fallo o puede derivarse de una remisión a los fundamentos, la que a su vez, puede ser genérica o concreta; desde luego, no puede dejarse de lado, aquellas sentencias que, sin hacer mención explícita a condicionantes interpretativos con los que sujetar la comprensión constitucional de la ley, de la lectura de la sentencia en su conjunto se acaba deduciendo una propuesta de comprensión del precepto de algún modo vinculante para el resto de operadores jurídicos.

¹⁰²⁰ Cabe aclarar, que el presente estudio también abarcará aquellas decisiones que, en la perspectiva de López Bofill Héctor, *Decisiones Interpretativas en el...opus cit.* p. 21, también se hallan inmersas dentro de la categoría «formas interpretativas de decisión», pero que no necesariamente coinciden con lo que tradicionalmente se entiende por «sentencia interpretativa». Es el caso de las llamadas «sentencias manipulativas», o el caso de otras modalidades designadas como «sentencias aditivas» o «sentencias sustitutivas». En la crítica realizada por López Bofill, no es posible diferenciar aquellos supuestos en los que el Tribunal aparentemente «interpreta», de aquellos en que va más allá al «añadir» algo al enunciado de la ley o la «manipula», ya que la premisa que la sostiene, entiende erradamente que la operación realizada es de diferente naturaleza. En la tesis de López, el Tribunal Constitucional no hace nada sustancialmente diferente que justifique la separación conceptual de ambos tipos de pronunciamientos, es decir, el Tribunal, en todos aquellos casos en los que dicta una sentencia interpretativa o manipulativa, altera el contenido normativo de la ley, en la medida en que estas decisiones, aportan algo «nuevo»

jurisprudencia constitucional boliviana, tomando claro está, como referente la experiencia de los estados europeos antes estudiados.

Desde luego, llevar a cabo un estudio de esta categoría de pronunciamientos, implica asumir la existencia de una variada tipología de las sentencias que, más allá de permitirnos verificar su encuadre constitucional, representan también, la oportunidad para medir las repercusiones de dichas decisiones en relación al comportamiento de la jurisdicción constitucional y en la recepción de sus fallos por parte del resto de operadores. Es por esta misma razón que los estudios sobre la materia, buscan trabajar en la definición acerca de los límites en los que debe operar no solamente el Tribunal, sino también, la naturaleza de sus pronunciamientos, esto es, decidir acerca de la forma en que se expresará el juicio de constitucionalidad, sobre todo si lo que se critica al mecanismo adoptado por el Tribunal para el dictado de sus sentencias, radica en la poca nitidez acerca de los criterios sobre cuándo el fallo debe consignar la interpretación constitucionalmente adecuada, o cuándo debe enunciarse la interpretación o interpretaciones desechables, o cuándo es suficiente que la interpretación se envuelva en un manto de mera recomendación dirigida al legislador, así como al resto de operadores jurídicos.

En ese sentido, es importante considerar, que el enfoque doctrinal sobre la materia, presenta más de un criterio al analizar la forma de la decisión de constitucionalidad a partir de la interpretación constitucional llevada a cabo por el Tribunal Constitucional. Así, es posible encontrar tendencias, en las que la construcción de las categorías ordenadoras de los pronunciamientos es llevada a cabo en «abstracto», frente a las otras corrientes que rechazan la posibilidad de articular una clasificación en abstracto de las decisiones de constitucionalidad, en tanto entienden a dicha abstracción como mero contraste entre el contenido normativo de la ley y la operación hermenéutica realizada por el Tribunal para ajustar las disposiciones controladas a la Constitución¹⁰²¹.

a la comprensión de la ley que no se encontraba con anterioridad. En base a este razonamiento, sostiene vehementemente que, aquellas distinciones fundadas en una presunta inmutabilidad de la ley controlada, en contraste con aquellas decisiones en las que la ley es transformada o manipulada, parece que pierden su virtualidad a efectos teóricos, sobre todo, si se denota esta capacidad transformadora de la ley inherente a la decisión de constitucionalidad, lo que resulta de cualquier aplicación de un texto jurídico a una circunstancia concreta, que en el caso español, resulta del contraste entre la interpretación del contenido de la Constitución con el contenido de la ley objeto de control.

¹⁰²¹ Esta es la tesis sostenida por López Bofill Héctor, *Decisiones Interpretativas en el...opus cit.* p. 24, quien señala que, la estrategia de la doctrina consiste en analizar la forma de la decisión de constitucionalidad a partir de la interpretación constitucional considerada en abstracto, es decir, lo que se hace, es examinar la forma que la decisión de constitucionalidad adopta suponiendo lo que viene a constituir un «núcleo duro» de significación de la ley y modulando hasta qué punto la decisión de constitucionalidad, al adecuar la disposición a los mandatos constitucionales, respeta o se aleja de este supuesto «núcleo duro» de la disposición controlada. Para este autor, es a partir de la determinación del núcleo que se dictamina si el juez de constitucionalidad ha extraído una «interpretación» de la ley constitucionalmente adecuada que permite eludir la declaración de inconstitucionalidad o que ha «añadido» un supuesto de consecuencias normativas no previsto por el legislador o, que en todo caso, más grave aún, ha llegado a «sustituir» la voluntad del legislador al desplazar el enunciado de la ley introduciendo un mandato autónomo sin soporte interpretativo. Luego, sólo a partir de este «núcleo duro» de significación es posible llegar a definir si la interpretación del juez de la constitucionalidad respetó el tenor literal o, por el contrario, desfiguró los enunciados legales sometidos a enjuiciamiento. Empero, el problema de toda esta clasificación clásica como la denomina López Bofill, radica en la falta de claridad conceptual acerca de cómo se determina el «núcleo duro» de significación, o cómo se establece el canon que permite pasar de los enunciados textuales de la ley a las normas que dichos enunciados textuales contiene.

Sin duda, cuando se aborda un estudio sobre las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y la determinación de la aplicación del principio de interpretación conforme, es necesario también, trabajar en una precisión hermenéutica que nos permita conocer, si la decisión asumida por el juez de la constitucionalidad, representa una interpretación *stricto sensu* donde, ciñéndose a la voluntad del legislador, se limitó a podar aquellas interpretaciones constitucionalmente inaceptables o, en realidad, constituye una verdadera reconfiguración de la norma por parte del Tribunal, que no significa otra cosa que la aplicación desmedida del poder interpretativo con el que se encuentra investido, para alterar el contenido de la ley. Ahora bien, en este análisis, habrá que considerarse también, el rol institucional que le toca desempeñar al Tribunal Constitucional, puesto que, cuando el juez de la constitucionalidad se decanta por la aplicación de un pronunciamiento interpretativo en la modalidad que fuera (unilateral, manipulativa, aditiva o sustitutiva), se entiende que a través de esta, busca un determinado efecto sobre los otros órganos constitucionales V. Gr. sobre el legislador y/o sobre los jueces ordinarios¹⁰²². Desde luego, la importancia del diálogo institucional que se desprende a partir del dictado de pronunciamientos interpretativos, es de capital importancia, en la medida en que se considere a estas, como vías de comunicación con los poderes del Estado, que permitan en forma positiva la articulación o, en otra dimensión negativa e indeseable, bloquear la participación de estos entes en el proceso de interpretación conjunta de los contenidos constitucionales, así como de las normas legales constitucionalmente interpretadas. Es decir, no debe dejarse de lado el balance sobre las repercusiones que puede desencadenar el pronunciamiento constitucional emanado del Tribunal, y las reacciones que se esperan por parte del legislador o del juez llamado a aplicar la ley, como se pudo ver en la experiencia alemana o italiana respectivamente. Por lo mismo, abordar la temática de las decisiones interpretativas, supone tener en cuenta, que se trata de un problema típico no sólo de las jurisdicciones constitucionales europeas de control de constitucionalidad concentrado de la ley, sino también, de los tribunales constitucionales latinoamericanos (y del cual Bolivia no se encuentra ausente), que proyectaron esta instancia de control de constitucionalidad, a partir del tráfico de ideas y de experiencias que les tocó vivir a sus pares en el viejo continente. Al ser herederos en parte, de aquel modelo kelseniano del control de la constitucionalidad, también se asumen las variaciones operadas en aquel paradigma clásico con el que fue proyectado el Tribunal Constitucional, por lo que el recurso al dictado de sentencias interpretativas, no representa un fenómeno ajeno a nuestra realidad, puesto que en su momento, el juez de la constitucionalidad en estas latitudes del globo, las adoptó como el instrumento idóneo para traducir la ley en el marco de la Constitución, al enunciar las normas legales constitucionalmente conformes, ya sea porque en ellas se sistematizan las únicas interpretaciones de la ley constitucionalmente asumibles, o porque las interpretaciones inconstitucionales fueron expulsadas, y con ello, se abre un camino expedito para que los sucesivos intérpretes moldearan las sucesivas concreciones de la ley.

¹⁰²² Sobre el tema, véase a Ossenbühl, F., *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung*, en Badura – Dreier (Eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. I, 2001, p. 47, quien resalta la importancia de las relaciones institucionales entre el Tribunal, el legislador y el juez ordinario, que se desprenden a partir de la incidencia generada por el pronunciamiento interpretativo dictado por el juez de la constitucionalidad. Desde esta perspectiva, las sentencias interpretativas vienen a constituir el producto de la ponderación de intereses sustanciales que se extraen de principios institucionales como ser: la presunción de constitucionalidad de la ley, el principio de conservación de la norma, la reserva de interpretación de legalidad ordinaria, aspectos estos que influyen en el fondo mismo de la decisión, y de cuyas variables dependen también, que la interpretación que resulta de la decisión evite, la inconstitucionalidad del precepto, y su consecuente nulidad.

En esa misma línea, se debe tener en cuenta también, que el dictado de pronunciamientos interpretativos por parte del Tribunal, no sólo generó más de una polémica en la experiencia constitucional comparada europea, sino también en el ámbito latinoamericano, del cual no se sustrae Bolivia, y es muy probable que estas repercusiones, estén relacionadas con aquella dificultad que entraña el determinar cuál es el límite para la interpretación de la ley, o dicho de otro modo, si se debe aceptar o no que la aplicación de un precepto legal a la realidad, implica necesariamente que el contenido de este precepto se modifique sustancialmente, y en ello juega un papel muy importante, la mutación constitucional¹⁰²³.

Desde esta perspectiva, quizá uno de los aspectos que convenga trabajar para paliar los problemas que entraña el dictado de pronunciamientos interpretativos, radique en democratizar la legitimación hermenéutica de la ley y su configuración, concepción esta que implica proyectar un acuerdo que autorice la legitimidad a toda asignación de significados constitucionalmente adecuados. A partir de este concierto, se abriría un espacio de diálogo entre el Tribunal y las diversas instancias de poder, lo que posibilitará consolidar interpretaciones constitucionales de la ley, y en la que se pacifique el conflicto suscitado entre las visiones dispares que conviven en un Estado pluralista como lo es el caso boliviano.

1. LA MODULACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA: LA REPARACIÓN UNILATERAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD.

Al igual que en la jurisprudencia constitucional de los países europeos donde el Tribunal Constitucional no sólo se limitó a declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, sino que también, procedió en forma unilateral a reparar el vicio de inconstitucionalidad, en el caso boliviano, el TCB, en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución, procedió a mantener vigente la ley, decreto o resolución no judicial impugnada, ya sea atribuyendo a la disposición una interpretación (contenido) concordante con la Constitución, o sustituyendo una norma por otra, cuando no, adhiriendo a la disposición legal una norma cuya omisión la tornaba incompatible con la Constitución.

Si bien es cierto que en principio, los recursos de inconstitucionalidad suscitados ante el TCB buscaban un pronunciamiento por parte de éste sobre la disconformidad o no de la norma legal con la constitucional, no menos cierto es, que la práctica jurisprudencial del

¹⁰²³ Véase sobre el tema a López Guerra, Luis, *Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho*, en Espín, Eduardo y Díaz Revorio, Francisco, *La justicia constitucional en el Estado Democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 349–379; así también a Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como forma...opus cit.* pp. 495–53. Aunque con un criterio opuesto, López Bofill Héctor, *Decisiones Interpretativas en el...opus cit.* p. 24, sostiene que, si las decisiones interpretativas despiertan discusiones tan enconadas en este contexto, es porque la cultura jurídica de estos países todavía rechaza formalmente la capacidad de transformación de la ley mediante la interpretación judicial o, lo que es lo mismo, la virtualidad de la jurisprudencia como fuente del Derecho (esto incluso admitiendo, como a estas alturas es casi unánime, la capacidad creativa y el valor de precedente de las decisiones del Tribunal Constitucional). Buscando contrastar la tradición romana en el que ubica a España e Italia, sostiene que el panorama es distinto en aquellos países donde se adoptó el sistema del *common law* en los que el problema de la incidencia de la interpretación del juez de constitucionalidad sobre el contenido normativo de la ley es poco relevante y, si se plantea, lo hace en otros términos.

Tribunal dejó advertir claramente el riesgo que implicaba declarar la constitucionalidad de una disposición legal que, si bien en una de sus posibles interpretaciones era conforme con la Constitución, a la vez, también podían desprenderse de la misma, otras contrarias a la Ley Fundamental. Este mismo peligro podía advertirse a la inversa, es decir, declarar la inconstitucionalidad de una disposición en la medida en que contemplaba interpretaciones contrarias a la Constitución y otras conforme a ella. Por ello mismo, Garrorena Morales¹⁰²⁴, afirmó en su momento, que el binomio inconstitucionalidad – nulidad no siempre resultaba necesaria como mecanismo en el control de constitucionalidad. En ese sentido, el autor español afirma que la nulidad y la consecuente expulsión del ordenamiento jurídico de la norma declarada inconstitucional no se adecuaba como sanción al supuesto de que se trate, pues no resultaba concebible prescindir del precepto legal cuando sólo algunos de sus sentidos eran contrarios con la Constitución. En algunos supuestos –resalta el autor– la declaración de nulidad resultaba insuficiente, pues el vicio de inconstitucionalidad no radica en una disposición, sino en una norma implícita derivable de ella, en estos casos la nulidad no podría actuar, pues no existe norma sobre la que se pueda recaer, y la sentencia constitucional no solucionaría la situación de inconstitucionalidad. Sin duda en estos supuestos, el binomio inconstitucionalidad – nulidad, como se vio, generaría una lesión constitucional todavía mayor que la que con dicha nulidad se pretendía evitar¹⁰²⁵.

Tomando en cuenta estas situaciones, es que el TCB optó por recurrir a sentencias que tenían por finalidad, conservar el precepto legal, dejando de lado la nulidad, y en su lugar, procuraban corregir en él por una u otras vías el sentido, el matiz o incluso la omisión normativa para hacerla parecer con un cariz constitucional. En ese sentido, Rivera Santivañez¹⁰²⁶ apunta que los pronunciamientos adoptados por el TCB asumían distintas formas o tipos, ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión o desde el punto de vista de sus efectos temporales, cuyo dimensionamiento de los efectos en el tiempo variaban sustancialmente¹⁰²⁷.

Sin duda, la adopción de este tipo de pronunciamientos por parte del TCB boliviano, convertían la naturaleza de «legislador negativo» que debía caracterizar a sus funciones, para asumir otra cuya dimensión se describía como «creadora del Derecho», y ello como consecuencia de la necesidad de modular las sentencias constitucionales. Dentro de este nuevo paradigma, la labor desarrollada por el TCB era mucho más activa, en el entendido de que se

¹⁰²⁴ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, en VV.AA. Comentarios a la Constitución española de 1978, Cortes Generales – Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, p. 368.

¹⁰²⁵ De igual modo, Rivera Santivañez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales...opus cit.*, p. 97, afirma que la necesidad de modular las sentencias constitucionales surge de la constatación de que una disposición legal acusada de inconstitucional contiene distintas normas, las mismas que a su vez admiten diversas interpretaciones razonables, de las que unas son compatibles con la Constitución y otras no. Por lo mismo, una sentencia estimatoria simple de la inconstitucionalidad no constituye el camino más correcto para resolver el conflicto y responder adecuadamente a la solución del problema planteado.

¹⁰²⁶ Rivera Santivañez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales...opus cit.*, p. 95 y ss.

¹⁰²⁷ Aunque sobre el tema Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 368, advirtió que el problema radica en que este tipo de pronunciamientos, adoptan por lo general la forma de sentencias desestimatorias, y la interpretación asumida por el TC no suele constar en el fallo, sino en los fundamentos, siendo esta última incapaz de desprender los efectos «erga omnes», derivándose de esta situación las dificultades para referir a tales pronunciamientos la eficacia general requerida.

encontraba facultado para dictar sentencias interpretativas, integradoras, sustitutivas o aditivas en relación al contenido, o retroactivas, diferidas o inmediatas respecto de sus efectos, sin que esta situación implique que el TCB se encontraba invadiendo el ámbito de discrecionalidad y libertad del legislador.

Empero, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional desprenda consecuencias positivas –creativas– de Derecho a través de sus fallos, parecía ser una consecuencia necesaria y consustancial a sus funciones. Esto es así, porque incluso, en aquellos casos en los que el Tribunal al operar dentro del paradigma clásico, declaraba la inconstitucionalidad–nulidad de un precepto, dicha decisión provocaba modificaciones en el ordenamiento jurídico, desprendiéndose de estos pronunciamientos consecuencias activas.¹⁰²⁸ En ese sentido, Aja y González Beilfuss¹⁰²⁹, entienden que los Tribunales Constitucionales asumen funciones activas y creativas por distintas razones¹⁰³⁰, entre ellas, razones estructurales, por los cambios operados tanto en el ámbito de las instituciones democráticas que se traducen en un crecimiento legislativo debido a la intervención de los poderes públicos que inciden en el desempeño del Tribunal Constitucional como contralor de la producción normativa, a tal punto que, el clásico mecanismo de reparación: inconstitucionalidad – nulidad deja de ser suficiente para tal efecto, siendo imperiosa la necesidad por parte del Tribunal de adoptar nuevas formas de pronunciamientos para sus sentencias.

Asumiendo la apreciación hecha por Garrorena, en el entendido de que no existe en la doctrina un criterio tipologizador generalmente aceptado que pueda permitirnos ordenar sin mayores complicaciones esta particular modalidad de pronunciamientos, lo que se hará a continuación es identificar algunas sentencias emitidas por el TCB, buscando subsumir las mismas dentro de la clasificación general manejada por la doctrina, y ello con la finalidad de mostrar la incidencia del Tribunal dentro del ordenamiento jurídico nacional.

¹⁰²⁸ En su momento, fue el mismo Kelsen quien aclaró que la anulación de una ley, tiene el mismo carácter de generalidad que su producción, pero, con signo negativo. Con esto, el jurista vienés, quiso dejar en claro que, la anulación de una ley se produce, esencialmente, en aplicación de las normas de la Constitución, estando ausente la libre creación que es más una característica de la actividad del legislador. Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución...opus cit.*, p. 131. Asimismo, Kelsen había previsto que «Mientras el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento, y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes que debe dictar –y tan sólo por medio de principios o directivas generales–, la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución. Y es precisamente por ello, por lo que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal; pues se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho y, por tanto, de algo propiamente jurisdiccional» (punto 9).

¹⁰²⁹ Aja Eliseo y González Beilfuss Markuz. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998, p. 261.

¹⁰³⁰ Sin duda alguna, otra de las razones para que operó este cambio en la dimensión de las sentencias constitucionales, está relacionada con la distinción del objeto de control de inconstitucionalidad entre disposición y norma, que ha permitido la multiplicación de sentencias con efectos positivos, porque permite al TC cambiar las normas sin modificar el precepto. Todo este análisis se lo debe desde luego al aporte realizado en su momento por Crisafulli, Vezio. *Disposizione (e norma)*, en VV.AA. *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XII, Guifré editores, Italia, 1964.

1.1. Las «sentencias interpretativas» del Tribunal Constitucional boliviano: El empleo del principio de interpretación conforme y de conservación de normas. Estudio comparado entre España y Bolivia.

Antes de iniciar el análisis sobre el tema, es necesario aclarar que para llevar a cabo el estudio de los modelos y técnicas de reparación de la inconstitucionalidad en Bolivia, se utilizarán los enfoques doctrinales y normativos de la experiencia jurisprudencial constitucional española, para que coetáneamente sean contrastados con el enfoque doctrinal y normativo de la jurisprudencia constitucional boliviana.

Empecemos entonces por traer a colación el entendimiento que tuvo el TCE sobre la categoría «sentencias interpretativas». En ese sentido, resulta de gran importancia citar la definición sobre este término elaborado en su momento por el TCE, en ocasión de dictar la STC de 13 de febrero de 1981¹⁰³¹. Así, para el Tribunal, las sentencias interpretativas, según se desprendía del FJ 6, eran «aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados».

A partir de esta concepción temprana sobre la sentencia interpretativa por parte del TCE, era posible desprender algunas características: En primer lugar, que el fallo debía ser desestimatorio esto es, debía declararse la constitucionalidad del precepto, pero, condicionando el Tribunal, la validez o invalidez del precepto al sentido en el que debía ser o no interpretado el precepto para salvar su constitucionalidad. En otras palabras, el Tribunal debía señalar el sentido (o sentidos) en los que no puede ser interpretado el precepto para considerarlo constitucional o, lo que es lo mismo, expresar el sentido –o sentidos– en los que el precepto es inconstitucional. No puede negarse que, en principio, el TCE, manifestó su rechazo hacia el dictado de sentencias interpretativas, pero pronto, supo comprender de la conveniencia de recurrir a esta categoría de pronunciamientos. De este modo, puede citarse el razonamiento formulado por uno de los Magistrados del TCE: Tomás y Valiente, quien a partir de la formulación de un voto particular, defendía la viabilidad de que el Pleno del Tribunal hubiera recurrido al dictado de una sentencia interpretativa. En el criterio del Magistrado, la sentencia interpretativa se caracterizaba por establecer cual era «la verdadera y vinculante interpretación de la norma impugnada y cuál el único sentido en que hay que entender determinados términos de la misma para que sea conforme con la Constitución»¹⁰³². Aunque, para Tomás y Valiente, era necesario precisar, que el contenido de la sentencia interpretativa debía limitarse únicamente a fijar el sentido en que debía entenderse un precepto para conseguir su conformidad con la Constitución, sin mencionar la posibilidad de que se declare la constitucionalidad del enunciado legal, pero declarando la inconstitucionalidad de alguno (o algunos) de sus significados. Desde luego, en forma posterior, este razonamiento será asumido por el pleno del TCE, al abordar de nuevo la cuestión en el siguiente recurso de inconstitucionalidad que tuvo que resolver; así, en la STC de 8 de abril de 1981, el Tribunal señaló expresamente en su FJ 4, que a través de la sentencia interpretativa se declara «que un

¹⁰³¹ La importancia de esta sentencia radica en que fue el segundo recurso de inconstitucionalidad pronunciado por el TCE, y por el que se advierte de la temprana comprensión sobre la necesidad de recurrir a este tipo de pronunciamientos.

¹⁰³² Tomás y Valiente, Francisco, *Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 107.

determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera». Dos años más tarde, será otro Magistrado del TCE quien a través de otro voto particular, se detuvo a establecer las características del contenido de las sentencias interpretativas. Así, se tiene al voto particular del Magistrado Arozamena Sierra en relación a la STC 3/1983, de 25 de enero, quien consideró como un elemento propio del Tribunal Constitucional «proscribir interpretaciones que no resulten conformes con lo que la Constitución manda»¹⁰³³. Conforme fue transcurriendo y desarrollándose la jurisprudencia constitucional española, el Tribunal se encargó, o al menos buscó precisar en la medida de lo posible, la caracterización de las sentencias interpretativas, ya sea justificando la imposición de los significados constitucionales por el Tribunal, así como excluyendo los significados inconstitucionales desechados por éste, independientemente de que se haya hecho muy poco por definir o delimitar los supuestos en los que el Tribunal debía recurrir a esta categoría de pronunciamientos.

En efecto, una rápida revisión a la jurisprudencia constitucional española, nos permite advertir un abundante empleo de los fallos interpretativos en los últimos años de actividad del TCE, pero que a su vez, es posible constatar también, que el recurso hacia esta modalidad de sentencias, fue acogida con extrema cautela. Un claro ejemplo de esto lo constituyen las sentencias constitucionales previamente analizadas, estas son la de fecha 8 de abril de 1981 y la de 13 de febrero del mismo año, en las que, como se vio, además de fundamentar la factibilidad de recurrir a este instrumento, advertían también del carácter «delicado y de difícil uso». Y no solamente eso, sino que a su vez, del FJ 6 de la última sentencia citada, se extrae el criterio restrictivo con el que el Tribunal, buscó limitar que los recurrentes en general, o los jueces en concreto, busquen a través del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, un pronunciamiento interpretativo. El fundamento para esta postura, puede verse expresado en el voto particular formulado en su momento por los Magistrados Rubio Llorente y Díez Picaso en relación a la STC 116/1987¹⁰³⁴. En aquella oportunidad, los Magistrados manifestaron su desacuerdo con aquella postura asumida por el Tribunal Constitucional, a través de la cual, daría a entender que esta instancia de control, estaría cediendo de hecho a la pretensión del recurrente, que buscaba conseguir del Tribunal un pronunciamiento interpretativo, o lo que era lo mismo, que el Tribunal creara una norma por vía de la interpretación, convirtiéndose en legislador positivo. Fue en base a esta reflexión que, en forma posterior, el pleno del Tribunal, en ocasión de dictar la STC 157/1990¹⁰³⁵, expresó en su FJ 2, que si bien, existe la posibilidad de que a través de la cuestión de inconstitucionalidad, pueda plantearse una «perplejidad interpretativa», y se busque que el TCE determine cuál será el alcance o interpretación que deba darse a un precepto legal, sin embargo, el Tribunal aclaró que ésta no era la instancia competente «para realizar directamente la interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución, tarea que entra dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional del artículo 117.3 CE. Mediante la cuestión de inconstitucionalidad los órganos judiciales no pueden pretender directamente aclarar dudas de interpretación sin relevancia constitucional».

A partir de estos razonamientos, el Tribunal comenzó a fijar algunos lineamientos básicos que servirían para justificar aún más, y por sobre todo, precisar en qué supuestos, el TCE debía recurrir al dictado de pronunciamientos interpretativos. Dichas directrices, apuntaban a la necesidad de emitir sentencias interpretativas por parte del Tribunal

¹⁰³³ Se trató la resolución de una Cuestión de Inconstitucionalidad.

¹⁰³⁴ Cuestión de Inconstitucionalidad de fecha 7 de julio.

¹⁰³⁵ Cuestión de Inconstitucionalidad de fecha 18 de octubre.

Constitucional español, sólo para impedir el surgimiento de lagunas innecesarias¹⁰³⁶ y, por otro lado, para determinar el sentido de enunciados o términos ambiguos. Como ejemplo del primer supuesto, puede citarse a la STC de 29 de abril de 1981, en la que, ha momento de enjuiciar la constitucionalidad del artículo 365.1 de la Ley del régimen Local, en criterio del TCE, era posible desprender dos interpretaciones de la precitada disposición legal, una contraria a la Constitución y otra conforme a ella. Así, una primera interpretación inconstitucional del artículo en cuestión, permitía concebir a la norma como declarante de una facultad de suspensión de los acuerdos locales, sin otra finalidad que la de velar por la legalidad. Mientras que, por otra parte, la misma disposición permitía desprender de la disposición, un entendimiento conforme con la Constitución, «que evite la derogación «ex radice» creadora de un vacío en el tiempo intermedio entre la promulgación de la Constitución y la vigencia del Derecho nuevo»¹⁰³⁷.

En lo que concierne a la determinación del sentido de los enunciados o términos ambiguos como fundamento para acudir al dictado de sentencias interpretativas por parte del TCE, sirve de ejemplo el voto particular planteado por el Magistrado Tomás y Valiente, quien sostuvo que, «al resolver los problemas de este motivo primero el Tribunal hubiera debido aclarar en los fundamentos jurídicos el sentido de términos ambiguos y los límites de determinados derechos concurrentes entre sí, y en alguna medida hubiera debido llevar al fallo la interpretación de la norma impugnada que ha de admitirse para declararla constitucional.»¹⁰³⁸. Empero, desde una perspectiva crítica, Ezquiaga Ganuzas sostiene que la ambigüedad del texto no constituye un requisito imprescindible para poder establecer una sentencia interpretativa, y que más bien, el Tribunal, más que utilizar la sentencias interpretativas para aclarar ambigüedades al elegir de sus posibles significados aquél que el Tribunal considera conforme a la Constitución, lo que hace es aprovechar las ambigüedades para dictar sentencias interpretativas. Y esta situación pareciera ser evidente, si se detiene en el análisis del FJ 1 de la STC 115/1987¹⁰³⁹, en la que el Tribunal sostuvo que: «Es cierto que dada la ambigüedad y equivocidad de los términos empleados por el legislador se podría llegar a la interpretación que se propone en el recurso. Sin embargo, también esa ambigüedad y equivocidad permite otras lecturas del precepto, compatibles con el respeto de los citados

¹⁰³⁶ Es conocido el razonamiento expresado por el TCE, que sostiene que las sentencias interpretativas son «un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no pronunciar lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Vid por todos, las SSTC de fechas 2 y 13 de febrero de 1981.

¹⁰³⁷ Vid el JF 6 de la STC de 29 de abril de 1981, pronunciada al interior de una Cuestión de Inconstitucionalidad. Así también, en la STC 214/1989 de 21 de diciembre, pronunciada al interior de un recurso de Inconstitucionalidad planteado contra algunos preceptos de la Ley de Bases de Régimen Local, en su FJ 5, el TCE, reprodujo el mismo fundamento, pero esta vez, a contrario sensu, es decir, declarando inconstitucional un precepto en la medida que «su anulación no origina por tanto vacío normativo alguno».

¹⁰³⁸ El voto particular, fue planteado en ocasión de dictarse la STC de fecha 13 de febrero de 1981, en oportunidad de resolver un recurso de Inconstitucionalidad. Ahora bien, en el criterio de Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, IVAP, Oñati, 1987, p. 263, a través del dictado de sentencias interpretativas, lo que el Tribunal hace, es dar cumplimiento a un criterio interpretativo puesto reiteradamente en práctica por el Tribunal. En otras palabras, el Tribunal bajo el fundamento de aclarar conceptos ambiguos, lo que está haciendo es aplicar el «principio de la eficacia del texto a interpretar» que se traduce en dos aspectos. Por un lado permite al intérprete a optar por la interpretación que haga más efectivo el precepto (argumento pragmático), debiendo rechazar por absurda cualquier interpretación que prive de eficacia a un enunciado.

¹⁰³⁹ Recurso de inconstitucionalidad de fecha 7 de julio.

preceptos constitucionales.» Quizá para reparar esta situación, el TCE se ha encargado de establecer límites infranqueables ha momento de emplear esta técnica, y que se expresan en el entendido de que «Puede el Tribunal establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución», pero «No puede en cambio tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional»¹⁰⁴⁰. Con todo, no puede negarse que, en la jurisprudencia constitucional española, existe un cierto consenso en sostener, que la sentencia interpretativa «es un imperativo lógico del propio juicio de conformidad entre la Ley impugnada y los preceptos constitucionales presuntamente violados», y cuyo sustento se encontraría en la previsión del artículo 40.2 de la LOTC¹⁰⁴¹. Y que a su vez, los fallos interpretativos, no serían comprensibles si no se los estudia en relación con dos principios básicos que los justifican. Así se tiene al principio de la interpretación conforme a la Constitución y, por otro lado, al principio de conservación de las normas.

Sobre el particular, al TCE, le tocó hacer referencia al principio de interpretación conforme, en una situación bastante complicada desde la perspectiva jurídica y política, ya que en su primer pronunciamiento, tuvo que resolver un recurso de inconstitucionalidad por el que se impugnaba la constitucionalidad de las normas preconstitucionales. Como era de suponer, luego que el Tribunal proclamara la inconstitucionalidad sobrevenida e invalidez de las normas enjuiciadas, aprovechó la oportunidad para advertir en su primer fundamento jurídico, sobre la necesidad de «...apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados, conforme a la Constitución, y declarar tan sólo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquellos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable, por ser imposible el llevar a cabo tal interpretación.»¹⁰⁴². Esta idea inicial sobre el principio de interpretación conforme a la Constitución, fue complementada años más tarde. Así se trae a colación la STC 19/1982, en la que el Tribunal sostuvo: «a partir de la entrada en vigor de la Constitución, es un imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la Ley interpretarla conforme a aquélla, esto es, elegir entre sus posibles sentidos aquel que sea más conforme con las normas constitucionales.»¹⁰⁴³

Ya de inicio, el TCE reprodujo para el caso español, las características de la sentencia interpretativa moldeada primigeniamente por la jurisprudencia constitucional italiana, como se tuvo oportunidad de advertir en el capítulo II del presente trabajo. Como se recordará, en este tipo de pronunciamientos, la inconstitucionalidad detectada por el TC no afecta al precepto en

¹⁰⁴⁰ Vid el FJ 4 de la STC de fecha 8 de abril de 1981, pronunciado al interior de un recurso de inconstitucionalidad

¹⁰⁴¹ Vid por todos, los votos particulares de los magistrados Tomás y Valiente y Arozamena Sierra, en relación a la STC de 13 de febrero de 1981, pronunciada al interior de un recurso de inconstitucionalidad, y a la STC 3/1983 de 25 de enero, pronunciada al interior de una Cuestión de inconstitucionalidad, respectivamente.

¹⁰⁴² Vid la STC de 2 de febrero de 1981. Este mismo criterio será sostenido en forma posterior, en otros pronunciamientos V. Gr. Las STC 19/1983, de 14 de marzo, STC 67/1984, de 7 de junio. Cabe recordar también que, en aquella ocasión, el Tribunal estableció un concepto importante en cuanto a la aplicación del principio de interpretación conforme, esto es: su aplicación imperativa también sobre la legislación preconstitucional para, antes de entenderla derogada por la Disposición derogatoria de la Constitución, procurar asignarle un sentido compatible con ésta. Lo que se buscaba con era enviar un mensaje: que «la promulgación de la Constitución no ha roto la continuidad del orden jurídico preconstitucional más que con respecto a aquellas normas que no pueden ser interpretadas de conformidad con la Constitución. Sobre este último punto vid. principalmente la STC de 28 de julio de 1981.

¹⁰⁴³ Se trata del recurso de amparo de fecha 5 de mayo.

su totalidad sino sólo a algunos de los sentidos o interpretaciones en los que es posible entenderlo. Como bien señala Montesano, lo que es inconstitucional no es *in integrum* la disposición impugnada sino sólo la norma parcial contraria a la Constitución¹⁰⁴⁴. Es por ello que también se denominan a este tipo de pronunciamientos como sentencias de inconstitucionalidad parcial. Como ya se dijo, todo este razonamiento fue expresado, entre otras sentencias, en la STC 93/1984, donde estableció que: «...siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme a ella¹⁰⁴⁵, debe admitirse la primera, con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal.»¹⁰⁴⁶.

Ahora bien, si se revisa la jurisprudencia constitucional española, podrá advertirse que el Tribunal supo elaborar una concepción sobre el principio de interpretación conforme a la Constitución, desde todo punto de vista, amplia, sin embargo, su empleo no sirvió de pretexto para buscar justificar a ultranza, el mantenimiento en el ordenamiento de cualquier precepto al dotarle de un significado compatible con la Constitución. Precisamente, para evitar esta situación, el TCE también se encargó de establecer ciertos límites al respecto. En primer lugar, estableció que el principio de interpretación conforme, no debía provocar un efecto indeseado, esto es, evitar la distorsión en la configuración de los enunciados legales¹⁰⁴⁷. En ese sentido, cabe citar la STC 22/1985, en la que señaló: «La efectividad del principio de conservación de las normas como principio inspirador de nuestra doctrina no alcanza, como es obvio, a ignorar o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos»¹⁰⁴⁸. Desde luego, la crítica a este primer límite no se dejó esperar. Al interior del mismo del Tribunal se cuestionaba acerca de la dificultad que entrañaba el determinar cuándo la aplicación del principio de interpretación conforme desconfiguraba el enunciado legal, y cuándo no. Parangonaban también, esta situación con otra dificultad igualmente compleja, que implica determinar, cuándo una operación interpretativa es creadora, no habiendo criterios objetivos que permitan resolver este entuerto.

¹⁰⁴⁴ Montesano, L. *Sulle sentenze de inconstituzionalità...opus cit.* p. 99.

¹⁰⁴⁵ Sin embargo, Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Diez años de fallos constitucionales...opus cit.*, p. 129, recuerda que, en criterio del Tribunal Constitucional, el principio lleva, no sólo a preferir los significados constitucionales frente a los contrarios a la Constitución, sino que incluso ante dos sentidos conformes con la misma. En este supuesto, habrá que optar por «el más conforme», lo que implicaría no ya un control jurídico de la constitucionalidad, sino una apreciación de las coincidencias axiológicas con la Constitución.

¹⁰⁴⁶ Recurso de amparo de fecha 16 de diciembre. Véase también, la STC 77/1985, de fecha 27 de junio.

¹⁰⁴⁷ El establecimiento de este primer límite, suscitó más de una reacción al interior del TCE, en tanto se cuestionaba si la misma había sido sobrepasado en casos concretos, lo que significaba no solamente una autocrítica institucional, sino también, la aplicación del principio de interpretación conforme, sin ser conscientes de dichos límites. V. Gr. véase el voto particular del magistrado Rubio Llorente, en relación a la STC de 10 de noviembre de 1981, pronunciado al interior de una cuestión de inconstitucionalidad. La disidencia planteada por el magistrado, aludía a que la mayoría del pleno no respetó el tenor literal de un precepto de la Ley de Derechos Pasivos, es decir, en criterio de Rubio Llorente, «En la sentencia se sostiene que la jubilación por incapacidad permanente 'no tiene propiamente el carácter de una separación definitiva del funcionario..., dado su carácter de revisable en cualquier tiempo', afirmación que tal vez sea correcta, aunque sin duda contraria al tenor literal del artículo 28, que no hace ninguna salvedad en su frase inicial, pero que en rigor no ofrece base alguna para dar una consideración distinta a los dos apartados del mismo artículo.». Véase también en el mismo sentido, otro voto particular pronunciado por el magistrado del TCE, Luís Díez-Picazo a la STC 53/1985, dictada dentro del recurso de inconstitucionalidad de fecha 11 de abril.

¹⁰⁴⁸ De fecha 15 de febrero. Véase sobre todo, el fundamento jurídico 5.

Ahora bien, el segundo límite para el dictado de un pronunciamiento interpretativo, en aplicación del principio de interpretación conforme, radica en la necesidad de evitar convertir la disposición en un absurdo, o lo que es lo mismo, asignar al precepto de un significado que lo convierta en una mera repetición de la Constitución. Este criterio fue esbozado por el TCE en su STC 76/1983, donde, en ocasión de pronunciarse sobre el apartado 2 del artículo 7.2 de la LOAPA, sostuvo que: «El párrafo segundo de este apartado (...), sin embargo, resulta inconstitucional, ya que, de no interpretarse la expresión «en su caso» de forma tal que el precepto se convierta en superfluo en cuanto supondría una repetición del texto constitucional, el contenido de dicho párrafo encierra una redefinición de los supuestos a los que es aplicable el artículo 155 de la Constitución»¹⁰⁴⁹.

En opinión de Ezquiaga Ganuzas, los límites establecidos por el propio TCE al recurso del principio de interpretación conforme, y a través de él, al dictado de sentencias interpretativas, no resultan del todo claras, lo que hace inevitablemente que, aún en la actualidad, desde la doctrina y la propia jurisprudencia constitucional, nos detengamos a ponderar si la justificación que del mismo proporciona el Tribunal es suficiente o no¹⁰⁵⁰.

Sin perjuicio de lo sostenido anteriormente, no se puede negar que, el TCE, desde aquella oportunidad en que se pronunció a través de la STC de 2 de febrero de 1981, sostuvo vehementemente que «Esta interpretación de conformidad con la Constitución es una consecuencia obligada de su doble carácter de Ley posterior y de Ley superior», y no sólo eso, sino que también, en forma posterior, supo canalizar un espacio para el principio dentro del marco constitucional. En ese sentido, es de interés citar el FJ 4 de la STC 77/1985, en la que resaltó: «este principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución justifica, puesto que la Constitución es uno de los elementos interpretativos que deben barajarse en toda labor de hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y teleológica. La razón de ello está en que, como dice el artículo 9, número 1, de la Constitución, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución. Esta sujeción de los poderes públicos al ordenamiento constitucional impone una interpretación de las normas legales acorde con la Constitución, por lo que debe prevalecer en el proceso de exégesis el sentido de la norma, entre los posibles, que sea adecuado a ella»¹⁰⁵¹.

Asimismo, es importante señalar que, a fin de recurrir en forma fundamentada al dictado de pronunciamientos interpretativos, el TCE también se ha valido en su momento, además del principio de interpretación conforme, al principio de conservación de las normas. En sí, el Tribunal, cada vez que tuvo que recurrir al dictado de sentencias interpretativas, invocó como fundamentos de estas tanto al principio de interpretación conforme, como al de la conservación de las normas, ambas en una estrecha conexión. Véase a manera de ejemplo, el FJ 3 de la STC 105/1988, donde el Tribunal enfáticamente sostiene que «Ello impone la conveniencia de llegar a una Sentencia constitucional de carácter interpretativo, que tome, sobre todo, en consideración el principio, de conservación de las disposiciones legales, en cuanto las mismas pueden ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución»¹⁰⁵². De este modo, esta estrecha relación que, a juicio del Tribunal, existe entre el

¹⁰⁴⁹ Véase específicamente el FJ 12 del recurso de inconstitucionalidad de fecha 5 de agosto.

¹⁰⁵⁰ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Diez años de fallos constitucionales...opus cit.*, p. 131.

¹⁰⁵¹ Recurso de inconstitucionalidad de fecha 27 de junio.

¹⁰⁵² Sobre el tema, véase también, la STC de 16 de noviembre de 1981, pronunciada en ocasión de resolver un recurso de inconstitucionalidad.

principio de interpretación conforme y el de conservación de la normas, ha sido extendida hacia otros ámbitos en los que ratificó el criterio de buscar a la norma algún sentido compatible con la Constitución antes de plantear la duda sobre su constitucionalidad¹⁰⁵³.

Si se realiza una conjunción entre los límites establecidos por el Tribunal Constitucional, y los principios que fundamentan su recurso al dictado de pronunciamientos interpretativos, en criterio de Ezquiaga Ganuzas, es posible desprender algunas pautas básicas que permiten legítimamente al Tribunal, hacer posible el acomodo de las disposiciones legales para alcanzar su conformidad con las cláusulas constitucionales¹⁰⁵⁴.

En ese sentido, una primera pauta que posibilitará el dictado de sentencias interpretativas, viene dado por el carácter desestimatorio que debe comprender el fallo, puesto que sólo a través de esta forma de pronunciamiento, es que se justificaría el invocar el principio de conservación de las normas.

En segundo lugar, se establece que en el fallo puede incluirse, ya sea el sentido con el que el texto es conforme a la Constitución o, determinar el sentido (o sentidos) en los que no puede ser entendido el precepto. En el primer supuesto, el Tribunal precisa el único sentido en el que la norma admite su conformidad con la Constitución, desechando tácitamente las otras normas desprendibles de esta. A contrario sensu, en el segundo supuesto, el Tribunal señala tácitamente la inconstitucionalidad de una norma, pero a su vez, declara la conformidad con la Constitución, no sólo de la disposición sino también de los sentidos desprendibles de esta.

En tercer lugar, el dictado de sentencias interpretativas le será permitido al Tribunal, sólo si a través de ellas es posible evadir la creación de lagunas innecesarias en el ordenamiento, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad. Cabalmente dentro de la jurisprudencia constitucional española el TCE en su STC 5/81, a raíz del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley Orgánica 5/80, de 19 de junio, reguladora del Estatuto de Centros Escolares, en su FJ 6 señaló que «Las llamadas en parte de la doctrina Sentencias interpretativas, esto es, aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados, son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países a recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento...» advirtiendo a su vez que «la emanación de una Sentencia de este género no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes. El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él, el pronunciamiento sobre la adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución»¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵³ Véase en ese sentido, los siguientes pronunciamientos: el FJ 1 de la STC 18/1982, pronunciado en ocasión de resolver una cuestión de inconstitucionalidad de fecha 4 de mayo; Así también, el FJ 1 de la STC 69/1982, pronunciado en oportunidad de resolver un recurso de inconstitucionalidad de fecha 23 de noviembre; De igual modo el FJ 4.b de la STC 65/1982, pronunciado en ocasión de resolver un recurso de amparo de fecha 21 de julio.

¹⁰⁵⁴ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Diez años de fallos constitucionales...opus cit.*, p. 133.

¹⁰⁵⁵ Aunque en criterio de Santos Vijande, Jesús María, *Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Comares, Granada, 1995, p. 35 y ss., la STC 5/81, no representa en puridad un fallo interpretativo, y lo que se presenta más bien en este pronunciamiento, es la declaración de

En cuarto lugar, el recurso al dictado sentencias interpretativas por parte del Tribunal Constitucional, debe ser entendido como una consecuencia necesaria y lógica de la función que le toca desempeñar, esta es, la de controlar la conformidad con la Constitución de todo el ordenamiento. Como consecuencia de ello, en quinto lugar, se desprende el deber que asiste a todos los intérpretes, de procurar todas las posibilidades de interpretar la norma conforme a la Constitución. Y, si en caso de que se presenten dos interpretaciones conformes a la Constitución, surge el deber ineludible de decantarse por la que se entiende es fiel al texto fundamental.

En sexto lugar, se establece que al Tribunal, le está prohibido emitir pronunciamientos interpretativos a través de los cuales innecesariamente provoque la distorsión de aquellos enunciados claros, o a través de estos fallos, vacíe de contenido a la disposición normativa.

En fin, la sentencia interpretativa sólo se justifica si ella se encuentra fundamentada por los principios de interpretación conforme a la Constitución, y el de la conservación de las normas. De este modo, será posible entender que el principio de conservación de las normas, requiere de una interpretación conforme a la Constitución de todos los enunciados legales, para que de este modo, se impida la expulsión del ordenamiento de la disposición cuestionada, al poseer éstas un(os) significado(s) conformes con el texto constitucional, y que el camino idóneo al efecto, sea el recurrir al dictado de sentencias interpretativas.

Ahora bien, llegados a este punto, es oportuno revisar nuevamente la jurisprudencia del TCE, y determinar si las pautas limitativas que se impuso el propio Tribunal, fueron acatadas responsablemente por esta instancia de control.

Una de las voces autorizadas en este ámbito, es decir, en apreciación de Bocanegra Sierra, una rápida revisión de la jurisprudencia constitucional española en los últimos años, deja entrever la amplia incidencia en el dictado de pronunciamientos interpretativos por parte del TCE, ya sea en ocasión de resolver recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, así como recursos en vía de amparo, cuando no, también ha momento de resolver conflictos de competencia¹⁰⁵⁶. De esta observación, es posible colegir también, que el accionar del máximo intérprete de la Constitución, no siempre se ha sujetado a las pautas delimitadas por esta misma instancia para legitimar el empleo de sentencias interpretativas.

Así, uno de los casos en los que el Tribunal omitió cumplir con sus propias pautas, se presenta en aquellas situaciones en las que, al invocar el principio de interpretación conforme a la Constitución para justificar la asignación de un significado a un precepto legal, para de este

inconstitucionalidad de ciertos preceptos y a desestimar el recurso en todo lo demás, por lo que el Tribunal no estaría imponiendo ni prohibiendo interpretación alguna de las normas impugnadas para reputarlas ajustadas a la Constitución. Así para este autor, para que una Sentencia sea catalogada como interpretativa, es *conditio sine qua non* que se vea reflejado en el fallo la interpretación admisible de la norma impugnada en su a la Constitución. En otras palabras, las sentencias interpretativas, si bien se caracterizan por desechar el vicio de inconstitucionalidad de modo condicional, la proclamación de la constitucionalidad provisional debe encontrarse necesariamente en el fallo de la sentencia, no bastando su ubicación en los fundamentos. Partiendo de ello, en el fallo debe incluirse necesariamente, la exégesis admitida o prohibida, bien por incorporación expresa, bien por remisión, genérica o concreta, al significado de la norma acogido o repudiado en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia.

¹⁰⁵⁶ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.* p. 511.

modo salvar su constitucionalidad, se ha hecho frecuente que el TCE, olvide justificar la interpretación que realiza del enunciado constitucional, así como la reconstrucción de la norma constitucional con la que va a comparar el enunciado legal. Las dificultades que de esta omisión se derivan, no son en nada sencillas, puesto que, por un lado, cuando el Tribunal Constitucional establece que de los dos (o más) sentidos posibles de un precepto se debe optar por el conforme con la Constitución, surge la necesidad de cuestionarse acerca de cuál es el sentido que el intérprete asignó a la Constitución. Si se acepta que la interpretación de la cláusula constitucional puede variar, es lógico sostener también, que cambie el resultado del control de constitucionalidad. Otra dificultad quizá un tanto mayor a la anterior, en criterio de Ezquiaga Ganuzas, radica en lo contradictorio que podría resultar la aplicación del principio de conservación de las normas hasta sus últimas consecuencias, ya que ello posibilitaría al Tribunal a optar por un sentido de los enunciados constitucionales que hiciera conformes con ellos al mayor número de enunciado legales, y esta operación nos conduciría a un resultado devastador para el sistema constitucional, puesto que se estaría yendo en contra del principio de supremacía de la Constitución¹⁰⁵⁷.

Otro aspecto a considerar como contradictorio entre las pautas asumidas por el Tribunal y la forma en la que esta instancia ha ido pronunciándose, está relacionado con los criterios acerca de cuándo está justificado dictar un fallo interpretativo y cuándo no. Esta indeterminación se hace más patente aún, ha momento de tratar la constitucionalidad de expresiones legales ambiguas. Así, en la STC 132/1989¹⁰⁵⁸ el TCE optó por asignarles un significado compatible con la Constitución y salvar el precepto, mientras que en un supuesto similar, el mismo Tribunal pronunció la STC 182/1988¹⁰⁵⁹, esta vez, declarando su inconstitucionalidad, fundando la misma en su indeterminación. Algo parecido sucede con la declaración de inconstitucionalidad por conexitud. Véase por ejemplo la STC 35/1982¹⁰⁶⁰, mediante el cual, el Tribunal, estableció que las normas conexas quedaban por fuera del marco interpretativo por el que se declaraba inconstitucional la norma cuestionada, dejándolos incólumes dentro del ordenamiento jurídico. Empero, en la STC de 12 de noviembre de 1981, el razonamiento cambió radicalmente al sostener la inconstitucionalidad de las normas conexas que no admitían un sentido interpretativo conforme a la Constitución.

De igual modo a las anteriores observaciones, otro aspecto a considerar, se halla relacionado con el contenido interpretativo de los pronunciamientos. No se suscitó mayor conflicto cuando el Tribunal estableció en el mismo fallo el sentido constitucional o el inconstitucional, como puede verse de la STC 81/1984¹⁰⁶¹ y la STC 199/1987¹⁰⁶², respectivamente, o cuando en el fallo declaró un doble pronunciamiento, es decir, en el sentido de la constitucionalidad, así como en el de la inconstitucionalidad del precepto como puede verse de la STC de 13 de febrero de 1981. Donde sí se advierten las dificultades, son en aquellos supuestos en los que, en el fallo se incluya sólo una remisión a un determinado fundamento jurídico de donde debe hallarse el sentido conforme con la Constitución como sucedió en la STC 1/1982¹⁰⁶³ y la STC 5/1982¹⁰⁶⁴, entre otras más¹⁰⁶⁵. En estos casos,

¹⁰⁵⁷ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Diez años de fallos constitucionales...opus cit.*, p. 133.

¹⁰⁵⁸ Recurso de inconstitucionalidad de fecha 18 de julio.

¹⁰⁵⁹ Conflicto de competencia de fecha 13 de octubre.

¹⁰⁶⁰ Recurso de inconstitucionalidad de fecha 14 de junio.

¹⁰⁶¹ Se pronunció en ocasión de resolver el conflicto de competencias de fecha 20 de julio.

¹⁰⁶² Recurso de inconstitucionalidad de fecha 16 de diciembre.

¹⁰⁶³ El Tribunal se pronunció acerca de un conflicto de competencias de fecha 28 de enero.

desprender del fundamento jurídico el sentido interpretativo que hace acorde a la norma impugnada con la Constitución, no es una tarea sencilla, forzando necesariamente a que los recurrentes tengan que solicitar autos de aclaración sobre el tema, tal como sucedió en la STC 29/1982. Sin duda alguna, el panorama se ensombreció más aún, cuando el Tribunal optó por establecer en el fallo, una remisión genéricamente a «los fundamentos jurídicos» o a la «doctrina» de la sentencia, como sucedió en la STC 1/1982 y STC de 16 de noviembre de 1981, respectivamente.

Continuando con la observación anterior, llama la atención también, que el TCE se haya desmarcado de aquel límite establecido en su temprana jurisprudencia, esto es, que el dictado de un pronunciamiento interpretativo sólo se legitimaba si con ello se evitaba declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del precepto, siendo imperativo que el Tribunal dicte sentencias desestimatorias a tal fin. Sin embargo, el mosaico de la jurisprudencia constitucional española ha relativizado este punto, en tanto que resultaría siendo igual que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de un precepto interpretado de determinada forma, que declararlo conforme a la Constitución siempre que no sea interpretado de esa manera. A *contrario sensu*, resulta siendo lo mismo declarar inconstitucional un precepto a no ser que se interprete de cierta forma, que declararlo constitucional entendido de esa manera. En cualquiera de estos supuestos, el Tribunal siempre terminará imponiendo una interpretación, desprendible según se fundamenta, del texto constitucional, así lo ha establecido en la STC de 16 de noviembre de 1981, siendo posible para el Tribunal, emitir sentencias interpretativas, no sólo a través del dictado de pronunciamientos desestimatorios, sino también estimatorios. Empero, esta situación es aprovechada por Ezquiaga Ganuzas para cuestionar este punto, es decir, si el Tribunal puede estimar el recurso o la cuestión declarando la inconstitucionalidad del precepto, luego se deja entrever, que el principio de conservación de las normas no es capaz de explicar todos los fallos interpretativos, o bien nos encontramos con unas declaraciones de inconstitucionalidad peculiares en la medida en que no van aparejadas de la nulidad del precepto sino sólo de algunos de sus significados, situación, exactamente igual a la que se produce cuando el recurso es desestimado con un fallo interpretativo¹⁰⁶⁶.

Si bien, del balance realizado al empleo de las sentencias interpretativas por parte del TCE, es posible desprender aciertos y equívocos en su invocación, no puede dejarse de lado un factor que, en cada episodio (dictado de una sentencia interpretativa), fue duramente criticado desde la doctrina y la magistratura en general, es decir, que la técnica de la reparación unilateral de la inconstitucionalidad en el caso español, fue desarrollándose contra artículo 39.1 de la LOTC, y que dicho sea de paso, ésta, no constituye una falta que le haya sido criticado tan solo al TCE, sino también a sus pares europeos, es decir, pronunciar sentencias excediendo los límites establecidos en la Constitución y la propia ley reguladora del accionar del TCE. En ese sentido, y antes de ingresar a analizar los supuestos en los que dicho TCE puso mucho más en evidencia su facultad creadora de Derecho al dictar aquella categoría de sentencias denominadas por la doctrina italiana como «sentencias normativas»¹⁰⁶⁷, nos remitiremos a

¹⁰⁶⁴ Recurso de inconstitucionalidad de fecha 8 de febrero.

¹⁰⁶⁵ Véase también, a la STC 154/1989, de 5 de octubre; STC 214/1989, de 21 de diciembre; STC 56/1990, de 29 de marzo; STC 62/1990, de 30 de marzo; STC 76/1990, de 26 de abril; STC 96/1990, de 24 de mayo; STC 141/1990, de 20 de septiembre, entre otros más.

¹⁰⁶⁶ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Diez años de fallos constitucionales...opus cit.*, p. 135.

¹⁰⁶⁷ Revisando la obra de Silvestri, Gaetano, *Le sentenze normative della Corte...opus cit.* p. 760, las sentencias normativas abarcan también a las sentencias aditivas, sustitutivas, manipulativas y a las sentencias – delegación.

estudiar ahora, las sentencias interpretativas dictadas por el TCB, procurando al igual que en el caso español, realizar un balance sobre su empleo en la jurisprudencia constitucional boliviana.

1.1.1. La STCB 052/01, sobre la Tributación Ganadera.

El principio de interpretación conforme al que se hizo referencia, jugó un papel importante en el concierto constitucional boliviano, en la medida en que determinó al TCB a conservar el enunciado siempre que, cercenados en él sus sentidos inconstitucionales, fuera posible afirmar de dicho texto, que al menos en un determinado sentido es acorde con la Constitución.

La experiencia jurisprudencial y doctrinal comparada muestra que los pronunciamientos interpretativos pueden adoptar la forma de sentencias estimatorias interpretativas y, sentencias desestimatorias interpretativas. Las primeras –como se recordará– se caracterizan porque en ellas la buscada eliminación de las interpretaciones inconstitucionales de la norma es obtenida en forma indirecta a través de la desestimación de la demanda, señalando en forma negativa que el precepto impugnado «no es inconstitucional si se la interpreta en el sentido que señala el fundamento jurídico que se indica». Por el contrario, las segundas se caracterizan por pronunciar directamente sobre la inconstitucionalidad que recae sobre algunos de los sentidos o interpretaciones de la disposición normativa¹⁰⁶⁸.

En el caso boliviano, es posible advertir, que el TCB, casi desde sus inicios, recurrió en buena medida al dictado de pronunciamientos interpretativos. Véase en ese sentido, a la Sentencia Constitucional (SC o STCB) 052/01 de 10 de julio de 2001. Que arroja la figura de una sentencia desestimatoria parcial interpretativa, por la que el TCB señaló que «dentro del sentido y alcance interpretativo descrito en los Considerandos VIII, IX y X de esta Resolución, declara Constitucionales los artículos 1º. (Segunda parte) de la Resolución Triministerial N° 24853/91 de 29 de noviembre de 1991 de los Ministerios de Industria, Comercio y Turismo; de Asuntos Campesinos y Agropecuarios y del Interior, Migración, Justicia y Defensa Social y los arts. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Resolución Ministerial N° 127/92 de 26 de junio de 1992 del Ministerio de Asuntos Campesinos y Agropecuarios e Inconstitucional el artículo 2º de la Resolución Triministerial No. 24853/91».

En efecto, a raíz del recurso abstracto de inconstitucionalidad presentado por la Defensoría del Pueblo de Bolivia contra las citadas disposiciones jurídicas, porque las mismas imponían una tributación que no tomaba en cuenta los recaudos constitucionales como ser: los

¹⁰⁶⁸ Vid uno de los primeros pronunciamientos interpretativos del TC en la SC 004/99, 10 de septiembre de 1999, donde la Defensoría del Pueblo promovió un recurso abstracto o directo de Inconstitucionalidad contra la segunda parte del artículo 37 de la Ley de Telecomunicaciones¹⁰⁶⁸, alegando la violación del derecho a la privacidad y la intimidad inherente a la persona humana, al permitir que mediante disposición judicial en favor de la autoridad competente, se pueda interceptar, interferir, obstruir, alterar, desviar, utilizar, publicar o divulgar el contenido de las telecomunicaciones, infringiendo y vulnerando el mandato constitucional contenido en el parágrafo II del artículo 20 de la Constitución Política del Estado. En el razonamiento del TC, el reconocimiento constitucional contenido en el artículo 20.II CPE, se preserva los derechos a la intimidad de todas las personas evitando actos arbitrarios que violen la privacidad y la reserva, independientemente de que su revelación puede o no acarrearle perjuicios, sin ninguna excepción, restricción o limitación, por no estar éstas previstas en la propia Constitución Política del Estado. En ese sentido, declaró «la inconstitucionalidad de la frase «salvo disposición judicial a favor de autoridad competente...», contenida en el artículo 37 de la Ley 1632 de 5 de julio de 1995».

principios de legalidad, de igualdad fiscal, y de no confiscatoriedad¹⁰⁶⁹, la prohibición del establecimiento de monopolios privados¹⁰⁷⁰, así como el principio de legalidad penal¹⁰⁷¹ reconocidos en la Constitución Política del Estado.

En la interpretación realizada por el TCB¹⁰⁷² (Considerando VIII) éste fundamentó que si bien la segunda parte del artículo primero de la Resolución Triministerial 24853/91 de 29 de noviembre de 1991, resultaba constitucional, en el sentido de que si bien autorizaba a las Federaciones Departamentales de Ganaderos y/o Asociaciones Provinciales, del territorio nacional, la comercialización de los cueros frescos y salados de ganado vacuno, faenados en su jurisdicción territorial, previo pago a sus propietarios, empero, aquella situación no prohibía a terceros, a que puedan dedicarse a la referida actividad, y en consecuencia no coartaba el derecho que tienen terceros interesados en comercializar cueros de esa naturaleza, pudiendo aquellos ejercitar libremente el derecho a trabajar y dedicarse al comercio conforme disponía el artículo 7–d) de la entonces Constitución Política del Estado (CPE) y en la medida en que las normas vigentes así lo permitían. Luego, dentro de aquel marco, la norma impugnada no originaba monopolio privado alguno, al no contradecir los arts. 134 y 141 de la Constitución.

Asimismo, en relación al principio de legalidad penal –supuestamente infringido– el TCB constató efectivamente esta situación, pues la mencionada resolución impugnada, al considerar como encubridores del delito de abigeato, a los que: a) «evadan el control de marcas de propiedad ganadera» y b) los que «evadan el cumplimiento de los aportes a las Federaciones de Ganaderos», infringía los artículos 16 y 29 de la Constitución Política del Estado, al establecer supuestas figuras delictivas no contempladas en el Código penal, y cuya tipificación

¹⁰⁶⁹ Entre otros argumentos, la parte recurrente arguye que, para que sea exigible un tributo es necesario que su disposición emane del Congreso mediante instrumento legal donde se establezca claramente el hecho imponible, los sujetos obligados al pago, el sistema o la base para determinar el hecho imponible, la fecha de pago, las exenciones, las infracciones y sanciones, el órgano competente para recibir el pago, previstos por los arts. 6 y 27 constitucionales. Asimismo se sostiene que el quantum del tributo debe tener ciertos límites razonables, ya que si parte del derecho de propiedad es absorbido sustancialmente por el tributo, estaríamos frente a una confiscación de carácter inconstitucional, pues el tributo no tiene como objetivo enriquecer al Estado, sino lograr un beneficio colectivo.

¹⁰⁷⁰ Asimismo, la parte recurrente sostuvo de igual forma, que en la citada Resolución impugnada, al prever que serán las Federaciones Departamentales de Ganaderos las que tendrán a su cargo la comercialización de los cueros frescos y salados de ganado vacuno faenados en su jurisdicción territorial, lo que hacía esta disposición era constituir sin duda el establecimiento de un monopolio privado por parte de las Federaciones Departamentales, impidiendo aplicar procesos de oferta y demanda en la comercialización señalada y por tanto vulnerando el artículo 134 de la Constitución, el cual prohíbe sin excepciones el monopolio, así provenga de una norma emanada del Congreso u otra cualquiera.

¹⁰⁷¹ Asimismo se acusó que el artículo 2º de la Resolución impugnada, contenía varios componentes que vulneraban la Constitución Política del Estado, porque en primer lugar modificaba el artículo 350 (Abigeato) del Código Penal y en consecuencia infringía el artículo 228 de la Ley Fundamental, pues dicha resolución consignaba como acción inculpada el no cancelar los aportes a la Federación de Ganaderos. En segundo lugar, al establecer sanciones y decomisos por parte de los organismos de seguridad y la distribución de la multa pecuniaria, lo que hacía era vulnerar el artículo 16 de la Constitución que presupone varios elementos como que la condena sea establecida por ley anterior, el derecho a ser oído (a la defensa), el derecho a ser juzgado, que la condena sea impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente, derechos que no habrían sido observados en la citada disposición.

¹⁰⁷² Es importante aclarar que en la señalada sentencia (Considerando VIII), el TC reconoce como necesario precisar los alcances del contenido de las resoluciones impugnadas, tomando en cuenta que el artículo 4 de la Ley del Tribunal Constitucional establecía que en los casos excepcionales en que una Ley admita diferentes interpretaciones, faculta al Tribunal Constitucional para que «... en resguardo del principio de conservación de la norma, adopte la interpretación que concuerde con la Constitución».

no correspondía realizarla a una institución del Ejecutivo, sino que era de competencia y facultad privativa del Legislativo, conforme lo preveían los arts. 29 y 59.1 de la Constitución.

En relación a la vulneración del principio de legalidad tributaria previsto en los artículos, 26, 27 y 59–2) de la Constitución Política del Estado por parte de la resolución impugnada (Resolución Ministerial 127/92), el TCB interpretó que los aportes a que hace referencia el artículo 1º del precepto impugnado, no se adecuaba a ninguno de los tipos de tributos reconocidos por el ordenamiento jurídico, no siendo pertinente atribuirle carácter de tributo obligatorio, por cuanto de su contenido se interpretó que el aporte ganadero previsto en él, revestía carácter de voluntario, puesto que el monto por tal concepto sería fijado en base a presupuestos administrativos y operativos aprobados en Congreso y/o ampliados de la Federación de Ganaderos de Tarija, para su aportación dentro de la misma, no siendo extensible dicho aporte a terceros que no formaban parte de la referida Federación¹⁰⁷³. En ese sentido, en la interpretación del TCB, la Resolución 127/92 impugnada, dentro del marco interpretativo dado en el Considerando X, no contravenía los arts. 26, 59–2) y 228 de la Constitución, y por ello, dentro del ámbito interpretativo del citado pronunciamiento constitucional, no fue necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la misma. Aunque no pueda decirse lo mismo en relación al artículo 2º de la Resolución Triministerial No. 24853/91, sobre el que al Tribunal, no le quedó más remedio que declarar su inconstitucionalidad, al haberse afectado la libertad de configuración del legislador y el principio de reserva de ley que se reconoce a la tipificación de delitos.

1.1.2. La STCB 009/2004, Tutela judicial y administrativa del contribuyente.

Tres años más tarde, el TCB nuevamente recurrió al dictado de una sentencia interpretativa, esta vez la SC 009/2004, de 28 de enero de 2004, dictada dentro del recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad, interpuesto por Antonio Peredo Leigue y Santos Ramírez Valverde, Diputados Nacionales, demandando la inconstitucionalidad de los arts. 139.b) y c), 140.a) y b), 143, 144, 145, 146 y 147 de la Ley 2492 de 02 de agosto de 2003 o Código Tributario Boliviano (CTB), por infringir los arts. 16.I) y IV), 116.II) y III) y, 118.7) de la Constitución Política del Estado (CPE).

En aquella oportunidad, los recurrentes alegaban que las disposiciones impugnadas, establecían los denominados Recursos de Alzada, Recursos Jerárquicos y Revisiones Extraordinarias, que se tramitaban en el primer caso, ante las Superintendencias Tributarias Regionales y, los últimos, ante la Superintendencia Tributaria General, estableciendo un procedimiento ante un órgano administrativo que por su naturaleza y fines no ejercían jurisdicción y por lo tanto no podían jamás administrar justicia en materia tributaria. Por lo que sostuvieron, que a través de aquellas disposiciones, se había excluido de manera injustificada las atribuciones del juez o tribunal de la justicia ordinaria, en tanto eran los llamados a juzgar, con lo manifestaron la vulneración del derecho a la defensa, el derecho al debido proceso y, el principio de unidad jurisdiccional establecidos en la Ley Fundamental. Y fue en atención a esos

¹⁰⁷³ Asimismo, el TC realizó una similar interpretación en relación al artículo segundo de la resolución impugnada, pues al encontrarse plenamente vinculado con el artículo primero se interpretaba que también la aceptación como tal, tenía el carácter de voluntario; pues se trataba de terceras personas que no se obligaban sino a través de convenios, acuerdos o contratos entre partes. Un razonamiento contrario habría implicado la violación del artículo 5 de la Constitución, que no reconocía ningún género de servidumbre.

argumentos que solicitaron se dicte sentencia constitucional declarando la inconstitucionalidad de los arts. 139.b) y c), 140.a) y b), 143, 144, 145, 146 y 147 CTB.

Según la previsión del artículo 57.I de la LTC, el recurso debía notificarse al personero del órgano de generó la norma impugnada, para que formule sus alegatos. En ese sentido, en aquella oportunidad se apersonó al proceso el Presidente del Congreso Nacional, y a su vez Vicepresidente de la República, Carlos D. Mesa Gisbert, a través del memorial presentado el 27 de octubre de 2003, sosteniendo lo siguiente: Que si bien es cierto que el nuevo CTB fue promulgado y sancionado mediante Ley N° 2492 el 2 de agosto de 2003, y publicado en la Gaceta Oficial de Bolivia el 4 de agosto de 2003, no es menos cierto que los recurrentes no consideraron la Disposición Final Décima que determina que el Código entraría en vigencia noventa (90) días después de su publicación en la Gaceta Oficial de Bolivia, es decir, los artículos demandados de inconstitucionales recién entrarían en vigencia a partir del 3 de noviembre de 2003, por lo que al no encontrarse vigentes ni incluidos en el ordenamiento jurídico nacional, no podrían ser derogados o excluidos del mismo. Invocó también la vigencia del artículo 81 de la CPE, que señalaba: «La ley es obligatoria desde el día de su publicación, salvo disposición contraria de la misma ley». Asimismo, sostuvo que el nuevo CTB garantizaba el debido proceso al contribuyente en sede jurisdiccional o judicial, mediante el derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva, reconociendo la competencia de la Corte Suprema para resolver mediante sentencia, las impugnaciones efectuadas contra las resoluciones administrativas dictadas por el Superintendente Tributario General conforme al artículo 118.7) CPE, que establecía como atribución de la Corte Suprema, resolver las demandas contencioso administrativas a las que dieran lugar las resoluciones del Poder Ejecutivo. De este modo, sostuvo también, que el nuevo instrumento legal, contenía un procedimiento debido, reconociendo en sede administrativa los Recursos de Alzada y Jerárquico ante la Superintendencia Tributaria y, en sede jurisdiccional el proceso contencioso administrativo ante la Corte Suprema, garantizando al justiciable el debido proceso tanto administrativo como judicial. Pero a su vez, manifestó que los recurrentes no establecieron los artículos que serían contrarios a la Constitución, limitándose a señalar que la facultad de juzgar era competencia del Poder Judicial y que no podían establecerse tribunales de excepción. La Ley 2492 (CTB) con la finalidad de trasladar el conocimiento de recursos administrativos que antes eran conocidos por el propio ente recaudador, a través de sus arts. 132 al 146, creó un órgano administrativo autárquico (Superintendencia Tributaria) para que conozca de los Recursos de Alzada y Jerárquico cuya imparcialidad, independencia y especialidad fueron han sido aseguradas mediante un eficiente régimen de estabilidad, buscando que dichos recursos ofrezcan mayor seguridad a quienes hagan uso de los mismos. También se precisó, que las Superintendencias Tributarias no eran juzgados de excepción y por tanto no contravenían los arts. 14 y 16–II) CPE, ya que el juzgamiento por comisiones especiales prohibidas por la Constitución se daba cuando los habitantes eran juzgados por un tribunal constituido a posteriori del hecho, consistente en leyes *ex post facto*, que sacaban al acusado de la jurisdicción permanente de los jueces naturales para someterlo a tribunales o jueces accidentales o de circunstancias y, que se identifican con el carácter meramente accidental del tribunal y por el hecho de haber sido instituidos especialmente para juzgar determinado caso o grupo de casos. Cosa que no sucedería con la Superintendencia Tributaria que fue establecida para conocer impugnaciones posteriores a su creación sin que tenga carácter retroactivo, lo cual, manifestaron, se corroboraba a partir de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 2492.

Una vez que el TCB pasó a considerar el recurso en cuestión, compulsó la doctrina pertinente al efecto¹⁰⁷⁴, y emitió un fallo en el que, por un lado, estimó en parte la inconstitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, 1) por omisión normativa del artículo 131. 2), y por contradicción los arts. 131 tercer párrafo, 139.c), 141, 145, 146 y 147 de la Ley 2492, o Código Tributario Boliviano, mientras que a su vez, declaró la Constitucionalidad de los arts. 139.b), 140.a) y b), 143 y 144 de la Ley 2492 CTB «...en el marco de la interpretación constitucional expresada en los fundamentos de esta sentencia...». Véase que en este caso, el TCB, al igual que su par español, insertó en el fallo, una remisión genérica hacia los fundamentos jurídicos que, es de donde debía desprenderse la interpretación en la que, a juicio del Tribunal debía interpretarse la disposición para ser conforme con la Constitución, y en consecuencia salvada de ser declarada inconstitucional. En ese sentido, en la interpretación establecida por el Tribunal, con referencia a la norma prevista por el artículo 139.b) de la Ley N° 2492 señaló que, interpretada la misma conforme a los derechos fundamentales y garantías constitucionales consagrados por la Constitución, se entendía que el Recurso Jerárquico previsto, como una atribución del Superintendente Tributario General, constituía una vía de revisión del acto administrativo tributario en sede administrativa, lo que no debía ni podía impedir al contribuyente someter al control jurisdiccional el acto administrativo revisado, es decir, no debía ni podía excluir la impugnación judicial. En consecuencia, en el marco de aquella interpretación la norma no era incompatible con la Constitución en general, menos con las normas constitucionales invocadas por los recurrentes en particular. A juicio del Tribunal, al ser una vía de revisión en sede administrativa, no excluyente de la vía de impugnación judicial, la actuación del Superintendente Tributario General no constituía una labor jurisdiccional propiamente dicha, pues éste no sustituía ni suplía a la autoridad judicial competente. Luego, en base a aquella interpretación constitucional, el Tribunal dejó establecido, la no contravención de las normas previstas por el artículo 116 de la Constitución.

Ya en relación a las normas previstas por el artículo 140.a) y b) de la Ley impugnada, señaló también, que interpretadas las mismas desde y conforme a la Constitución, se entendía

¹⁰⁷⁴ En lo principal, sostuvo que, en el marco de la doctrina referida existe una corriente doctrinal que considera que el Poder Ejecutivo, también participa en la labor jurisdiccional asignada al Poder Judicial, aunque con las reservas del caso. Desde esta perspectiva ha señalado la existencia de una corriente doctrinal que considera que la labor desempeñada por algunos órganos administrativos del Poder Ejecutivo, en ejercicio de la potestad administrativa sancionadora que tiene el Estado, constituye una labor jurisdiccional; puesto que la potestad administrativa se traduce normalmente en la sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas, constituye un mecanismo de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional y asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas. Empero, aclaró también, que, frente a esa posición doctrinal, surgió otra corriente importante representada por estudiosos del Derecho Administrativo, que consideran que el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora ejercida por algunos órganos del Poder Ejecutivo no es en esencia una labor jurisdiccional, sino una labor propiamente administrativa, toda vez que, dada su naturaleza jurídica la potestad administrativa sancionadora, si bien es cierto que asume dos modalidades: la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia tributaria, financiera, fiscal, etc.), no es menos cierto que la decisión asumida por el órgano administrativo presenta la forma jurídica de «acto administrativo» que no es asimilable a una sentencia proferida por la autoridad judicial; pues el acto administrativo es impugnabile a través de recursos en sede administrativa, como el revocatorio, jerárquico o reclamaciones, y revisable por la vía judicial a través de procesos contenciosos, de manera que la inmutabilidad de dichas decisiones es de carácter formal y no material. Para ese sector doctrinal la potestad jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, de manera que los órganos administrativos no ejercen función jurisdiccional, sino asumen actos administrativos cuya naturaleza jurídica no es jurisdiccional. Vid el FJ 3.2.

que, el Recurso de alzada, previsto como una atribución de los Superintendentes Tributarios Regionales, constituía una vía de revisión del acto administrativo tributario en sede administrativa, no siendo una vía excluyente de la impugnación judicial del acto administrativo tributario, sino alternativo para el contribuyente. Por consiguiente, en criterio del TCB, dichas normas tampoco eran incompatibles con la Constitución en general, menos con las normas invocadas como vulneradas, por los recurrentes, —claro está—, en la medida en que fueran aplicadas en el marco de dicha interpretación constitucional, es decir, que al ser una vía de revisión en sede administrativa, no excluía la vía de impugnación judicial, por lo que la actuación de los Superintendentes Tributarios Regionales no constituía una labor jurisdiccional propiamente dicha sino de un procedimiento administrativo tributario, en tanto que no sustituía ni suplía a la autoridad judicial competente¹⁰⁷⁵. Por lo mismo, en el ámbito de aquella interpretación constitucional, el TCB entendió que no quebrantaba las normas previstas por el artículo 116 de la Constitución.

Asimismo, en referencia a las normas previstas por los arts. 143 y 144 impugnadas también en el recurso, refirió que las mismas, al enumerar los actos administrativos tributarios contra los que procedían los recursos de Alzada y Jerárquico, respectivamente, así como establecían los plazos para su interposición, en el marco de la interpretación constitucional efectuada de las normas legales que instituían los recursos de referencia, en criterio del TCB,

¹⁰⁷⁵ Véase en ese sentido el FJ III. 4, que habla de la naturaleza jurídica del Procedimiento Tributario y del Proceso Tributario. Conforme la doctrina citada por el Tribunal, el razonamiento que infiere es el siguiente: Que el procedimiento tributario es el conjunto de actos realizados por la administración tributaria, en relación jurídica con el contribuyente, con la finalidad de determinar la deuda tributaria, conseguir el pago de la misma y, en su caso determinar los ilícitos tributarios para aplicar las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico tributario. En cambio el proceso tributario es el conjunto de actos coordinados tendientes a dilucidar una controversia entre partes (administración tributaria y contribuyente), por una autoridad independiente e imparcial, a través de una decisión con fuerza de verdad legal. Cabe señalar que la doctrina del Derecho Tributario y del Derecho Tributario Procesal, establecen las diferencias entre los conceptos de procedimiento tributario y proceso tributario. Así, sostienen que el procedimiento se desarrolla en el ámbito administrativo, por lo que no existe una autoridad decisoria imparcial e independiente, sino que la propia administración, quien siendo parte en la contienda dicta la resolución que se constituye en un acto administrativo, el que carece de fuerza de cosa juzgada material, toda vez que puede ser revisada en sede administrativa e impugnada ante la autoridad judicial. En cambio el proceso tributario se desarrolla en el ámbito jurisdiccional, ante una autoridad independiente e imparcial, en el que intervienen dos partes en igualdad de condiciones y de manera contradictoria, concluyendo el proceso con una decisión que adquiere la calidad de cosa juzgada material. En consecuencia, hizo referencia a que la Ley N° 1340 de 28 de mayo de 1992, que estableció el procedimiento tributario con normas que buscaban resguardar los derechos y garantías constitucionales del contribuyente, entre otras, el derecho al debido proceso en sus elementos del derecho al juez natural, el derecho a la defensa, el derecho a impugnar los actos administrativos, y que de igual modo, estableció en el Título IV, Capítulo VII, las vías de revisión e impugnación de los actos administrativos emitidos por la Administración Tributaria, es decir, adoptó el sistema de las dos vías, no paralelas sino excluyentes entre sí, para que el contribuyente pueda hacer valer sus derechos y garantías constitucionales frente al acto administrativo. En efecto, bajo el nomen juris «De los recursos administrativos y jurisdiccionales», la citada ley estableció la vía de revisión del acto administrativo en sede administrativa a través del recurso de revocatoria y el recurso jerárquico previstos por el artículo 171.1.); de otro lado, estableció la vía de impugnación ante la autoridad jurisdiccional, es decir, a través de procesos contencioso—tributarios, asignando inicialmente la competencia al Tribunal Fiscal que actuaba como juzgado de primera y segunda instancia, un Tribunal que en esencia no fue parte del Poder Judicial, pero sí fue un Tribunal jurisdiccional independiente e imparcial, con todas las características de un Tribunal Judicial. Finalmente se encomendó a la Corte Suprema de Justicia para conocer los recursos de nulidad o casación planteados contra las sentencias emitidas por el Tribunal Fiscal; empero, previó que la elección de una vía importaba la renuncia a la otra. Posteriormente, mediante Ley N° 1455 de Organización Judicial, se asignó la jurisdicción y competencia para sustanciar los procesos contencioso—tributarios a los Juzgados en materia Administrativa.

tampoco eran incompatibles con la Constitución, ya que si el legislador había previsto como una vía de revisión de los actos tributarios en sede administrativa, a través de los recursos de alzada y jerárquico, mismos que en el marco de aquella interpretación constitucional efectuada eran compatibles con la Constitución, por lo que resultaba obvio que para la procedencia de los mencionados recursos era necesario determinar los actos administrativos que podían ser sometidos a esa revisión, por lo mismo dichas normas no contradecían la garantía del debido proceso que consagraba el artículo 16 de la Constitución, y menos aún, lesionaban la unidad jurisdiccional prevista por el artículo 116 de la Ley Fundamental. Empero, –y aquí se resalta la fórmula establecida por el TCB–, la compatibilidad de estas normas sólo se daba en la medida en que fueran aplicadas conforme a la interpretación constitucional efectuada por el propio Tribunal.

Ahora bien, lo que llamó la atención de la sentencia en aquella ocasión, no fue precisamente la naturaleza interpretativa de ésta, por la que se declaró la constitucionalidad de algunos preceptos, condicionando su validez a la interpretación establecida por el Tribunal, al contrario, lo que se criticó fue que el Tribunal, no recurrió a la elaboración de una interpretación para solucionar unilateralmente la inconstitucionalidad por omisión normativa del artículo 131. 2), de la Ley 2492. En efecto, la disposición legal sometida a examen modificaba el sistema de protección o tutela administrativa y judicial del contribuyente previsto en la Ley N° 1340 de 28 de mayo de 1992. Lo crítico residía en que ese sistema de tutela paralela se había sustituido por la de una tutela única, es decir, vía revisión en sede administrativa, a través de los recursos de Alzada y Jerárquico, con el complemento de un control de legalidad del acto administrativo tributario a través del proceso contencioso –administrativo a sustanciarse ante la Corte Suprema de Justicia, lo que significaba que se había excluido la vía de la impugnación judicial del acto administrativo a desarrollarse ante el Juez o Tribunal independiente e imparcial. Esa supresión se hacía evidente, cuando la ley impugnada, a través de la Disposición Final Primera abrogó, la vigencia del Código Tributario anterior, y en consecuencia la del artículo 157–B de la Ley N° 1455 de Organización Judicial, norma ésta que asignó competencia a los Jueces en Materia Administrativa, para conocer y decidir, en primera instancia, de los procesos contencioso – tributarios por demandas originadas en los actos que determinen tributos y en general, de las relaciones jurídicas emergentes de aplicación de las leyes tributarias. Sin duda, esta situación fue bastante perjudicial para el sistema tributario boliviano, en tanto se había originado un vacío normativo que no sólo paralizó el aparato jurisdiccional en esta materia, sino que generó una situación inconstitucional, esto es, desconoció el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso en su elemento del derecho al juez natural, independiente, imparcial y competente, reconocidos en los artículos 14 y 16–IV de la Constitución abrogada, ya que privaba al contribuyente, toda posibilidad de someter el acto administrativo tributario a un proceso contencioso en el que de manera contradictoria y en igualdad de condiciones pudiera ser oído e hiciera valer sus pretensiones, produciendo prueba, objetando la de contrario, desvirtuando los procedimientos administrativos tributarios que dieron lugar al acto determinativo del tributo, en suma lograr una decisión legal y justa¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁶ La sentencia de referencia, también consideró la lesión del derecho a impugnar los actos administrativos tributarios ante un juez o tribunal independiente e imparcial, en tanto que, si bien era cierto, se tenía a la vía de revisión en sede administrativa, a través de los recursos de alzada y jerárquico, no es menos cierto era, que la autoridad competente para dicha revisión no era totalmente independiente, en la medida en que el financiamiento de sus actividades, que incluía el pago de sus sueldos, provenía de las recaudaciones tributarias, conforme disponía la norma prevista por el artículo 133.1 de la ley impugnada. Recuérdese que una de las formas

Desde el foro jurídico, también se criticó a esta sentencia por insuficiente¹⁰⁷⁷. Al igual que los anteriores fundamentos, se cuestionó al TCB no haber aplicado la misma lógica interpretativa con la que declaró constitucionales algunos de los preceptos inconstitucionales, o en su lugar, exhortar al legislador a que repare el vicio de inconstitucionalidad que provocó el vacío normativo consistente en la inexistencia de un mecanismo de impugnación judicial del acto administrativo cuestionado, como consecuencia de la abrogación operada a través de la Disposición Final Primera de la norma impugnada¹⁰⁷⁸. Así, manifestaron también, que el Tribunal no debió desconocer que aquella situación representaba no otra cosa que la lesión a los valores supremos de la justicia e igualdad, inherentes al Estado Democrático de Derecho y consagrados en ese entonces por el artículo 6 de la Constitución, toda vez que al impedir al contribuyente acceder a la vía judicial de impugnación del acto administrativo, impidió también con ello, no sólo a ejercer el derecho de contradicción, sino también a acceder, en igualdad de condiciones, a la vía judicial para lograr una sentencia justa y legal del litigio que, como bien lo estableció el Tribunal en su jurisprudencia, constituye parte del debido proceso.

de garantizar la independencia del juez o tribunal es la gratuidad en el acceso a la justicia, esto es que las partes no tengan que efectuar la remuneración por los servicios prestados. En el caso examinado, era la Administración Tributaria la que, a través del desembolso del 1% del total de las recaudaciones tributarias, soportaba el funcionamiento de las Superintendencias. De manera que, si la revisión en sede administrativa era realizada por una autoridad administrativa que no era independiente e imparcial, era obvio que el legislador debió prever la vía de la impugnación judicial como un medio de tutela alternativo, es decir, que el contribuyente tenga, por una parte, la vía de revisión en sede administrativa y, por otra, la vía de impugnación judicial.

¹⁰⁷⁷ En la crítica formulada por el foro jurídico, la insuficiencia de esta sentencia, se agravaba con la contradicción en la ingresaba la parte del fallo que consideraba la inconstitucionalidad por omisión normativa del artículo 131. 2) de la Ley 2492 y párrafo séptimo del fundamento jurídico III. 6 de la sentencia, donde el Tribunal categóricamente sostuvo que el alegato presentado a favor de la ley impugnada, por parte del personero responsable de aprobar la norma impugnada, no era atendible, toda vez que el proceso contencioso administrativo previsto por el artículo 131, dada su naturaleza jurídica, no reemplazaba al proceso contencioso-tributario, el que, como se tenía referido en la sentencia, difería de aquél en su naturaleza jurídica, su finalidad y objetivo, así como en su propia configuración procesal, pues mientras aquél era una vía de control de legalidad, éste era una vía de impugnación directa y controversial del acto administrativo tributario, el primero era uno que requería del agotamiento de las instancias administrativas, mientras que el segundo era una vía directa y alternativa a los procedimientos administrativos tributarios; Asimismo, en tanto aquél se tramitaba como un proceso de puro derecho y en única instancia, éste se tramitaba como un proceso de hecho admitiendo los recursos previstos en el ordenamiento procesal. Y la contradicción se hacía más patente aún, cuando en la parte final del precitado párrafo, el TCB señaló, que las normas previstas por el artículo 147 de la Ley impugnada, que eran concordantes y conexas con el artículo 131, también eran incompatibles con la Constitución, conforme se tenía referido y fundamentado precedentemente.

¹⁰⁷⁸ No obstante, debe dejarse en claro, que por efecto de una demanda de inconstitucionalidad contra la Disposición Transitoria Primera de la Ley 2492, el TCB emitió la Sentencia Constitucional N° 076/2004 de 16 de julio de 2004, la cual determinó: «Declarar la constitucionalidad de la Disposición Final Novena del Código Tributario Boliviano, con vigencia temporal de un año a partir de la fecha de citación con esa Sentencia, exhortando al Poder Legislativo para que en dicho plazo subsane el vacío legal existente inherente a la ausencia de un procedimiento contencioso tributario, bajo conminatoria en caso de incumplimiento, de que la indicada disposición legal quedará expulsada del ordenamiento jurídico nacional, en lo que respecta a la abrogatoria del procedimiento contencioso tributario establecido en el Título VI, arts. 214 a 302 del Código Tributario». En consecuencia, al no haberse cumplido a esa fecha con aquella exhortación, el Título VI (arts. 214 al 302 del Código Tributario Ley No. 1340), que regula sobre el procedimiento contencioso tributario, según la opinión proveniente desde el foro jurídico, se encontraría nuevamente vigente, operando la reviviscencia. Es decir, vencido el plazo de manera implícita, el Tribunal Constitucional habría repuesto los artículos 214 al 302 de la Ley 1340, mediante Sentencia Constitucional No. 0535/2005, de fecha 18 de mayo de 2005, los que a la fecha se encuentran vigentes.

1.1.3. La STCB 051/2004, Materiales para el envasado de harina.

Repasando la jurisprudencia del TCB, es posible hallar otra sentencia con igual contenido interpretativo, así, se tiene a la SC 051/2004, de 1 de junio, pronunciada al resolver el recurso abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por Edgar José Zegarra Bernal, Diputado Nacional, demandando la inconstitucionalidad de la Resolución Ministerial (RM) No. 0432/2002 de agosto de 2002, que aprobaba el «Reglamento para el uso de envase de Harinas», por infringir las normas de los artículos 6.I), 7 inc. a) y d), 24, 133 y 228 de la CPE.

En su argumento, el recurrente manifestó que a través de la Resolución Bi–Ministerial No. 415 de 31 de julio de 2000, emitido por los Ministerios de Salud y Previsión Social y Desarrollo Económico, se modificó el artículo 12 del «Reglamento Técnico de la Fortificación de la Harina de Trigo» aprobado por similar Resolución Bi–Ministerial 008/97, otorgando la posibilidad de que el envase a utilizar para la comercialización de harina podría ser de polipropileno, algodón, papel kraft y polietileno, para fraccionamiento del producto, norma que a su vez fue derogada en forma tácita por la RM No. 0432/2002, que aprobó el «Reglamento para el uso de envase de Harinas», y que en su artículo 3 ratificaba mantener la utilización del saco de algodón para envases de un quintal o 50 kilos de harina, ignorando el hecho de que la Resolución Bi–Ministerial tiene un rango superior y por tanto cualquier modificación a ésta o su derogatoria tácita, debía ser impuesta por una norma similar y no así, por una de inferior jerarquía, por lo que se acusó a la norma impugnada por infringir el artículo 228 de la CPE, así como el artículo 20.I) de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE).

Asimismo, argumentó que la Resolución Ministerial impugnada, al establecer en su artículo 3 el uso obligatorio de sacos de algodón a la industria harinera nacional para el envase de un quintal o de 50 kilos, era discriminatoria y generaba desigualdad de condiciones y por tanto competencia desleal a favor del producto similar extranjero¹⁰⁷⁹, al que no obligaba a usar sólo sacos de algodón, por lo que se consideraba un atentado contra el derecho a la igualdad, consagrado por el artículo 6.I) de la CPE, colocando a la industria nacional en situación de desigualdad de condiciones y oportunidades con relación a la harina Argentina y otras que ingresaban al país, generando privilegios prohibidos por el artículo 14 de la Ley de Inversiones (LInv), así como la infracción del artículo 7 incisos a) y d) de la CPE, por cuanto atentaba contra la seguridad jurídica y el derecho al trabajo, porque al imponer condiciones de desigualdad en contra de las empresas nacionales, estas no podían realizar sus actividades en un marco de eficiencia y competitividad, ya que se les obligaba indirectamente a cerrar sus puertas afectando a sus trabajadores.

En aquella oportunidad, el TCB, más que realizar una interpretación conforme con las Constitución de la disposición impugnada, lo que hizo fue desarrollar una operación lógica sobre el contenido y alcance de la misma.

¹⁰⁷⁹ En el recurso se sostenía también, que la norma impugnada otorgaba ventajas al producto importado, lo que implicaba una vulneración de los artículos 24 y 133 de la CPE, en tanto que, a raíz de esta situación, se obligaba a la empresa nacional, a competir en desigualdad de condiciones frente a sus similares extranjeros, desconociendo lo postulado en la Constitución, es decir, el deber del Estado de promover el desarrollo del país y la defensa, y el aprovechamiento de los recursos naturales y humanos, y la sujeción a las personas y empresas extranjeras al ordenamiento jurídico nacional sin ningún tipo de privilegios.

En juicio del Tribunal, la norma prevista por la Resolución Bi–Ministerial 415, modificaba el texto del artículo 12 del Reglamento Técnico de la Fortificación de Harina de Trigo, aprobado mediante la Resolución Bi–Ministerial N° 008/97; en consecuencia, a través de dicha disposición legal se introdujo un nuevo texto para el artículo 12 del mencionado Reglamento, que prescribía: «Los envases para la comercialización deben ser recipientes que impidan la contaminación con otros productos, sólidos o líquidos quedando aprobados los envases actuales de polipropileno, algodón, papel kraft y polietileno para fraccionamiento del producto». Ahora bien, en el criterio del TCB, de una interpretación del nuevo texto del artículo 12 del Reglamento Técnico de la Fortificación de Harina de Trigo, se infería lo siguiente: en primer lugar, establecía normas de carácter general referidas a los envases en los que debía ser comercializada la harina de trigo, y en segundo lugar, establecía dos normas para ese efecto: a) una norma de seguridad, cuando dispone que los envases deben ser recipientes que impidan la contaminación de la harina con otros productos; y b) una norma determinativa, al aprobar los envases que podrán ser empleados para la comercialización de la harina de trigo, enumerando el material de los envases que deben ser empleados para los casos de fraccionamiento del producto; en ese sentido, debía advertirse que esta norma hacía una determinación de los tipos de envases que podían ser empleados para la comercialización fraccionada del producto, más no hacía referencia alguna a la comercialización estandarizada de un quintal o 50 kilogramos de harina.

Efectuada la contrastación de ambas normas, es decir, entre las normas previstas por el artículo 12 del Reglamento Técnico de la Fortificación de Harina de Trigo y el artículo 3 del Reglamento para el uso de envases de harinas, el Tribunal concluyó que ésta no contradecía a aquella, al contrario entendió que se trataba de dos normas que se complementaban la una con la otra. Luego, la norma prevista por el artículo 12 del Reglamento Técnico de la Fortificación de Harina de Trigo, era una que de manera general determinaba los envases que podían ser empleados en la comercialización fraccionada de harina de trigo, en cambio el artículo 3 del Reglamento para el uso de envases de Harinas, aprobado mediante la Resolución impugnada, preveía una norma específica aplicable a la comercialización de harina nacional de un quintal o de 50 kilogramos. De este modo, la norma aprobada por la Resolución impugnada no contradecía de manera alguna a la norma aprobada por la Resolución Bi–Ministerial N° 415, al contrario la desarrollaba de manera específica para una de las modalidades de comercialización de la harina de trigo producida por la industria nacional, no otra cosa significaba que la norma prevista por el artículo 4 del Reglamento para el uso de envases de Harinas, disponía el uso de los envases de algodón, polietileno, papel kraft y cartón para la comercialización fraccionada de harina de trigo –significaba cantidades menores a un quintal–, conforme se encontraba previsto por el artículo 12 del Reglamento Técnico de la Fortificación de Harina de Trigo. Así, para el Tribunal, no podía concluirse, como lo hacía erróneamente el recurrente, que la Resolución impugnada derogaba tácitamente a la Resolución Bi–Ministerial N° 415¹⁰⁸⁰, por lo mismo, desestimó su contraste con el artículo 228 de la Constitución, así como con el artículo 20.I de la LOPE.

En el fundamento del Tribunal, también se encargó de aclarar, que la norma en cuestión, no infringía el derecho a la igualdad, o que favorecía a las empresas extranjeras en

¹⁰⁸⁰ Del FJ III.3.3. de la sentencia, se desprende que, la Resolución impugnada, sólo derogaba las disposiciones contrarias a ésta, y al no contraponerse la RM impugnada a la Resolución Bi – Ministerial No. 415, se entendía que la norma en cuestión no fue alcanzada por dicha derogación tácita.

detrimento de la nacional. Así, sostuvo que, si bien es cierto que la norma prevista por el artículo 24 de la Constitución disponía que las empresas y súbditos extranjeros se encontraban sometidos a las leyes bolivianas, no es menos cierto que la Resolución impugnada, de manera alguna, disponía lo contrario, es decir, no contenía norma alguna que libere a las empresas y súbditos extranjeros de someterse a las leyes bolivianas en sus actividades desarrolladas dentro del territorio del Estado. Luego, la norma prevista por el artículo 3 del Reglamento para el uso de envases de harinas, aprobado mediante la Resolución Ministerial impugnada, de ninguna manera liberaba a las empresas o súbditos extranjeros de someterse a las leyes bolivianas, al contrario, lo que regulaba dicha norma era el uso del saco de algodón para envases en la industria nacional¹⁰⁸¹.

En base a estos razonamientos que el TCB, declaró la constitucionalidad de la RM No. 0432 «...en el marco de la interpretación constitucional expresada en los fundamentos de esta sentencia...». Empero, sin ánimo de desmerecer la operación lógica desarrollada por el Tribunal en aquella sentencia, lo cierto es, que el intérprete supremo de la Constitución, no desarrolló en puridad una interpretación conforme de la Constitución para evitar la declaración de la inconstitucionalidad de la disposición impugnada. En otras palabras, la interpretación desplegada por el Tribunal, no es una que pretendía asignar a la norma cuestionada un sentido que la haga conforme con la Constitución, sino una mera constatación sobre la adecuación de la norma impugnada a la Constitución, por lo mismo, se critica que el Tribunal haya condicionado la declaración de constitucionalidad de la norma enjuiciada a la supuesta interpretación realizada por dicha instancia de control, cuando lo que debió hacer en su lugar es dictar un pronunciamiento desestimatorio de la inconstitucionalidad puro y simple. Por ello, al igual que en la jurisprudencia constitucional española, el TCB recurrió a dictar sentencias interpretativas cuando no correspondía, y habría sido suficiente un pronunciamiento tradicional de desestimación para el caso que atañe.

1.1.4. La STCB 0101/2004, Disposición Transitoria Tercera de la Ley No. 1970.

Continuando el análisis de las sentencias interpretativas emitidas por el TCB, resulta de especial interés realizar el estudio de la SC 0101/2004, de 14 de septiembre, dictada como consecuencia del recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por Oscar Octavio Claros Rivas, Diputado Nacional Titular por el Departamento de Cochabamba, demandando la inconstitucionalidad de la Ley No. 2683 de 12 de mayo de 2004, que modificaba la tercera parte de la duración del proceso penal contenida en las Disposiciones Transitorias de la Ley No. 1970, nuevo Código de Procedimiento Penal (CPP) de 25 de marzo de 1999, ya que iría en contra de los arts. 6, 9.1, 16.IV y 116.X de la CPE.

¹⁰⁸¹ En el párrafo tres del FJ III.6 de la sentencia, el Tribunal hábilmente articuló al rechazo anterior, otro en el que desmintió que la norma impugnada contraviniese lo dispuesto por el artículo 133 de la CPE, al contrario, sostuvo, que la citada norma en cuestión era de carácter principista al establecer los lineamientos y directrices generales para el diseño del régimen económico, así como de las políticas públicas en materia económica. Por lo mismo, en criterio del TCB, la Resolución impugnada, antes de contradecir los lineamientos previstos en la norma constitucional referida, o poner en riesgo la independencia nacional y el desarrollo del país, sostuvo que, al contrario, respondía a una política estatal de preservación de la salud colectiva, al evitar, a través del uso de ese envase, la contaminación de un producto alimenticio como es la harina.

El argumento de la demanda se centraba en afirmar que, a través de la Disposición Transitoria Tercera del citado Código, el legislador estableció un corte en el tiempo al indicar que a partir del 31 de mayo de 2001, todos los procesos del sistema antiguo deberían ser concluidos en el plazo máximo de cinco años bajo pena de extinción, y que en atención al régimen de transición establecido en la parte final del indicado CPP, el legislador, también determinó que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable se aplicaría a toda persona sometida a un proceso. Se sostuvo a su vez, que este entendimiento fue ratificado y convalidado por el Tribunal Constitucional en la SC 77/2002, de 29 de agosto, cuando señaló que esa disposición respondía a una determinación político – criminal que precautelaba la seguridad jurídica de los contendientes y sobre todo de los encausados, ya que con ella, los encausados podían tener la certeza de que su proceso en el viejo sistema tendría una duración razonable y no se extendería por tiempo indefinido.

Así, los recurrentes denunciaban que, con la derogatoria de la Disposición Transitoria Tercera a través de la ley impugnada, se impedía la extinción de los procesos que se tramitaban con el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1972, pues en dicho cuerpo legal se establecía la extinción de la acción penal por la prescripción¹⁰⁸², y a la vez, preveía el carácter indefinido del proceso en su artículo 102, En mérito a estas disposiciones, el proceso en el sistema procesal anterior podía durar indefinidamente ya que con cada actuación judicial se interrumpía el término de la prescripción de la acción y ésta se empezaba a computar nuevamente, existiendo por ese motivo procesos y detenidos en los penales del país desde hace más de diez años sin la esperanza de obtener sentencia ejecutoriada, o de lograr su libertad por retardación de justicia, cuando no, la extinción de sus procesos por prescripción¹⁰⁸³.

Ahora bien, resultan de interés citar algunos de los razonamientos vertidos por el personero¹⁰⁸⁴ del órgano responsable de aprobar la ley impugnada, dadas las particularidades que en ella se expresan.

Así, en criterio de la autoridad recurrida, la cuestionada Ley No. 2683 de 12 de mayo de 2004 fue sancionada con el objeto de garantizar la seguridad jurídica de las personas, que es la condición esencial para la vida y desenvolvimiento de una nación en Estado de Derecho, pero adecuada a una determinada realidad social a fin de evitar el caos procesal y la inseguridad jurídica que habría significado la aplicación del nuevo sistema procesal penal a causas iniciadas con un sistema procesal y una lógica de funcionamiento diametralmente opuesta. Asimismo, se sostuvo, que dicha medida legislativa buscaba evitar la impunidad de los «delincuentes», ya que

¹⁰⁸² El carácter indefinido de la duración del proceso se lo desprendía de la disposición legal que regulaba la prescripción, en tanto que esta preveía que la prescripción empezaría a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito, siempre que no se hubiera iniciado la instrucción correspondiente y en caso de que ya se hubiera dado comienzo, el término de la prescripción de la acción se computaría desde la última actuación.

¹⁰⁸³ El TC tomó muy en cuenta el informe 20/2003 de 29 de septiembre, según el cual existirían en el país 4000 causas que llegarían hasta mayo de 2004 a conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, razón por la que ésta presentó al Parlamento Nacional un proyecto de Ley que una vez sancionado por sus dos instancias camerales, fue promulgado por el Presidente de la República y así fue publicada la Ley No. 2683 que dispone el plazo indefinido para los procesos que se venían tramitando con el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1972, en contraposición al punto de vista jurídico de varias instituciones judiciales y defensoras de los derechos fundamentales de las personas que fue dada conocer a la Comisión de Constitución del Congreso Nacional.

¹⁰⁸⁴ Por memorial presentado el 22 de julio de 2004 (cursante a fs. 122 a 126) Hormando Vaca Diez Vaca Diez, Presidente del Congreso Nacional, fue quien se apersonó y formuló los alegatos.

la extinción de la acción penal pondría a los imputados, fuera del alcance de la autoridad judicial y podría conllevar a reiterar sus conductas delictivas.

Sin duda, lo que más llamó la atención de los argumentos sostenidos por la autoridad recurrida, fue aquel en el que, además de citar las líneas jurisprudenciales constitucionales contenidas en las SSCC 219/2001–R, 647/2001–R, 340/2001–R y 280/2001–R, además de la 77/2002, en tanto que guardan relación con el motivo que genera el recurso, en un sin sentido jurídico y carente de fundamento, la autoridad recurrida sostuvo, sin mayores reparos, que éstas constituían líneas emitidas en la resolución de recursos deducidos en su momento, con motivo del nuevo régimen de prescripción de la acción penal establecido por los arts. 29 al 34 del CPP o contra la Disposición Transitoria Tercera de ese cuerpo legal, y que por consiguiente, dichas líneas jurisprudenciales no eran de aplicación a la nueva realidad fáctica establecida a partir de la Ley 2683 de 12 de mayo de 2004. Es más, buscando reflexionar al Tribunal, el personero sentenció que no correspondía entender el establecimiento definitivo de una línea jurisprudencial sobre el tema, más cuando incluso, si estuvieran referidas a una misma situación fáctica, la doctrina y la práctica admitirían cambios fundamentados de la jurisprudencia.

Dentro de este mismo singular razonamiento, en criterio del personero recurrido, la norma impugnada no vulneraría el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, puesto que dicho derecho podía ser interpretado de diversas maneras, y la razonabilidad debía apreciarse en su contexto específico o propio, sin perjuicio de establecerse un plazo general más allá del cual la duración fuera considerada ilegítima, con la exigencia de que el mismo responda también a un contexto propio¹⁰⁸⁵.

Ha momento de resolver el recurso, el TCB, esbozó en sus fundamentos jurídicos, razonamiento sistemáticos que se estructuraban de la siguiente manera: Sobre el primer supuesto a dilucidar del recurso, señaló que el artículo 33 constitucional, consagraba el principio general de irretroactividad de ley, en los siguientes términos «La ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo...», principio que en el ámbito penal es una derivación del principio de legalidad, conforme al cual, ningún acto puede considerarse como delito si una ley no lo ha descrito como tal con anterioridad a su ejecución. Por tanto, a juicio del TCB, en aquella situación se estaba frente a una prohibición de retroactividad de toda ley penal desfavorable que afecte el ámbito de libertad del encausado¹⁰⁸⁶. Así, según el TC, era preciso señalar que, la Disposición Transitoria Tercera, al establecer una forma de conclusión

¹⁰⁸⁵ Asimismo, el representante del Legislativo, manifestó que el principio de celeridad reconocido en el artículo 116.X de la CPE, tampoco se encontraba vulnerado por la norma impugnada, y al rechazar la interpretación formulada por el recurrente, señaló que la norma impugnada no concretaba la duración indefinida de los procesos penales del antiguo sistema, toda vez que también aquellos trámites se encontraban sometidos precisamente a las normas relativas a la prescripción previstas en los arts. 29 y siguientes del CPP, que impiden la duración ilimitada de esos procedimientos.

¹⁰⁸⁶ La autoridad recurrida, (El Congreso Nacional) justificó la constitucionalidad de la norma impugnada en el entendido de que se trataba de una ley procesal y no sustantiva, y que por tanto, el principio de prohibición de irretroactividad de ley desfavorable no sería aplicable al caso de autos. A este razonamiento, se encargó de responder el TC en el entendido de que la aplicación del principio de favorabilidad no puede estar limitado sólo a supuestos en los que la nueva norma penal descriminaliza la conducta típica o disminuye el quantum de su pena, sino también, cuando la nueva ley (ley penal material, procesal o de ejecución) beneficie al delincuente, en el ámbito de su esfera de libertad, siendo comprensivas de tal ámbito, entre otras, las circunstancias, el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, la rehabilitación, y las medidas cautelares personales.

extraordinaria del proceso penal, (cual era la extinción de la acción penal, que conllevaba a su vez, la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal, sea pública o privada), por el cumplimiento del plazo máximo fijado por el legislador (cinco años) para la culminación de los procesos penales tramitados con el anterior régimen, lo que hizo fue generar un efecto inmediato, es decir, la declaratoria de extinción de la acción penal como la pérdida por parte del Estado de su potestad punitiva, lo que implicaba que el proceso ya no podía desarrollarse más, extinguiéndose el ejercicio del ius puniendi del Estado. Vistas así las cosas, la Disposición Transitoria Tercera del CPP, en criterio del Tribunal tenía contenido sustantivo, porque afectaba los derechos del imputado, entre los que se encontraba el derecho fundamental a la libertad, que en materia penal, entre otros supuestos, podía ser restringido en virtud de una sentencia condenatoria con la imposición de la pena de reclusión o presidio, de lo que se extraía que esa disposición, pese a haber estado inserta dentro del Código de Procedimiento Penal, en el sentido analizado, contenía una norma de carácter sustantivo, pues afectaba a las esferas de libertad de los encausados¹⁰⁸⁷, resultando de esta forma la Ley 2683 de 12 de mayo de 2004, una norma penal desfavorable.

Y en relación al segundo punto a resolver, esto es la inconstitucionalidad por conexitud, el TC consideró que la Disposición Transitoria Tercera¹⁰⁸⁸ y el artículo 133 CPP¹⁰⁸⁹, guardaban plena compatibilidad con la Constitución; sin embargo, para ser plenamente conformes con la Ley Fundamental, era necesario que las disposiciones no regulen indistintamente que la demora en la tramitación del proceso podía ser atribuible a los órganos estatales competentes de la justicia penal o a las partes, y en su lugar debía asignarles un entendimiento en el que la extinción sólo podía ser conforme a la Constitución, cuando se constate que la no conclusión del proceso dentro del plazo máximo establecido por ambas disposiciones era atribuible a omisiones o falta de diligencia debida de los órganos administrativos o jurisdiccionales del sistema penal, y no a acciones dilatorias del imputado o procesado¹⁰⁹⁰.

En base a estos razonamientos, el TCB declaró la inconstitucionalidad de la Ley No. 2683. Pero, en relación al último párrafo del artículo 133 y segundo párrafo de la Disposición Transitoria Tercera se declaró la constitucionalidad de ambas disposiciones del CPP,

¹⁰⁸⁷ En el razonamiento del TCB, la finalidad que persiguió el legislador constituyente boliviano al introducir, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, es que el imputado pueda definir su situación ante la ley y la sociedad dentro del tiempo más corto posible, desde un punto de vista racional, poniendo de este modo, fin a la situación de incertidumbre que genera todo juicio, y la amenaza siempre latente a su libertad que todo proceso penal representa. Con esto se persiguió evitar que la dilación indebida del proceso, por omisión o la falta de la diligencia debida de los órganos competentes del sistema penal, pueda acarrear al procesado, la lesión a otros derechos, entre ellos, el de la dignidad y la seguridad jurídica, que resulten irreparables.

¹⁰⁸⁸ La disposición legal establecía: «Los jueces constatarán, de oficio o a pedido de parte, el transcurso de este plazo y cuando corresponda declararán extinguida la acción penal y archivará la causa».

¹⁰⁸⁹ El artículo de referencia preveía: «Vencido el plazo, el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal».

¹⁰⁹⁰ Del FJ III.3 de la sentencia, se desprendía la vulneración del derecho a la celeridad procesal y, dentro de ello, a la conclusión del proceso en un plazo razonable, cuando los órganos competentes de la justicia penal del Estado omiten desplegar, injustificadamente, la actividad procesal dentro de los términos que el ordenamiento jurídico establece. Por tanto, en sentido del orden constitucional, no habría lesión a este derecho, si la dilación del proceso, en términos objetivos y verificables, fuera atribuible al imputado o procesado. Un entendimiento distinto según el Tribunal, no guardaría compatibilidad ni coherencia con las exigencias de seguridad jurídica que la Constitución proclamaba (artículo 7 inc. a) así como el deber del Estado de proteger de manera eficaz, toda lesión o puesta en peligro concreto, de los bienes jurídicos protegidos por el orden penal boliviano.

«únicamente en el sentido establecido en el último párrafo del FJ III.5.2 de dicha Sentencia», esto es, «Que, en este sentido, como ha quedado establecido precedentemente, las disposiciones legales objeto del presente juicio de constitucionalidad sólo pueden ser compatibles con los preceptos constitucionales referidos, en la medida que se entienda que, vencido el plazo, en ambos sistemas, en lo conducente, el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal, cuando la dilación del proceso más allá del plazo máximo establecido, sea atribuible al órgano judicial y/o, al Ministerio Público, bajo parámetros objetivos; no procediendo la extinción cuando la dilación del proceso sea atribuible a la conducta del imputado o procesado»¹⁰⁹¹. Sin duda, las reacciones del foro jurídico y de la judicatura ordinaria en general, fueron bastante críticas, en la medida en que se entendía que la interpretación desplegada por el Tribunal, resultaban inconstitucionales, puesto que contravenían lo dispuesto por el artículo 6.I de la CPE, así como el derecho a la tutela judicial efectiva, y la misma garantía del debido proceso, puesto que el entendimiento del Tribunal acerca de las normas impugnadas, no reflejaban equilibrio alguno entre la posición del Estado cuanto ente persecutor del delito y la posición de la víctima, pero por sobre todo del imputado en tanto debía hacer frente a toda una maquinaria punitiva. Es más, la interpretación realizada por el Tribunal, posibilitaba un entendimiento contrario a la misma Constitución, es decir, que la aplicación de los mecanismos procesales por parte del imputado al interior del proceso, casi siempre podían entenderse como dilatorios, luego, al pretender exigirse la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, el juez ordinario podría rechazar la misma, bajo el argumento de que la dilación habría sido atribuible al imputado, y no así al sistema de administración de justicia¹⁰⁹², coartando *ad radice* el derecho a la tutela judicial efectiva, y al debido proceso como se había manifestado.

1.1.5. La STCB 0019/2005, sobre la Ley de Capitalización.

Continuando con la cita de fallos interpretativos del TCB, corresponde ahora traer a colación la SC 0019/2005, de fecha 7 de marzo, dictada en ocasión de resolver el recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto por Juan Evo Morales Aima, Antonio Peredo Leigue y Ricardo Alberto Díaz, entonces diputados nacionales, demandando la

¹⁰⁹¹ Por su parte, Yañez Cortez, Arturo, *Excepciones e incidentes*, Talleres Gráficos Gaviota del Sur, Sucre, 2009, p. 227, citó por su importancia, el FJ III.1 de la SC 1042/05 de 5 de septiembre, donde el Tribunal recapituló el desarrollo jurisprudencial de la SC 0101/2004. En ese sentido, para considerar la extinción de la acción penal se debía tomar en cuenta que: «...la constitucionalidad de la Disposición Transitoria Tercera del Código de Procedimiento Penal está supeditada a que en su aplicación se respete la interpretación efectuada por esta jurisdicción constitucional, la que ha determinado que el plazo de extinción del proceso no se opera de manera automática con el solo transcurso del plazo fijado por la disposición procesal, sino que cada caso deberá ser objeto de un cuidadoso análisis para determinar las causas de la demora en la tramitación del proceso penal en cuestión, el Auto complementario 0079/2004 ECA de 29 de septiembre de 2004, ha señalado que serán las autoridades jurisdiccionales competentes que al conocer y resolver la solicitud de extinción del proceso penal que (...) en el caso concreto determinarán si la retardación de justicia se debió al encausado o al órgano judicial y/o el Ministerio Público(...) a lo expuesto corresponde agregar que en el Auto complementario 0079/2009 ECA, varias veces citado, se exige que: (...) quien solicite la extinción de la acción penal debe fundamentar que la mora procesal más allá del plazo máximo establecido por ley, es de responsabilidad del órgano judicial o Ministerio Público (en la etapa preparatoria), precisando de manera puntual en qué partes del expediente se encuentran los actuados procesales que provocaron la demora o dilación invocada».

¹⁰⁹² En la crítica véase especialmente a Espinoza Carballo, Clemente, *Código de Procedimiento Penal*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2009, p. 148, así también del mismo autor, *Manual de Recursos. Excepciones e incidentes. Ley No. 1970*, El país, Santa Cruz de la Sierra, 2009, p. 88.

inconstitucionalidad de la Ley de capitalización, por infringir las normas de los artículos 2, 30, 69, 115.I, 137, 162, 228 y 229 de la CPE.

En sus argumentos, los recurrentes sostuvieron que la Ley de Capitalización fue dictada bajo presiones de carácter político y económico, para la «venta» (sic.) del patrimonio de la nación, consistente en las empresas Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), Empresa Nacional de Electricidad (ENDE), Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), Empresa Nacional de Ferrocarriles (ENFE), Lloyd Aéreo Boliviano (LAB), y la EMPRESA METALÚRGICA VINTO. Los recurrentes argumentaron que a través de la capitalización de esas empresas se prometieron el progreso y desarrollo del país, que no llegó. En ese sentido, señalaron que los siete primeros artículos de la Ley impugnada, vulneraban el principio de supremacía constitucional que se encontraba consagrada en los artículos 228 y 229 de la CPE abrogada, en tanto delegaban al Ejecutivo la facultad de enajenar las empresas referidas que constituían patrimonio estratégico de la nación y de obligatoria protección según el artículo 137 de la CPE, siendo esa una atribución del Congreso, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos 59.5ª y 7ª, así como el artículo 115.I de la Ley Fundamental.¹⁰⁹³

En el caso concreto, el personero del órgano responsable de la aprobación de la norma, no formuló alegato alguno¹⁰⁹⁴, pese a su legal notificación con el recurso de inconstitucionalidad planteado, por lo que el TCB, pasó a emitir sus fundamentos jurídicos del caso.

De este modo, según el criterio expresado por el TCB sobre la disposición legal impugnada, entendía que la misma consignaba dos normas: Por un lado, de autorización legislativa¹⁰⁹⁵, a través de la cual el Legislativo autorizaba al Ejecutivo aportar los activos y/o derechos de las empresas públicas para la conformación de nuevas sociedades de economía mixta (SAEM). Y, por otro lado, establecía una norma de mandato, en tanto el Legislativo instruía al Ejecutivo que formule una propuesta a los trabajadores bolivianos de cada una de las

¹⁰⁹³ En forma accesoría, los recurrentes denunciaban también, que las normas previstas por el segundo párrafo Artículo Primero de la Ley de Capitalización (LC), al disponer que el pago de beneficios sociales a los trabajadores de las empresas capitalizadas sea mediante acciones, desconocía los derechos de los trabajadores violando los preceptos del artículo 162 de la CPE.

¹⁰⁹⁴ En efecto, por memorial presentado en fecha 2 de agosto de 2004, el presidente del Congreso Nacional, Hormando Vaca Diez Vaca Diez, se apersonó en representación del Legislativo y se limitó a remitir la exposición de motivos y las actas de las sesiones del Senado Nacional y de la Cámara de Diputados, en los que se consideró la ley impugnada.

¹⁰⁹⁵ Sobre el tema, el Tribunal en el FJ III.4.1 de la sentencia estudiada, señaló que la primera norma, era parte de una Ley que, según la doctrina constitucional, se conoce como la Ley de autorizaciones, la que es entendida como el beneplácito Legislativo para que el Ejecutivo ejerza una función propia dentro de su ámbito de competencia asignada por la Constitución, cual es la función administrativa; pues a través de esa Ley el Legislativo, en ejercicio de su potestad de control que le reconoce la Constitución, otorga una autorización al Ejecutivo para que pueda proceder a la enajenación de los bienes del Estado. Dicha autorización tenía su fundamento en la norma prevista por el artículo 59.7ª de la Constitución, por cuyo mandato se entendía que era atribución del Legislativo «autorizar la enajenación de bienes nacionales, departamentales, municipales, universitarios y de todos los que sean de dominio público». Asimismo, el Tribunal consideró que la referida autorización encontraba su fundamento en el principio de coordinación e interrelación de funciones, de los frenos y contrapesos, que como parte constitutiva del principio de la separación de funciones estaban consagrados por la propia Constitución. Por lo que, de lo referido se podía concluir que la potestad de otorgar la autorización para la enajenación de bienes nacionales correspondía al Legislativo, en cambio el ejercicio mismo de la actividad contractual, es decir, el acto de enajenación mediante la celebración del contrato respectivo, era una facultad privativa del Ejecutivo.

empresas estatales, la alternativa de que puedan suscribir acciones para la constitución de las SAEM a cuenta de sus beneficios sociales, lo que significaba que en vez de cobrar sus beneficios sociales en dinero efectivo tenían la alternativa de convertir ese dinero en acciones en aquellas sociedades a constituirse con los aportes de los activos de las empresas públicas en las que trabajaban, de manera que pasaban a convertirse en accionistas de las nuevas SAEM como aporte privado frente al aporte estatal. Bajo este entendimiento, la disposición legal impugnada, al prever la facultad del Legislativo para autorizar al Ejecutivo, aportar los activos y/o derechos de las empresas públicas para la conformación de nuevas SAEM, a juicio del Tribunal, no contradecía lo preceptuado por el artículo 2 de la Constitución. Por lo mismo, la norma que otorgaba al Ejecutivo la potestad de proponer a los trabajadores de las empresas estatales suscribir acciones para la constitución de la respectiva SAEM, hasta el monto de sus beneficios sociales, tampoco desconocía ninguno de los principios fundamentales consagrados por el artículo 2 de la Ley Fundamental.

De igual forma, una vez contrastada la disposición legal contenida en el Artículo Primero de la LC impugnada con las normas previstas en los arts. 30¹⁰⁹⁶ y 69¹⁰⁹⁷ de la CPE, el Tribunal llegó a la firme convicción de que no existía contradicción alguna, toda vez que la autorización concedida por el Legislativo al Ejecutivo, en el marco de sus atribuciones previstas por el artículo 59.7ª de la Constitución, de ninguna manera constituía una delegación de sus funciones o atribuciones que le confería la Ley Fundamental del Estado, como erradamente consideraban y afirmaban los recurrentes.

Ahora bien, con relación a la denuncia de la supuesta infracción de la norma prevista en el artículo 137 de la CPE por parte de la disposición legal impugnada, el TCB concluyó que no existía la infracción denunciada. En primer lugar sostuvo el Tribunal, la disposición legal impugnada no disponía enajenación, afectación, intervención o embargo de bien alguno que forme parte del patrimonio de la Nación a los que hacía referencia el artículo 137 de la Constitución, por lo mismo no se afectaba la inviolabilidad o intangibilidad del patrimonio de

¹⁰⁹⁶ En efecto, conforme se tenía referido en el Fundamento Jurídico III.3.2 de aquella sentencia, el artículo 30 de la Constitución preveía normas que establecían obligaciones negativas para los órganos de poder del Estado, prohibiendo que deleguen las facultades y potestades que les confería la Ley Fundamental del Estado, así como el de que los órganos Legislativo y Judicial otorguen facultades extraordinarias al Ejecutivo. En cambio, la disposición legal impugnada (Artículo Primero de la LC) autorizaba al Poder Ejecutivo realizar aportes con los activos y derechos de las empresas estatales para la integración del capital pagado en la constitución de nuevas sociedades de economía mixta, Dicha autorización expedida en ejercicio de su atribución constitucional, de ninguna manera podía ser interpretada como una delegación de funciones u otorgación de facultades extraordinarias del Legislativo hacia el Ejecutivo, toda vez que la disposición de los bienes del Estado sujetos al régimen jurídico privado (por la vía de aportación a la conformación de nuevas SAEM, como sucedió en el caso de la Ley analizada o la enajenación) era una tarea esencialmente administrativa que no formaba parte de las funciones y atribuciones del Legislativo, al contrario formaba parte de las potestades administrativas del Ejecutivo, cuyo ejercicio estaba condicionado a que el Legislativo autorice expresamente mediante Ley de la República, lo que aconteció con la disposición legal impugnada.

¹⁰⁹⁷ Respecto a la norma prevista por el artículo 69 de la CPE, como se ha referido en el FJ III.3.3 de aquella sentencia, el Tribunal estableció una obligación negativa para el Congreso Nacional, prohibiendo a aquella instancia legislativa el delegar las atribuciones que tiene reconocidas por la Constitución. En consecuencia, en el caso de la disposición legal impugnada no constituía ninguna delegación de atribuciones, ya que la celebración de contratos de transferencia, o enajenación de bienes nacionales no formaban parte de las atribuciones de esa instancia legislativa previstas por el artículo 69 de la Constitución.

la Nación¹⁰⁹⁸. Asimismo, manifestó el Tribunal, que la disposición legal impugnada objeto de estudio, al autorizar al Ejecutivo aportar los activos y/o derechos de las empresas públicas para la integración del capital pagado en la constitución de nuevas SAEM, no contravenía la Constitución. Pero además, precisó, que ninguna de las empresas públicas referidas, que eran objeto de la Ley impugnada, constituían bienes inviolables, inalienables e imprescriptibles en los términos que referían los arts. 137, 138 y 139 de la Ley Fundamental, pues eran bienes del Estado sujetos al régimen jurídico privado (bienes dominiales según la doctrina), es decir, eran bienes transferibles según los mecanismos y procedimientos previstos por la Constitución y las leyes¹⁰⁹⁹.

Por último, en referencias a la denuncia de infracción del artículo 162 de la Ley Fundamental, que en criterio de los recurrentes habría sido vulnerado por el segundo párrafo del Artículo Primero de la Ley impugnada, efectuado el juicio de constitucionalidad, el Tribunal tampoco encontró que la infracción sea evidente, ello porque la norma prevista en el artículo 162.II de la Constitución instituía una garantía para la protección de los derechos sociales de los trabajadores frente a los empleadores, estableciendo la irrenunciabilidad de los derechos y beneficios sociales reconocidos a su favor por la Ley Fundamental y las leyes, tomando en cuenta la situación vulnerable en que se encontraban éstos frente a los empleadores o patronos, de manera que no por la necesidad de trabajo y empleo que tuvieran los trabajadores podían aceptar condiciones de trabajo fuera del marco contemplado en el ordenamiento jurídico, es decir, la irrenunciabilidad venía a ser una forma de protección de los derechos y beneficios de los trabajadores frente a posibles abusos de la parte patronal, por ello, la norma constitucional declaraba la nulidad de pleno derecho de toda convención contraria a esa garantía. Empero, en el criterio del TCB, mediante la norma impugnada, si bien el Legislativo instruyó al Ejecutivo a que formule una propuesta a los trabajadores bolivianos de cada una de las empresas estatales la alternativa de que puedan suscribir acciones para la constitución de las SAEM a cuenta de sus beneficios sociales, de manera que se convirtían en accionistas de las nuevas sociedades como aporte privado frente al aporte estatal, ello no suponía ir en contra de la previsión establecida en el artículo 162.II de la CPE, puesto que no establecía una obligación de renuncia de los beneficios sociales de los trabajadores de las empresas públicas, sino, al contrario, constituía una mera propuesta para que cada uno de ellos

¹⁰⁹⁸ Desde luego, tomando en cuenta el objeto perseguido por las empresas públicas, cuyos activos fueron aportados para la integración del capital pagado en la constitución de nuevas sociedades de economía mixta, que en el caso de YPFB fue la exploración, explotación y comercialización de hidrocarburos, el Tribunal consideró que la autorización legislativa concedida por el Poder Legislativo al Ejecutivo mediante la Ley impugnada en general y la disposición legal objeto del juicio de constitucionalidad, es decir, el Artículo Primero de la LC, se limitaba estrictamente a la aportación de los activos de las empresas públicas referidas para la integración del capital pagado en la constitución de nuevas sociedades de economía mixta, en principio, y la enajenación de las acciones estatales en las nuevas sociedades de economía mixta constituidas en ese proceso, mediante la transferencia a favor de los bolivianos y bolivianas residentes en el país y que al 31 de diciembre de 1995 hubiesen alcanzado la mayoría (Vid el artículo 6 de la Ley) luego de la capitalización. De modo tal, debía entenderse que de ninguna manera constituía una autorización para la celebración de contratos de explotación de riquezas nacionales, entre ellas los recursos hidrocarburíferos.

¹⁰⁹⁹ En efecto, de la revisión de la documentación contable (Balances, inventarios y estados de resultados) en los archivos de la Unidad de Capitalización y los remitidos a conocimiento del Tribunal por requerimiento del Magistrado Relator, se estableció que los activos de las empresas públicas que fueron objeto de la capitalización, realizada en aplicación de la Ley impugnada, no estuvieron constituidos por los bienes descritos en los artículos 138 y 139 de la Constitución, es decir, no estuvieron constituidos por los grupos mineros nacionalizados, y los yacimientos de hidrocarburos no formaban parte de los activos de las mencionadas empresas públicas.

decida –si estimaba pertinente y conveniente a sus intereses– suscribir las acciones para la constitución de la respectiva SAEM. Por lo mismo, en el razonamiento del TCB, no se impuso a ningún trabajador como obligación, la merituada suscripción, es más, en caso de tomar la decisión de suscribir las acciones, aquellos no perdían sus beneficios sociales, sino más bien, realizaban una inversión en las acciones de la SAEM. Luego, la suscripción de las acciones, y el pago de las mismas por parte del trabajador con sus beneficios sociales no podía ser calificado, como una renuncia al cobro de sus beneficios sociales, porque no dejaba de cobrarlos, al contrario los hacía efectivos mediante una operación de compensación.

Por lo mismo, en el fallo de la sentencia, el TCB, declaró la constitucionalidad de los artículos Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo de la LC, sin embargo para el caso del Artículo Primero de dicha Ley, la constitucionalidad quedó condicionada a la asignación del significado atribuido a la disposición, en los términos interpretativos establecidos en el Fundamento Jurídico III.4.1, décimo párrafo de los fundamentos jurídicos de aquella sentencia, es decir, la norma impugnada sólo sería constitucional si se entendía que «En efecto, de una interpretación de la disposición legal impugnada, desde y conforme a la Constitución, el Tribunal concluía que la autorización concedida por el Legislativo al Ejecutivo, a través de los arts. 1 y 6 de la Ley impugnada, se inscribía en el marco de las funciones de control y fiscalización del Legislativo y específicamente en la atribución prevista por el artículo 59.7ª de la CPE, simplemente para la aportación de los activos de las empresas públicas a la conformación de sociedades de economía mixta, en principio, y la enajenación de las acciones del Estado en esas nuevas sociedades de economía mixta, al final».

Sin duda, en criterio de la magistratura ordinaria, y el foro jurídico general, esta sentencia interpretativa del TCB, se constituye en una de las más prolijas y elaboradas, y donde el entendimiento interpretativo de la disposición impugnada, contempla una serie de supuesto y detalles nunca antes vistos en la jurisprudencia constitucional boliviana, y como tal, fue motivo de elogio y beneplácito para el concierto constitucional boliviano.

1.1.6. La STCB 0079/2005, Debido proceso y derecho a defensa para Notarios de Fe Pública sometidos a proceso.

Otro antecedente de este tipo de pronunciamientos interpretativos es posible encontrarlo en la SC 0079/2005, de 14 de octubre de 2005, donde el TCB declaró constitucionales los artículos 52 de la Ley del Consejo de la Judicatura (LCJ) y 282 de la Ley de Organización Judicial (LOJ), «siempre y cuando sean interpretados y aplicados conforme a la interpretación asumida en la presente Sentencia.»¹¹⁰⁰.

¹¹⁰⁰ El artículo 52 de la LCJ, de 22 de diciembre de 1997, prevé la suspensión de funciones por parte del Consejo «a aquellos contra quienes se hubiese abierto proceso penal. Del mismo modo si se hubiese iniciado proceso disciplinario por faltas muy graves y graves.» Por otro lado, el artículo 282 de la LOJ, de 18 de febrero de 1993, prevé que los notarios «son responsables civil y penalmente de la custodia y conservación de los documentos, libros y archivos a su cargo, así como de los actos en que intervienen dando fe y del cumplimiento de las funciones señaladas por ley. Los que infrinjan este artículo, serán sancionados con la destitución inmediata de sus cargos, sin perjuicio de las sanciones penales y/o civiles correspondientes. Estas sanciones serán impuestas por la respectiva Corte Superior.»

En efecto, a través del recurso abstracto de inconstitucionalidad presentado por un diputado nacional, se alegó que los notarios de Fe Pública estaban siendo objeto de denuncias y quejas por presuntas faltas disciplinarias generalmente planteadas por litigantes perdedores. De esta manera, las denuncias implicaban el inicio de las acciones disciplinarias y penales en contra de estos funcionarios públicos. Pero lo más gravoso aún —que se acusaba en el recurso— radicaba en que a partir de la aplicación del artículo 52 de la LCJ, el sólo inicio del proceso disciplinario o la apertura del proceso penal, hacía que el notario sea suspendido inmediatamente del ejercicio de sus funciones por el Consejo de la Judicatura. A su vez, el artículo 282 de la LOJ determinaba que los notarios serían sancionados con la destitución inmediata de sus cargos, sin perjuicio de las sanciones penales y/o civiles correspondientes, en caso de incumplir la obligación de custodiar y conservar los documentos, libros y archivos a su cargo, o respecto de los actos en que intervienen dando fe o demás funciones señaladas por ley.

En ese sentido, el recurso planteaba que los preceptos legales de referencia vulneraban los arts. 6. II de la CPE al atentar contra la dignidad y libertad del funcionario; 7 inc. d) de la CPE al derecho al trabajo, porque al ser suspendido en forma inmediata con el sólo inicio de un proceso disciplinario o la apertura de un proceso penal, quedaba el funcionario automáticamente desempleado y estigmatizado ante el foro y la sociedad en su conjunto; artículo 16.I de la CPE, que proclamaba el principio de presunción de inocencia, ya que se presumía la culpabilidad del notario, además de infringir implícitamente los principios de bilateralidad, audiencia y contradicción; artículo 16.II, dado que se imponía una condena que era la suspensión inmediata, sin darse la oportunidad de defensa, y artículo 16.IV de la CPE, que garantiza el debido proceso, pues la sanción de suspensión se ejecutaba al iniciarse tales procesos.

En el razonamiento del TCB, el artículo 282 de la LOJ que establecía la sanción de «destitución inmediata» cuando un notario de fe pública incumplía las obligaciones que el párrafo primero del referido artículo le encomendaba, señaló que dicha «inmediatez» a que aludía aquella disposición podía ser «interpretada en dos sentidos: una, en caso que el notario de fe pública incurriera en alguna de las faltas señaladas por el artículo 282 de la LOJ, debía ser inmediatamente destituido, sin proceso previo, lo que no guardaba coherencia con la Constitución Política del Estado; y la otra, en una interpretación conforme a la Constitución, entender que la «inmediatez» a que se refería aquel articulado, no significaba la exclusión del debido proceso al que debían ser sometidos dichos funcionarios. Por ello, la sanción de destitución, debía adoptarse dentro de un debido proceso que arroje como resultado la responsabilidad del procesado en la actuación ilegal.

Por consiguiente, el TCB, determinó que de la normativa que conformaba el bloque de constitucionalidad y las sub reglas establecidas por el Tribunal sobre el debido proceso, se deducía que toda actividad punitiva del Estado, sea en el ámbito judicial o administrativo, debía ser impuesta previo proceso donde se respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa, que implica a su vez, entre otros elementos, la notificación legal con el hecho que se le imputa al afectado, y con todas las actuaciones y resoluciones posteriores¹¹⁰¹.

¹¹⁰¹ En la citada sentencia el TCB trajo a colación la línea jurisprudencial sentada en la SC 136/2003–R, donde se estableció que «el derecho a la defensa debe ser interpretado conforme al principio de favorabilidad

En ese sentido, el TCB condicionó la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas a la interpretación constitucional adoptada, donde se encontraba resguardada la garantía del debido proceso, siendo dicha interpretación la que debía ser asumida por toda autoridad que tenga que aplicar el artículo 282 de la LOJ, es decir que la sanción no sería inmediatamente impuesta, sino previo proceso sustanciado conforme a ley, y que la inmediatez señalada por la norma se refiera a la ejecución de la sanción una vez que la determinación que la asuma, cobre ejecutoria.

1.1.7. La STCB 0045/2006, Disposición Transitoria Primera de la Ley de Hidrocarburos.

Otro antecedente también relevante dentro de la jurisprudencia constitucional boliviana relacionada con la emisión de sentencias interpretativas, viene dada con la SC 0045/2006, de 2 de junio de 2006, donde el TCB declaró la constitucionalidad de la Disposición Transitoria Primera de la Ley No. 3058 de 19 de mayo de 2005, de Hidrocarburos (LH), «en el marco de la interpretación efectuada en el Fundamento Jurídico II.2.4 de la presente Sentencia...»¹¹⁰².

En efecto, a raíz del recurso abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por Luís Eduardo Siles Pérez, Diputado Nacional, que demandó la inconstitucionalidad entre otras disposiciones, de la citada Disposición Transitoria Primera de la LH, por infringir las normas de los arts. 4 y 7 inc. a), 16, 124, 125, y 155 de la CPE, en el entendido que la citada Disposición Transitoria Primera de la LH, disponía la realización de auditorías especiales en las áreas financiera, operativa, jurídica y técnica, de las empresas petroleras, conminando a la

antes que restrictivamente; posiciones todas, afines a la doctrina administrativa contemporánea». Por otra parte vid. la SC 995/2005–R, de 19 de agosto, donde se señala que «...este Tribunal a través de su jurisprudencia ha establecido que toda sanción, ya sea administrativa o penal, requiere de un proceso previo que determine las circunstancias por las cuales se está aplicando una determinada sanción», así también la SC 378/2000–R, de 20 de abril, donde ya oportunamente el TCB determinó que «la aplicación de una sanción sin previo proceso, resulta inadmisibles dentro del orden constitucional boliviano (...) garantía procesal que es aplicable a toda forma de sanción, sea penal o dentro del llamado Derecho Penal Administrativo».

¹¹⁰² A través de la misma SC 0045/2006, de 2 de junio, el TCB fundó una nueva línea jurisprudencial que establece que la obligatoriedad en la consulta a las comunidades y pueblos campesinos no debe ser entendida como solicitud de autorización para desarrollar actividades de explotación hidrocarburífera en el país. En base a ese entendimiento jurídico, el órgano guardián de la Constitución declaró inconstitucional el artículo 126 de la Ley de Hidrocarburos y las frases «o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios» del artículo 115 y «en caso de tener la consulta, reconocida en el artículo 115, un resultado negativo» del artículo 116, de la misma norma legal. El Tribunal Constitucional fundamentó que el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia mediante Ley No. 1257, de 11 de julio de 1991 y que forma parte del bloque de constitucionalidad boliviano, establece en la parte pertinente la obligación del Estado para consultar sobre la existencia de afectación a los intereses de pueblos indígenas y tribales, atendiendo las particulares circunstancias sociológicas de éstos, y no que dicha consulta sea con carácter determinativo o definitivo para conseguir la aquiescencia de dichos pueblos, y sin la cual no sea posible explotar los recursos del subsuelo que son propiedad del Estado. Asimismo añadió que «la norma analizada impone el deber de consultar cuál el daño que pueden sufrir sus intereses, para que sea debida y equitativamente indemnizado, por tanto, esa consulta no puede ser entendida como la solicitud de una autorización, sino como un acto efectivo de consultar a los pueblos indígenas y tribales asentados en los territorios objeto de la explotación sobre la cuantificación del daño a sus intereses que sufrirán como efecto de dicha extracción, y mucho menos puede ser entendida como una facultad para impedir la explotación de la riqueza del subsuelo que pertenece al Estado, pues por encima de los intereses de grupo de cualquier índole, se encuentra el supremo interés de la mayoría, expresado por las autoridades del Estado».

Contraloría General de la República (CGR) a efectuar dicha labor, trasgrediendo las normas del artículo 154 de la CPE. El recurrente manifestó a su vez, que si bien la CGR tenía el control fiscal sobre entidades autónomas, autárquicas y sociedades de economía mixta, según se desprendía del artículo 3 de la Ley de Administración y Control Gubernamentales (LACG), empero, su campo de acción no incluía a las empresas petroleras que la norma impugnada mandaba intervenir. En la perspectiva del recurrente, aquella situación se agravada aun más, cuando, presumiendo la culpabilidad de éstas, se disponía la intervención del Ministerio Público, en forma conjunta con la actuación de la CGR.

En la interpretación del TCB, la Disposición Transitoria impugnada, debía ser entendida en un sentido en el que se debía imponer a la CGR la realización de auditorías a las empresas firmantes de los contratos de riesgo compartido, pues conforme lo preceptuaba el artículo 155 de la CPE, la CGR tenía la potestad de ejercer control fiscal sobre las entidades autónomas, autárquicas y de economía mixta, más no sobre aquellas sujetas a régimen privado, en tal sentido, la norma cuestionada sólo sería constitucional, cuando su interpretación limitaba su aplicación a aquellas entidades sujetas al ámbito de control fiscal por la CGR. Y, resultaba inconstitucional, cuando pretendía ser aplicada a otras no pasibles de intervención fiscal por vía de la Contraloría. Empero, y aquí ingresó un componente novedoso en el dictado del pronunciamiento interpretativo, y es que el Tribunal, replicando la labor de su par español, invocó al principio de conservación de la norma, para evitar expulsar a la disposición impugnada del ordenamiento jurídico, por lo que declaró su constitucionalidad en el marco de aquella interpretación.

Es decir, en relación a la impugnación de la participación del Ministerio Público en este tipo de procesos, El TCB dejó establecido, que tanto la CGR como el Ministerio Público desarrollaban funciones distintas en el marco de la Constitución, pero aquellas no eran incompatibles, teniendo cada uno de estos entes su objeto distinto. Así el trabajo de la CGR era efectuar un control posterior de la administración de los recursos del Estado (artículo 1 de la LACG), mientras que el Ministerio Público tenía por objeto defender los intereses del Estado y la sociedad, y ejercer la acción penal pública. Por tanto, al encargar la norma impugnada una labor conjunta a las instituciones señaladas, no contenía ninguna contradicción con las normas constitucionales que creaban las mencionadas instituciones y les concedían sus fines y objetivos.

Bajo estos razonamientos interpretativos, el TCB prescindió de la de la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Primera de la LH, condicionando su validez a la interpretación desarrollada en la parte de los fundamentos.

1.1.8. La STC 052/2002, y el Voto particular del Magistrado Rivera Santiváñez: Las reflexiones sobre el recurso a las sentencias interpretativas.

Así de este modo, se ha esbozado una retrospectiva de las sentencias interpretativas emitidas por el TCB, de las cuales es posible advertir, que en el caso boliviano, a diferencia de lo sucedido en la experiencia de la jurisprudencia constitucional italiana y española, donde de inicio, se plantearon los rechazos y objeciones para reconocer cualquier tipo de eficacia a las sentencias interpretativas, ya sea en su forma estimatoria o desestimatoria de la inconstitucionalidad, por parte de los tribunales ordinarios, incluido el mismo juez «a quo», en

la jurisprudencia constitucional boliviana –a pesar de las dificultades iniciales para el funcionamiento del Tribunal a las que se hizo referencia anteriormente– sucedió un fenómeno un tanto más particular. Para empezar, las sentencias interpretativas dictadas por el TCB, no sólo fueron acatadas por los tribunales ordinarios, sino también por los demás poderes públicos, reconociéndose de esta manera, el valor vinculante de los fundamentos expuestos en el pronunciamiento, no limitándose al dictamen del fallo. Ahora bien, esta actitud era posible atribuirla a lo que preceptuaban los artículos 4, 44 y 52 de la LTC, donde se preveía la obligación de los tribunales, jueces y autoridades de aplicar a sus decisiones la interpretación adoptada por el TCB, y que en tal sentido, los poderes públicos se encontraban compelidos al cumplimiento de las resoluciones, declaraciones y autos del intérprete supremo de la Constitución, siendo en consecuencia éstas, obligatorias y vinculantes para los poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales, bajo alternativa de la imposición de sanciones de carácter pecuniario a quienes incumplieran las mismas.

Ahora bien, si nos remitimos al dictado de la SC 052/01, en aquella ocasión, lo que se criticó desde el foro jurídico y la magistratura ordinaria, no fue precisamente el hecho de que el Tribunal dictara un pronunciamiento de naturaleza interpretativa, sino al contrario, lo que se reprochó fue que el Tribunal, no recurrió a la interpretación conforme para, de igual modo, dictar una sentencia interpretativa y corregir la inconstitucionalidad por omisión normativa del artículo 131. 2) de la Ley 2492, puesto que la disposición legal sometida a examen, modificaba el sistema de protección o tutela administrativa y judicial del contribuyente previsto en la Ley N° 1340, lo que significaba que se había excluido la vía de la impugnación judicial del acto administrativo a desarrollarse ante un juez o tribunal independiente e imparcial, con los consabidos perjuicios para el colectivo contribuyente. Véase entonces, cómo en vez de cuestionar al TCB el dictado de esta categoría de pronunciamientos, la tendencia era contraria, es decir, exigir del Tribunal sentencias interpretativas ya sea para desestimar la inconstitucionalidad y evitar la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, o al contrario, para, a través de una sentencia estimatoria, eliminar las interpretaciones no conformes con la Constitución desprendibles de la norma impugnada. Ese fue, precisamente, el criterio expresado en el voto disidente planteado por el Magistrado José Antonio Rivera Santiváñez, de fecha 27 de junio, a la citada SC 052/2002, que resolvió el recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto por Ana María Romero de Campero, Defensora del Pueblo, demandando la inconstitucionalidad del artículo 119 párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto del Código Electoral (CE), modificado por Ley 2282 de 04 de diciembre de 2001. Recuérdese, que el argumento de la recurrente, acusaba al párrafo segundo del artículo 119 de la Ley 2282, en tanto otorgaba competencia a la Corte Nacional Electoral (CNE) para habilitar los medios de comunicación social que estarán autorizados para emitir propaganda electoral. En el criterio de la entonces Defensora del Pueblo, aquella disposición vulneraba la previsión constitucional, relativa a la libre emisión de ideas y opiniones (artículo 7 b. CPE), que debía ser ejercido por el titular del derecho (personas físicas y jurídicas) por cualquier medio de difusión, constituyendo por tanto, un claro acto de prohibición anticipada, control prohibitivo y censura previa. Asimismo, sostenía que el párrafo tercero del artículo 119 de la Ley 2282, establecía un derecho exclusivo de los partidos políticos, para la contratación de campos y espacios de prensa, radio y televisión. En consecuencia, aquella previsión en consideración de la recurrente vulneraba la norma constitucional que establecía que la libre expresión de ideas y pensamientos era un derecho de todas las personas, sean éstas individuales como son los candidatos, o colectivas como lo constituyen los partidos políticos.

En el razonamiento del Tribunal, el artículo 7 de la Constitución establecía que «Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio», de lo que se extraía que al legislador ordinario le estaba facultado regular los derechos fundamentales, sin embargo, aquella potestad reglamentaria también estaba sujeta a límites, conforme lo preveía el artículo 229 de la Constitución, bajo el siguiente texto: «...los derechos reconocidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio...». Ahora bien, para el TCB, desde una interpretación gramatical, el vocablo «alterar», desde el punto de vista semántico, significaba «cambiar la esencia o forma de una cosa»¹¹⁰³, en ese sentido, de lo anterior se extraía que al legislador ordinario le estaba vedado vaciar de contenido al derecho fundamental objeto de la regulación, lo cual podía presentarse cuando el derecho quedaba sometido a restricciones que lo volvían impracticable o lo dificultaban de tal manera que se volvía ineficaz al despojarlo de la protección que la norma constitucional le asignaba, convirtiéndolo en una simple declaración formal, o dicho en palabras de la doctrina y jurisprudencia asumida por el Tribunal, la regulación no debía privarle de su contenido esencial¹¹⁰⁴. Continuando, para el Tribunal, el hecho de que en ocasiones, la misma Constitución impusiera límites expresos a algunos derechos fundamentales reconocidos por ella (así, los derechos de reunión y asociación, al trabajo, comercio, entre otros reconocidos por el artículo 7), dicha limitación resultaba conforme al orden constitucional, sobre todo, porque tal limitación se volvía razonablemente necesaria para preservar otros bienes constitucionalmente protegidos.

En ese sentido, en el criterio del TCB, la fijación de tarifas y tiempo de la propaganda electoral, estarían dirigidas a precautelar que los precios máximos que podían ser cobradas a los partidos políticos o a los candidatos por los medios de comunicación durante la campaña electoral, no fueran superiores al promedio de las tarifas que los medios de comunicación cobraban por la propaganda comercial durante el primer semestre del año anterior al de la elección correspondiente y, de esa manera evitar que los medios de comunicación penalicen la actividad política, creando una marginación de las agrupaciones políticas más pobres, pues ello, según el TCB, daría como resultado una «elitización de la política, deformando los ideales de la democracia participativa.»¹¹⁰⁵. Luego, el derecho exclusivo de los partidos políticos a la contratación de tiempos y espacios de propaganda electoral, estaría dirigido, de un lado, a evitar que la previsión sobre los tiempos asignados a los partidos políticos no sean distorsionados a través de la contratación de espacios de propaganda a título personal, haciendo ineficaz la regulación sobre los límites de espacios de tiempo por partido político. Y, de otro, en precautelar que, al interior de los partidos políticos, un candidato acapare más tiempo del establecido por el partido, en detrimento del interés general del mismo. En consecuencia, del contenido de los párrafos del artículo 119 de la Ley 2282, el Tribunal extrajo, que el legislador, en cuanto a los medios de comunicación, estableció un límite al ejercicio del

¹¹⁰³ En su considerando V.3 cita la acepción prevista en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española.

¹¹⁰⁴ Sobre el particular, véase la SC 0504/01, en el que el Tribunal determinó: «...sin embargo, corresponde precisar que con la expresión «contenido esencial», no debe entenderse como que se predique que los derechos fundamentales tengan un contenido principal y otro accesorio, y que por lo tanto la esfera vedada a toda limitación sea la primera y no la segunda, sino simplemente que no se lo prive de sus caracteres que lo hacen reconocible como tal. Conforme a esto, todos los caracteres que integran el contenido del derecho en cuestión, son esenciales.»

¹¹⁰⁵ Véase el considerando VI.1.1.

derecho de comercio y no a la libertad de expresión, como erróneamente¹¹⁰⁶ se expresaba en el recurso, pues lo que se establecía era un mecanismo de control de las tarifas y de espacios de propaganda de los medios masivos de comunicación social, para la realización de las campañas electorales con la finalidad de que las diferentes candidaturas de los partidos, frentes o alianzas, que terciaran en las elecciones para conformar los órganos de poder central, como los gobiernos locales autónomos, tuvieran igualdad de oportunidades para acceder a dichos medios y poder difundir ampliamente sus planes, programas y propuestas de gobierno¹¹⁰⁷. En ese sentido, a juicio del Tribunal, tampoco podía considerarse como un acto de censura previa, el hecho de que la entonces Corte Nacional Electoral (CNE), tuviera competencia para publicar la lista de los medios de comunicación social habilitados para difundir propaganda electoral, por cuanto en ese acto, no existía limitación a la libertad de expresión, pues, en todo caso, existiría censura previa, si el contenido, esto era, el texto de la publicidad o los espacios o tiempos, hubieran sido sometidos a filtros o controles arbitrarios, desde toda óptica repudiados por la Constitución. Y más bien, de lo precedentemente analizado, se establecía que los motivos que indujeron al legislador a regular la publicidad en el proceso electoral estaban orientados a garantizar a todos los partidos políticos y candidatos de éstos, un acceso y uso equitativo de la publicidad, por lo que tales previsiones guardaban sujeción a los principios, reglas y valores del orden constitucional boliviano.

En base a estos criterios, el Tribunal decidió declarar la constitucionalidad de los párrafos segundo, tercero y cuarto de la Ley 2282. Empero, como ya se manifestó en su oportunidad, el Magistrado Rivera Santiviáñez planteó su disidencia, en relación a la declaración de constitucionalidad del párrafo tercero del artículo 119 de la Ley impugnada. En opinión particular de aquel Tribuno, el TCB debió recurrir al dictado de una sentencia interpretativa al respecto. Veamos pues, algunos de sus fundamentos al respecto. Para empezar, el Magistrado disidente, consideró que para dilucidar la problemática planteada por la recurrente, debió recordarse que, conforme lo preceptuaban los artículos 60-II y IV de la CPE, para la elección de Diputados, se adoptó el sistema electoral del doble voto, lo que importaba que un 50% de Diputados eran elegidos por circunscripciones uninominales, por simple mayoría de votos, y el restante 50% de Diputados, se elegía en circunscripciones plurinominales, de listas conjuntas encabezadas por el candidato a Presidente de la República, Vicepresidente y Senadores, mediante el sistema de representación que establecía la ley. Ahora bien, para Rivera, analizada la norma impugnada en el contexto referido y contrastada con los valores supremos, los derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados en las normas de la Constitución, se llegaba a la conclusión de que el párrafo tercero del artículo 119 de la Ley N° 2282, al disponer que «Los candidatos, sólo pueden hacer uso de los tiempos que le asigne el

¹¹⁰⁶ Vehementemente, el Tribunal expuso en su considerando VII.3. que el artículo 119 y específicamente, el segundo párrafo, como quedó expresado, no lesionaba la libertad de expresión de los medios masivos de comunicación social, por cuanto en el proceso electoral y más propiamente en la difusión de la propaganda electoral, el titular del derecho a la libertad de expresión, no era el medio, como estimaba la recurrente, sino el partido político, frente o alianza, así como el candidato, los que debían gozar de igualdad de oportunidades en el acceso a los medios de comunicación, con el objetivo de presentar sus programas, planes, posiciones y propuestas políticas al electorado. Y que, como quedó establecido precedentemente, la regulación aludida, tampoco lesionaba el derecho fundamental a la libertad de expresión de los partidos y los candidatos.

¹¹⁰⁷ Por lo mismo, los motivos que habrían inducido al legislador a establecer que era el partido político el que debía regular el tiempo y el espacio en la prensa escrita, radio y televisión y que los candidatos sólo podían hacer uso de los medios de propaganda en los tiempos que le asignaba el partido político o alianza, se estaba «...precautelando también, de manera racional, intereses jurídicos constitucionalmente protegidos, principalmente por los artículos 6, 222 y 223 de la Constitución.» Véase el considerando VI.7.

partido o alianza», lesionaba el derecho de igualdad, así como la libertad de expresión de los candidatos a Diputados por circunscripciones uninominales¹¹⁰⁸, toda vez que dejaba al criterio de los partidos, frentes o alianzas, en cuyas listas se postulaba, el ejercicio de este derecho. Dicho de otro modo, si dentro del diseño de su programa de campaña electoral, el partido veía la conveniencia de priorizar el uso de los espacios para difundir el programa de la candidatura presidencial, nada impedía que el partido privara al candidato a Diputado por circunscripción uninominal el derecho que tenía de difundir su plan y programa de trabajo para su circunscripción¹¹⁰⁹.

Es por todo ello que, el Magistrado, consideró que la SC 52/2002, debió declarar inconstitucional el párrafo tercero del artículo 119 de la Ley N° 2282 con relación a los candidatos a diputados por circunscripciones uninominales. Rivera reprochó al Tribunal el no haber emitido una sentencia interpretativa, conforme a la norma prevista por el artículo 4 de la LTC, retirando del ordenamiento jurídico la interpretación que demostraba la incompatibilidad de la norma con la Constitución, es decir, con relación a los candidatos a Diputados Uninominales, manteniéndola en la interpretación que era compatible con la Constitución, vale decir, con relación a los candidatos a Diputados Plurinominales. Ahora bien, aquel criterio guardaba correlato con el sostenido desde la doctrina por Nogueira, para quien, las sentencias de conformidad con la Constitución o sentencias condicionales como también se las denomina en la jurisprudencia constitucional comparada (concretamente es el caso de Colombia), buscan mantener y conservar la obra legislativa hasta donde ello sea posible, sin eliminarla del ordenamiento jurídico. Por lo mismo, dichos pronunciamientos lejos de ser criticadas, debieran ser respaldadas, ya que a través de ellas, también el Tribunal podría preservar la obra legislativa, eliminando sólo las eventuales interpretaciones y aplicaciones que puedan ser consideradas contrarias al orden jurídico¹¹¹⁰.

De ese modo, nuevamente se confirmaba, que en principio, la emisión de sentencias interpretativas por parte del TCB, no tuvo mayores oposiciones y críticas que las que se mencionaron, y por lo mismo, la vinculatoriedad de las decisiones contenidas no sólo en el fallo, sino también en los fundamentos, fueron asumidos por las distintas instancias de los órganos de poder del Estado, interviniendo indirectamente como consecuencia de la resolución de un recurso, ya sea en vía del recurso abstracto, o del recurso incidental de inconstitucional, así como en algunos recursos de amparo constitucional.

¹¹⁰⁸ En el fundamento 3° del voto disidente, el magistrado sostuvo que el párrafo tercero del artículo 199 de la Ley N° 2282, impugnado en el recurso, no era incompatible con la Constitución, en cuanto se refería a candidatos a Diputados por circunscripciones plurinominales, por cuanto dada la modalidad de su elección en lista conjunta con los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, así como los Senadores, se entendía que ellos podían difundir sus ideas o programas en los tiempos y espacios contratados por los partidos políticos.

¹¹⁰⁹ En el párrafo segundo del fundamento 2° del voto disidente, el magistrado sostuvo que, si bien es cierto que es necesario establecer límites a los candidatos en cuanto al tiempo de uso de los espacios en los medios masivos de comunicación social, no es menos cierto que dentro de esos espacios o límites de tiempo, «es legítimo el derecho, de los candidatos a diputados por circunscripciones uninominales, a contratar los mismos, para difundir sus propagandas, si así lo consideran necesario, en coordinación con el partido, frente o alianza que los postula, pues el candidato a Diputado por circunscripción uninominal es elegido mediante voto separado de los otros candidatos, por lo mismo requiere de un trato igualitario que aquellos, si considera necesario difundir sus propuestas de trabajo. Lo que significa que el ejercicio de ese derecho no podía estar subordinado a la voluntad del partido, frente o alianza que lo postula».

¹¹¹⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales...opus cit.*, p. 18.

De cualquier modo, la práctica del TCB nos muestra que, al igual que en la experiencia de sus pares europeos y latinoamericanos, caben fallos interpretativos tanto estimativos¹¹¹¹ como desestimativos del recurso, es decir, ya sea declarando la constitucionalidad del precepto como su inconstitucionalidad, y que al final, en cualquiera de los dos supuestos, nos encontramos con unas declaraciones de inconstitucionalidad peculiares, en la medida en que no van aparejadas de la nulidad del precepto, sino sólo de algunos de sus significados. Si bien, en todos estos pronunciamientos, el Tribunal supo fundamentar su interpretación, sin embargo, lo que no ha hecho hasta ahora el TCB, es justificar que este tipo de pronunciamientos cuente con un soporte constitucional y legal, y sin más, aquella instancia de control, ha incursionado, podría decirse, desde sus inicios, en la técnica de la atenuación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales, consciente de que la misma podría producir importantes desajustes del sistema institucional. Por lo mismo, ha desarrollado una modalidad de sentencias de *interpretación conforme* a la Constitución, por la que evitó declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados, cuando podían tener en algún sentido, una interpretación armonizable con el texto constitucional, descartando todas las demás hipótesis interpretativas como contrarias a la Constitución, señalando así el o los sentidos en que la norma impugnada es conforme a la Constitución, aunque claro está, esta categoría no comulgaba necesariamente con lo dispuesto por los artículos 58 y 65 de la LOTC, que preveían el binomio inconstitucionalidad – nulidad.

Independientemente de esta última observación, es decir, más allá de la cobertura legal con la que, en aquel momento contó el TCB para adoptar pronunciamientos desestimatorios de tipo interpretativo, una revisión de la práctica jurisprudencial constitucional boliviana, nos permite advertir de la existencia de otra categoría de fallos igualmente atípicos, en los que el Tribunal también incursionó, y en los que no se limitó a condicionar la vigencia de la norma impugnada a una determinada interpretación conforme con la Constitución, sino que en su lugar, asumió una postura más activista, al grado de exponer su potestad creadora de Derecho, a través del dictado de sentencias, catalogadas desde la doctrina italiana como «normativas»¹¹¹², en las que se engloba a otras subespecies como ser: las sentencias aditivas, sustitutivas, manipulativas y las sentencias – delegación, sobre las cuales, ahora citaremos algunas de ellas por su importancia para el presente estudio.

1.2. Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional boliviano.

Como se pudo observar en el capítulo II del presente trabajo de investigación, para abordar a las sentencias interpretativas en su verdadera dimensión fue necesario partir de un análisis de la categoría de las sentencias manipulativas, sobre las que en su momento Zagrebelsky¹¹¹³, las refirió como aquellas manipulaciones del texto que conlleva una importante

¹¹¹¹ Véase para el caso español, la sentencia 183/1988, de 13 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad, contra la Ley del Fondo de Compensación Interterritorial, el Tribunal Constitucional declara contrario a la Constitución el artículo 7.4 por su referencia al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, pero añade «debiendo entenderse el mandato legal referido a la Comunidad Autónoma, sin previsión de órgano concreto alguno de la misma. Como se ve, el resultado es el mismo que declarando la conformidad con la Constitución».

¹¹¹² Pizzorusso, Alessandro, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale...opus cit.*

¹¹¹³ Zagrebelsky, Gustavo, *Processo costituzionale...op. cit.*, p. 655.

relevancia innovativa, puesto que abre paso a una ampliación o reducción decisiva del significado, y del campo normativo de la disposición. Según su naturaleza teórico – doctrinal los pronunciamientos de *estimación parcial* o *manipulativas*, pueden presentarse ya sea como *sentencias aditivas* (o *adjuntivas*), o como *sentencias sustitutivas*.

A través de este tipo de pronunciamientos, el Tribunal puede reducir como también ampliar o modificar el contenido normativo de las disposiciones, ya sea declarando la inconstitucionalidad de la norma por aquello que no prevé, y condicionando de esta manera la validez de la disposición a su lectura conjunta con la norma que faltaba en el primer caso, o declarando inconstitucional el contenido normativo de la disposición y sustituirla por otra diferente acogida por el mismo Tribunal, en el segundo caso¹¹¹⁴.

Sin duda, ambas formas de pronunciamientos, han sido dictadas por el TCB en Bolivia, por medio de las cuales, la disposición impugnada llegó a ser prácticamente transformada en cuanto a su contenido y alcance, sin que sobre las mismas se planteen reparos o crítica alguna, más por el contrario, a través de ellas, se buscaba dilucidar el real dimensionamiento normativo de preceptos por demás controvertidos, –como se verá seguidamente–, a través de la jurisprudencia constitucional con la que se cuenta.

1.2.1. Las sentencias aditivas del Tribunal Constitucional boliviano.

En lo que se refiere a las sentencias aditivas, es necesario recordar que éstas vienen a constituir la respuesta a la inconstitucionalidad por omisión legislativa, y que como bien señala Garrorena¹¹¹⁵, la solución a la inconstitucionalidad por omisión viene dada por medio de la intervención integradora de lo excluido por la norma, actividad que desde luego es desarrollada –*ex sententia*– por el TC, quien se encarga de añadir las previsiones omitidas por el precepto impugnado. Así debe quedar claro que la disposición impugnada es inconstitucional, no por lo que prevé, sino porque su regulación es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos considerados necesarios para que la disposición sea conforme a la Constitución¹¹¹⁶.

¹¹¹⁴ A este tipo de pronunciamiento, se le conoce también, con el nombre de sentencias cuyas modulaciones afectan el contenido de la norma. Uno de los fundamentos para el dictado de esta categoría genérica de sentencias, según Sandulli, Aldo, *Il giudizio sulle...opus cit.*, p. 58, radica en el principio de seguridad jurídica. «Es decir, a fin de no crear un vacío legislativo, generador de mayor inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional opta por no expulsar la ley del ordenamiento, si es que esta ley, después de ser «manipulada», puede ser entendida conforme a la Constitución.» Recuérdese, que según Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica y su control...opus cit.*, p. 57, esta operación es posible para el Tribunal en tanto sepa diferenciar «disposición» y «norma». Así, mientras que por «disposición» debe entenderse al enunciado lingüístico de un precepto legal, esto es, las letras y frases que integran un dispositivo legal, por «norma», en cambio, se entiende el sentido o los sentidos interpretativos que de dicho enunciado lingüístico se puedan derivar. Luego, el Tribunal Constitucional no manipula la disposición, que es una competencia exclusiva del legislador. Lo que manipula, son los sentidos interpretativos que de esa disposición se puedan extraer.

¹¹¹⁵ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 370.

¹¹¹⁶ Salvando las críticas realizadas a este tipo de pronunciamientos, Modugno, Franco, *Corte Costituzionale e potere legislativo...opus cit.*, p. 81., aclaró que la labor de adecuación del ordenamiento, le corresponde en primer lugar al legislador, y sólo en ausencia de éste debe intervenir legítimamente el Tribunal. De presentarse el último supuesto, las sentencias aditivas del TC representan la auténtica naturaleza de la jurisdicción constitucional, que no se limita a declarar la ilegitimidad de la norma, sino que tiene por fin la elaboración legislativa y el desarrollo de los principios constitucionales.

En ese sentido, las vías para llevar a cabo dicha integración como señala Nogueira¹¹¹⁷, están dadas en dos sentidos. Por un lado, cuando la omisión implique sólo una laguna, la misma será cubierta por la labor interpretativa del Tribunal Constitucional. Pero, por otro lado, cuando el TC considere que una omisión derivada de la norma significa una forma de exclusión discriminatoria, la eliminación de la omisión¹¹¹⁸ implicará incluir a aquellos supuestos que habían sido marginados o discriminados arbitrariamente con dicho precepto (*sentencias integradoras*)¹¹¹⁹.

Independientemente de los beneficios que puedan traer aparejados este tipo de pronunciamientos por parte del TC, el mismo Garrorena advierte que el recurso a esta forma de sentencias por el Tribunal Constitucional, ha empujado a la doctrina a buscar criterios que orienten cuándo esta conversión del TCB en integrador de la norma, puede considerarse justificada y cuándo no, y de igual modo, cuándo la aditividad debe ser considerada una forma de manipulación y cuando deja de serlo¹¹²⁰. El parámetro que ayuda a separar estos dos extremos, viene dado según se desprende, de la doctrina del *respeto debido* a la potestad normativa del legislador¹¹²¹. Partiendo de este presupuesto, al TCB le estaría legitimado dictar sentencias aditivas cuando existiera una sola respuesta integradora posible a los silencios de la norma, y que la misma fuera necesaria. Por el contrario, si existieran regulaciones alternativas, la opción estaría siempre reservada al ámbito de discrecionalidad del legislador. Empero, si bien este razonamiento resulta suficiente para separar los entendimientos en el plano doctrinal, más no sucede así en el plano de la práctica jurisprudencial, prueba de ello son las imprecisiones con las que fueron abordadas por el TCB, dada la compleja relación de bienes e

¹¹¹⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales...opus cit.*, p. 20.

¹¹¹⁸ Aunque es necesario recordar la crítica sostenida por la doctrina minoritaria en Italia, en relación a esta categoría de sentencias manipulativas aditivas, cuya observación central resaltaba la imposibilidad de llevar a cabo un juicio sobre omisiones, pues según esta postura, no podría llevarse adelante un control sobre una norma inexistente, y más aún, si se tiene en cuenta que el objeto del juicio de constitucionalidad son las disposiciones legales.

¹¹¹⁹ Similar dimensión de análisis es planteado por Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 233, en relación a la SE interpretativa en sentido estricto, a través de la cual, la Corte puede elegir entre interpretaciones alternativas, y actuar de dos formas distintas: por un lado declarando la inconstitucionalidad de la omisión del legislador, cuya eliminación normativa permite borrar el obstáculo para la aplicación de otras normas ya existentes, pero que se hallan excluidas en forma implícita debido al silencio de la ley. Y por otro lado, cuando el Tribunal al percatarse de la presencia de una simple omisión legislativa, lo que puede hacer a través de la sentencia, es integrar el ordenamiento jurídico, derivando de su libertad interpretativa, la norma que llene el vacío detectado. En el primer supuesto, se hace referencia a una sentencia manipulativa como anulación de una norma implícita de exclusión, y en el segundo supuesto, la sentencia manipulativa funge como integración interpretativa de la norma.

¹¹²⁰ Un intento a tal fin es el propuesto por Moreno Millán, Franklyn, *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*, Editorial Leyer, Bogotá, 2002, p. 65, quien sostiene que, son tres los fundamentos constitucionales de las sentencias integradoras. En primer lugar, debe tenerse muy en cuenta el carácter normativo de la Constitución, en segundo lugar, la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Ley Fundamental, y en tercer lugar, preponderar la función jurisdiccional del Tribunal.

¹¹²¹ En el desarrollo de sus funciones, los tribunales constitucionales, según Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales...opus cit.*, p. 16, deben tener presente el principio de «cortesía constitucional» o de «deferencia razonada», que consiste en que los órganos del Estado se deben un respeto y cortesía mutuos, respetando sus recíprocos ámbitos competenciales en que cada uno debe tomar decisiones con autonomía. Luego, este tema no es de fácil práctica, ya que en el caso concreto, a menudo se producen ciertos conflictos entre judicatura ordinaria y constitucional y entre esta última y el parlamento, sobre lo cual existe abundante literatura, Vid por todos, Serra Cristóbal, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, 1999.

intereses jurídicos en juego. Sin embargo, en este panorama confuso, salta a la vista una realidad innegable, es decir, que este tipo de sentencias constituyen la muestra más clara del activismo judicial del Tribunal Constitucional, con lo que supera su concepción tradicional de órgano que cumplen una función de expulsión de normas del ordenamiento jurídico (legislador negativo) y no de creador de ellas. Luego, como también lo sostuviera Nogueira Alcalá, este tipo de sentencias son constitutivas, en la medida que ellas innovan en el ordenamiento jurídico¹¹²².

Veamos ahora cuál la incidencia de este tipo de pronunciamientos en la jurisprudencia constitucional boliviana.

1.2.1.1. La STCB 0062/2003, Código de Seguridad Social.

El ejemplo más claro de este tipo de pronunciamientos por parte del TCB boliviano, se encuentra en la SC 0062/2003, de 3 de julio de 2003, por la cual, a través del recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensoría del Pueblo, se impugnaron los incisos a) y c) del artículo 14 del Código de Seguridad Social (CSS), bajo el argumento de que las mismas infringían el artículo 6.I de la CPE, al establecer diferencias arbitrarias en razón del sexo.

Los argumentos esgrimidos por la recurrente explicaban que el artículo 14 CSS definía quienes eran los beneficiarios del asegurado, señalando en el inc. a) a la esposa sin más condición que ésta, a sola acreditación del matrimonio legalmente celebrado entre el asegurado y la beneficiaria del seguro social, pero que cuando se trataba del esposo, el indicado inciso, además del matrimonio, adicionaba la condición de inválido reconocida por los servicios médicos de la Caja, no apareciendo en dicho precepto la regla de razonabilidad de la discriminación que prevé la doctrina constitucional¹¹²³ sobre el derecho a la igualdad, creándose una situación de desigualdad jurídica irrazonable –y por ende, arbitraria– entre la esposa beneficiaria y el esposo beneficiario. Asimismo, en cuanto al artículo 14.c) CSS relativo al acceso al sistema de seguro social en calidad de beneficiarios para el padre y la madre, la recurrente sostenía también que, dicha disposición legal presentaba una flagrante violación del derecho a la igualdad, puesto que en el caso de la madre se exigía únicamente que ésta no disponga de rentas personales para su subsistencia; empero, en el caso del padre, exigía además otros requisitos relativos a la condición de invalidez y más de 55 años de edad, siendo válidos para este inciso los argumentos utilizados para la impugnación del artículo 14.a).

¹¹²² Nogueira Alcalá, Humberto, Sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, No. 2, julio–diciembre de 2004, Editorial Porrúa, México, p. 92.

¹¹²³ La noción de igualdad empleada por el TC boliviano, se desprende de los lineamientos de la Opinión Consultiva 4/84 de 19 de enero de 1984 de la Corte Interamericana de Justicia. De esa manera, en función del reconocimiento de igualdad ante la ley, se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, es decir que si bien, ante la necesidad de lograr la efectividad de los valores consagrados en la Constitución, el legislador puede, inicialmente, ver la necesidad o conveniencia de establecer diferencias y dar un tratamiento diverso a las personas en forma legítima, sin apartarse de la justicia y de la razón, no le está permitido crear diferencias que carezcan de una justificación objetiva, razonable y proporcional, y que persigan fines arbitrarios, caprichosos o despóticos, o que de alguna manera desconozcan la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana, dando como resultado la violación de los derechos y libertades consagrados en la Constitución, o que en general sean contrarias a cualquier precepto o principio reconocido por la Ley Fundamental.

En el razonamiento e interpretación del TCB, (Considerando III.3) sostenía que indudablemente, los incisos a) y c) del artículo 14 CSS, por la época en que se dictó el Código de Seguridad Social, respondían a una realidad social diferente a la actual, en la que fue necesario adoptar medidas de protección hacia la mujer, ya que el proveedor del hogar, en ese tiempo, era sobre todo el varón, y la esposa se encontraba en una situación de inferioridad de condiciones en lo que respecta a la educación, a la economía y al trabajo que le estaba permitido realizar. Por lo mismo, a decir del Tribunal, era por esa razón que los incisos descritos presentaban una clara actitud protectora hacia la mujer, sea como esposa o conviviente o como madre del asegurado, al exigirle requisitos mínimos para ser considerada beneficiaria, al contrario de lo que sucedía con el esposo o padre, a quienes adicionalmente se les exigía estar declarados inválidos por la propia Caja. Sin embargo, a juicio del TCB, tal distinción justificada y razonable para ese tiempo, ya no cabía en la actualidad, pues ahora debía primar el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución, tanto para el varón como para la mujer.

Partiendo de dicho análisis, el TCB determinó que aquella normativa desconocía el primer párrafo del artículo 6 CPE que consagraba el derecho a la igualdad, por cuanto el legislador estableció una desigualdad de trato para los cónyuges beneficiarios en razón de su sexo¹¹²⁴, determinando un trato preferencial respecto a la mujer, pues sólo le exigía su inscripción en los registros de la Caja, mientras que al esposo le exigía su declaración de invalidez por la propia Caja, no existiendo para ello ninguna justificación legal ni razonable y menos proporcional, pues la finalidad última es proteger la salud y la vida del cónyuge beneficiario y para ello, sea varón o mujer, debía exigírseles los mismos requisitos para ser atendidos en la Caja, lo contrario –sentenció el Tribunal– implicaba una actitud discriminatoria en razón del sexo, prohibida por el primer párrafo del artículo 6 CPE, al margen que desconocía también, la igualdad de los derechos y las obligaciones de los cónyuges emergentes del matrimonio establecida por el artículo 194 CPE.

En ese sentido, el TCB, a fin de corregir las diferencias arbitrarias en razón del sexo establecidas por las disposiciones impugnadas, procedió a dictar una sentencia aditiva integradora, a través de la cual declaró la inconstitucionalidad de «la frase contenida en el artículo 14 CSS, incs. a) y c): «inválido reconocido por los servicios médicos de la Caja», quedando, consiguientemente, ambos incisos, con el siguiente texto: «a) La esposa, o la conviviente inscrita en los registros de la Caja, o el esposo ». «b) El padre y la madre, siempre que no dispongan de rentas personales para su subsistencia»¹¹²⁵.

¹¹²⁴ En el Considerando III.2, el TCB advirtió la existencia de la distinción entre el padre y la madre del asegurado, al momento de establecer los requisitos para constituirse en beneficiarios del trabajador o trabajadora, ya que si bien a ambos les exigía que no dispongan de rentas para su subsistencia, en el caso del padre se le exigía además, ser inválido reconocido por los servicios de la Caja, siendo de este modo, evidente la existencia en aquel supuesto, de un trato diferente en razón al sexo, discriminatorio y en desmedro del varón, sin que exista ninguna justificación legal válida para su implementación, poniendo en situación de inferioridad al padre con relación a la madre en el ejercicio de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida, que debían ser reconocidos a todas las personas por igual.

¹¹²⁵ Vid también la SC 0019/2006, de 5 de abril de 2006, a raíz del recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensoría del Pueblo, demandando la inconstitucionalidad del artículo 34 incs. a) y c) del Decreto Supremo (DS) 5315, de 30 de septiembre de 1959, y del Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres, aprobado mediante Resolución Administrativa (RA) 048–2004, de 6 de septiembre, emitida por el Instituto Nacional de Seguros de Salud (INASES), por ser presuntamente contrarios a los arts. 6.I, 8 inc. a), 96.1ª, 193, 194 y 228 de la CPE. Con base en la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 14 inc. a) del CSS

De esta forma, el encaje de la sentencia aditiva integradora operó para hacer frente a la omisión relativa de carácter inconstitucional por violación del principio de igualdad, o de no discriminación arbitraria. Para ello, el TCB realizó dos operaciones jurídicas, la primera, consistente en eliminar la norma del texto que excluía arbitrariamente a cierto grupo de personas de determinada regulación jurídica: padre «inválido reconocido por los servicios médicos de la Caja», para luego, en una operación de reconstrucción, posibilitar incluir en la hipótesis normativa al grupo arbitrariamente excluido «esposo y padre», extendiendo a este dentro de los beneficios de la norma, y de este modo, restableciendo el principio de igualdad.

Ahora bien, la crítica que suscitó este pronunciamiento, radicó en su naturaleza, es decir, por un lado, el TCB, entendió que se trataba de una sentencia aditiva, en tanto que, velando por el principio de igualdad, el Tribunal había insertado en la norma impugnada, a un grupo social «esposo y padre» que si bien antes, fueron considerados por la norma, su tratamiento era desigual en relación a la mujer esposa o beneficiaria, por lo que se habría incorporado un nuevo elemento en la norma impugnada para que sea conforme con la

por parte del TCB a través de la SC 0062/2003, el recurrente arguyó que el citado DS 5315, que reglamenta al CSS, más allá de vulnerar el derecho a la igualdad de las mujeres, se inmiscuía en el campo de acción de una ley, porque regulaba y limitaba derechos, más allá de lo definido en la ley. En ese sentido, sostuvo que en el Decreto Supremo impugnado se observaba la trasgresión al principio de reserva legal, cuando disponía que podrá asegurarse a la esposa o conviviente inscrita en la Caja que viva en el hogar del asegurado y/o a sus expensas, o el esposo inválido reconocido por la comisión de prestaciones de la misma, siendo éste un requisito también para asegurar al padre. Para el caso de la madre –señalaba– podrá ser asegurada si es viuda, divorciada o soltera, o cuyo esposo no perciba ningún ingreso, y que viva en el hogar del asegurado y a sus expensas. En el razonamiento del TC, evidentemente el artículo 34 inc. a) del Reglamento al Código de Seguridad Social (RCSS), determinaba que son beneficiarios del trabajador, exclusivamente, la esposa o la conviviente inscrita en los registros de la Caja, que viva en el hogar del asegurado y/o a sus expensas, o el esposo inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la misma. Conforme se evidenciaba, esta norma tenía dos partes que debían ser analizadas en forma separada: a) La primera, relativa a la esposa o conviviente del trabajador. Cabe recordar que con el artículo 14 inc. a) del CSS, disponía que es beneficiaria la esposa o la conviviente inscrita en los registros de la Caja, sin ningún otro añadido ni requisito como el introducido por el RCSS en sentido que dicha esposa o conviviente debía vivir en el hogar del asegurado, constituyendo ésta una condición no contemplada en el CSS, lo cual implicaba la existencia de una inconstitucionalidad por lesión al principio de jerarquía normativa consagrado en ese entonces, en el artículo 228 de la CPE, dado que un Decreto Supremo añadía un requisito no especificado en la ley, constituyendo aquel el motivo para la declaratoria de inconstitucionalidad de aquella primera parte del artículo 34 inc. a) del RCSS. Asimismo, el artículo 34 inc. c) del RCSS contenía una segunda parte sobre la afiliación de la madre del trabajador o de la trabajadora, cuando determinaba como requisitos, que la madre sea viuda, divorciada o soltera, o cuyo esposo no perciba ningún ingreso y que viva en el hogar del asegurado y a sus expensas. Sin embargo, el artículo 34 del CSS no contemplaba ningún otro requisito para la afiliación de la madre sino únicamente que no perciba rentas. Consiguientemente, la última parte del artículo 34 inc. c) del RCSS impugnado por el Defensor del Pueblo, era contrario al principio de jerarquía normativa, ya que determinaba nuevos requisitos para afiliar como beneficiaria a la madre, tales como su estado civil –no debía ser casada–, o que su esposo no perciba ningún ingreso, y que viva en el hogar del asegurado y a sus expensas, aspectos que no estaban establecidos en el Código cuyo Reglamento en aquel entonces, estaba siendo objetado parcialmente. En virtud a estos razonamientos, el TCB declaró la inconstitucionalidad de: «a) Las frases: «...que viva en el hogar del asegurado y/o a sus expensas»; e «... inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la misma», del artículo 34 inc. a) RCSS); b) Las frases: «...inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la Caja»; y «...viuda, divorciada o soltera o cuyo esposo no perciba ningún ingreso y que viva en el hogar del asegurado y a sus expensas», del artículo 34 inc. c), del RCSS y c) El requisito de presentar: «Declaración Jurada del esposo, conviviente o padre, en sentido de que no tiene actividad laboral, renta personal y por ende vive a expensas de la asegurada», contenido en el último punto relativo a los documentos que deben ser presentados por el asegurado (a), del Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres, aprobado por Resolución Administrativa 048–2004, de 6 de septiembre».

Constitución, sin cambiar la esencia o presupuesto de hecho prevista en la misma¹¹²⁶. Desde esta perspectiva, es justo reconocer al TCB, que a través de esta sentencia, no se limitó a declarar la inconstitucionalidad de la norma por su insuficiencia, o lo que es lo mismo, declarar simple y llanamente la inconstitucionalidad de la disposición por omisión legislativa, puesto que la misma, no habría reparado el vicio de inconstitucionalidad, al contrario, el pronunciamiento estimatorio habría provocado una situación de mayor inconstitucionalidad al anular la disposición, pues con ella, habría ampliado el espectro de personas excluidas por la norma: no sólo los esposos y padres beneficiarios, sino también, los mujeres beneficiarias en general.

Empero, otro sector del foro jurídico¹¹²⁷, entendió que la sentencia en cuestión, no era aditiva sino sustitutiva, en tanto que, el Tribunal, al retirar de la disposición impugnada los requisitos adicionales que se le exigía al padre y esposo para gozar de los beneficios de prestación, estaba consignando una disposición distinta de la originalmente aprobada por el legislador, es decir, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la disposición por prever un supuesto de hecho en lugar de otro conforme con la Constitución, por lo que tuvo que reparar la situación de inconstitucionalidad, asignándole a la disposición un contenido distinto del que originalmente preveía.

Particularmente, en criterio propio, se entiende que la sentencia en cuestión, no cambió en sí la esencia de la disposición, esto es, reconocer un beneficio social. Al contrario, lo único que hizo el Tribunal, fue insertar a través del principio de igualdad, a un segmento social que, si bien era tomado en cuenta por la norma impugnada, lo hacía en una relación de desigualdad en referencia a la mujer, por lo que, al eliminarse los requisitos adicionales establecidos en la disposición impugnada, el TCB integró a aquellos que habían sido marginados o discriminados arbitrariamente con dicho precepto, es decir, el esposo y padre.

1.2.1.2. La STCB 0042/2004, Ley de Mercado de Valores y debido proceso.

Otro precedente relacionado con este tipo de pronunciamientos es posible hallarla en la SC 0042/2004, de 22 de abril de 2004, que surge a raíz del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, promovido de oficio por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), demandándose la inconstitucionalidad del artículo 108 inc. a) de la Ley del Mercado de Valores, por ser presuntamente contrario al artículo 16. II y IV de la CPE¹¹²⁸.

¹¹²⁶ Este criterio fue sostenido por el Magistrado José Antonio Rivera Santiváñez, en conferencia de prensa de fecha 7 de julio de 2003.

¹¹²⁷ Principalmente, véase el criterio de Gastón Ledesma Rojas, Presidente del Ilustre Colegio de Abogados de La Paz, en consulta sobre el contenido de la sentencia.

¹¹²⁸ El recurso incidental se inició como consecuencia del Procedimiento Administrativo seguido por la SPVS en contra de la Empresa Hidroeléctrica Boliviana S.A., que mediante Resolución Administrativa (RA) SPVS IV 569 de 3 de octubre de 2003, la SPVS resolvió sancionar a la Empresa Hidroeléctrica Boliviana S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a \$US 1.350.- por haber infringido el artículo 80 inc. b) del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, al haber enviado sus estados financieros trimestrales de octubre a diciembre con veintidós días de retraso. Esta Resolución fue confirmada por la misma Superintendencia al resolver el recurso de revocatoria planteado por la Empresa afectada, mediante la RA SPVS IV 662 de 21 de noviembre de 2003, contra la que la Empresa planteó recurso jerárquico, el cual fue admitido mediante decreto de 15 de diciembre de 2003, iniciándose el procedimiento administrativo en dicha instancia, y debía resolverse el mismo en el plazo de sesenta

En efecto, dentro de la sustanciación del recurso jerárquico, además de analizarse y considerarse los aspectos técnicos y jurídicos propios de la materia, debía verificarse el cumplimiento de los principios aplicables en materia administrativa. En ese entendido, al tratarse de una sanción impuesta a una Empresa inscrita en el Registro del Mercado de Valores, la Superintendencia a su cargo advirtió que para la imposición de la misma, no se había cumplido con el procedimiento de notificación de cargos ni alegaciones de defensa, debido a que la Ley de Mercado de Valores (LMV), de 31 de marzo de 1998, establecía en su artículo 108 inc. a) que: «Las sanciones de amonestación escrita y multa serán aplicadas sin necesidad de proceso previo, mediante resolución administrativa que admitirá los recursos previstos por ley». En el razonamiento preventivo de la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (SPVS), tomó muy en cuenta que la resolución del recurso jerárquico dependería de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la frase «serán aplicadas sin necesidad de proceso previo». En ese sentido, al existir una duda razonable sobre la existencia de un posible conflicto entre la vigencia y garantía de derechos fundamentales con lo dispuesto en ese párrafo, máxime si de conformidad con el artículo 44 del DS 27175 de 15 de septiembre de 2003, una de las formas de resolución en el recurso jerárquico era la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo, en caso de evidenciarse la indefensión del recurrente. Además, la SPVS observó también, una contradicción en el propio artículo 108 de la LMV, puesto que en su inc. b) reconocía el proceso previo que garantizaba el derecho de defensa para otro tipo de sanciones, que eran las contenidas en los artículos 112 y 113 de dicho cuerpo legal.

En la interpretación del TCB, la norma impugnada (artículo 108 inc. a) de la LMV, que establecía que las sanciones de amonestación escrita y multas, serían impuestas sin proceso previo, en forma directa, a través de una Resolución Administrativa dictada por el Superintendente de Valores, dicha normativa contradecía la garantía del debido proceso reconocida en el texto del artículo 16.IV de la CPE, así como los principios que subyacían en la misma, y que era aplicable, como se tenía explicado en la línea jurisprudencial del TCB, a toda actividad sancionatoria del Estado, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, y en cuya observancia, la imposición de toda pena o sanción administrativa, debía ser el resultado de un previo proceso de ley, el cual había sido desconocido expresamente por el inciso impugnado. Asimismo, del Considerando III. 2 se desprendía también, que el precepto impugnado, vulneraba y restringía el derecho de defensa consagrado en el artículo 16.II de la CPE, en cuyo ejercicio, el afectado, antes de ser sancionado, tenía todas las prerrogativas para ser notificado y tomar conocimiento de los hechos que se le imputaban, presentar descargos, así como contradecir o desvirtuar la acusación, o regularizar su situación, dentro de un procedimiento legal establecido con ese objeto, sin que su defensa pudiera ser limitada únicamente al derecho a la impugnación de la decisión administrativa que le imponía la sanción, como estatúa el artículo 108 inc. a) de la LMV, el cual, además, ingresaba en notoria contradicción con el inc. b) del mismo artículo, toda vez que este último inciso, reconocía que las demás sanciones, tales como la suspensión, cancelación de registro e inhabilitación, previstas en los artículos 112 y 113 LM, debían ser impuestas previo proceso administrativo que garantice el derecho a la defensa, en total coherencia y respeto del artículo 16.II y IV de la CPE, lo que no sucedía con las sanciones contenidas en el inc. a) de esa disposición legal.

días hábiles. Sin embargo, a la autoridad jerárquica le suscitaban dudas sobre la constitucionalidad de la normativa administrativa aplicable al caso concreto, por lo que decidió plantear el recurso.

En este caso, al igual que en el comentario a la sentencia anterior, el TCB dictó una sentencia aditiva integradora, en virtud de la cual declaró fundado el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, y consiguientemente declaró la inconstitucionalidad de la frase «sin necesidad de» del inc. a) del artículo 108 de la LMV, leyéndose dicho inciso, omitida esa frase, como sigue: «a) Las sanciones de amonestación escrita y multa serán aplicadas proceso previo, mediante resolución administrativa que admitirá los recursos previstos por Ley». Asimismo, el TCB declaró también la inconstitucionalidad por conexitud de la frase «de suspensión, cancelación e inhabilitación», contenida en el artículo 12.III del DS 26156 de 12 de abril de 2001, (Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores), cuya disposición ahora presentaba la siguiente redacción: «En sujeción a lo dispuesto por la Ley del Mercado de Valores, las sanciones requerirán para su aplicación, de un proceso administrativo realizado por la Superintendencia, que garantice el derecho a la defensa». Asimismo, el TCB, también declaró la inconstitucionalidad de la frase «de suspensión, cancelación e inhabilitación», del primer párrafo del artículo 25 del DS 26156 de 12 de abril de 2001, leyéndose el indicado párrafo, con esa exclusión, como sigue: «El Superintendente antes de la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 12° del presente Decreto Supremo, a través de la Intendencia de Valores pondrá en conocimiento del presunto infractor el cargo correspondiente, otorgándole un plazo de tres (3) a veinte (20) días hábiles administrativos, en función a la gravedad o magnitud de la presunta infracción, para efectuar su descargo o explicación pertinente».

Con este pronunciamiento aditivo, el TCB incorporó a todos los supuestos de hecho en los que las sanciones de amonestación escrita y multa, en el pasado, no se encontraban sujetos a la celebración de un debido proceso previo previsto por el artículo 16. IV de la Constitución. Si bien es justo admitir las críticas hacia esta sentencia, en tanto el Tribunal, a través de ella, habría incorporado no ya una nueva norma, sino una nueva disposición, distinta desde todo punto de vista de la aprobada por el legislador, sin embargo, no puede negarse que el Tribunal, en virtud al principio de la ponderación de valores, no podía limitarse a constatar la insuficiencia de la norma. Sin embargo, conviene reflexionar acá sobre si fue necesario que el TCB recurra al dictado de una sentencia aditiva, en tanto el vicio de inconstitucionalidad bien pudo ser reparado a través de una sentencia desestimatoria interpretativa a través de la cual, el Tribunal pudo condicionar la validez de la norma, siempre que se entienda que la norma impugnada, al establecer la aplicación de una sanción, se entienda que la misma debía ser la consecuencia necesaria de la sustanciación de un proceso previo, tal como y lo expresó el Tribunal en su SC 0079/2005, antes analizada. Es por ello, que se considera justa la crítica para esta sentencia, en la medida en que el TCB, no debió de recurrir a este instrumento para recomponer la disposición legal, y con ello, reconfigurar la obra de legislador, en forma tan ostensible.

1.2.1.3. La STCB 0814/2006, Sub – reglas del recurso de amparo.

En otros casos, en base a sus pronunciamientos, el TCB procedió a normar cual verdadero legislador, así se tiene a la SC 0814/2006–R, de 21 de agosto de 2006, por el cual el Tribunal moduló la línea jurisprudencial referida a la necesidad del señalamiento del domicilio de tercero interesado para efectos de notificación en los recursos de amparo constitucional (RAC), disponiendo que, a futuro debían aplicarse las siguientes sub – reglas: (FJ III.2) «a) Es

exigible el señalamiento del domicilio cuando el recurso de amparo constitucional emerge de un proceso judicial o administrativo. b) La notificación puede ser personal o por cédula. c) En caso de desconocerse el domicilio real o actual, deberá señalarse el último domicilio procesal del proceso principal. d) Efectivizada la notificación, su participación en el recurso de amparo es potestativa. e) En etapa de admisión, si se advierte esta omisión, corresponde aplicar el artículo 98 de la LTC, concediendo plazo para su subsanación, y en caso de ser incumplido, da lugar al rechazo del recurso; y f) En etapa de revisión, si se advierte que el recurso fue admitido, tramitado y se ha llevado a cabo la audiencia de consideración, pese a no cumplir con este requisito, da lugar a la improcedencia del amparo, sin ingresarse al análisis de fondo del asunto». De esta forma, el TCB amplió los requisitos de forma y contenido del recurso, previstos en ese entonces para la interposición del recurso de amparo constitucional señalados en los artículos 19 CPE y 97 de la LTC, usurpando flagrantemente el ámbito discrecional del legislador, y limitando a la vez, el ejercicio de dicha garantía por parte de quienes veían compelidos sus derechos fundamentales.

En la resolución de otro recurso de amparo constitucional, el TCB mediante SC 1149/2006–R, moduló también los alcances de la SC 0505/2005–R, referido a las causales de improcedencia *in limine* previstos por el artículo 96.2 de la entonces LTC. Así, el Tribunal al reconocer que, si bien aquella norma (LTC) no establecía como una causal de improcedencia o inactivación reglada del amparo constitucional, la falta de interposición del recurso dentro de los seis meses de conocido el acto ilegal, o de agotadas las vías de impugnación en la instancia judicial o administrativa por parte del supuestamente agraviado, aquel comportamiento determinaba también la improcedencia del recurso¹¹²⁹. Así, en la interpretación del TCB, se estableció que la inacción por más de seis meses del supuestamente agraviado, determinaba también la improcedencia del recurso de amparo constitucional¹¹³⁰. Sin duda aquella actividad hermenéutica del Tribunal implicaba la positivización de un plazo no previsto de inicio, ni en la Constitución, menos en su ley reguladora, por lo que su aplicación operaba sin un resguardo dispositivo, que desde luego, no hacía otra cosa que limitar aún más el recurso a este tipo de garantías a la sociedad¹¹³¹.

Sin embargo, es necesario destacar que, a través del pronunciamiento de la SC 0169/2007–R, de 21 de marzo, estableció que el plazo de seis meses, como término razonable para que la persona afectada pueda presentar el RAC, no era rígido ni cerrado, tal como

¹¹²⁹ Este mismo razonamiento ha sido reiterado en ocasión de dictarse la SC 0059/2007, de 8 de febrero de 2007, por la cual, el TCB estableció que el cómputo del plazo de seis meses previstos para la interposición de un RAC se suspendía con la interposición de un primer recurso de amparo y se reiniciaba desde la notificación con la sentencia constitucional, siempre que ésta no hubiera ingresado ni resuelto el fondo del mismo. En base a ese entendimiento jurídico–constitucional, el órgano guardián de la Constitución resolvió un RAC, planteado por un ciudadano, quien antes ya había presentado un primero recurso, mismo que fue rechazado por el TCB debido a una equivocación en cuanto a los recurridos (legitimación pasiva), por lo que en esa oportunidad (SC1291/2005–R) el TC no ingresó a analizar el fondo del asunto planteado.

¹¹³⁰ A partir de dichos fundamentos jurídicos–constitucionales, el TCB declaró improcedente *in limine* el recurso de amparo constitucional interpuesto contra dos vocales de la Corte Superior del distrito de La Paz, pues la recurrente planteó su demanda, luego de más de siete meses de registrado el hecho con el que supuestamente vulneraron sus derechos a la seguridad jurídica, a la defensa y a la garantía del debido proceso.

¹¹³¹ Empero, el fundamento de aquella limitación temporal para la interposición del recurso de amparo según Gómez de la Torre Marañón, Misael, *Comentarios críticos a la nueva Constitución...opus cit.*, p. 81, radicaba en un presupuesto de oportunidad de tutela del derecho fundamental. En ese contexto no era permisible admitir que una persona espere por largo tiempo para acudir a la vía constitucional al sentir vulnerado sus derechos fundamentales.

establecía la subregla fijada mediante la SC 762/2003–R, respecto a la excepción al principio de inmediatez, pues este podía flexibilizarse cuando se hubiera excedido en algunos días, y la lesión del derecho fundamental fuera evidente y de tal naturaleza que, el órgano encargado del control de constitucionalidad, no podía ni debía permitir se consume. En ese sentido, en la interpretación del TCB, era necesario que concurren dos elementos imprescindibles para que operase la flexibilización del cómputo de los seis meses establecidos como plazo máximo para la presentación de la demanda de amparo. Así por un lado, se estableció que el término se hubiera excedido solamente en unos días, y; por otro lado, que la vulneración al derecho fundamental sea indudable y de tal magnitud que el Tribunal Constitucional no pueda soslayarlo de modo alguno.

Si bien es cierto que con esta modulación el TCB pretendió flexibilizar la rigurosidad inicial del plazo de los seis meses para presentar el RAC, no menos cierto es que la forma en la que se prevenían los requisitos, daban lugar a una serie de imprecisiones que, desde luego, provocaron una situación de incertidumbre y desconfianza, no tolerables desde una perspectiva constitucional. Así, resultaba subjetivo y hasta complicado de entender cuándo el plazo era excedido solamente en unos días, puesto que en el caso que suscitó la sentencia fueron 30 días. Luego, quizá lo más conveniente y velando por los derechos fundamentales del agraviado, habría sido que el TCB, en un futuro próximo reconfigure su línea jurisprudencial y elimine el plazo de los seis meses como límite para el ejercicio del RAC en resguardo de los derechos fundamentales conculcados. Por otro lado, resultaba igualmente incomprensible la redacción del inciso b) de referencia, y hasta incluso innecesaria desde el punto de vista de la característica del propio RAC, es decir su subsidiariedad. Así, se entendía que dicho recurso, sólo podía ser planteado cuando se habían agotado todas las instancias y mecanismos pertinentes previstos por el ordenamiento jurídico en búsqueda del restablecimiento del derecho conculcado, por lo que era obvio que el TCB en estos casos, conocería del asunto cuando efectivamente el restablecimiento del derecho vulnerado no podía ya ser reparado de otra manera. Asimismo, se planteó la disidencia con la exigencia de que para que el TCB conozca del RAC era necesario tomar en cuenta, la magnitud de la vulneración al derecho fundamental, pues la lesión a un derecho comportaba una infracción en la que resultaba intrascendente la magnitud de la misma, y ello, dada las características y naturaleza de los derechos fundamentales de la persona. Independientemente de estas observaciones, se consideró que el tema mayúsculo, radicaba no en la modulación normativa del TCB, sino en la capacidad de éste para llevarla a cabo, y mucho más aún cuando de normar (reformular el producto del legislador) un recurso constitucional se refería.

1.2.1.4. La STCB 160/2005 – R, Subsidiariedad del recurso de hábeas corpus.

Una similar dimensión, en cuanto a modificaciones realizadas al RAC, se llevó a cabo en referencia al recurso de Hábeas Corpus (HC) por parte del TCB. Así, a partir de la SC 160/2005–R, de 23 de febrero, el Tribunal estableció los lineamientos de improcedencia excepcional del recurso de hábeas corpus por existir otros recursos y medios conferidos por ley para la tutela del derecho a la libertad. Este entendimiento se infería de lo señalado en la citada sentencia constitucional: «en los supuestos en que la norma procesal ordinaria de manera específica prevea medios de defensa eficaces y oportunos para resguardar el derecho a la libertad supuestamente lesionado, estos deben ser utilizados, previamente, circunstancia en la que excepcionalmente el recurso de hábeas corpus operará de manera subsidiaria. Conforme a

esto, solamente una vez agotado tal medio de defensa y ante la persistencia de la lesión, se podrá acudir a la jurisdicción constitucional, invocando la tutela que brinda el hábeas corpus». Idéntico razonamiento fue reiterado por el TCB a través de la SC 1326/2005–R, de 21 de octubre de 2005, a través del cual, Tribunal moduló una vez más su línea jurisprudencial, al establecer la improcedencia excepcional del recurso de hábeas corpus por existir otros recursos y medios conferidos por ley para la tutela del derecho a la libertad. Además, sostuvo que para que dichos lineamientos sean aplicados, necesariamente «dos medios de defensa existentes deben ser los idóneos para reparar en forma pronta, oportuna y eficaz el derecho a la libertad restringido o amenazado».

El problema que nos atañe exponer ahora, radica en que, de la revisión al artículo 18 de la Constitución, se tiene que el carácter subsidiario del recurso de HC, que le otorga el TCB a raíz de la modulación de su línea jurisprudencial, no se desprendía del texto constitucional, como tampoco de su ley reguladora. Es más, del artículo 91.VI de la LTC, se desprendía que «No obstante haber cesado la persecución o detención ilegales, la audiencia se realizará necesariamente...», por lo que aquel mandato legal contrastaba con el razonamiento del TCB, que habilitaba el empleo del HC, solamente cuando se había agotado tal medio de defensa y ante la persistencia de la lesión. Luego, si el derecho a la libertad fue conculcado y cesado la misma, la LTC obligaba de igual forma a realizar la audiencia de HC para determinar las responsabilidades civiles, penales y administrativas de la autoridad recurrida, dando de esta forma curso a la real dimensión del restablecimiento del derecho vulnerado. Sin embargo, el Tribunal, al imponer un razonamiento contrario, no sólo inobservaba la previsión legal, sino que también, a través del pronunciamiento, estaba derogando en parte el contenido del artículo 91.VI de la Ley No. 1836, de modo tal, que la sentencia podría afirmarse, no ya adicionaba elementos normativos a la disposición, sino que la venía a sustituir, cambiando la voluntad del legislador sobre la forma en la que se encontraba regulado dicho recurso constitucional, en resguardo de los derechos fundamentales, al grado de tornarlo en inaplicable.

Sin duda, esta limitación para el acceso al recurso del HC fue criticada por parte del foro jurídico, pero al igual que en el RAC, no tuvo mayores connotaciones, dándose sin más, estricto cumplimiento a la línea jurisprudencial del TCB.

1.2.1.5. La STCB 0079/2006, cómputo de plazos en razón a la distancia en el Código Tributario.

Ya en lo que concierne al ámbito tributario, se tiene a la SC 0079/2006, donde el TCB declaró inconstitucional el último párrafo del artículo 4 del Código Tributario Boliviano (CTB) que textualmente señalaba: «En el cómputo de plazos y términos previstos en este Código, no surte efecto el término de la distancia», fundando de esa manera, una nueva línea jurisprudencial que establecía que dicha norma, ubicaba a todos los contribuyentes en un plano de generalidad abstracta, sin considerar que quienes viven en las capitales de departamento se encontraban en una situación fáctica y espacial muy diferente respecto de los contribuyentes que se encontraban domiciliados fuera de dichas capitales en cuanto a la posibilidad de acceder oportunamente a los recursos administrativos contra los actos de la Administración Tributaria de alcance particular, puesto que los términos que se establecían para plantear estos recursos eran perentorios e improrrogables.

El Tribunal Constitucional señaló que aquella situación colocaba a esos contribuyentes en un plano de desigualdad no sólo frente a los contribuyentes de capital de Departamento, sino también y fundamentalmente frente a la propia Administración Tributaria, la que generalmente se encontraba en dichas capitales. «Consecuentemente, la situación descrita anteriormente constituye un caso de desigualdad irracional entre los contribuyentes que residen en las capitales de departamento frente a aquellos que se encuentran asentados fuera de éstas, circunstancia que exigía de parte del legislador un tratamiento diferenciado en cuanto al cómputo de plazos a favor de los últimos, por las razones precedentemente anotadas, ya sea estableciendo el plazo de la distancia conforme se prevé en el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil (CPC), o según se establecía en el artículo 227.1 del Código Tributario abrogado, por cuanto si bien el legislador goza de libertad de configuración normativa para establecer normas, procedimientos, crear instituciones, definir sus atribuciones, esta libertad encuentra sus límites en la observancia inexcusable de los principios constitucionales, como el de igualdad en el presente caso, pues la existencia de diferencias objetivas en cuanto al transcurso del tiempo para la interposición de los recursos entre los contribuyentes de las capitales de departamento respecto de los que residen en lugares distintos a éstas ameritan un tratamiento diferenciado, a objeto de establecer un equilibrio saludable».

Así, al declararse inconstitucional el artículo 4 del CTB en lo referente a que «el cómputo de plazos y términos previstos en este Código, no surte efecto el término de la distancia», la administración Tributaria, tuvo que integrar el vacío jurídico en aplicación de lo previsto por el CPC, y porque el Tribunal así lo estableció en su sentencia, de modo tal, que a través de ella, se permita el acceso a los contribuyentes a ejercitar los recursos franquados por ley contra los actos y resoluciones de la Administración Tributaria, en igualdad con los contribuyentes de las ciudades de Departamento, dando cumplimiento de esta forma al principio de igualdad y al debido proceso consagrados por los arts. 6.I y 16.IV CPE. De esa forma, el Tribunal, logró que los contribuyentes que no residían en las capitales de Departamento, reciban un tratamiento en igualdad de condiciones, ratificando su amplia línea jurisprudencial asentada en la SC 083/2000 de 24 de noviembre¹¹³², donde sostuvo que la igualdad, en su genuino sentido, no consiste en la ausencia de toda distinción respecto de situaciones diferentes, sino precisamente en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en el seno de la sociedad, diferenciando las hipótesis que exigen una misma respuesta de la ley y de la autoridad, pues respecto de aquellas, la norma razonable no debía responder al igualitarismo ciego –lo que quebrantaría la igualdad– sino primordialmente al equilibrio que impone un trato diferente para circunstancias no coincidentes. En ese sentido, la igualdad no consistía en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, es decir, en dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Como se afirmó anteriormente, el recurso a este tipo de pronunciamientos por parte del TCB, fue mucho más frecuente, desarrollando una actividad desde todo punto de vista parangonable con la labor del legislador, llegando a introducir aspectos normativos no previstos hasta antes de la norma impugnada. Sin embargo, al igual que en las sentencias interpretativas dictadas dentro de la experiencia jurisprudencial comparada, las discusiones y

¹¹³² La sentencia, rescata la fórmula clásica de inspiración aristotélica, donde la igualdad significa que «hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual».

debates sobre la naturaleza de este tipo de pronunciamientos, no generaron mayores consideraciones que impliquen cuestionar la actividad del TCB, más al contrario, la línea jurisprudencial marcada por éste fue aplaudida en muchos casos, dada la rapidez en la otorgación de respuestas a los déficits regulatorios del legislador. En consecuencia, la efectividad de este tipo de pronunciamientos, tampoco tuvo mayores inconvenientes, y la vinculación desplegó su eficacia hacia quienes, normativamente, debía alcanzar los efectos de la sentencia, es decir, el fallo, y la parte pertinente de los fundamentos. Sobre el particular, volveremos a precisar su contenido y alcance, luego del análisis de la siguiente categoría de sentencias, cuya dimensión es similar a los pronunciamientos aditivos, es decir, las sentencias sustitutivas.

1.2.2. Las sentencias sustitutivas del Tribunal Constitucional boliviano.

En relación a este tipo de pronunciamientos, es necesario recordar que con ellas se hace referencia a los supuestos en los que, el Tribunal Constitucional expulsa del ordenamiento jurídico una disposición normativa por considerarla inconstitucional, sustituyendo el vacío normativo por una regulación de carácter específico que tiene apoyo constitucional directo¹¹³³. De igual modo Modugno¹¹³⁴, sostiene que el TC, en ese tipo de supuestos, entiende que el vicio se elimina, no sólo a través de la anulación de dicha norma, sino a través de la sustitución por otra de contenido diferente y constitucionalmente obligado.

Si bien es cierto que este tipo de pronunciamientos nace en Italia, no menos cierto es que la doble naturaleza que la constituye, llevó a que la Corte la utilice en forma limitada, pues como ya advirtiera en su momento Zagrebelsky¹¹³⁵, el verdadero problema de este tipo de sentencias radica en su capacidad de introducir en el ordenamiento normas nuevas, que es de donde se desprenden los problemas técnicos y funcionales.

Sin duda alguna, al igual que en el caso de las sentencias aditivas, dentro de la dimensión de las sentencias sustitutivas cabe cuestionarse sobre el «estatus» de la Corte Constitucional y su relación con el resto de los órganos constitucionales, sobre todo, con el Legislativo, pues a través de este tipo de pronunciamientos, el Tribunal no se limita a efectuar un juicio para precisar el significado constitucional de la ley, sino que a través de la interpretación, procede a la reconstrucción de un precepto «suplantando al legislador»¹¹³⁶. Este

¹¹³³ En la clasificación presentada por Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 374, ubica a las «sentencias reconstructivas» que es así como el autor denomina a las sentencias sustitutivas, en forma muy cercana las sentencias aditivas, distinguiéndolas de las últimas en cuanto no operan en situaciones de inconstitucionalidad por omisión sino en supuestos de inconstitucionalidad plena, que «sólo deberían dar lugar a la declaración de nulidad del precepto...» sin embargo, «el Tribunal opta por eludir dicho resultado haciendo valer como lectura de la norma lo que en realidad es la conversión de su enunciado en otro distinto».

¹¹³⁴ Modugno, Franco, *Corollari del principio di «legittimità costituzionale» e sentenze «sostitutive»...opus cit.*, p. 91.

¹¹³⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *Processo costituzionale...op. cit.*, p. 657.

¹¹³⁶ En cierto modo, la inobservancia al producto del legislador, se hace presente tanto a través del dictado de este tipo de pronunciamientos, como cuando se acude al dictado de una sentencia estimatoria o desestimatoria interpretativa, en el que el Tribunal condiciona la constitucionalidad del precepto a una determinada interpretación de la disposición cuestionada que la hace conforme con la Constitución. Vid la STC 56/1990, de 29 de marzo, en el que el TCE sostuvo que el Art. 171.4 de la LOPJ no era inconstitucional a pesar de otorgar al Ministerio de Justicia la posibilidad de instar al CGPJ la inspección de cualquier Tribunal, si en lugar

ha sido precisamente el punto débil y más criticado por autores como Zagrebelsky¹¹³⁷, que consideran a esta actividad creativa del TC como inadmisibles en un sistema democrático, debido a que con ella, se llegan a usurpar las funciones del legislador. Es más, Zagrebelsky no concuerda con el planteamiento de Crisafulli y la interpretación hecha por la Corte en virtud de la «rime obbligate», así como la reconducibilidad de tales sentencias al supuesto concreto, y de ser así, es decir, en la crítica de este autor, si la norma omitida se encuentra implícita en el ordenamiento, corresponde encontrarla a los jueces, y si no lo está, corresponde construirla al Poder Legislativo, y no así al TC¹¹³⁸.

Luego de revisar la incidencia de esta categoría de pronunciamientos en Latinoamérica, para Nogueira Alcalá, en cierta medida, estas sentencias son una combinación de sentencia de inconstitucionalidad y sentencia integradora, ya que anulan el precepto acusado a través del fallo de inexecutableidad, con lo cual generan un vacío de regulación, que se llena por medio de un nuevo mandato que la sentencia adiciona o integra al ordenamiento¹¹³⁹.

Por ello, mismo, para Ezquiaga Ganuzas, tanto las sentencias aditivas como las sustitutivas, presentan un innegable carácter normativo en la medida en que, tras la intervención del Tribunal Constitucional, aparece en el ordenamiento una nueva norma que no existía, no porque el Tribunal Constitucional deduzca del enunciado legal un significado nuevo, sino porque ni tan siquiera existía un enunciado elaborado por el legislador¹¹⁴⁰. Así, en criterio de este autor, las sentencias aditivas y sustitutivas, suponen la inserción por parte del Tribunal, a través de una presunta interpretación, un añadido *ex novo* no previsto por el legislador (en el primer caso), o sustituye parte o todo un enunciado del legislador por otro, fruto del Tribunal (en el segundo). El problema, según se desprende de su análisis, es que en la práctica, se presenta cierto grado de complejidad, el determinar cuándo se está en presencia de una sentencia aditiva, y cuándo frente a una sustitutiva. Y para el caso español se citan algunas sentencias que presentan este carácter normativo al que se hacía referencia.

Así, véase a la STC 178/1985¹¹⁴¹, por la cual, el TCE, a raíz de resolver una cuestión de inconstitucionalidad presentada para impugnar varios artículos de la LEC y el antiguo Código

de Ministerio de Justicia se entendía que hacía referencia a la Institución Autónoma, o también la SC 62/1990, de 30 de marzo, por la cual, a juicio del Tribunal, el artículo 32.5 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial no era inconstitucional cuando establecía que para la provisión de la plaza de Presidente del Tribunal Superior de la Comunidad Autónoma se valorará como mérito la especialización en Derecho civil especial o foral, si se entendía que se refería a toda la producción normativa de la Comunidad Autónoma. Así también la STC 227/1988 de 29 de noviembre, en la que el TCE señaló que todas las competencias contenidas en varios artículos del Reglamento del Dominio Público Hidráulico que atribuyen al Gobierno, a la Administración del Estado y a los Organismos de Cuenca, deben entenderse atribuidos a la CAPV.

¹¹³⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Costituzionale e il legislatore...opus cit.*, p. 109.

¹¹³⁸ Son varias las obras de autores de la talla de Anzon, Adele, *L'additiva di principio en giudizi...opus cit.*, Cappelletti, Mauro, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto...opus cit.*, Elia, L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte...opus cit.*, y otro más, que ha momento de estudiar a este tipo de pronunciamientos, han identificado a esta categoría, como decisiones que han planteado el problema de la legitimación de la Corte Constitucional para llenar vacíos normativos, que en principio debería corresponder al legislador pero que por imperativo constitucional debía aquella subsanar como especificadora de los derechos, puesto que el control de constitucionalidad debe estar siempre sujeto al espíritu y a los valores supremos de la Constitución.

¹¹³⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales...opus cit.*, p. 97.

¹¹⁴⁰ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Diez años de fallos constitucionales...opus cit.*, p. 136.

¹¹⁴¹ Cuestión de inconstitucionalidad de fecha 19 de diciembre.

de Comercio, que regulaban las medidas contra el quebrado, el Tribunal elaboró toda una operación hermenéutica para evitar la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados.

Para el TCE, la regulación de las disposiciones impugnadas, al prever que si el quebrado otorgaba fianza, sufría arresto domiciliario, pero si no la daba, el arresto era carcelario, los consideró contrarios al artículo 17.1 de la CE. Por ello, y acá viene la aditividad y sustitución a la vez, es decir, al proscribir que el arresto carcelario opere en forma automática cuando el quebrado carecía de posibilidades económicas, decretó que el arresto debía ser domiciliario también en ese caso¹¹⁴².

Otro claro ejemplo de pronunciamiento sustitutivo en España, lo constituye la STC 27/1985¹¹⁴³, a través de la cual, se entiende, también el TCE manipuló la *voluntas legis* creando una disposición completamente distinta a la que fuera la voluntad legislativa. A través de aquella sentencia, el Tribunal sometió a examen el artículo 13.1 de la Ley de Reforma del Código de Justicia Militar. De la precitada disposición se establecía que, «Contra las sentencias de los Consejos de Guerra podrán interponerse recursos de casación ante la Justicia Militar por el Ministerio Fiscal jurídico – militar en todo caso, y por quienes hubieran sido condenados en la sentencia si en ella se le hubiera impuesto al recurrente pena privativa de libertad superior a tres años de duración en una de ellas o en la suma de varias de las impuestas a un mismo condenado, o la separación del servicio como principal o accesorias.» En la interpretación del Tribunal, la disposición impugnada, era parcialmente inconstitucional, por lo que además, estableció una nueva fórmula dispositiva para que el precepto quede conforme a la Constitución, siendo la nueva redacción la siguiente: «Contra las sentencias de los Consejos de Guerra podrán interponerse recursos de casación ante la Justicia Militar por el Ministerio Fiscal jurídico – militar, y por quienes hubieran sido condenados en la sentencia.»

1.2.2.1. La STCB 1036/2002 – R, las sub-etapas de la etapa preparatoria en el procedimiento penal.

Luego de este preámbulo y la cita de algunos pronunciamientos dictados por el TCE, pasemos a ver ahora, la incidencia de las mismas dentro de la jurisprudencia constitucional boliviana.

Así, partamos sosteniendo que, son escasas las sentencias en las que el TCB, dictó sentencias sustitutivas, ciñéndonos en ese sentido a la SC 1036/2002–R, a través de la cual, el Tribunal prácticamente modificó el cómputo y el plazo de la etapa preparatoria del procedimiento penal previsto en la Ley No. 1970, (Código de Procedimiento Penal o CPP). Así, en el razonamiento del TCB, la Etapa Preparatoria, ahora presenta un nuevo dimensionamiento sobre su estructura interna, la que se integra por tres fases: 1) Actos iniciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria y, 3) Conclusión de la etapa preparatoria.

¹¹⁴² Además, por conexitud, el TCE también se pronunció respecto de otro artículo que regulaba sobre la soltura y alzamiento del arresto tras la ocupación de bienes del quebrado, a juicio del Tribunal dicha regulación era igualmente inconstitucional, por lo que procedió a corregirla para otorgarle conformidad con la Constitución, señalando que en su lugar, debía entenderse: puesto «alzamiento del arresto» únicamente.

¹¹⁴³ Por el que se resolvió una cuestión de inconstitucionalidad de fecha 26 de febrero.

Dentro de la primera fase, el TCB ubica a los actos iniciales o la investigación preliminar, (artículo 284 y siguientes CPP), que comienza con la denuncia, querrela o con la noticia fehaciente que reciben las autoridades llamadas por ley (Policía – Fiscalía), sobre la comisión de un delito. En consecuencia, la segunda fase: el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza con la imputación formal (artículo 301.1 y 302 CPP), y a criterio del Tribunal representa el «inicio del proceso penal», aclarando que los supuestos 2), 3) y 4), que acoge el artículo 301¹¹⁴⁴ no hacen al desarrollo de la Etapa Preparatoria, pues son opciones alternativas a la imputación formal. Ya en la tercera fase: conclusión de la etapa preparatoria, el TC señala que la misma está constituida por los «actos conclusivos», entre los cuales se encuentra la presentación de la acusación por el fiscal al juez de la instrucción (artículo 323 CPP).

Partiendo de este razonamiento, el proceso penal se inicia con la imputación formal, a partir de la cual, recién correría el término de los seis meses de duración de la Etapa Preparatoria establecida por el párrafo primero del artículo 134 CPP. Es decir, que con la notificación al imputado con la resolución de la imputación formal, se computa el plazo de duración de la etapa preparatoria, y no así desde un momento anterior, es decir, desde la formulación de la denuncia, querrela o la intervención policial de oficio (acción directa). En la interpretación del TCB, advierte que un entendimiento contrario conduciría al absurdo de pensar que la imputación formal, en el marco del Código, sólo sería exigible cuando el fiscal solicitara al juez medidas cautelares (artículos 233 – 303 CPP), extremo que no es compatible con una interpretación contextualizada (sistemática) de la ley procesal en análisis, en tanto contrasta con lo dispuesto por el artículo 5 del CPP, que señala a la denuncia, la querrela o la intervención de oficio como los actos que inician el procedimiento penal.

En referencia al asunto, Durán Rivera¹¹⁴⁵, en su calidad de Magistrado Relator de dicha sentencia, explicó que el recurso en cuestión planteaba varias problemáticas vinculadas a la imputación formal, al inicio de la Etapa Preparatoria, al tiempo que debe mediar entre imputación formal y acusación, así como otros aspectos conexos, los cuales fueron resueltos, aplicando uno de los principios básicos de la interpretación constitucional, cual es el de la concordancia práctica. En ese sentido, el autor señaló que lo primero que se debía aclarar era el alcance de los términos proceso y procedimiento. Así el artículo 134 del Código de procedimiento penal prevé que «La etapa preparatoria deberá finalizar en el plazo máximo de 6 meses de iniciado el proceso». A su vez, el artículo 5 señala que el proceso se inicia con la denuncia, conforme al siguiente texto: «Se considera imputado a toda persona a quien se atribuya la comisión de un delito ante los órganos encargados de la persecución penal. El imputado podrá ejercer todos los derechos y garantías que la Constitución, las Convenciones y los tratados internacionales vigentes y este Código le reconozcan desde el primer acto del proceso hasta su finalización. Se entenderá como primer acto del proceso cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona...». A decir del autor, hasta aquí, conforme al texto literal del artículo 5, pareciera que el proceso se inicia cuando se produce la denuncia; sin embargo, el artículo 133 del mismo código, al referirse a la duración máxima del

¹¹⁴⁴ Además de requerir por la imputación formal (artículo 302 CPP), el fiscal puede ordenar la complementación de las diligencias policiales, fijando plazo al efecto (supuesto 2); también está facultado para disponer el rechazo de la denuncia, la querrela o las actuaciones policiales y en consecuencia su archivo (supuesto 3); o solicitar al juez de la instrucción la suspensión condicional del proceso, la aplicación de un criterio de oportunidad, la sustanciación del procedimiento abreviado o la conciliación (supuesto 4).

¹¹⁴⁵ Durán Rivera, Willman R, *La fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 9.

proceso, señala que: «Todo proceso tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento...». Acá surge, a decir de Durán, la gran interrogante, ¿Cuál es el primer acto del procedimiento?, por ello tomando como punto de partida la interpretación gramatical –justifica– se intentó, como primera medida, encontrar coherencia en el uso de los vocablos «proceso» y «procedimiento»; en el entendido que, conforme a la doctrina procesal, el término procedimiento es de naturaleza instrumental y el proceso está referido al juicio mismo. Para tal efecto, se buscó en el Código algún criterio de diferenciación en el uso de ambos términos, constatándose que los mismos eran empleados en forma indistinta. Empero, como el Código no establecía la distinción, y era preciso determinar el inicio del proceso penal, se recurrió a la interpretación teleológica y, en este cometido, se intentó responder a la siguiente interrogante: ¿cual es el fin del artículo 5?, llegando a la conclusión que el fin del artículo no es contabilizar el inicio de la etapa preparatoria, sino dotar a la investigación preliminar de garantías. Por lo mismo, en la explicación del Magistrado Relator, fue en ese sentido que el TCB entendió que la Etapa preparatoria comienza con la imputación formal, y que naturalmente en los casos en que se tenga que aplicar medidas cautelares, la imputación debe realizarse previamente.

Las repercusiones de estas interpretaciones hechas por el TCB, fueron de gran magnitud en la medida en que se entendió, que la misma sustituía el contenido del artículo 133 CPP (Duración máxima del proceso) que prevé que «Todo proceso tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento...» que en este caso vendría a constituir la imputación formal y no así la denuncia planteada en sede policial o judicial tal como se desprende del artículo 5 CPP (Calidad y derechos del imputado). Ahora bien, si del artículo 134 CPP (Extinción de la etapa preparatoria) se tiene que la «etapa preparatoria deberá finalizar en el plazo máximo de seis meses de iniciado el proceso», esto implicaría que el plazo máximo de duración del proceso excedería a los tres años, pues el cómputo de la misma se la realizaría luego de la notificación al imputado con la imputación formal hecha por el fiscal, que en todo caso se prolongaría durante más de seis meses, ampliándose también en consecuencia el plazo para declarar la extinción de la acción penal prevista en el artículo 133 *in fine* del CPP. Esto es así, si se tiene en cuenta la interpretación realizada por el TCB, en la precitada sentencia, que a juicio del propio Tribunal, el CPP no establece de manera explícita el plazo en que la imputación formal debe ser presentada por el fiscal, sin embargo, el Tribunal deriva del contenido de los artículos 300, 301 y 302 CPP, que la misma debe emitirse a la conclusión de los actos iniciales de investigación, es decir, cuando obviamente, existan indicios suficientes sobre la existencia del hecho y la participación del imputado¹¹⁴⁶. Dicho de otro modo, luego de la formulación de una denuncia, querrela o la acción directa, el fiscal inicia la investigación preliminar, teniendo 5 días al efecto (artículo 300 CPP), y que al cabo de los mismos, si el fiscal entiende que el plazo fue insuficiente, puede solicitar la complementación de las diligencias (artículo 301 inc. 2) fijando plazo al efecto, sin embargo, no existe en la norma un límite para la ampliación del plazo de la complementación de las diligencias, pero que en criterio del Tribunal, este debe ser similar y no exceder al plazo de duración de la etapa preparatoria, es decir los seis meses¹¹⁴⁷. De este modo, si se entiende

¹¹⁴⁶ Véase el FJ previsto en el Considerando III.3 Oportunidad de la presentación de la Imputación formal.

¹¹⁴⁷ Cabe recalcar, que a raíz de estas interpretaciones, el legislador modificó el contenido del artículo 300 del CPP, a través de la Ley No. 007, de modificaciones al Sistema normativo penal, de fecha 18 de mayo de 2010, estableciendo expresamente, que el plazo de duración de la investigación preliminar ahora es de veinte días, y que la complementación de las diligencias, podría abarcar hasta los noventa días.

que ni la denuncia, ni la querrela, menos aún la acción directa constituyen el inicio del proceso, sino la notificación con la resolución de la imputación formal al imputado, en los hechos el Tribunal modificó el plazo de duración de la etapa preparatoria, puesto que no duraría seis meses (artículo 134), sino podría ampliarse a un año, eso si se asume la posibilidad de ampliación de las diligencias policiales. Luego la tramitación de un proceso penal, también duraría más allá de los 3 años (Artículo 133 CPP).

Pero además, si los derechos del imputado sólo cobran vigencia desde el momento en que se inicia formalmente el proceso, esto es con la notificación al imputado con la resolución de imputación formal, hasta antes de la misma, el imputado no tendría derecho a ejercer las garantías consagradas por la Constitución y la misma Ley procesal, situación nada acorde con un sistema procesal penal de corte acusatorio que se buscó implementar con su Ley Procesal.

1.2.2.2. La STCB 0090/2006, Derecho a recurrir de la Autoridad Tributaria.

Posteriormente, en la SC 0090/2006, de 17 de noviembre de 2006, que resolvió el recurso incidental de inconstitucionalidad promovido por el Presidente, Decano y Ministros de la Corte Suprema de Justicia y los Conjuces, de la misma, a instancias del Gerente de Grandes Contribuyentes (GRACO) La Paz a.i., del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN), en el que se demandó la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 2 de la Ley 3092, de 7 de julio de 2005, por vulnerar los artículos 6, 7 incisos a) y h), 14, 16, 32, 116.I y III, 117.I, 118.I.7ª, 228 y 229 de la CPE, también el TCB recurrió a la técnica de la sentencia sustitutiva para reparar el vicio de inconstitucionalidad.

El argumento de la parte recurrente versaba fundamentalmente, en torno a que en cumplimiento de la SC 0076/2004, de 16 julio, el Poder Legislativo sancionó la Ley 3092, por el que se restableció el proceso contencioso administrativo como medio para impugnar en la vía judicial las resoluciones administrativas. Empero, el párrafo primero del artículo 2, determinaba que el «sujeto pasivo y/o tercero responsable» era el único que podía recurrir a la impugnación judicial por la vía del proceso contencioso administrativo, omitiendo incluir al sujeto activo, es decir, a la Administración Tributaria, privándola a aquella de toda posibilidad de someter la resolución emitida por la Superintendencia Tributaria General a un proceso contencioso, en el que de manera contradictoria y en igualdad de condiciones las partes pudieran ser oídas e hicieran valer sus pretensiones, ya sea produciendo prueba, objetando las de contrario, o desvirtuando los procedimientos administrativos tributarios que dieron lugar al acto determinativo. En suma, se sostenía que la disposición impedía lograr una decisión legal justa, vulnerándose de aquella forma, el derecho a la defensa y el debido proceso en su elemento del juez natural, independiente e imparcial, así como los valores supremos de justicia e igualdad, al eliminar el derecho a la defensa de la Administración Tributaria en sede judicial y, obstaculizando con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva al impedir que el contribuyente recurra a la autoridad jurisdiccional. Luego, como consecuencia de aquella limitación, el SIN tenía como única facultad la de determinar impuestos o sancionar impositivamente al sujeto

pasivo sin opción, como parte interesada en la controversia, de impugnar en la vía jurisdiccional las resoluciones emitidas por la Superintendencia Tributaria General¹¹⁴⁸.

Una vez en conocimiento del TCB el recurso, este consideró que evidentemente, conforme a la redacción de la norma impugnada, sólo se otorgaba legitimación activa para la interposición del recurso contencioso administrativo al sujeto pasivo y/o tercero responsable, y no así a la Administración Tributaria. Advirtió también, que la CPE no estableció limitación alguna en cuanto a qué personas tenían legitimación activa para interponer la demanda contenciosa administrativa, por lo mismo, un entendimiento excluyente respecto de la Administración Pública conforme lo expresaba la norma impugnada, limitaba la posibilidad respecto de quien había sufrido o temía sufrir una lesión de cualquier derecho o interés protegible, de acudir y pretender el auxilio de jueces y tribunales, desconociéndose de esta manera lo preceptuado en el artículo 6.1 de la CPE que consagraba el derecho a la igualdad jurídica de las partes. Así el TCB consideró que el legislador estableció una desigualdad de trato, configurando al proceso contencioso administrativo como vía de impugnación judicial únicamente para el particular cuando se hubiere afectado o perjudicado su derecho privado, desconociendo con ello, que de acuerdo a la nueva concepción del proceso contencioso administrativo, las pretensiones formuladas por las partes, son la pauta objetiva del proceso contencioso administrativo, y condicionan los términos del debate, vinculando a jueces y tribunales como directrices que señalan el comienzo y final del conflicto.

Así, concluyentemente el TCB señaló que, atendiendo a la nueva concepción del proceso contencioso administrativo, «la restricción que realiza la norma impugnada facultando sólo al sujeto pasivo del tributo y/o al tercero responsable es contraria a las normas constitucionales anotadas, en razón a los fundamentos de orden constitucional expuestos en esta Sentencia, por medio de los cuales las entidades públicas, entre ellas la Administración Tributaria, también pueden interponer la demanda contencioso administrativa; empero, deben existir normas que reglamenten esa actuación, regulando en forma precisa los casos y supuestos en los cuales la Administración puede accionar con legitimación activa en el proceso contencioso administrativo, lo que significa que en casos como el presente, es posible que la Administración pueda interponer la demanda, sin perjuicios de las reglas o los límites, que en el futuro, el legislador establezca»¹¹⁴⁹.

Luego de este razonamiento, el TCB procedió a declarar la inconstitucionalidad de la frase «el sujeto pasivo y/o tercero responsable» contenida en el primer párrafo del artículo 2 de la Ley 3092, de 7 de julio de 2005, y estableciendo además en su fallo, la nueva redacción del primer párrafo del artículo 2 de la Ley 3092, de la siguiente manera: «Se establece que la

¹¹⁴⁸ Asimismo, la parte recurrente apoyaba su recurso en la previsión del artículo 117 de la CPE que reconocía la competencia de la Corte Suprema de Justicia, para conocer las demandas contencioso administrativas, y aseveraban a su vez, que en la redacción de la disposición no se incluía que el planteamiento de este tipo de demandas fuera facultad única de los sujetos pasivos, es decir, no planteaba límites a la pretensión del derecho, respetaba la tutela judicial efectiva sin condición ni restricción alguna, por lo que el artículo impugnado ocasionaba un estado de indefensión a la Administración Tributaria en violación a sus garantías constitucionales, toda vez que si se reconocía el derecho de los contribuyentes de acudir a la vía jurisdiccional, la Administración Tributaria de acuerdo al principio de igualdad que ordenaba la Constitución, debía reconocérsele también, similar derecho. En consecuencia, sostuvieron que la norma impugnada no podía pretender ser aplicada por encima de la Constitución, en vista de que la precitada disposición vulneraba los principios constitucionales, causando grave perjuicio a la Administración Tributaria en el derecho a la igualdad.

¹¹⁴⁹ Sobre el particular, véase el FJ III.5 de la precitada sentencia.

resolución administrativa dictada por el Superintendente Tributario General para resolver el Recurso Jerárquico agota la vía administrativa, pudiendo acudir a la impugnación judicial por la vía del proceso contencioso administrativo según lo establecido en la Constitución Política del Estado», incluyendo con esta nueva formulación de la disposición, dentro de la legitimación activa para la interposición del recurso contencioso administrativo a la Administración Tributaria. Como no podía ser de otra manera, el TCB, también exhortó en su fallo al Poder Legislativo, para que con carácter de urgencia sancione la Ley que establezca los casos y presupuestos en los que la Administración Tributaria cuente con legitimación activa para interponer el proceso contencioso administrativo.

Sin duda este pronunciamiento es otro de los ejemplos claros en los que el TCB procedió a sustituir el contenido normativo de la disposición impugnada para que la misma sea conforme a la Constitución, aunque también es necesario resaltar que en este caso, el TCB, consciente de que a través de este tipo de pronunciamientos, invadía la esfera de libre configuración del legislador, no dudó en convocar al legislador, para que el mismo precise los supuestos en los que la actuación de la Administración Tributaria podría interponer los recursos en la vía del contencioso administrativo, aspecto que hasta el día de hoy queda pendiente de respuesta por parte de la actual Asamblea Legislativa boliviana, no quedándole otra a la Administración Tributaria, que desarrollar su accionar, con apoyo en la SC de referencia, y en una aplicación interpretativa «secundum constitutionem» de los artículos 32 y 117 de la CPE.

1.3. Algunas reflexiones preliminares sobre la eficacia de los pronunciamientos manipulativos del TCB.

De este modo puede advertirse, que en el caso boliviano, más concretamente en la jurisprudencia constitucional boliviana, no es frecuente encontrar sentencias de este tipo, por lo mismo, las reacciones suscitadas en torno a éstas, ya sea por parte de la magistratura ordinaria, así como del resto de los órganos de poder del Estado, no fueron tan ávidas como se suscitaron en la jurisprudencia constitucional comparada.

En efecto, si una de las principales preocupaciones en la jurisprudencia comparada, de las que se pueden citar concretamente a las experiencias de Italia y España, radicaba en la posibilidad de reconocer algún tipo de eficacia hacia este tipo de pronunciamientos por parte de la magistratura ordinaria, así como los demás órganos de poder del Estado, en el caso boliviano, esta preocupación no adquirió la misma intensidad, es más, si acaso se debatió sobre el contenido de la sentencia, más no así sobre la admisibilidad de la sentencia como tal y su vinculación hacia los órganos estatales. Esto que se afirma, no implica negar cualquier posibilidad de fricciones suscitadas entre las instancias del Estado a quienes vinculaba la decisión y el TCB, como consecuencia del dictado de los pronunciamientos interpretativos, puesto que, como se verá un poco más adelante, hubieron casos concretos en los que aquellos fallos, provocaron confrontaciones institucionales en las que, en algunas, El TCB supo imponerse y hacer prevalecer su rol, legitimándose ante la sociedad en su conjunto, pero en otros, le tocó perder y vivir una etapa crítica que terminó por sucumbirla institucionalmente, y desde aquel entonces, inevitablemente se debe asistir a un episodio de reconstrucción en la historia del Tribunal Constitucional boliviano, sobre el cual, como se manifestó, se volverá a incidir más adelante en otro acápite.

Volviendo al tema de la vinculación de las sentencias dictadas por el custodio de la Constitución boliviana, el TCB supo diferenciar la vinculatoriedad de la jurisprudencia «*strictu sensu*» referida al «*conjunto de fallos uniformes*» donde es necesaria la existencia de dos o más fallos uniformes para hacer vinculante la decisión del órgano contralor de la constitucionalidad, muy distinto del sistema del «*precedente*» jurisprudencial en el que los argumentos decisorios de un solo fallo constitucional trascienden al caso concreto para aplicarse a casos con elementos fácticos análogos.

Luego de marcar esta diferenciación, el TCB reconoció¹¹⁵⁰ que el legislador constituyente boliviano insertó el sistema del precedente en la reforma de la Constitución de 1995¹¹⁵¹, y que posteriormente fue articulada mediante su Ley reguladora (Ley No. 1836) que respecto a la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional sostenía en su artículo 4 que: «Los tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional», concordante con el artículo 44.I de la misma norma que establecía: «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». Así también se desprende de la SC 58/2002, que resolvió un recurso indirecto de inconstitucionalidad planteado contra el artículo 44.I de la Ley del Tribunal Constitucional argumentándose que en un proceso penal se pretendía hacer valer la SC 280/01–R. El TCB, en aquella oportunidad, declaró infundado el recurso y constitucional la norma impugnada debido a que la *ratio legis* de la norma impugnada implica reconocer que la interpretación oficial que realice el Tribunal Constitucional, es vinculante a todas las autoridades nacionales estableciéndose además, que la norma referida: «...lejos de infringir o vulnerar la previsión constitucional contenida en su artículo 228, es una norma general que –como se manifestó– concuerda con el artículo 121–II de la Constitución Política del Estado, que establece el carácter vinculante de las Sentencias Constitucionales».

Ahora bien, sobre la identificación de la parte vinculante de una sentencia constitucional, el TCB precisó que en toda sentencia constitucional¹¹⁵² es posible diferenciar

¹¹⁵⁰ Según Durán Rivera, Willman R., *La fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal...opus cit.*, p. 34, la importancia de haber adoptado en Bolivia el sistema del «*precedente*» jurisprudencial, radica en la necesidad que existía de uniformizar criterios de interpretación constitucional que permitan la coherencia del ordenamiento jurídico y la preservación tanto del principio de igualdad ante la ley y del respeto a la seguridad jurídica; de tal forma que, se cree certeza respecto a las expectativas que tienen los ciudadanos en general de las formas de aplicación de la Constitución.

¹¹⁵¹ Tal como recuerda Durán Rivera, Willman R., *La fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal...opus cit.*, p. 36, en Bolivia, de inicio la teoría del «*precedente*» jurisprudencial fue ampliamente resistido bajo el argumento de que vulneraba la independencia judicial al ignorar al artículo 116 de la Constitución que sostenía que los jueces y tribunales del país sólo se encuentran sometidos a la Constitución y a la Ley y no así a la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, dicha aseveración se encontraba alejada de la verdad puesto que el Tribunal estableció que todo juez, tribunal o autoridad del país, podía apartarse de la jurisprudencia constitucional siempre y cuando citase la jurisprudencia constitucional y a la vez indique los nuevos fundamentos que le hacen apartarse de dicha jurisprudencia, lo contrario, importaría la vulneración de los principios de igualdad y seguridad jurídica como se refirió anteriormente.

¹¹⁵² Asimismo, para el ex magistrado del TCB, Durán Rivera, Willman R., *La fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal...opus cit.*, p. 39, es necesario recordar que, las sentencias constitucionales del TCB podían asumir la naturaleza de ser básicas o creadoras de línea jurisprudencial. Pero también, éstas podían asumir la característica de ser moduladoras que dan matices o modulaciones a las sentencias básicas sin contradecirlas. Y

una parte denominada «*fundamentos jurídicos del fallo*» del «*por tanto*» de tal forma que, mientras, ésta última contiene la parte resolutive o «*decisum*» del fallo que alcanza a convertirse en una cosa juzgada material inmutable, inmodificable y plenamente obligatoria para las partes intervinientes en el proceso¹¹⁵³, la parte de los «*fundamentos jurídicos del fallo*» que contiene la «*ratio decidendi*» trasciende a la sentencia constitucional y se hace vinculante a todas las autoridades del país. Así se desprende del Auto Complementario (AC) 58/2002, donde el TCB sostuvo que «...en una Sentencia Constitucional, existe una parte conocida como ratio decidendi que se expresa como un razonamiento lógico de las motivaciones o fundamentos que llevan a la toma de la resolución, el *obiter dictum* que son los argumentos adyacentes que coadyuvan en mayor o menor medida al fundamento principal del fallo y la *decisum* que se refiere a la decisión tomada en el caso concreto. Respecto a la vinculatoriedad de las autoridades judiciales, se da en situaciones similares, de las *rationes decidendi* o fundamentos que son decisivos y relevantes del fallo, por constituir el precedente vinculante y la base de la decisión. Todo en el marco de lo dispuesto por el artículo 121.II de la Constitución Política del Estado, norma suprema con la que concuerda la previsión contenida en el artículo 44.I de la Ley del Tribunal Constitucional».

Asimismo, en criterio del TCB, es necesario precisar que, al interior de los «*fundamentos jurídicos del fallo*», es importante e imprescindible diferenciar la «*ratio decidendi*» o razón de la decisión que puede caracterizarse como los fundamentos determinantes que justifican a la parte resolutive o *decisum* de una resolución, de tal forma que, sin su presencia no podrían ser entendidas o no tendrían sentido alguno, de la denominada «*obiter dicta*» o lo dicho al pasar, que son los términos y argumentos referidos de pasada cuya existencia para la toma de la decisión en un caso concreto es irrelevante, por lo cual, pueden incluso ser abstraídos del texto sin que el mismo sufra mayores variaciones. Este es precisamente el criterio expresado por el TCB, en el AC 0004/2005–ECA, dentro de una solicitud de aclaración y complementación de la SC 0077/2005–R, que declaró improcedente un recurso de hábeas corpus, el Tribunal Constitucional indicó que: «...corresponde también aclarar que la jurisprudencia con efecto vinculante es la que contiene la ratio decidendi de la sentencia constitucional, es decir, aquellas partes que consignan los fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutive, de tal forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquella, es la parte en la que se consigna la doctrina y las sub reglas que se constituyen en precedente obligatorio; más el *obiter dictum*, es decir, aquellas reflexiones o pasajes contenidos en la parte motiva de la sentencia, expuestos por el Tribunal Constitucional por una abundancia argumentativa propia de la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad, no tienen efecto vinculante, de manera que para exigir la aplicación obligatoria de un precedente debe tenerse el cuidado de identificar que se trata de la ratio decidendi...»¹¹⁵⁴.

finalmente, las sentencias podían arropar la característica de ser confirmatorias de las sentencias básicas o fundadoras.

¹¹⁵³ Aunque en la SC 0846/2012 de 20 de agosto 2012, el TCB, estableció que el «*Decisum*» es la parte del pronunciamiento que «*Resuelve*» o «*Dispone*» del fallo, y mientras el *Por tanto* son los efectos del *Decisum* o parte resolutive.

¹¹⁵⁴ Empero, a raíz del AC 004/2005-ECA y SC 186/2005-R, el TCB precisó que el precedente constitucional es una parte de toda la sentencia emitida por el Tribunal o Corte Constitucional, donde se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, se explicita qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y generales cláusulas. Entonces, es posible afirmar que es vinculante el precedente constitucional contenido en la ratio decidendi. O, dicho de otro modo, en la ratio decidendi se encuentra el precedente constitucional, y éste es vinculante siempre que exista un supuesto fáctico análogo. Entonces ¿Qué es el precedente constitucional vinculante? Para responder a esta cuestionante, es preciso redundar en que: No es el texto íntegro de la sentencia,

Como se podrá advertir, las interpretaciones realizadas por el TCB, se encontraban dentro de los fundamentos jurídicos del fallo, los que por vía de la técnica utilizada por el intérprete supremo de la Constitución, esta es, la remisión hacia los fundamentos del fallo, desprendían inexcusablemente la vinculación tan anhelada en la jurisprudencia constitucional comparada, y que en la boliviana venía a través de un soporte legal, es decir, los artículos 4 y 44 de la LTC. Luego, tanto el fallo en el que se introducían las modificaciones a las disposiciones para el caso de las sentencias normativas, así como la misma *ratio decidendi* en la que se encontraban contenidas las interpretaciones que condicionaban la declaración de constitucionalidad de la norma impugnada, desprendían la eficacia vinculante hacia todos los poderes públicos del Estado, y en consecuencia, a la sociedad en su conjunto.

En fin, si se pretende llevar a cabo un balance sobre el recurso a esta categoría de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional, nos serviría trazar algunas reflexiones construidas desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial constitucional comparada, aunque, salvando algunos matices para el caso boliviano.

En ese sentido, resulta siendo obvio que los tribunales constitucionales en los que se incluye al español y al boliviano, han superado notoriamente, con su práctica, la función que le atribuyen tanto la Constitución como su ley orgánica. Sin embargo, es importante también señalar que, salvo ciertos casos que se ven expresados en los votos particulares o disidentes de los propios magistrados de los tribunales constitucionales, sobre todo cuando se lleva a cabo un recuento de la labor desarrollada por los intérpretes supremos de la Constitución en estos últimos años, parece que la normatividad –al menos en parte– de sus decisiones es un factor implícito en su propia función, sobre todo cuando del control de la constitucionalidad de la legislación se refiere.

En este escenario, la tendencia por conservar el mayor número de enunciados legales a través de la evitación de la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal, puede entenderse como una muestra del respeto hacia el papel del Legislativo dentro del concierto democrático. Precisamente, en ese ámbito de respeto interinstitucional, el legislador también debiera leer y asumir los mensajes implícitos que el Tribunal le envía para cumplir con su labor de intérprete supremo de la Constitución, empero, la situación descrita pone de manifiesto una escasa adaptación de la regulación sobre la justicia constitucional a las necesidades con las que el propio Tribunal se ha encontrado en el desempeño de su tarea.

Lo afirmado anteriormente, bien podría significar una confesión sobre el carácter inconstitucional con el que han venido desempeñándose los tribunales constitucionales ha momento de dictar aquella categoría de pronunciamientos, en tanto que habrían vulnerado el diseño de control de constitucionalidad previsto en la Constitución y en su ley reguladora. No obstante, el problema principal no radicaría en aquello, sino más bien, en que habiendo

no es sólo la parte resolutive de la sentencia (*decisum*), no es el *obiter dictum*, no es toda la *ratio decidendi*. Luego, los precedentes constitucionales están sólo en las sentencias relevantes. Se identifican a las sentencias relevantes porque son sentencias fundadoras, moduladoras, que reconducen o cambian una línea jurisprudencial expresamente o tácitamente. En el precedente constitucional se consignan: *las subreglas de Derecho, normas adscritas o concreta norma de la sentencia*, resultantes de la interpretación, interrelación o integración de las normas de la Constitución, o de las disposiciones legales. Estas tienen más jerarquía y fuerza jurídica que las propias leyes, porque el Tribunal Constitucional es el último aplicador del Derecho.

constatado que los tribunales constitucionales vienen desenvolviéndose en una realidad tan distinta de aquella que en su momento inspiró la teoría del legislador negativo, en palabras de González Beilfuss¹¹⁵⁵, no se hizo nada por articular un nuevo modelo que permita legitimar y limitar las funciones del TC. Luego, el sostener un modelo de control basado en una teoría que se entiende superada, no puede permanecer bajo el único pretexto de la dificultad para sustituirla, puesto que las coordenadas para asumir la reconstrucción teórica, están dadas. Lo contrario, nada más nos conducirá a custodiar un falso modelo y sus serios inconvenientes, como la imposibilidad de proporcionarnos una cabal explicación del TC como institución, y el rechazo a la adaptación de las previsiones legales sobre las sentencias positivas que permiten al TC una variedad en sus decisiones «*imprevisible*»¹¹⁵⁶, poniendo en riesgo la legitimidad misma de la justicia constitucional.

Sin duda alguna, el problema no es menor, puesto que, a la vez de cuestionar y reflexionar sobre la sustitución del sustento del modelo de control, también debiera debatirse sobre la compatibilidad del régimen democrático representativo con un sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad de la legislación. Como lo apuntara Ezquiaga Ganuzas, desde el momento en que los Estados se decantan por asumir el modelo concentrado de control de la constitucionalidad, se debe asumir el riesgo de poner en funcionamiento un órgano que escapa a todo control externo, teniendo como único límite el respeto a la Constitución y a su ley reguladora, como señalan el artículo 1.1 de LOTC para el caso español, y el 1.I para el caso boliviano, de tal modo que la única manera de evitar la interferencia de sus decisiones en la voluntad legislativa expresada a través de la mayoría política parlamentaria, sería eliminar la justicia constitucional¹¹⁵⁷, planteada en varias ocasiones en el caso boliviano, lo que promovió el descabezamiento del Tribunal por parte del Ejecutivo, hasta su supresión fáctica, para luego resucitarlo con, al parecer, una nueva naturaleza ontológica sobre su rol y fundamento, al amparo de la reforma de la Constitución, y del mismo Estado.

Amén de lo afirmado anteriormente, convengamos en que una vez aceptado el control de la legislación, la intervención del Tribunal sobre la voluntad política resulta un fenómeno inevitable, pero esta inevitabilidad no solo es predicable de las sentencias interpretativas o normativas como también la define la jurisprudencia constitucional comparada, sino también, en cualquier decisión constitucional. La razón de todo esto, se explica a partir de la constatación previa, es decir, que si bien el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, no es el único, así, el legislador Constituyente, en un determinado momento del proceso de creación de la norma, tuvo que interpretar el texto fundamental, y en algunos supuestos, dicha interpretación pudo ser forzada, o hasta exprofesamente errada, lo que motivó a dictar una norma contrastante con la Ley Suprema¹¹⁵⁸. Por consiguiente, no existiría

¹¹⁵⁵ González Beilfuss, Markus, Tribunal Constitucional y reparación...opus cit., p. 320.

¹¹⁵⁶ Sí que sería deseable, al menos desde un punto de vista teórico, en opinión de Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Diez años de fallos constitucionales...opus cit.*, p. 138, una adaptación de la regulación de los fallos de las decisiones del Tribunal Constitucional en los diversos procedimientos a las necesidades que han puesto de manifiesto la práctica de diez años de justicia constitucional, previendo, incluso, expresamente los fallos interpretativos, sin los que la actividad del Tribunal quedaría seriamente mutilada, pero sujetándolos a unos límites que en la actualidad no existen.

¹¹⁵⁷ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Diez años de fallos constitucionales...opus cit.*, p. 139.

¹¹⁵⁸ En opinión de Aguiar de Luque, Luis, *El Tribunal Constitucional y la función legislativa...opus cit.*, p. 24, es natural que cuando el Tribunal Constitucional anula por inconstitucional un texto aprobado por un Poder Legislativo se ponga de manifiesto una diversa interpretación de la Constitución, del texto legislativo o de ambos. De esto, bien puede desprenderse una diferencia entre la interpretación previa a la actividad legislativa y la

fundamento alguno que permita exigirles a los tribunales constitucionales más de lo que se les solicita a los jueces ordinarios, en tanto se asuma lo que se afirmó a un principio de este apartado, que toda actividad aplicativa de Derecho pasa necesariamente por la interpretación, o lo que es lo mismo, por la asignación de uno o más significados, desprendibles de una disposición o enunciado jurídico, y en esta labor, difícilmente pueden estar ausentes los juicios de valor.

Desde luego, todo esto no implica sostener que el Tribunal cuenta con un amplio margen hermenéutico que le permita incluso, trascender su función y asumir otra trastocando los fundamentos de un Estado Democrático. Pues bien, podría decirse que es esto mismo lo que se suscita cuando los tribunales constitucionales recurren al dictado de sentencias normativas, ya sea en su vertiente aditiva o sustitutiva, puesto que a través de esta herramienta carente de raigambre constitucional y legal, además de manipular la voluntad legis, suplanta al legislador, al dictar una nueva disposición normativa, es decir, su incidencia no vira en torno a desprender normas (significados) conformes con la Constitución de la norma impugnada, sino que operan sobre la misma disposición, creando otra que, en criterio del Tribunal es la conforme con la Ley Fundamental.

Si bien son justas las críticas hacia esta técnica empleada por los tribunales constitucionales, empero, también se vio en su momento, que los supremos intérpretes de la Constitución, no pueden quedarse indiferentes frente al vacío que generaría la declaración de inconstitucionalidad de la norma no conforme con la Constitución, o lo que es más gravoso aún, que los tribunales al declarar la inconstitucionalidad, generen una situación de mayor inconstitucionalidad con la expulsión de la norma y la producción del vacío legislativo.

Precisamente por ello, se entiende la necesidad de trabajar en la articulación de parámetros que permitan no sólo al Tribunal, sino al conjunto de la sociedad, diferenciar entre la actividad inevitablemente normativa del Tribunal Constitucional y aquellos supuestos en los que el Tribunal se excede por mucho de su función, llegando a incidir en la esfera de libre configuración del legislador quien cuenta con una legitimidad democrática. Uno de esos parámetros¹¹⁵⁹ que permitiría alcanzar lo que aquí se sostiene, es trabajar en la distinción entre

interpretación judicial, que radica en que el sentido otorgado a ambos textos por el legislador se encuentra siempre justificado por su voluntad política (avalada por la representación democrática), mientras que, las atribuciones de significado a los enunciados constitucionales o legales realizadas por el Tribunal Constitucional sólo quedan justificadas por estar ajustadas al ordenamiento jurídico del que se ha dotado la sociedad a través de sus representantes, estos son: los legisladores. Luego, la primera constituye una interpretación política antes que jurídica de la Constitución, y la segunda, una interpretación jurídica sobre la voluntad política asumida por el legislador. V. Gr. como se advirtiera al principio de este acápite, el recurso a este tipo de pronunciamientos por parte del TCB fue reducido, y ello es comprensible si se toma en cuenta que, a través de él, tuvo que resolverse no solamente cuestiones de orden jurídico, sino también político. Así con la modificación del plazo máximo de duración del proceso y el cómputo del inicio del procedimiento penal en la SC 1036/2002-R, se representó –hasta ciertos niveles– una forma de dilucidar en la vía jurisdiccional, temas que no fueron solucionados en el plano político. Así cuando el modelo de proceso penal establecido en el ordenamiento jurídico, reconocía que el inicio del proceso penal empezaba con la denuncia, la querrela o la acción directa, y que en la práctica la ineficiencia de la investigación se consumía todo el tiempo del proceso, lo lógico era que este problema se solucione por la vía del control de constitucionalidad y evitar que el gobierno se deslegitime con la ola delincuencia que se habría desatado a través de la promulgación de norma adjetiva penal.

¹¹⁵⁹ Otro parámetro al efecto, es exigir a los tribunales constitucionales, que todas sus decisiones, sobre todo, aquellas que impliquen una actividad normativa, sean debidamente justificadas o fundamentadas de modo tal que se conozcan los motivos jurídicos que motivaron al custodio de la Constitución recurrir al dictado de

disposición y norma, y a partir de ello, como lo señalara Ezquiaga Ganuzas¹¹⁶⁰, afirmar que a los tribunales, les está permitido crear (asignar) normas (significados) a partir de la interpretación realizada de los enunciados que le proporciona el legislador y contrastarlos con las disposiciones constitucionales, pero lo que no se le puede tolerar al intérprete supremo de la Constitución, es convertirse en legisladores de facto, al dictar ellos mismos enunciados que no constituyen el fruto de la voluntad democrática expresada en la decisión del legislador. Por lo mismo, en los siguientes apartados volveremos a referirnos a este punto para intentar ponerle una conclusión favorable y equilibrada a los problemas antes anotados.

2. LAS SENTENCIAS PROSPECTIVAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL MODELO BILATERAL DE REPARACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA.

Ante los problemas técnicos y funcionales de la aplicación del modelo unilateral de reparación de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, hubo la necesidad de estructurar un mecanismo alternativo al mismo, que se traduce en la implementación del modelo bilateral de reparación de la constitucionalidad. Así, dentro de este esquema, el Tribunal Constitucional se limita a detectar la inconstitucionalidad de la ley impugnada, para que sea el legislador y, en su caso, los tribunales ordinarios quienes enmienden el vicio de inconstitucionalidad. Ahora bien, como se pudo apreciar en los anteriores capítulos, la introducción de este modelo bilateral o multilateral de reparación de la inconstitucionalidad y de las técnicas que lo articulan, no presenta un estándar homogéneo en los Estados en que fueron introducidos y desarrollados, por lo que su puesta en práctica en Bolivia, también presenta sus particularidades.

Pese a las particularidades, la estructura básica del modelo bilateral radica en la actitud del TC, que se limita a detectar la inconstitucionalidad, y es el legislador ordinario quien la repara definitivamente. Es por eso que la reparación de la inconstitucionalidad adquiere la dimensión de «proceso» por el que se busca garantizar la primacía constitucional, y la promoción de un verdadero «*self restraints*» por parte del Tribunal, y así evitar los consabidos problemas funcionales¹¹⁶¹ y técnicos, y en consecuencia, impedir caracterizar a la actividad desarrollada por el Tribunal, con la de un «legislador positivo», conculcadora de las atribuciones propias del legislador ordinario. Por lo mismo, al diferirse la nulidad del precepto declarado inconstitucional, se impide la producción del «horror vacui», buscando promover con ello, la participación de otros órganos constitucionales en la reparación de la inconstitucionalidad, asumiendo cada uno de ellos, las funciones propias de su competencia.

aquella categoría de pronunciamientos, posibilitando así, el ejercicio de un control dogmático y político de la coherencia del Tribunal en la proclamación y utilización de las valoraciones no jurídicas inevitables en su función.

¹¹⁶⁰ Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica y su control por el Tribunal...opus cit.*, p. 36.

¹¹⁶¹ Aunque no puede negarse que a través de este tipo de pronunciamientos, también se limita la libertad de configuración del orden jurídico por parte del legislador, ya que advierten la existencia de una situación jurídica que no es aún de inconstitucionalidad si actúa diligentemente el legislador para cubrir el eventual estado de inconstitucionalidad o para superar la situación producida por el desarrollo o evolución científico o técnico, que exige una adecuación a la nueva realidad.

A decir de Nogueira¹¹⁶², estos fallos pueden ir desde un simple consejo al legislador hasta fórmulas más coactivas (sentencias exhortativas), que llaman al legislador a regular una materia establecida en la Constitución. Bajo esta denominación puede agruparse un conjunto de sentencias que establecen recomendaciones o directrices al Órgano Legislativo (sentencias prospectivas), llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional, de no hacerlo así el legislador, podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva. Y, en algunos casos, las sentencias exhortativas llevan también aparejadas lo que la doctrina denomina «bloqueo de aplicación», consistente en que la norma es inaplicable a los casos concretos que dieron lugar al examen de constitucionalidad, quedando suspendidos los procesos hasta la entrada en vigencia de la nueva normativa que regulan las respectivas situaciones.

Ahora bien, independientemente de los beneficios que persiga esta otra categoría de pronunciamientos, esto no lo sustrae de las críticas y dificultades propias en su articulación. Así, salvo el caso austriaco, los demás Estados analizados y ahora Bolivia, que adoptaron esta fórmula para el dictado de sus sentencias, desarrollaron esta práctica jurisprudencial sin una cobertura legal, y que como se verá también en los casos que se presentaron en la práctica jurisprudencial boliviana, generan más de una complicación sobre sus efectos y alcances. Sin embargo, al igual que en el caso de la reparación unilateral de la inconstitucionalidad, el TCB no dudó en recurrir a esta otra categoría de pronunciamientos, más allá de los inconvenientes que se pudieran desprender de las mismas. En tal sentido, veamos las sentencias bilaterales dictadas por el TCB.

2.1.La STCB 082/00, sobre la inconstitucionalidad diferida de la OM No. 1678 y el DL No. 18412.

Un primer pronunciamiento por parte del TCB, cuya fórmula se encuentra dentro de este paradigma de cooperación entre Tribunal Constitucional y el legislador, se suscitó con la SC 082/00 de fecha 14 de noviembre, donde, a través de la resolución de un recurso incidental de inconstitucionalidad se resolvió la demanda de inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 1768 de 27 de marzo de 1981 y del Decreto Ley (DL) N° 18412 de 16 de junio de 1981¹¹⁶³.

Las explicaciones expuestas por los recurrentes, sostenían que, la Alcaldía Municipal de la Provincia Cercado del Departamento de Cochabamba, mediante Ordenanza (OM) N° 1678 de 27 de marzo de 1981, estableció un nuevo Plan Director de la ciudad de Cochabamba, con sus respectivos niveles espaciales, que fue aprobada mediante Decreto Ley DL N° 18412. En ese sentido, según el entendimiento de los recurrentes, para que una Ordenanza sea legal y válida tenía que ser pronunciada necesariamente por un Concejo Municipal y éste debía ser elegido de acuerdo a las disposiciones de la Constitución Política del Estado y de la Ley Orgánica de Municipalidades, lo que no habría ocurrido con la OM N° 1678, pues aquella

¹¹⁶² Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales...opus cit.*, p. 24.

¹¹⁶³ El recurso incidental fue suscitado dentro de la demanda de Nulidad Absoluta de Títulos Ejecutoriales que siguió Roberto Enrique Ewel Renjel contra los representados de la recurrente, con el argumento de que dichas normas fueron pronunciadas durante un gobierno de facto e inconstitucional, y por autoridades no competentes para hacerlo.

había sido dictada en un gobierno dictatorial y por un «alcalde inconstitucional» que no contaba con atribuciones para dictar ordenanzas, incurriendo inclusive en lo previsto en el artículo 31 de la CPE¹¹⁶⁴. Asimismo, los recurrentes acusaban la inconstitucionalidad del DL N° 18412, en tanto aprobaba la señalada Ordenanza, y lo que según su entender, fue más gravoso aún, era que su artículo 2, había derogado todas las disposiciones contrarias a dicho DL, contraviniendo los arts. 2¹¹⁶⁵ y 4¹¹⁶⁶ de la Ley Fundamental, así como el artículo 59.1) que facultaba y reconocía únicamente al Congreso Nacional la atribución de dictar Leyes, abrogarlas, derogarlas, modificarlas e interpretarlas. Por lo que, para los recurrentes, el gobierno de facto de entonces, al pronunciar el referido DL, vulneró tal precepto, concluyéndose de ello que, tanto la OM que declaraba como urbanos los terrenos agrarios del ex fundo Taquiña, así como el DL que la aprobaba, eran inconstitucionales.

Una vez que se practicó la notificación al personero del órgano responsable de emitir la norma impugnada, éste respondió señalando que la Corte Suprema de Justicia como máximo Tribunal de la Nación, con relación a la vigencia y legalidad de los decretos leyes, en su afán de regular la administración de justicia, mediante Auto Supremo N° 63 de abril de 1981, sentó jurisprudencia en sentido que los mismos tienen la misma fuerza de una Ley y tienen plena vigencia en tanto el Poder Legislativo no los abroge o derogue. Y, en consecuencia, según la autoridad recurrida, los derechos adquiridos por las personas en aplicación de decretos leyes dictados por gobiernos de facto, merecían la tutela de acuerdo al Auto Supremo N° 53 de 27 de febrero de 1984, y siendo fieles a aquella jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, los legisladores la introdujeron en el artículo 51 de la LTC, es decir, que «La sentencia declaratoria de inconstitucionalidad, no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, en los que se haya hecho la aplicación de una ley inconstitucional», por lo que solicitaron se rechace el recurso.

Entrando a valorar el fondo de la cuestión, el TCB rememoró su línea jurisprudencial al respecto, precisando que, la doctrina constitucional asentada, entiende que una disposición legal puede ser impugnada de inconstitucional por su origen o por su contenido. En el primer caso, cuando en su elaboración y aprobación no se han cumplido ni respetado los procedimientos establecidos por el texto constitucional para tal efecto, o se las ha elaborado y aprobado en una instancia o por autoridad no establecida por la Constitución para tal efecto. En el segundo caso, cuando la disposición legal, a pesar de haber sido elaborada y aprobada conforme a los procedimientos y formas establecidos por el texto constitucional contienen normas que son incompatibles con los principios y normas de la CPE¹¹⁶⁷.

Por lo mismo, a juicio del Tribunal, las disposiciones legales impugnadas, vale decir el DL No. 18412 y la OM No. 1678, en cuanto a su contenido se refiere, dado el ámbito y materia de regulación de las mismas, no eran violatorias de los principios y normas establecidas

¹¹⁶⁴ El artículo 31 de la Constitución señalaba que, «Son nulos los actos de los que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción y potestad que no emane de la ley».

¹¹⁶⁵ El artículo 2 de la Constitución de 1967, establecía: «La soberanía reside en el pueblo; es inalienable e imprescriptible; su ejercicio está delegado a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, La independencia y coordinación de estos poderes es la base del gobierno. Las funciones del poder público: legislativa, ejecutiva y judicial, no pueden ser reunidas en el mismo órgano».

¹¹⁶⁶ La disposición del artículo 4 de la CPE de 1967, señalaba: «El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y de las autoridades creadas por ley».

¹¹⁶⁷ Véase en ese sentido el Considerando IV.2, de la sentencia examinada.

por la Constitución. En efecto, en criterio del Tribunal, la OM impugnada fue dictada con el objeto de contar con un instrumento técnico normativo para el control y ordenamiento urbano de la Municipalidad de Cochabamba, en el marco de lo establecido por la Ley No. 28 de 8 de noviembre de 1960, de manera que a través de dicha OM se había aprobado y puesto en vigencia el nuevo Plan Director de la ciudad de Cochabamba, aspecto que en absoluto contradecía a las normas de la Constitución. Por otro lado, el DL impugnado tenía por único objeto aprobar la OM No. 1678, para dotarle el sello de legalidad en el marco del ordenamiento jurídico vigente en el país, de manera que el contenido del DL impugnado tampoco era incompatible con ningún principio ni norma de la CPE¹¹⁶⁸.

Empero, el Tribunal ya había advertido que, en cuanto al aspecto formal de las disposiciones impugnadas, era evidente que la OM no fue aprobada ni emitida conforme a las normas previstas por el texto constitucional vigente en ese entonces (Constitución Política de 1967), cuyo artículo 201-1° establecía como atribución de los Concejos Municipales: «Dictar ordenanzas para el buen servicio de las poblaciones» por lo que se infringía las normas constitucionales. Sin embargo, buscando ya justificar la constitucionalidad de la disposición impugnada, el TCB señaló que, dada la situación histórica que vivió el país, los gobiernos municipales no fueron constituidos conforme las normas previstas por la Constitución, aún después de haberse recobrado el régimen democrático en 1982, por lo que al no existir un órgano deliberante como es el Concejo Municipal fueron los Alcaldes quienes emitieron las Ordenanzas Municipales con el fin de establecer y brindar el buen servicio a favor de la población. En consecuencia, en la inteligencia del Tribunal, el DL impugnado era en esencia una Ley aprobada y puesta en vigencia mediante Decreto Supremo, en razón de que en la fecha de su emisión el país era gobernado por un régimen de facto, en el que no funcionaba el Poder Legislativo, por lo que en su origen también era incompatible con las normas establecidas por los artículos 59-1ª y 71 al 81 de la C.P.E.¹¹⁶⁹. Empero, el Tribunal precisó que, la citada disposición legal, así como otras muchas se encontraban dotadas de vigencia plena en el ordenamiento jurídico del país, y dada su naturaleza, se constituían en una importante base del ordenamiento jurídico ordinario como son los Códigos sustantivos y los Códigos adjetivos vigentes a partir de 1971, y sobre los cuales –aquí el Tribunal llamó la atención al legislador– el Poder Legislativo no las ha abrogado, ni los ha elevado al rango de Ley para resolver el problema de su incompatibilidad de forma u origen con las normas de la Constitución.

Ahora bien, es muy interesante ver cómo el TCB, en esta su primera sentencia bilateral, se anticipa a las posibles consecuencias que podían desprenderse de este pronunciamiento, y acerca de los bienes jurídicos que se encontraban en juego¹¹⁷⁰. Así, el Tribunal, guiándose en

¹¹⁶⁸ De igual modo, para mayores detalles, revítese el Considerando IV.3 de la sentencia.

¹¹⁶⁹ El artículo 59.1 de la CPE reformada en 1967, refería a la facultad del Poder Legislativo, de dictar, abrogar, derogar, modificar e interpretar las leyes. Por otro lado, los artículos 71 al 81 de la Constitución, regulaba el procedimiento legislativo.

¹¹⁷⁰ A tal efecto, el Tribunal invocó a su propia doctrina constitucional, para señalar que existían diversas formas de interpretación como la «previsora», la que al ser realizada, requiere que el contralor de constitucionalidad como máximo intérprete de la Constitución, adopte previsiones sobre los efectos y consecuencias de las decisiones asumidas a partir de la interpretación. En la explicación del TCB, implicaba que el intérprete, a tiempo de desarrollar su labor, deba prever las consecuencias emergentes de su interpretación en el orden político, económico y social, lo que significaba que el intérprete operador, detectaba, aclaraba y adaptaba la norma constitucional con la que decidió el caso, y luego, confrontaba su producto interpretativo con la dimensión existencial o fáctica del Derecho, a fin de verificar las consecuencias, o medir los resultados. Y, que en aplicación de dicha doctrina al caso concreto, se sostuvo la conveniencia por parte del Tribunal, de adoptar aquel tipo de

base a variables, explicó que, si por una parte declaraba la constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, a través de aquella actitud, el intérprete supremo de la Constitución habría convalidado actos inconstitucionales, pero por otro, si declaraba la inconstitucionalidad con un efecto inmediato que signifique la expulsión del ordenamiento jurídico de las disposiciones legales impugnadas, habría generando un peligroso vacío jurídico, cuyo efecto sería más negativo que el anterior, máxime si se tomaba en cuenta que en aquel período de transición democrática aún existían en vigencia muchas disposiciones legales que habían sido aprobadas mediante la figura de los Decretos Ley. En consecuencia, cualquiera de las dos decisiones antes referidas conducirían a resultados inaceptables, por lo que el Tribunal comprendió la necesidad de dictar una sentencia modulando sus efectos, de modo tal, que se eviten perjuicios desproporcionados a los bolivianos en el orden jurídico, es decir, se evite la generación de una inseguridad jurídica anulando disposiciones legales sobre cuya base, fundamento y amparo se venían ventilando procesos judiciales, administrativos, agrarios, peticiones, contratos y otros actos jurídicos.

Por todo ello, el TCB, estimó como esencial que el Poder Legislativo y el Concejo Municipal de Cochabamba en el plazo razonable de dos años procedan a subsanar el vicio de origen del DL N° 18412 y la OM N° 1768, conforme a las normas establecidas en la CPE, con lo que, a la vez de exhortarlos, declaró en consecuencia, la constitucionalidad provisional de las disposiciones impugnadas, bajo conminatoria de que en caso de incumplimiento las mismas quedarían expulsadas del ordenamiento jurídico nacional, en el término antes señalado. Como era de suponer, ni el Poder Legislativo, menos aún el Concejo Municipal de Cochabamba, hicieron caso del plazo establecido por el Tribunal, para enmendar el vicio de inconstitucionalidad advertido en las disposiciones impugnadas, y esto no precisamente porque exista una resistencia a la sentencia por parte de las autoridades convocadas, o porque se desconozca del alcance o vinculación de la sentencia en sí, sino porque las disposiciones en cuestión, regulan aspectos que merecen un tratamiento político para el que se requiere de un amplio consenso social, el cual, como se aprecia, no es fácil de concertar, sobre todo en un contexto jurídico y político como el que se vive actualmente en Bolivia, donde entró en vigencia la Constitución del Estado Plurinacional, y con ella, un nuevo régimen administrativo y autonómico, en el que sin duda, el conflicto se complejiza aún más.

2.2. La STCB 0018/2003, sobre la constitucionalidad provisional del DL No. 38.

Otro episodio similar al anterior se encuentra en la SC 0018/2003, de 24 de febrero, dictada en ocasión de resolver el recurso incidental de inconstitucionalidad promovido por la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro a solicitud del Alcalde Municipal, demandando la inconstitucionalidad del Decreto Ley (DL) 38 de 7 de febrero de 1944.

En el argumento sostenido por el recurrente, acusaba al Juez Segundo del Trabajo y Seguridad Social de Oruro, quien habiendo recibido la denuncia del Director Departamental del Trabajo, le había instaurado un proceso por infracción a ley social, propiamente al DL 38

interpretación, partiendo de la constatación de dos hechos: el primero, que las disposiciones legales impugnadas en su contenido no son incompatibles con las normas de la Constitución y, el segundo, que en cuanto a su origen sí lo son. Véase en ese sentido el Considerando IV.5 de la sentencia.

de 7 de febrero de 1944, sin embargo, el recurrente adujo también, haber demostrado durante la tramitación de la causa que no hubo infracción alguna, ya que se aplicó lo que mandaba la Ley 1178 (Ley del Sistema de Administración y Control Gubernamentales SAFCO), por ser de preferente aplicación a cualquier Decreto o Resolución. Empero, el juez, apartándose de lo que disponía el artículo 228 CPE (Supremacía de la Constitución), habría fallado declarando probada la denuncia de infracción a la ley social¹¹⁷¹, sin considerar que el DL 38, se encontraba por debajo de cualquier ley de la República, al ser una disposición que en su nacimiento, elaboración y aprobación no cumplió ni respetó los procedimientos establecidos en la CPE, al haber sido aprobado por una autoridad no establecida para el efecto, por lo que acusaban la infracción del procedimiento legislativo que se encontraba regulado en los artículos 71 al 81 CPE.

En una interpretación similar a la vista en la SC 082/2000, el TCB determinó que indudablemente, el DL 38 resultaba inconstitucional en su origen, puesto que había emanado de un órgano que no era el idóneo para dictar leyes, al haber sido dictado por el Poder Ejecutivo durante un gobierno de facto (Presidencia de Gualberto Villarroel), por lo que en su elaboración y aprobación, no se habían observaron los procedimientos y formas establecidas por la CPE, para el caso. Empero, seguidamente, el Tribunal aclaró que, si bien dicho DL era inconstitucional por su forma, no lo era en cuanto a su contenido, puesto que tenía por objeto regular la garantía del fuero sindical y la asociación sindical, derechos sociales que se encontraban reconocidos y consagrados en el artículo 159 CPE, no siendo por lo tanto de manera general, incompatible en su contenido con ningún principio o norma de la Ley Fundamental. Al contrario, a juicio del TCB, se trataba de una disposición legal que desarrollaba las normas de la Constitución.

En virtud a este razonamiento, el Tribunal declaró la constitucionalidad, con vigencia temporal de tres años a partir de la citación con la sentencia, del DL 38, y a su vez, exhortó al Poder Legislativo para que «en dicho plazo subsane los vicios de origen de la indicada disposición legal, bajo conminatoria de que en caso de incumplimiento, la misma quedará expulsada del ordenamiento jurídico nacional al vencimiento del término antes señalado». Sin embargo, a la fecha, al igual que en caso anterior, el legislador no dio una respuesta normativa a fin de subsanar el vicio de inconstitucionalidad advertida por el Tribunal. Luego, surge la duda de, si habiendo vencido el plazo establecido al efecto, la disposición impugnada carece de vigencia, o es que se requiere de una nueva impugnación para que el Tribunal concrete su labor, consciente de que la expulsión de la norma, bien podría acarrear una situación de mayor inconstitucionalidad, al generar un vacío normativo que, sabemos, no será subsanado por el legislador, dada la inercia demostrada.

¹¹⁷¹ Del FJ II.2. se tiene que sustanciado el proceso, el juez habría dictado la Sentencia 59/2002 de 8 de junio, declarando probada la denuncia de infracción a la ley social, al no respetar la garantía constitucional del fuero sindical prescrito en el artículo 159 CPE, del que gozaba el funcionario municipal Armando de la Barra Oña ha momento de ser transferido a otro cargo y cuando fue destituido, sin que se haya observado en esos actos lo dispuesto por los artículos 1 y 2 del DL 38 de 7 de febrero de 1944, ordenando el cumplimiento de la orden de restitución del trabajador despedido a su fuente de trabajo, sentencia que fue apelada por el Alcalde Municipal el 13 de septiembre de 2002, concediéndose el recurso mediante Auto de 20 de septiembre de 2002.

2.3. La STCB 0024/2004, sobre la constitucionalidad temporal del Código Civil boliviano.

Siguiendo con la revisión de la jurisprudencia constitucional boliviana, se encuentra la SC 0024/2004, de 16 de marzo, en la que al igual que sus precedentes, el TCB dilucidó dentro del recurso incidental de inconstitucional promovido a instancia de una recurrente particular, la inconstitucionalidad del artículo 138 del DL 12760 de 6 de agosto de 1975 que aprobó el Código Civil (CC), porque era presuntamente contrario a lo dispuesto por los artículos 7 inciso a), 16.IV, 71 al 81 de la CPE.

En efecto, el recurso fue promovido dentro de un proceso ordinario de usucapión, y accesoriamente una de las partes demandó la inconstitucionalidad del artículo 138 del DL 12760, que aprobó el Código Civil¹¹⁷², debido a que el mismo era inconstitucional en su forma, siendo los argumentos, «que no se cumplió los votos de los artículos 71 al 81 de la Constitución Política del Estado, fue dictado en un gobierno inconstitucional de facto, por ello no es LEY, sino Decreto Ley»¹¹⁷³. La parte recurrente justificó a su vez, que la aplicación de la disposición impugnada en el proceso de usucapión mencionado era determinante, en tanto que permitía dilucidar la controversia suscitada, y en la que se veía comprometida, la definición de la propiedad privada de la recurrente.

Dando cumplimiento al precedente establecido sobre la materia, el Tribunal volvió a establecer, que en el marco de la doctrina y jurisprudencia, era indudable que el artículo 138 CC, aprobado por Decreto Ley 12760, por el que se aprobó el Código Civil en actual vigencia, resultaba inconstitucional en su origen, puesto que se encontraba inserto en un instrumento normativo que había emanado de un órgano que no era el idóneo para dictar leyes¹¹⁷⁴, por lo que efectivamente, en su elaboración y aprobación no se habían observado los procedimientos y formas establecidas por la Constitución. Al igual que en las dos sentencias anteriores, el TCB aclaró que si bien dicho DL era inconstitucional por su forma, no lo era en cuanto a su contenido puesto que la norma impugnada en su artículo 138 regulaba la Usucapión Decenal o Extraordinaria, señalando la forma de adquirir la propiedad de un inmueble a través de la prescripción adquisitiva, o modo de adquirir la propiedad de una cosa por la posesión de la misma durante un tiempo prolongado, que en este caso, el legislador definió en diez años. De lo que el Tribunal coligió que dicha norma no atentaba contra la seguridad jurídica como la recurrente estimaba, más al contrario, para el intérprete supremo de la Constitución, la norma

¹¹⁷² En este caso, es necesario recordar que la parte recurrente a la vez que solicitó la declaración de inconstitucionalidad del DL 12760, también solicitó al juez de la constitucionalidad, declarar la reviviscencia del Código Civil Santa Cruz, derogado por la norma impugnada.

¹¹⁷³ En uno de los razonamiento de la Sentencia, el TC afirma que «...el Decreto Ley impugnado es en esencia una Ley aprobada y puesta en vigencia mediante Decreto Supremo, en razón de que en la fecha de su emisión el país era gobernado por un régimen de facto, en el que no funcionaba el Poder Legislativo, por lo que en su origen también es incompatible con las normas establecidas por los arts. 59-1ª y 71 al 81 de la C.P.E. Empero, corresponde señalar que la citada disposición legal y muchas otras han tenido y tienen vigencia plena en el ordenamiento jurídico del país, es más constituyen una importante base del ordenamiento jurídico ordinario como son los Códigos sustantivos y los Códigos adjetivos vigentes a partir de 1971; los cuales el Órgano Legislativo no las ha abrogado, ni los ha elevado al rango de Ley para resolver el problema de su incompatibilidad de forma u origen con las normas de la Constitución.»

¹¹⁷⁴ El DL en cuestión, fue emitido por el Poder Ejecutivo durante un gobierno de facto, es decir, durante la primera Presidencia del Gral. Hugo Bánzer Suárez. (régimen que duró de 1971 a 1978).

otorgaba una seguridad jurídica al supuesto de hecho que se encuadre dentro de la previsión normativa¹¹⁷⁵.

En esta misma línea, el TCB volvió a reiterar su deber por prever las consecuencias que podrían desprenderse a partir del dictado de su pronunciamiento, y que si se decantaba por declarar la constitucionalidad de la disposición impugnada, ello habría implicado convertir el Tribunal en cómplice, al tolerar actos inconstitucionales, pero a su vez, advirtió también, que si declaraba la inconstitucionalidad con un efecto inmediato que signifique la expulsión del ordenamiento jurídico de la disposición impugnada, ello habría supuesto también otra consecuencia negativa, es decir, provocar un peligroso vacío jurídico, por lo que la opción de cualquiera de las posibilidades señaladas, entrañaba resultados inaceptables, de modo tal que al Tribunal, no le quedaba otra que volver a modular los efectos de su sentencia, para evitar perjuicios perniciosos. Resultaba entonces inimaginable a una sociedad sin una normativa que regule por ejemplo, los contratos, las sucesiones, o las mismas obligaciones, más básicas que se desarrollan en el día a día, y sobre el que se estructuran principios tan elementales como la seguridad jurídica.

En base a estos razonamientos, el TCB declaró la constitucionalidad del artículo 138 CC, aprobado por DL 12760, con vigencia temporal de cinco años a partir de la citación con la sentencia. Y a su vez, «exhortó al Poder Legislativo para que en dicho plazo subsane los vicios de origen de la indicada disposición legal, bajo conminatoria de que en caso de incumplimiento, la misma quedará expulsada del ordenamiento jurídico nacional al vencimiento del término antes señalado». Ahora bien, según los datos obtenidos del «Programa de Saneamiento Legislativo»¹¹⁷⁶, se establece que al haber emitido el TCB la SC 0024/2.004 expulsó del ordenamiento jurídico al artículo 138 del Código Civil, y que dicha expulsión ocurrió luego de haber transcurrido los cinco años posteriores a la sentencia, toda vez que el Congreso Nacional contaba con ese término para subsanar los vicios de origen del referido artículo, lo cual nunca se realizó. Ahora bien, no se olvide que al tratarse, según la interpretación del Tribunal, de un vicio de forma, la inconstitucionalidad no solamente afectaba a la disposición en cuestión, sino que por conexitud, debiera entenderse también, sin vigencia la totalidad del Código Civil, por lo mismo, cabe preguntarse si además de la expulsión del artículo 138 del CC, no ha operado también, la expulsión de la totalidad del DL 12760. En cualquier caso, debe entenderse que nos encontramos frente a un vacío legislativo, de cuya magnitud no se es consciente del todo, y ello dada la falta de regulación normativa sobre este tipo de supuestos previstos en las SSCC emitidas por el Tribunal Constitucional, es decir, la vinculatoriedad de la decisión asumida por el TCB, y la forma de concretar la inconstitucionalidad frente a la inercia irresponsable del legislador.

¹¹⁷⁵ De este modo el FJ III.3., de la SC 0024/2004, recogía la ratio decidendi y el precedente establecido con anterioridad por el TCB, en las SSCC 082/2000 y 018/2003.

¹¹⁷⁶ La Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, con el apoyo de la Cooperación Técnica Alemana (GTZ) a través de su programa PADEP y el Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho (CONCED) ha ejecutado el «Programa de Saneamiento Legislativo» (PSL). El fin de este programa fue contribuir a la seguridad jurídica del país, en tal sentido, luego de la culminación de la primera etapa del programa (septiembre 2009 – agosto 2010) se registraron resultados que dieron a entender la existencia de una compilación física de leyes bolivianas de 1825 a 2009, debidamente ordenadas por áreas temáticas, dada la dispersión de estas con anterioridad a este trabajo. Por lo mismo, se puede considerar a este emprendimiento como una de las colecciones físicas más completas de ediciones oficiales de la Gaceta Oficial de Bolivia o de ediciones oficiales anteriores a la misma.

2.4. La STCB 0076/2004, supresión del Contencioso Tributario.

Continuando con nuestro estudio sobre las sentencias exhortativas en Bolivia, resulta de especial interés, el análisis de la SC 0076/2004, de 16 de julio, mediante la cual, se interpuso el recurso incidental de inconstitucionalidad promovido de oficio por el Juez Segundo de Partido Administrativo, Coactivo, Fiscal y Tributario, demandando la inconstitucionalidad de la Disposición Final Novena del Código Tributario Boliviano (CTB), porque la entendió contraria a los artículos 7 inc. a) y 16.II y IV de la CPE.

En los argumentos del recurrente, se establecía que la SC 0009/2004, de 28 de enero declaró inconstitucional el proceso contencioso administrativo previsto en el artículo 147 del CTB (Ley 2492), por ello inaplicable el procedimiento de impugnación judicial ante la Corte Suprema de Justicia, mientras que la SC 018/2004, de 2 de marzo declaró inconstitucional la Disposición Final Primera del indicado Código, que derogó el literal B) del artículo 157 de la Ley de Organización Judicial (LOJ) que atribuía competencia a los juzgados en materia administrativa, coactiva fiscal y tributaria, para conocer demandas propias de esa materia. Y que la SC 029/2004 de 31 de marzo declaró inconstitucional el segundo párrafo de la Disposición Transitoria Primera del Decreto Supremo (DS) 27310 de 9 de enero de 2004, por establecer un régimen transitorio diferente al previsto en el CTB¹¹⁷⁷. Asimismo, la parte recurrente añadió que, si bien las causas en trámite a la fecha de publicación del CTB seguirían siendo conocidos por dichos juzgados aplicando el proceso contencioso tributario previsto en el CT (Ley 1340), contradictoriamente, los procesos posteriores a aquel Código, pese a que debían ser conocidos por los jueces en materia administrativa, coactiva fiscal y tributaria, no podían empero, aplicar el proceso contencioso tributario previsto en el CTB, debido a la abrogatoria dispuesta por la Disposición Final Novena del CTB, vulnerando el derecho a la defensa y la garantía judicial del debido proceso de los contribuyentes y, conculcándose de aquella forma, los principios de seguridad jurídica y legalidad, por lo que a fin de otorgar una tutela judicial efectiva que resguarde estos derechos y principios constitucionales, correspondía excluir de su ámbito abrogatorio el proceso contencioso tributario contemplado en el Título VI del CTB, concretamente, los artículos 214 a 303. Consiguientemente, el recurrente fundamentó la relevancia que tendría la norma legal impugnada en la decisión del proceso, sosteniendo que de ello dependería la competencia de su Juzgado para conocer procesos contencioso administrativos con la aplicación del procedimiento previsto en el CTB, cuya abrogatoria ocasionó la inseguridad jurídica a los contribuyentes para impugnar los actos de la Administración Tributaria.

En el razonamiento del TCB (FJ III.4.) sostuvo que la abrogatoria del CTB, operada por la Disposición Final Novena de la precitada disposición, en lo que respecta al

¹¹⁷⁷ Las SSCC de referencia, declararon la inconstitucionalidad de las normas impugnadas en consideración a que los contribuyentes no podían ejercitar su derecho de defensa en el proceso contencioso administrativo que previó el Código Tributario Boliviano, en tanto no respetaba la garantía del debido proceso. Así, la SC 0009/2004, entendió que aquella instancia les privaba de toda posibilidad de someter el acto administrativo tributario a un proceso contencioso en el que de manera contradictoria y en igualdad de condiciones pudieran ser oídos y se les permitiera hacer valer sus pretensiones, producir prueba, objetar las de contrario, entre otras. En el criterio expresado en aquella sentencia, la única manera de asegurar el debido proceso en la materia era a través del contencioso tributario, por su carácter único y especializado, habiéndose restituido así la competencia a los juzgados en materia administrativa, coactiva fiscal y tributaria, para conocer los procesos contencioso tributarios.

procedimiento contencioso tributario previsto en el Título VI del antiguo Código Tributario, era contraria al principio de seguridad jurídica que el artículo 7 inc. a) de la CPE recogía como derecho fundamental, y que conforme entendió el Tribunal, en profusa jurisprudencia era «la condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de las autoridades pueda causarles perjuicios». Luego, a juicio del Tribunal, el contribuyente que viere lesionado sus derechos por parte de la Administración Tributaria, ante la ausencia de un procedimiento que regule el contencioso tributario, se vería imposibilitado de acudir a dicha instancia, precisamente por la falta de los mecanismos que hicieran eficaz esa tutela, como ocurrió en el caso que motivó el recurso, ya que la falta de normas a las cuales, tanto las partes como el juez debían sujetar sus actuaciones, les impedía ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones inherentes a un debido proceso con reglas procesales preestablecidas.

Ahora bien, no obstante el reconocimiento de la inconstitucionalidad de la Disposición Final Novena del CTB, el TCB prefirió respetar lo que preceptuaba el artículo 59.1ª de la CPE. En ese sentido, consideró que correspondía a ese Poder suplir el vacío legal dejado como emergencia de la abrogatoria del Código Tributario, es decir, la eliminación del procedimiento contencioso tributario, dictando la ley correspondiente que lo regule y establezca. Por tal razón, el TCB dictó una sentencia exhortativa determinando la constitucionalidad de las disposición legal impugnada con vigencia temporal, exhortando al Poder Legislativo para que en el plazo de un año a partir de su citación, dicte la ley extrañada, tomando en cuenta los fundamentos contenidos en la mencionada sentencia, y en caso de no hacerlo dentro de dicho término, la Disposición Final Novena del CTB quedaría expulsada del ordenamiento jurídico del Estado en lo que correspondía a la abrogatoria del procedimiento contencioso tributario establecido en el Título VI, es decir, los artículos 214 a 302 del CTB.

En este caso particular, si bien el TCB declaró la constitucionalidad de la Disposición Final Novena del CTB, sin embargo, con ello, dio margen a que los contribuyentes se vieran imposibilitados de recurrir las decisiones de la Administración Tributaria a través de un proceso contencioso tributario, teniendo que, obligatoriamente tolerar una situación de inconstitucionalidad, cual era la vulneración del derecho a un debido proceso, a la defensa y al juez natural que se hallaban previstos en el artículo 16 de la CPE, mientras se encontraba pendiente el plazo en el que el legislador debía responder normativamente. Pero lo más gravoso aún, fue que la exhortación realizada en su momento por el TCB, no fue acatada por el Poder Legislativo, pues si bien se promulgó la Ley 3092, de 7 de julio de 2005, ésta no cumplió con proveer de un procedimiento para los procesos contenciosos administrativos, cuyo conocimiento debía corresponder a los jueces administrativos, coactivos fiscales y tributarios, de modo tal, que al presente, habrían quedado expulsadas de nuestro ordenamiento jurídico los artículos 214 al 302 del CTB (Ley 1340). Este aspecto fue ratificado en la SC 0025/2006, de 26 de abril, a través de la cual, el TCB hizo referencia a la inexistencia –a la fecha– de un procedimiento jurisdiccional que permita impugnar los actos de la administración tributaria, con las graves implicancias que ello acarrea.

2.5. La STCB 0129/2004, sobre la designación interina de autoridades del Órgano Judicial y Ministerio Público.

Prosiguiendo con el análisis de las sentencias bilaterales, ubicamos ahora a la SC 0129/2004, 10 de noviembre, a través del cual, el TCB resolvió un recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto por Renán Paco Granier, Diputado Nacional, quien demandó la inconstitucionalidad del Decreto Supremo (DS) No. 27650 de 30 de julio de 2004 porque supuestamente infringía los artículos 2, 59.20^a, 117.IV, 122.III y 62.5^a de la CPE.

En el argumento del recurrente, éste señaló que, el 30 de julio de 2004, el Presidente de la República promulgó el DS 27650, mediante el cual designó a seis Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dos Consejeros de la Judicatura y Fiscales del Distrito de los nueve departamentos de la República, con el fundamento de dar aplicación a la atribución constitucional establecida en el artículo 96.16) de la Ley Fundamental¹¹⁷⁸, aspecto este que, en criterio del recurrente, vulneraba los artículos 2, 59.20^a, 117.IV, 122.III y 62.5) de la CPE, por cuanto las autoridades del Poder Judicial y del Ministerio Público debían ser elegidas por el Poder Legislativo. Por lo mismo, el recurrente señaló que, en virtud al principio de independencia y coordinación de poderes, base del sistema republicano, la Constitución había previsto que el Poder Legislativo tuviera, entre otras atribuciones, la de constituir o ser poder constituyente de otros poderes del Estado y, conforme a ello, podía nombrar a las más altas autoridades del Poder Judicial y del Ministerio Público, garantizando de esa manera que aquellas autoridades ejercieran su función sometidos únicamente a la ley y de ninguna forma a otra autoridad del poder público, pues, la independencia de la función jurisdiccional y del Ministerio Público era un componente esencial del sistema de frenos y balanzas entre los poderes del Estado.

Ahora bien, una vez notificado al personero responsable del órgano que aprobó el Decreto Supremo, en este caso, el Presidente de la República, (Carlos Diego Mesa Gisbert), aquel presentó los descargos en pro de la norma impugnada bajo los siguientes argumentos: Por un lado, sostuvo que el artículo 96.16) de la CPE, señalaba que el Presidente de la República tenía la atribución de nombrar interinamente a los empleados que debían ser elegidos por otro poder cuando aquel se encontraba en receso, y que aquella atribución no debía confundirse con la contenida en la atribución 15^a del mismo artículo, que se refería a la facultad de nombrar a los empleados de la administración del mismo Poder y no de otro, como

¹¹⁷⁸ El recurrente precisó a su vez, que la facultad contenida en el artículo 96.16) de la CPE, de designar empleados de la administración, no podía incluir a las más altas autoridades del Poder Judicial, por cuanto ello habría significado el sacrificio y sometimiento del principio de independencia frente al poder absoluto y discrecional del Presidente de la República, por consiguiente, según la parte recurrente, aquella facultad debía estar restringida a los empleados de la administración, es decir, a quienes formaban parte del Poder Ejecutivo. Pero a su vez, el recurrente también aclaró, realizando una interpretación del artículo 96.16) de la CPE, que para que el Presidente pudiera ejercer aquella facultad, era necesario que se presenten dos requisitos: 1) Que el empleado haya renunciado o muerto, es decir que el cargo se encuentre en acefalia material, condición que en el caso concreto no se había cumplido, puesto que los nueve fiscales de Distrito, a la fecha de promulgación del Decreto Supremo impugnado, se encontraban en funciones; y 2) Que el Poder Legislativo se encuentre en receso, condición que tampoco había sido cumplida, dado que por la documental presentada se constataba que tanto la Cámara de Senadores como la de Diputados, se encontraban en funcionamiento y, consiguientemente, materialmente tampoco existió receso parlamentario, ya que aquel, conforme a los arts. 82.I de la CPE y 45 del Reglamento General de la Cámara de Diputados, se producía a la finalización de las noventa sesiones o ciento veinte, cuando la prolongación había sido expresamente determinada.

ocurría con la atribución 16^a. Asimismo, sostuvo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura y las Fiscalías de Distrito, presentaban cargos acéfalos desde hacía mucho tiempo atrás, y por tal motivo, y al encontrarse el Congreso Nacional en receso, el 30 de julio de 2004, el Presidente de la República, en uso de la atribución contenida en el artículo 96.16 de la CPE –norma que fue objeto de una interpretación amplia por parte del Tribunal Constitucional en la DC 01/2002 y SC 218/2004– emitió el DS impugnado. Por último, señaló que, la designación de autoridades de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de la Judicatura y Fiscales de Distrito de país, no alteraba la independencia y coordinación de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en el entendido de que aquellos nombramientos eran de carácter interino, mientras el Congreso realice las designaciones que la Constitución le facultaba, pidiendo en definitiva que el TCB declare la constitucionalidad del DS 27650.

Ha momento de considerar el recurso, el TCB, precisó que la finalidad de la norma impugnada era la de precautelar que los órganos del poder estatal funcionen de manera ininterrumpida, siendo este el elemento que caracteriza a esta forma de organización coactiva de la sociedad, que es el Estado. Y que dicha finalidad no podía lograrse, si se entendía que la atribución del Presidente de nombrar a los funcionarios en acefalía a la que se refería el precepto constitucional, en el sentido de la Constitución, se limitase a los funcionarios del Poder Ejecutivo, únicamente. Consecuentemente, en criterio del Tribunal, de lo dicho precedentemente se concluía que la atribución contenida en el artículo 96.16) de la CPE, abarcaba a todos los servidores públicos que debían ser elegidos por otro Poder, y no solamente a los funcionarios del Poder Ejecutivo, ni empleados públicos en sentido estricto¹¹⁷⁹. Sin embargo, aclaró también, que a tal efecto, debían concurrir determinados requisitos.

En ese sentido, conforme a la jurisprudencia glosada por el Tribunal, debían existir dos condiciones para que el Presidente pudiera designar a empleados que debían ser elegidos por otro Poder. Por lo mismo, el TCB pasó a analizar la concurrencia de cada una de ellas en atención al caso concreto. Así, en cuanto a la renuncia o muerte de la autoridad que debía ser reemplazada, el Tribunal la observó parcialmente debido a que, si bien respecto a los Ministros y Consejeros de la Judicatura, cuyos cargos efectivamente estaban en acefalía por la renuncia o muerte de los anteriores titulares, sin embargo, respecto a los Fiscales de Distrito, en criterio del TCB, aquella condición no había sido cumplida, pues, la causal para la designación de estas últimas autoridades fue, como lo expresaba el último considerando del Decreto Supremo impugnado, el «Que todos los Fiscales de Distrito ya han cumplido su período de funciones conforme a la ley vigente al momento de su designación, encontrándose, en su mayoría, en el ejercicio del cargo autoridades suplentes, que han sido originalmente designadas para otros cargos.». Consiguientemente, el TCB constató que las funciones de los Fiscales de Distrito no se encontraban en acefalía, sino bajo el régimen de suplencias, supuesto no contemplado

¹¹⁷⁹ Luego, establecida como había quedado la facultad del Presidente de la República para designar interinamente a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Consejeros y Fiscal de Distrito, entre otros, correspondía establecer, si tales nombramientos habían sido efectuados cumpliendo las circunstancias descritas en el artículo 96.16 Constitucional. Por lo que el Tribunal citó en su razonamiento a la SC 218/2004–R, en la que estableció que: «Para situaciones excepcionales, el Constituyente ha previsto que el Presidente de la República (como parte del Poder Ejecutivo), realice nombramientos interinos de ciertos empleados que deben ser elegidos por otro Poder cuando éste se encuentre en receso (Poder Legislativo), conforme dispone el artículo 96.16^a CPE, por consiguiente, el Poder Ejecutivo, a través del Presidente de la República, tiene la facultad de nombrar interinamente a ciertos funcionarios que en principio corresponden ser elegidos por el Poder Legislativo, cuando concurren las siguientes condiciones: 1º la autoridad a ser reemplazada hubiere fallecido o renunciado a su cargo y; 2º el Poder Legislativo –a quién corresponde realizar esa elección–, se encuentre en receso...».

dentro de los casos en que el Presidente de la República podía realizar las designaciones interinas, sobre todo, si se asumía que era la acefalia por renuncia o muerte la que determinaba, en el sentido del orden constitucional, la figura del interinato, ya que esa situación podría haber provocado la paralización de la actividad estatal.

En cuanto al segundo requisito, es decir, que el Parlamento se encuentre en receso, el Tribunal, luego de glosar el contenido del texto constitucional y de los reglamentos aludidos, estableció de manera clara y precisa que se estará frente a un receso parlamentario, cuando el Congreso clausura sus sesiones ordinarias previstas por el artículo 46.II de la CPE, para lo cual, al menos con diez días de anticipación, debía elegir una Comisión de Congreso, destinada a cumplir las funciones urgentes del parlamento durante tal receso. Ahora bien, para el caso concreto, el Tribunal advirtió, de acuerdo a las certificaciones emitidas por el Director Legislativo del Senado Nacional y por el Secretario General de la Cámara de Diputados, la no existencia de «Acta de sesión que hubiese determinado receso, pues éste no fue decretado», y que tampoco se nominó la Comisión de Congreso que resultaba de rigor en todo receso parlamentario¹¹⁸⁰. En consecuencia, no existió, formal ni materialmente, receso parlamentario, y sobre todo si se tomaba en cuenta el razonamiento del Tribunal, que señaló la existencia de receso cuando se suspendían efectivamente las funciones del parlamento una vez concluidas las sesiones ordinarias hasta la inauguración de la siguiente legislatura ordinaria, debiendo precisarse que este receso podía ser interrumpido por la convocatoria e instalación de sesiones extraordinarias, extremo que en el caso concreto aconteció, toda vez que el receso fue interrumpido al haberse convocado a Congreso extraordinario, el mismo que se extendió hasta el inicio de las sesiones preparatorias de Legislatura 2004 – 2005.

Ahora bien, en base a estos razonamientos, el Tribunal, en una postura muy responsable, también expresó en su sentencia, su deber por precautelar que los órganos de la estructura básica del poder político del Estado funcionen en su integridad e ininterrumpidamente, y que por consiguiente, el TCB, en uso de las facultades que le confería el artículo 48.4 de su ley reguladora, (es decir, la facultad de dimensionar los efectos de sus resoluciones en el tiempo), justificó la necesidad que tenía, de evitar que a consecuencia de ese fallo, se creen en el país –con las acefalias– un estado de inconstitucionalidad que provoque mayor lesión a la Constitución y a la seguridad jurídica, que el que se trataba de evitar, por lo que debía diferir los efectos de dicho fallo, disponiendo a su vez, que los órganos legitimados por la Constitución, realicen la elección de las autoridades aludidas, dentro de un término perentorio. En ese sentido, el TCB, declaró la inconstitucionalidad del DS 27650, sin embargo, retrasó por el término de sesenta días los efectos de la resolución, término que corría en días calendario, a partir de su notificación, y a su vez, exhortó al Congreso Nacional, para que en el término señalado, elija a los funcionarios a que se refería la norma declarada inconstitucional, a efecto de evitar que se produzcan acefalias, una vez retirada del ordenamiento jurídico la norma impugnada.

Lastimosamente, una vez más, el legislador hizo caso omiso a la convocatoria realizada por el TCB, puesto que, habiéndose cumplido el plazo establecido al efecto, para reparar el

¹¹⁸⁰ En cuanto a la Cámara de Senadores, se tiene que en la 27ª Sesión Extraordinaria del Senado, efectuada el día 30 de julio de 2004, el Presidente del Senado, Hormando Vaca Diez Vaca Diez, levantó la sesión por falta de quórum. En la misma sesión se dio lectura al orden del día de la Sesión preparatoria de la Legislatura 2004–2005, que se realizó del día lunes 2 de agosto de 2004, a hrs. 15:00.

vicio de inconstitucionalidad, el Poder Legislativo, no aprobó ninguna ley. Ahora bien, sería fácil culpar al legislador por su falta de cooperación con la labor del Tribunal, y atacar su falta de interés por evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad tras el dictado de una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, sin embargo, el problema no radica tanto en acusar el Legislativo de una falta de comprensión hacia el Tribunal como institución, o de un desconocimiento sobre la vinculación de las sentencias de dicha instancia de control. El problema que aquí se presenta, es uno que atinge al propio Poder Legislativo, es decir, la falta de consenso político para designar a las autoridades en los cargos acéfalos, y que paradójicamente fue esa falta de consenso la que motivó al Ejecutivo del gobierno, a dictar la norma hoy tachada de inconstitucional por parte del Tribunal. Lo curioso de todo esto es, que luego de haber operado el plazo establecido de los sesenta días para que el Poder Legislativo pudiera corregir el vicio de inconstitucionalidad, este no fue cumplido, y las autoridades designadas interinamente continuaron en sus cargos desarrollando con completa normalidad un sinnúmero de actos en el ejercicio de la función para el que, en criterio acertado del Tribunal, ya no contaban con la competencia necesaria. Luego, no hubo nadie que planteara un recurso directo de nulidad previsto en la Constitución, así como en la ley reguladora del TCB, impugnando la validez de dichos actos, demostrándose con ello, un total desconocimiento sobre las consecuencias de aquel pronunciamiento vertido por el Tribunal, y lo que es más, al no haber cesado aquellas autoridades en sus funciones, se restó eficacia también al fallo emitido por el Tribunal, desnaturalizándose de esta manera, el rol y funciones del TCB y el control de constitucionalidad.

2.6. La STCB 0066/2005, sobre la redistribución de escaños electorales.

Dentro de la línea de emisión de sentencias bilaterales, existe otra que por su implicancia política mereció más de un pronunciamiento, así se tiene a la SC 0066/2005, de fecha 22 de septiembre, en la que el TCB resolvió el recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto por los diputados nacionales, Napoleón Ardaya, Guido Añez y Gerardo Rosado, quienes demandaron la inconstitucionalidad del artículo 88 de la Ley Electoral (LE), debido a que la misma, infringía el artículo 60.VI de la CPE.

Al recordar que la LE, fue aprobada el 25 de junio de 1999, recordaron que la misma fue reformada a través de las leyes 2006, 2028, 2232, 2282, 2346, 2802 y 2874, hasta ser ordenada bajo el Título de Ley Electoral 1984. En ese sentido, los recurrentes, ha momento de interponer el recurso, argüían que, en aquel contexto normativo, se emitió el Decreto Supremo (DS) No. 28228 de 6 de julio de 2005, por el que se convocaba a elecciones generales en todo el territorio nacional para elegir Presidente, Vicepresidente, senadores y diputados por el período constitucional de cinco años. Dicha contienda electoral contaba como fecha de realización el día 4 de diciembre de 2005. Ahora bien, aquellas justas electorales, al haber sido convocadas al amparo de los Considerandos tercero y cuarto del señalado DS No. 28228, contaban con otro soporte normativo, es decir, que su aprobación se dio en aplicación del artículo 84 de la Ley Electoral. Ahora bien, al haberse convocado a elecciones generales, y elegir entre otros a diputados y senadores, la asignación del número de escaños¹¹⁸¹ por

¹¹⁸¹ Por lo que el resultado final de la asignación de escaños, según constaba del artículo 88 de la Ley Electoral era el siguiente: La Paz, con 16 diputaciones uninominales y 15 diputaciones plurinominales, teniendo un total de 31 diputaciones. Santa Cruz, con 11 diputaciones uninominales y 11 diputaciones plurinominales,

Departamento, se regía por lo dispuesto en el artículo 88 LE, que tenía como base los datos del «Censo Nacional de Población y Vivienda de 1991 (Censo 1991)»¹¹⁸², cuando en su lugar debió tomarse en cuenta los últimos datos obtenidos en el Censo del 2001, tal como lo establecía el artículo 60.VI¹¹⁸³ de la CPE «La distribución del total de escaños entre los Departamentos se determina por Ley en base al número de habitantes de cada uno de ellos, de acuerdo al último Censo Nacional», lo que correspondía era que se realice una nueva distribución de diputados por Departamento¹¹⁸⁴.

Por lo mismo, los recurrentes sostenían que, el artículo 88 de la Ley Electoral se tornó inconstitucional porque, en ese entonces no se ajustaba al contenido del artículo 60.VI de la CPE, aspecto que entendían, se vio agravado porque afectaba además el contenido de los artículos 1, 2¹¹⁸⁵, 6, 219¹¹⁸⁶ y 228 de la CPE, relacionados con la legitimidad democrática, igualdad constitucional, jerarquía normativa y Estado de Derecho.

teniendo un total de 22 diputaciones. Cochabamba, con 9 diputaciones uninominales y 9 diputaciones plurinominales, teniendo un total de 18 diputaciones. Potosí, con 8 diputaciones uninominales y 7 diputaciones plurinominales, teniendo un total de 15 diputaciones. Chuquisaca, con 6 diputaciones uninominales y 5 diputaciones plurinominales, teniendo un total de 11 diputaciones. Oruro, con 5 diputaciones uninominales y 5 diputaciones plurinominales, teniendo un total de 10 diputaciones. Tarija, con 5 diputaciones uninominales y 4 diputaciones plurinominales, teniendo un total de 9 diputaciones. Beni, con 5 diputaciones uninominales y 4 diputaciones plurinominales, teniendo un total de 9 diputaciones. Pando, con 3 diputaciones uninominales y 2 diputaciones plurinominales, teniendo un total de 5 diputaciones.

¹¹⁸² Esto se colegía de las actas del Congreso Nacional que acompañaron en el recurso, así como también de lo que quedó consignado en la propia Declaración Constitucional 004/2001, de 12 de noviembre.

¹¹⁸³ El artículo en cuestión, además de sostener que la distribución de escaños por Departamento debía realizarse en base al número de habitantes que existían en el mismo y según datos del último Censo Nacional, determinaba también que, «Debe existir un número mínimo de diputados asignados por equidad a los Departamentos con menor población y menor grado de desarrollo económico.»

¹¹⁸⁴ Al efecto, los recurrentes sostuvieron que la Brigada Parlamentaria de Santa Cruz presentó el respectivo proyecto de ley el 19 de julio de 2005, que no fue aprobado en esa legislatura, con la agravante de que el martes 2 de agosto concluyó la misma, manteniéndose vigente el artículo 88 de la Ley Electoral que aplicó los datos del Censo 1991 y no del que correspondía constitucionalmente, es decir, los datos del Censo 2001.

¹¹⁸⁵ En relación a los artículos 1 y 2 de la CPE, los recurrentes sostenían que al radicar la soberanía en el pueblo y estar delegada en su ejercicio a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, implicaba que la voluntad política correspondía al pueblo pero como no era posible que éste lo ejerza directamente se delegaba el ejercicio de la titularidad a los representantes, para lo cual debía realizarse un proceso electoral en el que los ciudadanos debían decidir por mayoría, quiénes los gobernarían. Por tanto, el proceso electoral para elegir autoridades debía guardar la mayor fidelidad entre la decisión del pueblo y las personas que resultaren elegidas, y si la distribución de escaños no se ajustaba a los preceptos constitucionales, se creaba una disfunción entre la población de un determinado Departamento y el número de representantes. Luego, se producía una grave deslegitimación de las autoridades elegidas y del mismo sistema democrático, porque una parte importante de la ciudadanía estaba siendo subvaluada en dicho proceso y sus decisiones no tenían el mismo valor que del resto de los ciudadanos, afectando con ello los cimientos mismos de la democracia.

¹¹⁸⁶ En cuanto al derecho a la igualdad aplicado a los procesos políticos, los recurrentes establecían que constituía un elemento informador que integraba plenamente el orden constitucional, a partir del cual se expandía a todos los ámbitos de la convivencia. En el caso en cuestión, todos los ciudadanos que cumplieron los 18 años de edad, conforme al artículo 40 de la CPE, tenían derecho en igualdad de condiciones no sólo a participar en la elección de sus autoridades, sino, que su voto tenga el mismo valor político. El principio de igualdad constituía la base para el contenido del artículo 60.VI de la CPE, al disponer la distribución de diputados conforme a los datos del último censo, pues no hacía otra cosa que reconocer los procesos de crecimiento natural de la población, así como los procesos de inmigración –reconocimiento de la unidad e integración boliviana–, que podían tener efectos temporales sobre unos determinados departamentos y posteriormente sobre otros, logrando que el voto de cada ciudadano tenga el mismo valor político, para alcanzar la mayor fidelidad entre la votación de los ciudadanos y el resultado de un proceso electoral determinado. En consecuencia, sostuvieron que si no se respetaba el principio de igualdad era evidente que existiría una distorsión de la representación política y los

Del tenor de la fundamentación del recurso, puede desprenderse una solicitud hacia el TCB de emitir un pronunciamiento exhortativo hacia el Legislativo a fin de paliar el vicio de inconstitucionalidad acusado. Así, los recurrentes sostuvieron que, si bien la LE establecía el principio de preclusión¹¹⁸⁷ para determinados actos electorales, dicho principio no era aplicable al caso en concreto, puesto la Ley no podía impedir el cumplimiento expreso de un mandato constitucional. Y aquí se cita la solicitud hecha por los recurrentes, «Por otro lado, el Tribunal Constitucional tal vez precisará modular la resolución final de este recurso, sea otorgando un plazo corto y fatal para la modificación del artículo 88 de la Ley Electoral, o disponiendo que la Ley señale expresamente la metodología de distribución de los escaños así como el número mínimo de diputados, dado que una vez resuelto ese tema corresponde la aplicación por Departamento del último censo (2001), a través de una simple operación aritmética, aspecto que no es un tema disponible para la ley, debiendo el Tribunal Constitucional lograr que la distribución de diputados por Departamento para la elección general prevista para el 4 de diciembre de 2005 se realice conforme a los datos del censo 2001...»

Ha momento de recibirse las alegaciones del Presidente del Congreso Nacional, en su calidad de personero del órgano responsable de aprobar la norma, éste se limitó a precisar que el artículo 88 de la LE impugnado, fue reformado por el artículo 3 de la Ley 1704, de 2 de agosto de 1996, bajo el título «Reforma a la Ley Electoral Aplicación del artículo 60 de la Constitución Política del Estado», y que dicha norma fue la que definió la distribución de los diputados por Departamento que en aquel momento estaba siendo enjuiciada. Por lo que, en criterio de la autoridad recurrida, para que el TCB «...conozca los motivos y criterios asumidos por el legislador a tiempo de elaborar la disposición legal impugnada, remitió la documentación pertinente así como cintas magnetofónicas de los debates de la Ley 1704, pidiendo en definitiva dictar sentencia de acuerdo a lo establecido en el artículo 58.V de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC)». Adviértase que, de esta última parte del informe, la autoridad recurrida pareciera manifestar una admisión tácita de la demanda de inconstitucionalidad planteada por los recurrentes, en tanto dejaba en manos del Tribunal determinar si la demanda es o inconstitucional, no esgrimiendo descargos a favor de la disposición impugnada.

Una vez que el TCB pasó a analizar el recurso, manifestó que la Constitución, con el objeto de lograr que la representación en la Cámara de Diputados sea proporcional al número

resultados no derivarían en su esencia de lo que el elector pudo haber decidido, sino solamente lo que una parte del electorado decidió, poniéndose en riesgo el criterio de ciudadanía y la base de legitimación democrática.

¹¹⁸⁷ En su momento, los partidos políticos criticaron al TCB no haber considerado la preclusión del reclamo, es decir, que la impugnación fue extemporánea en tanto que las elecciones ya fueron convocadas. En forma posterior, el Presidente del TCB, aclaró que la no aplicación del principio de preclusión al caso concreto, encontraba su justificación en lo preceptuado por el artículo 121 CPE, que establecía en lo específico que la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de una Ley, hacía inaplicable la norma impugnada, eso en coherencia con lo que señalaba el artículo 58.III de la Ley del Tribunal Constitucional. A mayor abundamiento, en criterio del Tribunal, la Constitución, al establecer en su artículo 121.III que la sentencia de inconstitucionalidad no afectará a sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada, no significaba otra cosa que, cuando el proceso judicial o administrativo en el que se había aplicado la ley declarada inconstitucional había concluido y, por tanto tenía la calidad de cosa juzgada, no le afectaba, se mantenía firme la decisión asumida, a *contrario sensu*, eso no acontecía cuando la declaratoria de inconstitucionalidad recaía sobre un proceso que estaba en curso, es decir, que no había concluido en todas sus fases e instancias y, por tanto no arrojaba la calidad de cosa juzgada, a este trámite se tenía que aplicar la norma que reemplazaba o sustituía a la declarada inconstitucional. En ese sentido, debía entenderse que si bien, la convocatoria a elecciones había sido lanzada, lo cierto es que el proceso electoral no había concluido, y en consecuencia, la impugnación a la norma, no había precluido.

de habitantes que tenía cada Departamento, estableció que los ciento treinta escaños de los que se componía la Cámara, se determine por ley en base al número de habitantes de cada uno de ellos, de acuerdo al último Censo Nacional, agregando que por equidad, la ley asignó un número de escaños mínimo para los Departamentos con menor población y menor grado de desarrollo económico. Consiguientemente, para el Tribunal, fue en desarrollo de esa norma constitucional que el legislador determinó esa distribución plasmada en el artículo 88 de la LE, la que basándose en los resultados del Censo Nacional de 1991, fue la que configuró la distribución de los escaños por Departamentos, que en aquel entonces, se impugnó por ser inconstitucional. Por lo mismo, ratificando la previsión constitucional, el Tribunal sostuvo que aquella composición sólo podía variar por Ley después de un nuevo Censo Nacional de Población. En consecuencia, a juicio del TCB, si se tomaban en cuenta los datos del Censo Nacional de 1991, la disposición legal impugnada era compatible con la Constitución, sin embargo al haberse realizado un nuevo Censo Nacional de Población y Vivienda el 5 de septiembre de 2001, cuyos resultados demostraron que se habían producido variaciones importantes y significativas en la población de los Departamentos, pues unos Departamentos habían aumentado de población, en cambio otros habían disminuido debido, sobre todo, a los flujos migratorios, estos hechos originaron una inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 88 de la LE, así como por una omisión¹¹⁸⁸ del Legislativo, al no haber cumplido con el mandato constitucional previsto por el artículo 60.VI, cual era actualizar la distribución de los escaños entre los Departamentos sobre la base del último Censo Nacional realizado el año 2001. Así, a juicio del TCB, resultaba que la distribución prevista por el texto del artículo 88 de la LE ya no respondía al número de habitantes que tenían los departamentos ha momento de suscitarse la nueva contienda electoral general¹¹⁸⁹.

A partir de estos razonamientos, el TCB concluyó que la disposición legal impugnada era incompatible con la norma prevista por el artículo 60.VI de la Constitución, en tanto que determinaba una distribución de escaños entre los Departamentos que no se encontraba basada en el número de habitantes de cada Departamento establecido en el último Censo Nacional de 2001. Por lo mismo, el Tribunal consideró que la disposición legal impugnada también vulneraba el valor superior de la igualdad proclamado por el artículo 1.II de la Constitución, toda vez que otorgaba un tratamiento discriminatorio a aquellos Departamentos que, conforme al último Censo Nacional, habían registrado un considerable incremento en el número de sus habitantes, frente a aquellos departamentos que habían sufrido una disminución, pues a aquéllos se les asignaba un número de escaños proporcionalmente menor

¹¹⁸⁸ El TCB recordó que al existir un mandato constitucional expreso para el Poder Legislativo, instancia que en ejercicio de las atribuciones que le reconocía el artículo 59-1ª. de la CPE, estaba en la obligación de sancionar la Ley correspondiente que efectúe la nueva distribución de los escaños de acuerdo al último Censo Nacional realizado el año 2001, sin que el cumplimiento de ese precepto constitucional esté librado a la voluntad del legislador ordinario, quien en todo caso, como representante del pueblo tenía el deber, como todos los ciudadanos, de acatar y cumplir la Constitución y las Leyes de la República, conforme prevenía el artículo 8-a) de la CPE, toda vez que la Constitución no sólo reconocía derechos sino que contemplaba obligaciones, deberes y cargas, correlativos a aquéllos, cuyo cumplimiento se exigía para lograr la efectiva vigencia de los postulados y mandatos constitucionales.

¹¹⁸⁹ Cabe recordar, que la interpretación precedente, ya fue realizada por el TCB en la Declaración Constitucional 004/2001 de 12 de noviembre, pronunciada en la Consulta formulada por el Presidente en ejercicio del Congreso Nacional, Enrique Toro Tejada, sobre la constitucionalidad del artículo único del Proyecto de Ley sobre la aplicación del artículo 60 de la CPE al proceso electoral del año 2002.

con relación a éstos últimos, a los cuales se les asignaba un número de escaños proporcionalmente mayor a sus habitantes determinados en el último Censo Nacional.¹¹⁹⁰

De todo ello, el Tribunal concluyó que se había producido una inconstitucionalidad sobreviniente con relación a la disposición legal impugnada, debido a la omisión en que había incurrido el Poder Legislativo al no haberla modificado para determinar la nueva distribución de escaños entre los Departamentos en base al número de habitantes de cada Departamento determinado en el último Censo nacional de 2001. Por lo mismo, la disposición legal era inconstitucional y debía ser expulsada del ordenamiento jurídico, y ya se refería también, a la obligación del Poder Legislativo, por mandato del Constituyente, a sustituirla para determinar la nueva distribución de los asientos electorales¹¹⁹¹.

Luego, el TCB declaró la inconstitucionalidad del artículo 88 de la LE, y a su vez instó al Poder Legislativo, a que con carácter de urgencia sancione la Ley modificatoria al artículo 88 de la Ley Electoral, ajustado a lo previsto por el artículo 60.VI de la CPE.

Ahora bien, cabe señalar que, en la SC de referencia, el Tribunal caviló en la posibilidad de aplicar lo preceptuado en el artículo 48.4 de la LTC, y dimensionar los efectos de su resolución en el tiempo, y así diferir el efecto de la inconstitucionalidad declarada. Sin embargo, en el caso concreto, el TCB entendió que el diferimiento no resultaba viable por dos razones fundamentales. Por un lado, porque no era posible diferir los efectos de una sentencia cuando la inconstitucionalidad originaba una lesión de los derechos fundamentales, y por otro, porque en la Declaración Constitucional 004/2001 de 12 de noviembre de 2001, debido a la ausencia de datos oficiales, se estimó que la aplicación del nuevo Censo debía operar de

¹¹⁹⁰ En el criterio del TCB, esto no significaba otra cosa que la vulneración del derecho a la igualdad de los ciudadanos que habitaban en los Departamentos con mayor población, derecho consagrado por el artículo 6.I de la Constitución, ya que les brindaba un tratamiento discriminatorio con relación a los ciudadanos que habitaban en los Departamentos con menor población, toda vez que el voto de aquellos tenía un menor valor con relación al voto de estos últimos. Luego, el TCB entendió que, indirectamente también se vulneraba el derecho al sufragio de los ciudadanos que habitaban en los Departamentos con mayor población ya que su voto no era igual respecto al voto de los otros ciudadanos que habitaban en los Departamentos con menor población. Sin duda, a juicio del defensor de la Constitución, todo esto confluía con que la disposición legal impugnada era incompatible con la norma prevista por el artículo 219 de la Constitución, que proclamaba el principio de la representación proporcional como base del sistema electoral en que se sustentaba el régimen democrático representativo y participativo, ello en razón a que la distribución de escaños entre los Departamentos prevista por el artículo 88 de la LE no era proporcional al número de habitantes que tenían los diferentes Departamentos en aquel entonces, conforme al último Censo Nacional de 2001, al contrario se entendía que era una distribución que generaba sub-representación en unos Departamentos y sobre representación en otros, lo cual no era compatible con el principio de representación proporcional.

¹¹⁹¹ Sobre el particular, véase el FJ III.3, en el que el TCB sostuvo, «Que, como lo ha entendido precedentemente el legislador ordinario, no cabe duda alguna que el artículo 60 parágrafo VI de la Constitución Política del Estado es claro y preciso al establecer que la distribución de los escaños entre los departamentos se determina por ley en base al número de habitantes de cada uno de ellos, de acuerdo al último Censo Nacional, precepto que, dado el principio de la supremacía constitucional, no se encuentra librado a la voluntad del legislador, por tanto, lo que se debe interpretar aquí, es si el legislador está compelido por el orden constitucional a realizar, en base a las cifras provisionales de población recogidas en el censo desarrollado el 5 de septiembre del año en curso, una nueva distribución de Diputados por Departamento, extremo que obliga a este Tribunal a efectuar una ponderación no sólo de las normas constitucionales y legales referidas, sino también de las circunstancias concretas, que informan la problemática jurídica en cuestión.»

manera imperativa en la próxima elección, que resultaba ser precisamente la convocada para el 4 de diciembre de aquel año¹¹⁹².

Como se había manifestado a un principio del análisis de la SC 0066/2005, la emisión de la misma, provocó diversas reacciones de dirigentes cívicos y políticos del país, sobretudo, en los Departamentos involucrados en la redistribución de los escaños en la Cámara de Diputados. Como no podía ser de otra manera, los medios de comunicación del país generaron corrientes de opinión en base a información no siempre correcta, aspecto por el cual el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió ampliar las explicaciones sobre los argumentos contenidos en el fallo a través de sus autoridades. A tal efecto, el 28 de septiembre, el Magistrado Dr. José Antonio Rivera Santivañez, Vocero Oficial del Tribunal Constitucional, concedió una primera entrevista sobre este tema¹¹⁹³.

Un primer cuestionamiento hacia la sentencia, se basó en acusar el carácter eminentemente político de la decisión¹¹⁹⁴. Se acusó al entonces presidente del TCB y relator de la decisión Magistrado Willman Durán Rivera, de ser el artífice de aquella sentencia a la que se catalogó como parcializada. Según la crítica, el fallo beneficiaba a la región y al Departamento al que pertenecía el Magistrado, es decir, Santa Cruz. Si bien es cierto que la SC no lo señalaba, no menos cierto es, que la nueva configuración de los escaños, –considerando los datos del Censo del año 2001–, atribuían cuatro diputaciones más al Departamento de Santa Cruz, en detrimento de los departamentos con menor número de habitantes como Oruro y Potosí.

Por otro lado, si bien en aquel entonces, el Presidente interino de la República, Eduardo Rodríguez Veltzé, sostuvo que el fallo era correcto más no así oportuno¹¹⁹⁵, los partidos políticos (y en menor intensidad las jóvenes agrupaciones ciudadanas) con mayor representación, estos son: Nueva Fuerza Republicana (NFR), Unidad Nacional (UN), Movimiento al Socialismo (MAS) y Poder Democrático y Social (PODEMOS) entre otros, acusaron al Tribunal de desestabilizar la democracia. Criticaron también, que el TCB, no hubiera hecho uso del artículo 48.4 de la LTC, para, como en otros casos, diferir la declaratoria

¹¹⁹² Vid el FJ III.2.

¹¹⁹³ La entrevista fue registrada en el boletín editado por el Tribunal Constitucional, *El Aporte del Tribunal Constitucional al fortalecimiento del Estado de Derecho y la Democracia*, TCB, Sucre, 2005, pp. 47 y ss.

¹¹⁹⁴ Se recordó también, –a manera de crítica– que los Magistrados del TCB fueron designados durante el mandato del Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada, perteneciente al partido político Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR) depuesto a raíz de enfrentamientos sangrientos de septiembre y octubre de 2003, y que el fallo sería una forma de pagar favores políticos. En esa ocasión, el propio presidente del Tribunal y relator de la SC 0066/2005, salió a responder a dicha acusación a través de una entrevista concedida al programa de televisión «*Opinión dividida*» dirigida por el periodista Julio César Caballero. Así el entonces Magistrado del TCB, recordó que aún cuando el entonces Sr. Sánchez de Lozada se encontraba en ejercicio de la Presidencia de Bolivia, el Tribunal conoció de un recurso constitucional planteado contra una de las normas aprobadas durante su mandato, concretamente se hizo referencia a la Ley del Bono Solidario, y que en aquella ocasión el Tribunal dictó su resolución en contra de las pretensiones del gobierno, instancia que luego, conjuntamente su Bancada Parlamentaria, amenazó con enjuiciarlos. Rememoró también, que el juicio no prosperó por la legalidad y legitimidad de las sentencias emitidas por aquella instancia de control.

¹¹⁹⁵ El vocero oficial del TCB, Magistrado Rivera Santivañez, en boletín *El Aporte del Tribunal Constitucional al fortalecimiento del Estado...opus cit.*, p. 50, precisó que no dependía del Tribunal que las personas legitimadas acudan ante aquella instancia de control en procura de dilucidar la compatibilidad o no de determinadas normas legales con la Constitución. Por lo mismo, enfatizó que, como instancia de control, sí podía, atendiendo a los casos concretos, acelerar la tramitación de casos en los que, como el de la distribución de escaños, ameritaban un tratamiento urgente, dada la complejidad y los bienes jurídicos existentes de por medio.

de inconstitucionalidad. A lo que el vocero oficial del TCB respondió que, el pueblo boliviano y los medios de comunicación eran conocedores de que ya el año 2001, una vez que se tenía conocimiento de los datos preliminares del Censo Nacional de ese mismo año, el Congreso Nacional consultó al Tribunal sobre si era constitucional mantener el artículo 88 de la Ley Electoral o, al contrario, debería modificarlo. En ese entonces, precisó el vocero, el Tribunal señaló que dicho artículo no sería compatible si no se actualizaba en función al Censo, pero como quiera que los datos del mismo todavía eran preliminares, más no definitivos, el Tribunal señaló que la reforma de la norma debería hacerse para las siguientes elecciones que no eran otras que las previstas para el 4 de diciembre, en base a los datos oficiales del Censo de 2001. Por lo mismo, el vocero justificó que la sentencia no podía ser considerada como un elemento sorpresivo¹¹⁹⁶, puesto que hubo un diferimiento previo en el que se advirtió acerca de la inconstitucionalidad eventual de la norma impugnada.

Ya en aquel escenario, no sólo se pedía la renuncia de los Magistrados del TCB, sino también, los partidos políticos (no puede decirse lo mismo de las agrupaciones ciudadanas) plantearon que al interior de la próxima Asamblea Constituyente se recorten las atribuciones del Tribunal Constitucional. Y, por si fuera poco, desde las esferas políticas, en un afán por desconocer el alcance de la SC, se discutió acerca de las posibles consecuencias que habría desencadenado si el Congreso no acataba el fallo del Tribunal. Así, los partidos políticos comenzaron a desarrollar reuniones para negociar, no precisamente el contenido de la que podría ser la ley que llenase el vacío del artículo 88 de la LE, declarado inconstitucional por el Tribunal, sino cómo llevar a cabo las elecciones de diciembre de 2005, basándose en la distribución de escaños establecido en el artículo de referencia, sin considerar el pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución¹¹⁹⁷. Es más, realizando una interpretación antojadiza del contenido y alcance de la SC, hubo quienes sostuvieron que el fallo sólo instaba al Poder Legislativo, es decir, se trataba de una mera sugerencia no imperativa¹¹⁹⁸. Frente a aquella interpretación, el presidente del TCB, tuvo que salir a explicar también, que más allá del término empleado para dirigirse hacia el legislador, recordó que el Legislativo tenía el deber jurídico de reemplazar la norma, y para ello no era necesario imponer ninguna orden taxativa, sobre todo porque al tratarse de un órgano del Poder del Estado, debía observarse el principio de deferencia institucional.

En fin, dadas las críticas formuladas hacia SC 0066/2005, el Tribunal en pleno no dudó en reafirmar su rol de custodio de la Constitución, y que las críticas y acusaciones sobre el carácter político de sus decisiones eran conocidas, en tanto que las mismas fueron atribuidas en su momento, a sus pares europeos y latinoamericanos. En efecto, justificaron que el Tribunal, ha momento de resolver un recurso, lo hacía en apego a una interpretación eminentemente

¹¹⁹⁶ Precisamente como se desprende del boletín *El Aporte del Tribunal Constitucional al fortalecimiento del Estado...opus cit.*, p. 49, la Corte Nacional Electoral (CNE) ni bien se enteró del contenido de la SC 0066/2005, aclaró que tenía todo preparado, en base a un estudio técnico, para la reformulación de las circunscripciones uninominales, conscientes de la advertencia previa hecha por el TCB al respecto. En efecto, fue el presidente de la CNE quien sostuvo que, como institución, se había previsto lo necesario, si eventualmente operaba una modificación de la ley, desarrollar la reconfiguración del número de escaños, y recalco a su vez, que no había necesidad de postergar ni un solo día las elecciones programadas para el 4 de diciembre.

¹¹⁹⁷ Los extractos de las noticias publicadas en los principales medios de comunicación escrita sobre el tema son expuestos en el boletín del Tribunal Constitucional, *El Aporte del Tribunal Constitucional al fortalecimiento...opus cit.*, p. 52 y 53.

¹¹⁹⁸ Tal como se desprendería de la publicación del periódico *La Prensa* de fecha 12 de octubre de 2005, esta era la postura asumida por el Diputado Sandro Giordano, Presidente de la Cámara de Diputados.

jurídica de la Constitución, lo que no quería decir que dicha valoración fuera apolítica, y esto debido a que, por la naturaleza de los recursos, el Tribunal casi siempre se veía obligado a valorar la obra del legislador que no era otra cosa que el resultado de una decisión política. A ello debía sumarse que, la decisión, por muy jurídica que fuese, no dejaba de contemplar un hábito de esencia política, pero claro está, siempre orientado por el canon constitucional. Por ello concluyeron en que la defensa de la Constitución, implicaba necesariamente la defensa de una voluntad política mayor, esta era la voluntad política del Constituyente que debía protegerse frente a la actual voluntad política del legislador que, poniéndolo de relieve, buscaba ir en contra de aquella voluntad primigenia y Suprema. Luego, el TCB resultaba siendo el custodio de la voluntad Constituyente, fiscalizando que los actos y decisiones asumidas por los poderes constituidos, no desconozcan aquella voluntad suprema e inalienable.

2.7. La STCB 0007/2006, sobre la constitucionalidad temporal de la Ley del Servicio nacional de Defensa.

Continuando con la secuencia de las sentencias exhortativas, se tiene a la SC 0007/2006, de 31 de enero de 2006, dictada por el TCB, a raíz de la resolución del recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensoría del Pueblo, demandando la inconstitucionalidad de los artículos 33, 34 y 35 del Decreto Ley (DL) 7755, de 1 de agosto de 1966, denominado Ley del Servicio Nacional de Defensa, porque se lo entendió como contrario a las normas contenidas en los artículos 7 incisos d), e), g), 59.1ª, 71 al 81 (excepto el 79), 177.I, 186, 188.I, 213 y 229 de la CPE.

En ese sentido, la parte recurrente sostuvo que los referidos artículos 33, 34 y 35, eran inconstitucionales por su origen, puesto que la norma que les dio vida jurídica –y en ese entonces todavía en vigencia– era el DL 7755 de 1 de agosto de 1966, dictado por el entonces Presidente de la Junta Militar de Gobierno, Alfredo Ovando Candia, durante su régimen de facto iniciado el 21 de enero de 1966 y concluido el 6 de agosto del mismo año. En el criterio de la parte recurrente, si bien era cierto que el artículo 213 de la CPE, disponía que todo boliviano estaba obligado a prestar el servicio militar de acuerdo con la ley, sin embargo, en los hechos, aquella situación no era cumplida, puesto que no existía aquel instrumento jurídico emitido por el Congreso Nacional, es decir, una Ley que regule el servicio militar, más por el contrario, en su lugar sólo se tenía a un DL, aseverando de esta forma, que los artículos 33, 34 y 35 del DL de referencia desconocían el principio constitucional de reserva legal, según el cual, los derechos fundamentales solo podían restringirse¹¹⁹⁹ a través de una ley formal.

Es importante recalcar, que ya en aquella oportunidad, la parte recurrente recordó en su recurso, que el TCB para el caso de las normas inconstitucionales por su origen, es decir, cuando se trataban de decretos leyes, no solía expulsarlas inmediatamente del ordenamiento jurídico, ya que ello podía provocar efectos adversos en el corto plazo, sin embargo, en criterio de la parte recurrente, para el caso concreto, sostuvo que no era posible que el Tribunal Constitucional adopte una interpretación previsor, como lo hizo en algunos otros casos,

¹¹⁹⁹ Los recurrentes sostuvieron que las normas impugnadas imponían una restricción a los derechos al trabajo, a recibir instrucción/educación y a la libre circulación/locomoción, que sólo podían restringirse por una ley formal, emanada del Congreso Nacional y nunca por una norma de inferior jerarquía, así, se invocó al precedente contenido en la SC 004/2001, de 5 de enero.

porque en la especie la inconstitucionalidad de las normas se daba por su origen, su contenido y por infracción al principio de reserva legal, razón por la cual, insistían en que la expulsión de tales normas debía ser inmediata, debiendo considerarse que la declaración de nulidad de los artículos 33, 34 y 35 del DL 7755 no crearía un vacío legal ni un caos jurídico en la administración del servicio militar obligatorio, en la medida que aquellas disposiciones se referían a temas indirectos, accesorios o complementarios a él, y no a aspectos sustantivos¹²⁰⁰.

En las alegaciones planteadas por parte del Dr. Eduardo Rodríguez Veltzé, Presidente de la República, y personero representante del Poder Ejecutivo, se formularon fundamentos de orden social¹²⁰¹ y jurídico. En ese sentido, la autoridad recurrida sostuvo que los decretos ley eran una realidad tangible que llenaban, incluso en la actualidad, un vacío legal por lo que no se podía declarar su inconstitucionalidad por defectos de origen, toda vez que ello, podía acarrear graves perjuicios al país, más aún tratándose del DL 7755 que –defendía– en el fondo era «totalmente compatible con la Constitución»¹²⁰², en tanto que los artículos 33, 34 y 35 no la vulneraban¹²⁰³. A su vez, la autoridad recurrida invocó el precedente contenido en la SC 0082/2000, de 14 de noviembre, en la que el TCB había considerado como válidos los Códigos de Familia y Civil, aprobados por Decretos Leyes 10426 y 12760, «dejando de lado el principio de la reserva legal y haciendo prevalecer los valores y principios de justicia, paz social y orden a los cuales finalmente el derecho sirve y accede»¹²⁰⁴.

Y por último, indicó que el Ministerio de Defensa estaba formulando un anteproyecto de una nueva Ley del Servicio Nacional de Defensa, «para adecuarla a los tiempos y necesidades actuales», por lo que el presente recurso «viene a ser impertinente»¹²⁰⁵.

¹²⁰⁰ Véase el inciso g) de la demanda de inconstitucionalidad presentada el 21 de septiembre de 2005 cursante a fs. 27 a 36 de obrados.

¹²⁰¹ En el inciso a) del escrito presentado el 17 de noviembre de 2005, cursante de fs. 240 a 249, la autoridad recurrida sostuvo que en un país como Bolivia, el servicio militar debía ser obligatorio porque no existían recursos para pagar a su personal. Así se hizo referencia a la existencia de una aceptación social y cultural al servicio militar, dado que en más de 30 años de vigencia la Ley del Servicio Nacional de Defensa o DL 7755 no había sido cuestionado en su aplicación, y que por el contrario, en las comunidades indígenas, no se consideraba hombre a quien no había prestado el servicio militar, y que además las «batidas» de reclutamiento no se habían realizado hace 17 años atrás. A su vez, sostuvo que, través de la prestación del servicio militar obligatorio se había logrado la integración del país y la educación y formación militar técnica en los cuarteles, lo que era de mucho beneficio para las personas que no tenían instrucción, para lo que las Fuerzas Armadas tenía suscritos convenios con diversas entidades que brindaban apoyo directo a la capacitación.

¹²⁰² Se hizo referencia en ese sentido, a la existencia de una obligación imperativa prevista en el artículo 213 de la CPE para que los bolivianos presten el servicio militar, y por eso debían contemplarse normas coercitivas, para el fiel cumplimiento del mandato constitucional, cuyo presupuesto legal reglamentario estaba contenido, precisamente, en los artículos 33, 34 y 35 del DL 7755, estableciéndose así concordancia entre el contenido constitucional y tales preceptos que, de ser anulados, el DL 7755 perdería su característica principal, esto era, que la misma se cumpla inclusive por la amenaza del empleo de la fuerza, lo que era imprescindible por la imperatividad dispuesta en el artículo 213 de la CPE. Es así que se justificaban y se hacían necesarias las restricciones o limitaciones de los derechos y libertades de las personas en el marco constitucional.

¹²⁰³ Así, respecto del artículo 33 del DL 7755, recordó que para obtener la libreta del servicio militar se habían previsto muchas vías y no solamente la efectiva realización del mismo. En cuanto al artículo 34 de la norma impugnada, se sostuvo que la misma sólo regulaba un requisito más para que el Estado otorgue un título profesional. Y, con referencia al artículo 35 de la precitada norma enjuiciada, remarcó que para transitar por el interior de la República y salir de ella, se exigía a todos los mayores de edad, exhibir la libreta del servicio militar, cuya norma tenía sus bases en los de control, seguridad y resguardo de fronteras.

¹²⁰⁴ Véase el inciso c) del escrito de alegaciones presentado el 17 de noviembre de 2005.

¹²⁰⁵ Véase el inciso e) del escrito de alegaciones presentado el 17 de noviembre de 2005.

En oportunidad de resolver el recurso, el TCB consideró no solamente la forma de la norma impugnada, sino también, el fondo de la misma. Así señaló que el servicio militar, al constituir un servicio obligatorio para todo varón en Bolivia, llevaba implícitas limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, a recibir instrucción/educación y a la libre circulación/locomoción, sin embargo, aquella limitación no podía entenderse –en modo alguno– como la supresión de aquellos derechos, sino que, dada su naturaleza no absoluta, lo limitaba. En consecuencia, al preverse a través de un DL la obligatoriedad para el varón de prestar el servicio militar, y a su vez, la exigencia de la libreta militar como requisito indispensable para poder acceder a una fuente laboral, recabar el título profesional, o poder salir del país, constituían a juicio del Tribunal restricciones necesarias y no incompatibles con la Constitución. Sin embargo, el TCB entendió y lo dejó expresamente establecido, que la limitación hacia los derechos permitida por la Constitución, debía hacerse a través de una Ley de la República en sentido formal, es decir como norma pronunciada por el Poder Legislativo, conforme al principio de reserva legal. Dicho de otro modo, al ordenar el artículo 213 de la CPE que la prestación del servicio militar por todo boliviano será de acuerdo a «ley», estaba estableciendo que debía ser una Ley de la República –instrumento normativo emitido por el Congreso Nacional– la que regule la mencionada prestación.

En ese sentido, en la interpretación del TCB, el caso en cuestión se trataba de una «inconstitucionalidad sobreviniente», en el que se debía analizar la constitucionalidad de una norma promulgada con anterioridad a la entonces vigente Constitución (en referencia a la CPE de 1967), para establecer si la misma era o no compatible con aquella. De ese modo, el TCB entendió que el precepto impugnado era inconstitucional en su forma, puesto que no derivaba como fuente del Derecho, de una Ley de la República, sino de un Decreto Ley propio de gobiernos de facto, donde la ausencia del Poder Legislativo, deslegitimaba la validez de dichas normas. En ese sentido, el TCB trabajó una escisión para determinar el alcance del fallo. Así, por un lado, declaró la inconstitucionalidad por su origen, del DL 7755, empero, aplazó el efecto de la sentencia por dos años, computables a partir de la legal notificación con la sentencia al Legislativo. Esta declaración de inconstitucionalidad adquiriría una dimensión general, y afectaba no sólo a las disposiciones impugnadas, sino al conjunto del DL. Mientras que, por otro lado, declaró constitucionales, en cuanto a su contenido, y con vigencia temporal por dos años los artículos 33, 34 primera parte, y 35 del precitado DL. En este segundo aspecto, el Tribunal ratificó en concreto, la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas en cuanto a su contenido, puesto que no hacían otra cosa que regular la disposición constitucional contenida en el artículo 213 de la CPE, por lo que las mismas no contrastaban con la Constitución. Ahora bien, en lo que concierne al artículo 34 del mismo DL, el TCB determinó su constitucionalidad separando los dos supuestos que prevé la disposición. Es decir, a juicio del Tribunal, cuando el artículo 34 preceptuaba en su primera parte que, «No se otorgará título universitario o profesional, ni se revalidarán éstos a los que no hubiesen cumplido con la Ley del Servicio Militar.», la misma era constitucional sin más, al regular el contenido del artículo 213 de la CPE. Mientras que, para la segunda parte del precitado artículo 34, el Tribunal condicionó su constitucionalidad a la interpretación establecida por aquella instancia de control. Es decir, al establecer el artículo 34, en su segunda parte que, «Los que en contravención a este artículo obtuviesen grados, títulos, etc., serán capturados por orden de cualquier autoridad política o militar y enrolados a un cuerpo de línea para servir por dos años sin perjuicio de sufrir la pena prescrita por ley cualesquiera sea su edad», la misma, al contener una sanción, a criterio del TCB, debía entenderse desde un punto de vista constitucional y de

protección de los derechos y garantías fundamentales, de manera que la captura que podría eventualmente producirse de la persona que obtuviera títulos o grados sin cumplir lo dispuesto por el Decreto examinado, debería estar precedida de la constatación de que efectivamente se incurrió en esa conducta, y sólo después de haberse escuchado al presunto transgresor, para que, luego de determinarse su responsabilidad, se le imponga la sanción establecida en dicha disposición, así como la que correspondía, en forma posterior a la sustanciación de un debido proceso a quien otorgó dicha libreta en forma irregular.

De igual forma, a través de su fallo, el Tribunal exhortó al Poder Legislativo para que en el plazo de dos años subsane los vicios de origen de la indicada disposición legal, bajo conminatoria de que en caso de incumplimiento, la misma quedaría expulsada del ordenamiento jurídico nacional al vencimiento de aquel.

Lamentablemente, en aquella oportunidad, el legislador omitió responder normativamente a la exhortación realizada por el TCB, y con ello se suscitaban nuevamente una serie de interrogantes como el relacionado al alcance de la sentencia, concretamente en lo concerniente al contenido del fallo. En opinión de la Defensora del Pueblo, al haber operado el plazo en el que el legislador debía reparar el vicio de inconstitucionalidad por la forma del DL impugnado, el no cumplimiento de la misma, había comprometido también la constitucionalidad de los artículos 33, 34 y 35 del precitado DL. Por lo que la exigencia de la libreta del servicio militar para tramitar la obtención del título en provisión nacional, acceder a fuentes laborales, así como salir del territorio nacional, en el razonamiento de la Defensora, ya no sería necesaria. Sin embargo, las FF.AA. continuaron llamando a reclutamiento en base al DL impugnado, sin considerar que el plazo otorgado por el TCB al legislador a fin de corregir el vicio de inconstitucionalidad se agotó de sobremanera, cuestionándose no sólo la legitimidad, sino también la legalidad de aquel servicio. Empero, cabe aclarar, que la exigencia de la libreta del servicio militar para tramitar la obtención del título de profesional en provisión nacional, el acceso a una fuente laboral, o el salir del país, se han flexibilizado, a tal punto que, no existen registros de reclutamientos forzosos, o de procesamientos penales en sede ordinaria o militar por haber contravenido el artículo 34 del precitado DL. Si bien esto puede ser considerado como algo positivo, no deja de constituir otro episodio en el que el legislador omite la convocatoria realizada por el TCB con miras a reparar el vicio de inconstitucionalidad.

2.8. La STCB 0032/2006, sobre la inconstitucionalidad diferida de cierta modalidad de contratos previstos en el Código de Minería.

Similar dimensión adquiere la SC 0032/2006, de 10 de mayo de 2006, resultante del recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto por un Diputado Nacional, demandando la inconstitucionalidad de los arts. 68, 69, 72, 74, 75, al 83 del Código de Minería (CM) Ley 1777, de 17 de marzo de 1997, debido a que las mismas contrastaban con los artículos 2, 30, 59.5ª y 7ª, 136 al 138 y 228 de la CPE.

En el argumento de la parte recurrente, sostenía que las disposiciones del CM entre ellos, el artículo 68, disponía que sobre las concesiones, actividades mineras y sus productos podían celebrarse toda clase de actos y contratos, los mismos que se regían por dicho Código y, en lo que fuere aplicable, por el Código de Comercio, Código Civil y otras normas pertinentes. Asimismo, el artículo 69 del CM señalaba que los títulos ejecutoriales y los

contratos traslativos de dominio, así como los de registro compartido, de arrendamiento y los de opción de compra relativos a concesiones mineras, para tener eficacia jurídica, debían celebrarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro Minero a cargo del Servicio Técnico de Minas y en el Registro de Derechos Reales. Por lo que la observación de inconstitucionalidad radicaba en que la concesión minera, otorgada por la Superintendencia de Minas y que constituía un bien y riqueza nacional, por las normas indicadas, podían pasar a dominio de un particular mediante un simple contrato inscrito en el Servicio Técnico de Minas y Derechos Reales, situación que en criterio del recurrente, atentaba lo dispuesto en los artículos 59.5ª y 7ª de la CPE que preveían la inalienabilidad de los bienes de dominio público del Estado, por lo que aquellos no podían ser objeto de contratos entre particulares por cuanto su titularidad correspondía siempre al Estado.

A lo argüido, la parte recurrente advirtió también, que los artículos 72 al 75 del CM, en forma insólita permitían la «hipoteca» de las concesiones mineras, lo que implicaba una permisión para la enajenación de un bien nacional en caso de incumplirse con la obligación, situación aquella que se la entendía como inconcebible y proscrita por la Constitución, puesto que la Norma Fundamental prohibía cualquier forma de apropiación de un bien nacional por parte de un particular. Pero a su vez, –sostenían también– los artículos 77 al 83 del CM, inobservaban la previsión del artículo 59.5ª de la CPE, pues no preveían el requisito de autorización del Poder Legislativo para la celebración de aquellos contratos cuestionados.

En su momento, el Presidente del Congreso Nacional, Sandro Giordano, como personero del Poder que generó las normas impugnadas¹²⁰⁶, sostuvo que la concesión es un acto de derecho público, mediante el cual el Estado delega a una persona o una empresa particular, llamada concesionario, una parte de su autoridad y de sus atribuciones, para la prestación de un servicio de utilidad general, fijándose las condiciones en un contrato específico, es decir que el Estado otorgaba al concesionario un derecho temporal, que no privaba de la titularidad del mismo, ya que aquella era una función propia de la Administración Pública, además –sostenía– que el Estado conservaba en todo momento la facultad de otorgar, controlar y supervigilar la ejecución del contrato de concesión. Así, en el razonamiento de la autoridad recurrida, cuando el particular o adjudicatario obtenía una concesión minera siguiendo los trámites previstos en la parte adjetiva del Código, es decir, «la concesión minera sale del dominio originario del Estado mediante el acto de concesión minera para incorporarse al patrimonio del adjudicatario como un verdadero derecho real», las características estaban claramente señaladas en el artículo 4 del CM, siendo aquel el fundamento legal que reconocía al adjudicatario o concesionario minero un derecho real pleno, así como la facultad de contratar y disponer de su concesión, sin que medie para ese fin, ninguna otra autorización o aprobación de ninguna autoridad. Es decir que el Poder Legislativo no podía ni debía intervenir autorizando o aprobando las concesiones mineras o contratos mineros constituidos o celebrados entre particulares respecto a sus derechos reales de los cuales son titulares.

En la interpretación realizada por el TCB, se determinó que los bienes públicos dominiales (las riquezas minerales de Bolivia), eran inalienables, empero, al facultar las disposiciones del CM lo contrario, es decir autorizar la transferencia de un bien de dominio público a favor de particulares, o permitir que sobre éstos se puedan llevar a cabo actos jurídicos como si se tratasen de bienes disponibles, se lesionaba lo dispuesto por el artículo 136

¹²⁰⁶ Véase el escrito de fecha 4 de enero de 2006, conforme consta en la diligencia de fs. 40.

de la CPE, que consagraba el dominio originario del Estado de tales bienes, dominio cuyas características esenciales eran la inalienabilidad e imprescriptibilidad¹²⁰⁷.

En base a este razonamiento, el TCB declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas del CM en las frases «contratos traslativos de dominio», «los de opción de compra», así como los términos «hipotecaria»; y «junto con la concesión minera», con efectos diferidos a dos años computables a partir de la legal citación con aquella sentencia, exhortando a su vez al Poder Legislativo para que en dicho plazo, emita una Ley que regule las concesiones mineras en Bolivia, tomando en consideración los fundamentos jurídicos del presente fallo, y que en caso de no emitirse la nueva normativa encomendada en el término señalado, se produciría la derogación de las mismas.

Como es característica del Poder Legislativo en Bolivia, su inercia también estuvo presente en este caso. A poco más de haber transcurrido cinco años desde que se dictó la SC 0032/2006, la respuesta aún se deja esperar, y cabe reconocer que la misma, todavía demorará, puesto que el Legislativo, señaló que la forma de canalizar la misma no era una cosa sencilla, sobre todo en el contexto de la vigencia de la Constitución del Estado Plurinacional. Desde luego, el asunto se tornó bastante delicado, después de que los cooperativistas mineros se enfrentaron con los asalariados del ramo, en procura de definir una mejor participación de la propiedad y explotación minera, y la única respuesta que brinda el Poder Legislativo, es llamar a un concertación a través de la construcción de mesas de trabajo que permitan al legislador perfilar la futura norma, para que se zanje el conflicto social desatado¹²⁰⁸.

2.9. La STCB 0085/2006, la inconstitucionalidad diferida del DS que crea el Consejo Nacional de Lucha Contra la Corrupción, el Enriquecimiento Ilícito y la Investigación de Fortunas.

Un otro antecedente jurisprudencial en el que al TCB le tocó equilibrar los intereses políticos y jurídicos en juego, se dio en ocasión de la SC 0085/2006, de 26 de octubre, por la cual, a través del recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto por un Senador, se demandó la inconstitucionalidad de los artículos 1 al 16 del Decreto Supremo (DS) 28695, de 26 de abril de 2006, que creó el «Consejo Nacional de Lucha Contra la Corrupción, el Enriquecimiento Ilícito y la Investigación de Fortunas», porque se consideró que infringían las normas de los artículos 2, 7 incisos a) y d), 14, 29, 31, 116.I y II, 125.I, 126.V y 228 de la CPE.

¹²⁰⁷ A juicio del TCB, (FJ III. 5) partiendo de la premisa del artículo 136 de la CPE que proclamaba como bienes de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les daba esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento, y disponía que la ley establecería las condiciones de aquel dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares, por lo que era la propia Constitución la que permitía otorgar la concesión. Sin embargo, tal concesión no podía consistir en un bien inmueble, sino que la concesión facultaba al concesionario a realizar actos y actividades de explotación sobre la riqueza natural en las condiciones que la ley establecía, puesto que habrá que recordar que el principio de la dominalidad pública del Estado sobre las minas, llevaba implícitamente el poder de concederlas para su explotación dado que había también un interés general, público, en que las minas se exploten para evitar que la improductividad de aquella riqueza prive a la sociedad de uno de sus elementos más valiosos para la defensa y la prosperidad común.

¹²⁰⁸ Sobre el conflicto minero que se inició desde el día 10 de septiembre de 2012, pueden apreciarse sus repercusiones en los distintos medios de comunicación escrita. V. Gr. *La Razón, Página Siete, La Prensa* entre otros.

El recurrente fundamentó su demanda alegando que el DS impugnado establecía que el Consejo Nacional de Lucha Contra la Corrupción estaría conformado por el Ministerio Público, el Consejo de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, de las Cortes Superiores de Distrito, el Ministerio de Gobierno, la Unidad de Lucha contra el Crimen, el Ministerio de Hacienda y las Unidades de Inteligencia Financiera y Patrimonial y de Investigación Financiera, así como por la Contraloría General de la República, reconociéndose a su vez en dicho DS, la independencia funcional y financiera del indicado Consejo. En el entendimiento del recurrente, aquella situación de inconstitucionalidad era atribuible a los artículos 1 a 7 del DS impugnado, dado que existía una flagrante violación al principio de independencia de poderes, que se encontraba establecido por el artículo 2 de la CPE, siendo inconcebible que un DS, a manera de mandato categórico e imperativo, señale que instituciones independientes como la Central Obrera Boliviana formen parte de ese Consejo Nacional de Lucha Contra la Corrupción, pero peor aún, que dispusiera que instancias de poderes independientes del Estado, como ser la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores de Distrito, el Consejo de la Judicatura y el Ministerio Público, formen también parte de aquella estructura, como si fueran parte del Poder Ejecutivo. Y a ello, se sumaba también la observación hecha en relación a las atribuciones asignadas al Consejo Nacional de Lucha Contra la Corrupción, que se traducían en facultades de «persecución penal», lo que era contrario al ordenamiento jurídico penal boliviano, el mismo que diseñó una arquitectura lógica con estructuras y competencias claramente delimitadas.

Asimismo, el recurrente sostuvo en relación a los artículos comprendidos del 8 al 11 del citado DS impugnado, su inconstitucionalidad porque establecían requisitos, impedimentos, funciones, deberes y forma de designación de los fiscales en materia anticorrupción, en franca violación al artículo 126.V de la CPE que preveía «La ley establece la estructura, organización y funcionamiento del Ministerio Público», y lo mismo se sostenía en referencia al artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP) que disponía: «Esta Ley tiene por objeto regular la organización, atribuciones y funcionamiento del Ministerio Público». De modo que, en criterio del recurrente, la Constitución y la LOMP preceptuaban claramente, que sólo la ley podía establecer y regular la estructura, organización, atribuciones y funcionamiento del Ministerio Público, sin embargo, en aquella ocasión, esa facultad se había transferido al Consejo, y a través de un DS (es decir, el impugnado), la que al constituirse en una norma de jerarquía inferior dentro del ordenamiento jurídico boliviano con relación a la ley, y mucho más respecto a la Constitución, pretendía normar y regular aspectos que por mandato constitucional únicamente podían ser materializados mediante una ley de la República¹²⁰⁹.

Una vez que el personero del órgano que generó la norma impugnada, fue notificado con la admisión del recurso¹²¹⁰, quien se apersonó a responder la impugnación, fue el Sr. Juan Evo Morales Ayma, Presidente Constitucional de la República, el mismo que rebatió cada una

¹²⁰⁹ Otra de las observaciones realizadas al DS impugnado, señalaba que los artículos comprendidos del 14 al 16, violaban derechos fundamentales de los ciudadanos, en la medida en que establecían los requisitos para ser juez del Tribunal de Sentencia, entendiéndose que las mismas, conculcaban el derecho al trabajo, en tanto que en dichas disposiciones se prohibía expresamente que cualquier persona que haya ejercido con anterioridad los cargos de vocal de Corte Superior de Distrito, juez, fiscal o cualquier otro cargo público, pudiera optar al cargo de juez anticorrupción, lo que en criterio del recurrente constituía una presunción de culpabilidad de todos los funcionarios públicos, y a su vez, una afrenta hacia lo consagrado por el artículo 7 inc. d) de la CPE.

¹²¹⁰ La notificación fue practicada mediante AC 293/2006-CA, de 12 de junio, cursante de fs. 16 a 18 del expediente.

de las acusaciones formuladas en el recurso por el que se buscaba la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

Así, el representante del Ejecutivo gubernamental, sostuvo en primer lugar, que la emisión del DS impugnado fue necesaria para precautelar los recursos económicos del Estado y sancionar a los servidores públicos que hicieran mal uso de sus funciones, siendo responsabilidad del Estado prevenir, perseguir y castigar la corrupción en un marco de coordinación institucional y participativa, es decir, el involucramiento de la sociedad civil, y que por ello, se había creado el Consejo Nacional de Lucha Contra la Corrupción, el Enriquecimiento Ilícito y para la Investigación de Fortunas, que venía a constituirse en un órgano interinstitucional, que en criterio de la autoridad recurrida, no se desconocía, restringía ni suprimía a ninguna entidad establecida por la Constitución y las leyes, al contrario, – justificaba– lo que buscaba era aunar los esfuerzos de varias instituciones en la lucha contra la corrupción¹²¹¹.

Asimismo, sostuvo que la participación del Ministerio Público en dicho Consejo, no implicaba otra cosa que la actuación de dicha institución dentro del marco a la LOMP y el CPP. Ahora bien, en cuanto a la objetividad del mencionado Consejo, la autoridad recurrida, recordó que dicha instancia contaba con una autonomía funcional y financiera, de modo tal que no esté sujeta a las posibles presiones de alguno de los órganos de poder del Estado. Por lo mismo, sostuvo también, que la designación de tribunales y fiscales anticorrupción se haría conforme lo establecían las normas reguladoras de dichas instituciones, estas son la Ley de Organización Judicial, la Ley Orgánica del Ministerio Público, así como en la Ley del Consejo de la Judicatura, defendiendo a partir de ello, la legalidad y constitucionalidad de la norma cuestionada. Finalmente, en cuanto al régimen de las incompatibilidades, impedimentos y prohibiciones para ejercer el cargo de fiscal, y juez anticorrupción, que fue impugnado en tanto proscibía el acceso a aquel cargo a quienes desempeñaron anteriormente las funciones de vocales de Corte de Distrito, jueces o fiscales, en la fundamentación de la autoridad recurrida, a través de aquella medida, lo que se buscaba garantizar era la honestidad funcionaria, constituyéndose en consecuencia, como una medida preventiva. En base a aquellos argumentos, la autoridad recurrida, rechazó de plano cualquier acusación en sentido de que el DS 28695 habría violentado el artículo 31 de la CPE, asegurando que no era evidente que se hubiera usurpado funciones de ningún Poder del Estado, ni menos aún la Constitución y las leyes bolivianas, por lo que solicitó declarar la constitucionalidad de todos los artículos impugnados.

¹²¹¹ Del memorial de fecha 14 de julio de 2006 presentado por la autoridad recurrida, se desprende que, el Consejo había sido creado en beneficio del Estado y la sociedad, pretendiendo movilizar a las instituciones que ya estaban creadas por la Constitución y las leyes con la participación de la sociedad civil, buscando encarar el problema de manera conjunta, por lo que se incorporaba dentro de su estructura al Ministerio Público y a los fiscales de materia anticorrupción, al Consejo de la Judicatura, a la Corte Suprema de Justicia, a las Cortes de Distrito, al Ministerio de Gobierno y a la Unidad Especial de Lucha Contra el Crimen, al Ministerio de Hacienda y a la Unidad de Inteligencia Financiera y Patrimonial, así como a la Unidad de Investigación Financiera, y a la Contraloría General de la República, y no solamente eso, sino que además, se apeló al concurso de cinco representantes de la sociedad civil, elegidos por ternas propuestas por la Confederación Sindical única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB), la Central Obrera Boliviana (COB), el Colegio Nacional de Abogados (CONALAB), el Comité Ejecutivo de la Universidad Boliviana (CEUB) y la Organización de Mujeres «Bartolina Sisa», instituciones que al ser consideradas las fuerzas vivas del Estado y de la sociedad, contaban con personería jurídica, derechos y obligaciones, por lo que se entendió, podían participar en la lucha contra la corrupción, y en criterio de la parte recurrida, aquella situación, no constituía una afrenta a la Constitución.

Ahora bien, el escenario en el que el TCB tuvo que emitir esta sentencia, era uno muy complejo. Por un lado, no debe olvidarse que se trataba de una de las primeras normas emitidas por el nuevo gobierno que acababa de posesionarse y que contaba con todo el respaldo social. Por el otro, el contexto social y político previo a este gobierno es uno marcado por una profunda crisis de gobernabilidad que comenzó con la renuncia forzada del entonces Presidente Constitucional Gonzalo Sánchez de Lozada en octubre del año 2003, viéndose obligado a asumir la Presidencia, por sucesión constitucional, su Vicepresidente Carlos Mesa Gisbert, quien al siguiente año, al verse envuelto en una serie de revueltas sociales de magnitud, tuvo que dimitir al cargo. Según la Constitución, correspondía al Presidente de la Cámara de Senadores, o en su defecto, al de Diputados asumir la Presidencia interina y convocar a elecciones, sin embargo, el descrédito social hacia la clase política imperante en ese entonces era tal, que los movimientos sociales, no aceptaban a ninguna de aquellas autoridades en el ejercicio de la Presidencia. Por lo que, a través de un pacto entre los principales dirigentes cívicos, gremiales y sociales en general, se aceptó que la Presidencia interina recaiga en la persona del entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, es decir, el Dr. Eduardo Rodríguez Veltzé, quien asumió el cargo, advirtiendo que no tenía intenciones de quedarse en el poder, y que dejaría la Presidencia el día en que se posesione el nuevo gobierno, esto era el 22 de enero de 2006¹²¹². Fue en este escenario en el que emergió el nuevo gobierno del Sr. Evo Morales, representante no de un partido político tradicional, sino de los movimientos sociales articulados en torno a un instrumento político, el Movimiento al Socialismo y el Instrumento para la Soberanía de los Pueblos (MAS – IPSP). Precisamente uno de los pilares que formaban parte de su programa de gobierno, era la lucha frontal contra la corrupción, como componente principal dentro de aquel emprendimiento mayor al que se denominó el «Proceso de Cambio». Es en ese ámbito en el que debe comprenderse la importancia de la norma impugnada, y del papel que le tocó asumir al TCB. Pero además, porque aquel constituirá uno de los episodios de vehemente confrontación entre el Gobierno y el TCB, en el que, como se verá más adelante, será el Tribunal el que pague el precio más alto.

Ahora bien, volviendo al estudio de la sentencia, en la interpretación realizada por el TCB, el crear un ente cuya finalidad era combatir la corrupción en la Administración Pública, fijando sus atribuciones y asignándole recursos, constituía una atribución exclusiva del Poder Legislativo, por lo que al haberse arrogado aquella facultad el Poder Ejecutivo, entendió que se atentó contra el principio de independencia de poderes, que se encontraba consagrado por el artículo 2 de la CPE. Asimismo, el TCB dejó sentado que a través de dicho DS impugnado, se conculcó el artículo 29 de la CPE, por cuanto los artículos impugnados modificaron la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, al concentrar a todas las entidades de la Administración Pública,

¹²¹² La advertencia hecha por el entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia era comprensible, sobre todo, si se tomaba en cuenta que en Bolivia, desde el retorno a la democracia en el año 1982, vivió varios episodios de democracias pactadas, donde el voto popular sólo servía para que los partidos políticos negociaran la distribución de las cuotas de poder y dominio en el gobierno. Desde luego, la sociedad estaba cansada de lo que en aquellas épocas se denominaba, «gobiernos improvisados», los que más allá de velar por el bienestar colectivo, se encargaban de privatizar y enajenar los bienes del Estado, y de donde sólo se beneficiaban las transnacionales y los personeros del gobierno. Ahora bien, en Diciembre de 2005, el panorama político se modificó totalmente. Evo Morales Ayma ganó las elecciones presidenciales, con un 53,72% de los votos válidos, el más alto desde la restauración de la democracia en 1982. Porcentaje que le permitió acceder a la presidencia sin la necesidad de establecer alianzas, aunque no logró obtener la mayoría requerida en la Cámara de Senadores y perdió la elección de Prefectos en Santa Cruz, Beni, Pando, Tarija y Cochabamba. Balance que a la postre, como veremos, incidirá en las relaciones con el Tribunal Constitucional, al que lo consideró como un adversario político más.

en la órbita del Poder Ejecutivo, contrariándose de ese modo en criterio del Tribunal, la jerarquía normativa que se hallaba regulada en el artículo 228 de la CPE, precepto que proclamaba, por un lado, el principio de supremacía constitucional, que implicaba que la Constitución era la Ley Suprema y fundadora de todo el ordenamiento jurídico del país, y de otro, el principio de jerarquía normativa, que señalaba la estructura jurídica del Estado respecto de los niveles jerárquicos de las disposiciones que conformaban el ordenamiento, constituyendo así la jerarquía normativa en la que las normas inferiores no podían contradecir a las superiores.

Asimismo, el TCB sostuvo que la pretensión de que la Corte Suprema de Justicia y las Cortes Superiores de Distrito formen parte del Consejo Nacional de Lucha contra la Corrupción, vulneraba el principio de separación de poderes, concretamente la garantía de que los jueces y magistrados sean independientes e imparciales, toda vez que el órgano judicial no podía formar parte de una entidad que tenía como objetivo «desplegar una acción efectiva y contundente contra las diversas formas de corrupción en la Administración Pública» (artículo 1 del DS 28695), ya que la función del Órgano Judicial es juzgar esas acciones y no así desplegarlas para favorecer su juzgamiento, labor que en todo caso debía ser realizada por los órganos encargados de la investigación de tales conductas¹²¹³.

En forma concluyente, el TC determinó que no correspondía al Poder Ejecutivo asignar, a través de un Decreto Supremo, nuevas funciones y atribuciones a la Corte Suprema de Justicia, a las Cortes Superiores de Distrito, ni al Ministerio Público, sino que en cumplimiento a la normativa constitucional antes mencionada, sólo mediante una ley se podían establecer otras atribuciones al Poder Judicial y al Ministerio Público, lo que no había ocurrido en el caso concreto, por lo que las disposiciones del DS impugnado, en criterio del Tribunal, vulneraban el principio de separación de poderes, que se encontraba regulado en el artículo 2 Constitucional, así como el artículo 29 de la Ley Fundamental, puesto que al haber asignado nuevas funciones al Poder Judicial y al Ministerio Público, se habían modificado las leyes anteriormente mencionadas, extremo que era de exclusiva competencia del Poder Legislativo. En consecuencia, el TCB procedió a declarar la inconstitucionalidad en cuanto a su contenido y por la forma, las disposiciones impugnadas del DS 28695, difiriendo sus efectos por seis meses, exhortando a su vez al Poder Ejecutivo para que en el plazo señalado, subsane los vicios de origen y de forma de las disposiciones del DS declaradas inconstitucionales considerando los fundamentos jurídicos del presente fallo, y que en caso contrario, los mismos quedarían expulsados del ordenamiento jurídico nacional al vencimiento del término antes señalado.

En aquella sentencia, el TCB apostó al igual que en los anteriores pronunciamientos, a reparar el vicio de inconstitucionalidad con la participación de otras instancias, en este caso

¹²¹³ Las facultades consignadas en el DS impugnado para el Poder Judicial, a juicio del TC, no constituyen funciones jurisdiccionales y ponen en riesgo la independencia e imparcialidad del órgano judicial: el órgano encargado de juzgar los hechos no puede al mismo tiempo recabar denuncias y hacer el seguimiento de la investigación que se desarrolla. Aquellas observaciones también comprometían al Consejo de la Judicatura, en la medida en que, a través de el DS impugnado se facultaba a aquella, a crear en cada Distrito Judicial un Tribunal de Sentencia con dedicación exclusiva a los casos de corrupción, contrariándose con ello lo dispuesto por el artículo 116.I de la CPE y la misma Ley del Consejo de la Judicatura, a más de vulnerar la norma prevista en el artículo 31 de la CPE, por cuanto el Decreto impugnado fue emitido fuera del marco legal referido, sin competencia alguna y usurpando funciones del Poder Legislativo.

con la del Poder Ejecutivo, a quien invitó a tomar en cuenta los fundamentos jurídicos del fallo para la reparación de la disposición inconstitucional pero no nula, situación parangonable a las sentencias aditivas de principio italianas, donde la Corte planteaba algunas directrices que debían ser asumidas por el legislador ha momento de reparar la inconstitucionalidad. Sin embargo, cuando el gobierno en su conjunto conoció del fallo, las reacciones fueron inmediatas. Empezando por el Presidente de la República, pasando por sus Ministros, y hasta los mismos dirigentes sociales acusaron a los magistrados del TCB de ser cómplices de los dirigentes políticos y gobiernos anteriores, a quienes acusaron de haberse apropiado en forma ilegítima de los recursos y arcas del Estado, en desmedro de la sociedad. Asimismo, se sostuvo que los Magistrados venían a constituirse en una especie de «oposición política»¹²¹⁴ al gobierno desde la esfera del Poder Judicial, y que por lo mismo, al no estar de acuerdo con las medidas adoptadas desde el Ejecutivo gubernamental para desarrollar el proceso de cambio, eran considerados enemigos de éste.

Fue en ese escenario en el que el Presidente de la República, planteó que al interior de la Asamblea Constituyente –que venía sesionando la reforma de la Constitución–, se analice seriamente la supresión del Tribunal Constitucional, puesto que, desde su perspectiva, no podía tolerarse la existencia de una instancia con semejantes facultades de control y fiscalización hacia los órganos de Poder del Estado, sobre todo, si aquellos contaban con una legitimación popular inmediata, por lo que no admitía que una parte del poder constituido restrinja o coarte aquella voluntad mayoritaria.

En fin, si bien el Órgano Ejecutivo no resolvió el vicio de inconstitucionalidad, en aquella ocasión sí actuó el ahora denominado Órgano Legislativo, instancia que aprobó las Leyes Nos. 004, de 31 de marzo de 2010, y 007, de 18 de mayo de 2010, denominadas de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas «Marcelo Quiroga Santa Cruz», y las Modificaciones al Sistema Normativo Penal, respectivamente. Ahora bien, este suceso no debe ser interpretado como una muestra voluntaria de deferencia institucional por parte Órgano Legislativo hacia el TCB, puesto que la explicación de aquella conducta obedece más a una de carácter político. Es decir, se debe a que en el año 2009, el Presidente Evo Morales convocó a elecciones generales y en aquella contienda electoral en la que participó, ganó la misma con un porcentaje jamás visto en la historia democrática boliviana¹²¹⁵, lo que le permitió obtener las dos terceras partes de los escaños en el Legislativo, por lo que la aprobación de las normas de referencia, fue el resultado de un diálogo entre el Ejecutivo y el Legislativo, autoidentificados ambos bajo el ropaje del MAS.

En fin, como se manifestó hace un momento atrás, a partir de esta sentencia, las relaciones entre el TCB y el Ejecutivo gubernamental, hicieron que este último recurra a instancias judiciales demandando a los Magistrados del TCB, por delitos de prevaricato y resoluciones contrarias a la ley, entre otros más, lo que sin duda, obligó a que los magistrados

¹²¹⁴ Se recordó que los Magistrados del TCB, fueron designados durante el mandato del derrocado Presidente constitucional Gonzalo Sánchez de Lozada, por lo que la sentencia era considerada como una vendetta política.

¹²¹⁵ La contienda electoral se desarrolló en fecha 6 de diciembre de 2009, donde el MAS, a la cabeza de Evo Morales Ayma obtuvo el 64.22%, porcentaje nunca antes visto en la historia democrática boliviana, lo que le facilitó la gobernabilidad al tener la mayoría cualificada en la Asamblea Legislativa Plurinacional.

presenten sus cartas de renuncia¹²¹⁶ a sus cargos, hasta que no pudo constituirse el quórum necesario para resolver las causas, provocando la parálisis del Tribunal. A raíz de aquellas renuncias, el Presidente designó interinamente a nuevos Magistrados, hasta que opere el proceso de transición hacia el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el marco de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional.

2.10. La STCB 2003/2010, PETROSUR y la consulta a los Pueblos indígenas.

Sin ánimo de extender más estos datos, al que se volverá más adelante, nos interesa dejar establecido, que los Magistrados interinos, también recurrieron al dictado de sentencias exhortativas, así se tiene a la SC 2003/2010–R, de 25 de octubre, por la que se resolvió en grado de revisión la Resolución 1/08 de 29 de febrero de 2008, pronunciada por la Jueza Técnico del Tribunal de Sentencia de la provincia O'Connor de la Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija, dentro de un recurso de amparo constitucional.

Los hechos que motivaron el recurso, consisten en que, en fecha 21 de enero de 2008, la empresa PETROSUR S.R.L. suscribió un convenio con el Servicio Departamental de Caminos (SEDECA) Tarija, mediante el cual este último se obligaba a brindar su campamento ubicado en la comunidad de Cañadas por el lapso de cuatro meses computables desde el 21 de enero al 21 de mayo de 2008. Por su parte PETROSUR S.R.L. asumía el compromiso de efectuar todas las refacciones del campamento Cañadas, las mismas que posteriormente serían de utilidad de sus trabajadores, para así realizar el trabajo de reparación de los caminos de la zona. Empero, mediante nota recibida el 21 de febrero de 2008 por PETROSUR S.R.L., el recurrido Never Barrientos, Presidente de la Asamblea del Pueblo Guaraní Itika Guasu, expresó su no conformidad con el convenio suscrito con el SEDECA Tarija, toda vez que no se había respetado la Ley 1257 de 11 de julio de 1991 y la Ley 3760 de 7 de noviembre de 2007, las cuales establecen que toda actividad que les pueda afectar a su territorio debía ser consultada en forma previa¹²¹⁷.

Independientemente de que PETROSUR S.R.L. denunciara el incumplimiento del convenio, y manifestara su intención de que el SEDECA Tarija devuelva USD 55 000.–

¹²¹⁶ El 30 de enero de 2006 el Magistrado Titular José Antonio Rivera Santiviáñez presentó su renuncia al cargo ante el Congreso Nacional, dejando constancia ante ese Poder del Estado, que su alejamiento era motivado por los constantes e injustos cuestionamientos a la legitimidad de su designación que, en su criterio, intentaban mellar la propia legitimidad del Tribunal Constitucional. De hecho, la Cámara de Diputados, fue tan lejos en esa campaña contra el Magistrado Rivera, que en determinado momento intentó censurarlo, aunque sin competencia alguna para ello, por haber hecho un llamado público –como vocero del Tribunal– al cumplimiento de ciertos deberes de los diputados, a raíz de las connotaciones generadas por la sentencia constitucional 0066/2005, referida a la redistribución de escaños en la Cámara Baja para las elecciones generales de diciembre pasado. Para un mayor análisis véase al Tribunal Constitucional de Bolivia, *Informe Anual de Labores 2005 – 2006*, Imag, Sucre, 2006.

¹²¹⁷ Revisada la normativa legal en que se amparaba la carta del recurrido remitida a PETROSUR S.R.L., se tenía que, la Ley 3760 elevaba a rango de Ley el 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la 62ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, la Ley 1257 aprobaba y ratificaba el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, disponiendo en su artículo 6.1 que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, de esa manera se infería que el Convenio suscrito entre PETROSUR S.R.L. y SEDECA no era inherente a medidas legislativas ni administrativas susceptibles de afectarles directamente al pueblo Guaraní.

(Cincuenta y cinco mil 00/100 Dólares Estadounidenses) que fueron invertidos en las refacciones del campamento en la Comunidad de Cañadas, en caso de no cumplir con el mismo, acusó también que, a consecuencia de todo esto, el Presidente de la Asamblea del Pueblo guaraní, vulneró su derecho a reunirse y asociarse para fines lícitos y al trabajo, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo, citando al efecto el artículo 7 incisos c) y d) de la CPE abrogada, por lo que presentó la Acción de Amparo Constitucional contra el nombrado Presidente de la Asamblea del Pueblo Guaraní, solicitando sea concedido el mismo y dejar sin efecto la carta enviada por la Asamblea del Pueblo Guaraní a PETROSUR S.R.L., y así mantener firme y con plena vigencia el convenio suscrito entre ambas instituciones.

Una vez sustanciada la audiencia del recurso de amparo, el recurrente se sobrecartó en su petición y, habiéndose corrido el traslado al recurrido, aquel manifestó en audiencia, que el SEDECA Tarija se encontraba dentro del territorio Guaraní, y que dicha comunidad –a la fecha– se encontraba en proceso de saneamiento con la resolución de inmovilización de Itika Guazu¹²¹⁸, y que con la carta remitida a PETROSUR S.R.L. no se había violentado ningún derecho, puesto que el pueblo guaraní no estaba solicitando la ruptura del convenio con SEDECA Tarija. Sin embargo, sostuvo la autoridad recurrida, como Asamblea del Pueblo Guaraní, reclamó la falta de consulta hacia ellos para la celebración del convenio cuestionado, y que al no haberlo hecho, se habrían desconocido los derechos que les fueron reconocidos por el Estado boliviano a través de la Ley del Medio Ambiente, la cual les brindaba la facultad de demostrar su inconformidad cuando se iba a dañar el medio ambiente en el que habitaban. En base a esos argumentos, solicitaron se deniegue la tutela.

En ese sentido, luego de haberse oído el alegato de las partes, mediante Resolución No. 1/08 de 29 de febrero de 2008, la Jueza Técnico del Tribunal de Sentencia de la provincia O'Connor de la Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija, concedió la tutela solicitada, disponiendo que el representante de la Asamblea del Pueblo Guaraní deje sin efecto la carta remitida a PETROSUR S.R.L., en base a los siguientes considerandos. Por un lado, porque el recurrente había demostrado que el campamento ubicado en la zona de Cañadas, provincia O'Connor era de propiedad del SEDECA, de conformidad a los artículos 8 al 17 del DS 24215 de 28 de julio de 1995, y artículo 10 y ss. del DS 25134 de 31 de agosto de 1998 y, por otro lado, porque el acuerdo suscrito entre el SEDECA Tarija y PETROSUR S.R.L. se refería única y exclusivamente al uso del inmueble para vivienda de los trabajadores de PETROSUR S.R.L. a cambio de la mejora del mismo, por el tiempo de cuatro meses, pero a su vez, la jueza de garantías señaló que el representante de la Asamblea del Pueblo Guaraní no había demostrado su argumento de que se estaría afectando el medio ambiente por la actividad petrolera a la que se dedicaba PETROSUR S.R.L., hecho que no estaba consignado en el convenio entre el SEDECA y PETROSUR S.R.L., y que el mismo, podía hacer conocer su disconformidad con la actividad petrolera a las instancias correspondientes.

La resolución, fue remitida en consulta de oficio por ante el TCB, para su confirmación y revocatoria.

¹²¹⁸ Por Resolución de Inmovilización RAI-TCO-0017 de 18 de julio de 1997, la Directora a.i. del Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), declaró inmovilizadas varias áreas, entre ellas Itika Guasu, ante la demanda de titulación del territorio Guaraní efectuada el 17 de septiembre de 1996, por Nicolás Montero, Bonifacio Barrientos, Rogelio Aireyu, Valerio Mena y otros.

De ese modo, el Tribunal, tomando en cuenta el argumento de la parte recurrente, que sostuvo que el recurrido lesionó su derecho a reunirse para fines lícitos y al trabajo, por cuanto remitió una nota a PETROSUR S.R.L. para dejar sin efecto el Convenio suscrito con SEDECA Tarija, amparándose en el derecho a la consulta previsto en las Leyes 3760 y 1257, sin considerar que el Convenio suscrito no era inherente a medidas legislativas ni administrativas susceptibles de afectar al pueblo Guaraní, en criterio del TCB, también tomó en cuenta que, si bien era evidente que el demandado, Never Barrientos, Presidente de la Asamblea del Pueblo Guaraní Itika Guasu envió una nota el 21 de febrero de 2008 a PETROSUR S.R.L., expresando su «no conformidad» (sic) con el Convenio suscrito por esa empresa con el SEDECA Tarija, argumentando que toda actividad que pueda afectar a su territorio debía ser consultada en forma previa, lo que lo motivó a solicitar la rectificación de aquella conducta, abrigando «la esperanza de que no sea una práctica institucionalizada el desconocer los derechos indígenas», con dicha nota no se habían lesionado los derechos a reunirse y asociarse para fines lícitos y al trabajo del representado de la recurrente, y que tampoco existía una amenaza cierta e inminente de su vulneración¹²¹⁹.

Para el Tribunal, de acuerdo a las normas del bloque de constitucionalidad, los pueblos indígenas tienen derecho a la consulta previa, derecho que –contrariamente a lo que sostenía el demandante– se extiende a la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios y otros recursos¹²²⁰, y esto debido a la particular relevancia que tiene el territorio para los pueblos indígenas. Por lo que, en el caso analizado, la celebración del convenio entre PETROSUR S.R.L. y SEDECA Tarija, fue respecto a la utilización de las instalaciones del campamento Cañadas ubicado en el territorio de la región Itika Guasu del Pueblo Guaraní y, por consiguiente, se debió consultar previamente sobre dicho Convenio al mencionado pueblo, respetando las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Sopesando los intereses y bienes jurídicos en juego, el TCB precisó que, si bien el artículo 8 del DS 24215 de 12 de enero de 1996, dispuso la transferencia a cada Servicio Departamental de Caminos, de las instalaciones y demás bienes de las Oficinas Distritales del Servicio Nacional de Caminos, y que el artículo 10 del DS 25134 de 21 de agosto de 1998 estableció que a efecto de uso y explotación de las carreteras de la Red Fundamental, constituían de propiedad del Estado los terrenos ocupados por las carreteras, comprendiendo el área de afectación consistente en la franja de terreno a cada lado de la vía incluida la berma, de cincuenta metros, y que el Servicio Nacional de Caminos estaba facultado para utilizar o autorizar la utilización de la zona de afectación por razones de interés general, o cuando se requiera mejorar el servicio en la carretera, sin embargo, también debía considerarse que a la fecha de presentación del Amparo Constitucional y celebración de la audiencia, existía la

¹²¹⁹ A juicio del Tribunal, debía precisarse que, si bien por nota de 21 de febrero de 2008, el Gerente de Construcciones de PETROSUR S.R.L., comunicó al Director Técnico del SEDECA que, de no solucionarse la oposición de la Asamblea del Pueblo Guaraní a la vigencia del Convenio, se verían en la necesidad de dejar sin efecto el mismo, debiendo devolver el SEDECA Tarija el monto de USD 55 000.–, invertido en la refacción e implementación del campamento ubicado en Cañadas, esa nota de ninguna manera amenazaba con restringir el derecho a la libertad de asociación ni el derecho al trabajo, pues se entendía que esos derechos no son absolutos, y deben ser ejercidos dentro de los límites previstos en las normas del bloque de constitucionalidad y las leyes.

¹²²⁰ El bloque de constitucionalidad guarda concordancia, en lo pertinente con los artículos 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Resolución de inmovilización RAI–TCO–0017 de 18 de julio de 1997, por la cual la Directora a.i. del Instituto Nacional de Reforma Agraria, declaró inmovilizadas varias áreas, entre ellas Itika Guasu, ante la demanda de titulación del territorio guaraní, fundados en la necesidad de conservar la integralidad de su territorio histórico y tradicional.

Luego, el Tribunal evidenciaba que el demandado no había cometido ningún acto ilegal, pues sólo hizo llegar una nota a PETROSUR S.R.L., en defensa de los derechos del pueblo indígena al que representaba, para que se cumplan las normas internacionales ratificadas por Bolivia, así como el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las cuales forman parte del bloque de constitucionalidad, y cuya interpretación y aplicación estaban previstas en el artículo 256 de la CPE de entonces. En ese sentido, para el TCB, correspondía al Servicio Departamental de Caminos Tarija, regularizar la situación del Convenio suscrito con PETROSUR S.R.L., cumpliendo con las normas antes señaladas, más aún si en el caso no existía una amenaza cierta e inminente de lesionar los derechos reclamados por el representado de la accionante, con el advertido que en todo caso, previo el cumplimiento de la consulta omitida, se habría subsanado la observación efectuada por el actual demandado.

Por los argumentos expuestos, el Tribunal sentenció que la jueza de garantías, al haber concedido la tutela, no efectuó una adecuada aplicación de la norma prevista por el artículo 19 de la CPE abrogada, actual artículo 128 de la Constitución del Estado Plurinacional. En consecuencia, el TCB decidió revocar la Resolución No. 1/08, pronunciada por la Jueza Técnica del Tribunal de Sentencia de la provincia O'Connor de la Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija y, en consecuencia denegó la tutela solicitada.

Ahora bien, en el fallo, el Tribunal además se determinó, que en mérito a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe sobre las «Comunidades Cautivas: Situación del Pueblo Indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia» de 24 de diciembre de 2008, exhortar a los órganos del poder público e instituciones estatales al cumplimiento de las normas internacionales y constitucionales referidas a los derechos de los pueblos indígenas. Es así que el Tribunal se dirigió en primer lugar hacia el Poder Ejecutivo, a través de los Ministerios correspondientes, para que de manera coordinada cumpla con el Informe de la Comisión Interamericana antes referido, adoptando políticas y planes integrales para la reconstitución territorial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en especial, del pueblo Guaraní, y asimismo, a través de los mecanismos pertinentes, efectivizar el derecho a la consulta de las Naciones y pueblos indígena originario campesinos, de conformidad a los fundamentos de la Sentencia. Por otro lado, se dirigió también hacia el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) a culminar con las solicitudes pendientes respecto a las tierras comunitarias de origen, entre ellas, la solicitud del pueblo Guaraní, en el marco de lo previsto por la Disposición Transitoria Séptima de la Constitución del Estado Plurinacional y, por último, se dirigió al Tribunal Agrario Nacional para que priorice los procesos en los que estén involucradas las Naciones y pueblos indígenas originarios campesinos.

Como puede apreciarse, el Tribunal actuó en este caso de forma reparadora, y anticipada a la vez. Es decir, reparadora porque corrigió la interpretación realizada por la jueza de garantías al haber concedido la tutela cuando no existía conculcación de derechos de por medio. Y, la intervención anticipada porque al exhortar a las principales instancias de dar

cumplimiento y aplicabilidad no sólo a la Constitución, sino también al bloque de constitucionalidad, el TCB formuló una advertencia sobre una declaración de inconstitucionalidad, a futuro, de presentarse alguno de los supuestos analizados por el máximo intérprete de la Constitución. Por lo mismo, véase que la exhortación no va dirigida a reparar el vicio de inconstitucionalidad, sino a evitarla.

2.11. La STCB 2530/2010 – R, sobre la validez del mandamiento de apremio en materia familiar.

Para concluir con la secuencia de las sentencias exhortativas, cabe citar a la SC 2530/2010–R Sucre, 19 de noviembre de 2010, por el que se revisó la Resolución No. 58/08 de 25 de julio de 2008, pronunciada por el Juez de Partido, de Familia y del Menor de Yacuiba del Distrito Judicial de Tarija, dentro del recurso de hábeas corpus, interpuesto por Jorge Reyes Salguido contra Rubén Ginés Chávez, Gobernador de la cárcel pública de Yacuiba, aduciendo la detención indebida y la vulneración de su derecho a la libertad física, citando al efecto los artículos 6.II y 7 inciso g) de la CPE abrogada.

De los hechos que motivaron el recurso, se desprendía que, el recurrente vivía en Yacuiba con Selinda Porcel Almazan y sus tres hijos hace más de nueve años, empero, Fanny Martínez Llanos con quien había procreado a otro de sus hijos, había solicitado mandamiento de apremio por incumplimiento a los deberes de asistencia familiar. Dicha orden habría sido ejecutada en fecha 22 del indicado mes y año, a horas 07:00, en el domicilio del recurrente, sin que sea notificado con alguna intimación de pago. Por lo que fue apremiado por tres policías quienes le dijeron que tenían un mandamiento de aprensión con orden de allanamiento llevándolo a la carceleta de la calle Juan XXIII esquina Barroso, lugar en el que hasta la fecha de interposición del recurso, se encontraba privado de su libertad. Y como descargo, alegó que, si bien sabiendo de su responsabilidad como padre, no supo donde cumplir con esa obligación, porque no conocía el domicilio de la demandante. A su vez denunció que el mandamiento de apremio se encontraba caduco, pues éste databa del 18 de enero de 2008 y fue ejecutado por el Gobernador de la carceleta recién el 22 de julio del mismo año, es decir después de más de seis meses, cuando el artículo 182 del Código de Procedimiento Penal (CPP) señala que: «El mandamiento tendrá una vigencia máxima de noventa y seis horas, después de las cuales caduca...». Y fue en base a esos aspectos que el recurrente, luego de alegar una ilegal e indebida detención y la vulneración de su derecho a la libertad física, previsto en los artículos 6.II y 7 inciso g) de la CPE abrogada, solicitó se declare procedente y se ordene su inmediata libertad por estar privado de la misma, en mérito a un mandamiento de apremio caduco.

Una vez sustanciada la audiencia de hábeas corpus, y luego que el abogado del recurrente, se ratificara en el contenido del mismo, se corrió traslado a la autoridad recurrida, quien informó que cumplió con el mandamiento de apremio expedido por el Juez de Montero, con todos los pasos legales respectivos, dado que se tramitó vía exhorto suplicatorio, por lo que, se limitó a pedir se desestime el recurso.

Después de conocerse los alegatos de las partes, el Juez de Partido de Familia y del Menor de la ciudad de Yacuiba del Distrito Judicial de Tarija, constituido en Juez de garantías mediante Resolución No. 58/08 de 25 de julio de 2008, declaró procedente el recurso y

dispuso la inmediata libertad del recurrente, dando por probadas cada una de las afirmaciones sostenidas por el recurrente.

Así, luego que el expediente fuera remitido en grado de revisión de oficio por ante el TCB, y luego de la compulsua realizada por esta instancia de control, señaló que, si bien se libró el mandamiento de apremio con facultad de allanamiento el 18 de enero de 2008 y se ejecutó el 22 de julio del mismo año, fuera de las noventa y seis horas establecidas por la ley, es porque procesal y materialmente era de imposible cumplimiento en dicho plazo, porque la diligencia fue practicada a través de un exhorto suplicatorio, y su demora no era atribuible a la parte interesada¹²²¹.

En criterio del Tribunal, debía tomarse en cuenta que las normas debían responder a una realidad concreta, y la interpretación de las normas también debía tomar en cuenta aquella situación, dado que la misma no podía ser aislada o a espaldas de la realidad, y que por ello, no era posible soslayar el aspecto procesal cotidiano en estrados judiciales, de tal manera que pese a ser el proceso de asistencia familiar de naturaleza sumaria se daban circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, sobre todo de la accionante, como ser la falta de jueces, la carga procesal, y la morosidad de las gestiones administrativas, que hacían que el libramiento y ejecución del mandamiento de apremio, con o sin facultad de allanamiento, conlleve días que en la mayoría de los casos excedían las noventa y seis horas, lo que impedía la ejecución del mandamiento y por ende el pago de la asistencia familiar, postergando la necesidad del o los beneficiarios, sin dejar de lado, la evasión de la responsabilidad por parte del obligado, quien valiéndose del corto plazo de vigencia del mandamiento de apremio, podía burlar el sistema judicial y temerariamente incumplir su obligación.

Por ello, el TCB, en base a esos fundamentos, y sobreponiendo de relieve el interés superior y primordial de los niños, niñas y adolescentes, se vio en la necesidad de cambiar su línea jurisprudencial, dejando sin efecto el entendimiento jurisprudencial asumido a partir de la SC 1575/2004-R, es decir, que el mandamiento de apremio con o sin allanamiento en asistencia familiar ya no tenía un plazo de caducidad, no obstante una vez ejecutado, aquel se encontraba sujeto a las normas establecidas por la ley especial. En consecuencia, al ser de aplicación inmediata el cambio de entendimiento jurisprudencial, es decir, la no caducidad del mandamiento de apremio, el Tribunal concluyó que no existía acto ilegal alguno, y por ende no correspondía conceder la tutela solicitada por el recurrente, por lo que desautorizó el

¹²²¹ En el análisis de la problemática planteada, debía tomarse en cuenta que, dentro del proceso de asistencia familiar seguido por Fanny Martínez Llanos contra el accionante, el Juez Primero de Instrucción Mixto cautelar de Montero del Distrito Judicial de Santa Cruz, libró mandamiento de apremio «con facultad de allanamiento de domicilio, con las limitaciones del artículo 21 de la CPE, habilitación de días y horas hábiles» (sic), contra el ahora accionante, el 18 de enero de 2008, en cumplimiento del decreto de 3 del mismo mes y año, y habiendo sido entregado a la parte interesada, aquella solicitó exhorto que fue librado por el Juez de la causa el 7 de enero de 2008, trámite procesal suscitado en el asiento judicial de la capital de provincia, Montero, del Distrito Judicial de Santa Cruz, y posteriormente fue remitido a otro asiento judicial de otro Distrito, dado que se ingresó el exhorto al asiento judicial de Yacuiba del Distrito Judicial de Tarija el 13 de junio de ese año a horas 11:29, y el mismo día a horas 18:00, fue sorteado al Juzgado Segundo de Instrucción en lo Civil y Familiar, al día siguiente el 14 de junio de ese año, se decretó la ejecución del mandamiento, a cuyo efecto se remitió a la Dirección Regional de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen (FELCC), cuyo Director el 21 de julio de 2008, designó al funcionario policial para efectivizar el cumplimiento, es así que el 22 del mismo mes y año a horas 08:20 se procedió a su ejecución.

razonamiento asumido por el juez de garantías, al sostener que dicha instancia no efectuó una adecuada y correcta compulsión de los antecedentes procesales.

Luego, el TCB revocó la Resolución No. 58/08, y denegó la tutela solicitada. A su vez, exhortó al Congreso Nacional a objeto de que en la adecuación normativa, en su oportunidad considere los razonamientos expuestos en el Fundamento Jurídico III.4 de la Resolución, es decir, el análisis sobre el término legal prudencial de la validez del mandamiento de apremio en materia familiar.

Obsérvese la naturaleza compleja del fallo en cuestión, por un lado, el Tribunal, a raíz de haber cambiado su línea jurisprudencial, y conociendo de la eficacia de la misma, esta es la vinculación hacia todos los poderes del Estado, tal cual lo preveía el artículo 4 y 44.I de la LTC, en los hechos introdujo una sentencia interpretativa, a raíz de la cual cambió no la norma sino la disposición misma del artículo 182 CPP, al suprimir para el caso de la aprehensión en materia de impago de asistencia familiar, el plazo de caducidad establecido al efecto, esto es, el de las noventa y seis horas.

Si bien el Tribunal, en su FJ III. 4 de la sentencia, estableció que no le correspondía disponer un nuevo plazo de validez al mismo, dado que no estaba previsto por ley, sin embargo, a objeto de resguardar el equilibrio normativo y no dejar en incertidumbre al obligado, y dado que la materia familiar no puede ser subsumida a las normas penales por tener naturaleza jurídica, principios, fines y procedimientos diferentes, entendió que correspondía al Congreso Nacional, la adecuación normativa de la legislación infraconstitucional a la constitucional. Por lo mismo, el TCB entendió que el legislador, en su libertad de configuración del ordenamiento jurídico, podía tomar en cuenta los razonamientos esbozados por el intérprete supremo de la Constitución, ya sea a través de una norma jurídica en el que se establezca el plazo de caducidad, de tal manera que la parte beneficiaria o quien debía ejecutar el mandamiento de apremio, una vez que tuviera en su poder aquella orden, actúe con la debida responsabilidad y celeridad en causa propia y no desnaturalice el medio coercitivo legal en un medio de coerción personalísimo, para lo cual, supuso que podía ser un referente, el criterio de los seis meses de apremio, extensivo a los seis meses de validez de la orden o mandamiento respectivo. Sin embargo, estos aspectos debían ser determinados por el referido órgano competente. Entretanto, no puede negarse que el Tribunal, reparó el vicio unilateralmente al imponer su interpretación, dejando abierta –eventualmente– la posibilidad de que el Legislativo adopte el criterio esbozado en los fundamentos jurídicos del pronunciamiento, aspecto muy cercano a las sentencias prospectivas, así como a las aditivas de principio.

Para concluir este apartado, es necesario precisar que, a diferencia de lo sucedido en la legislación y jurisprudencia constitucional comparada, en el caso del TCB, éste no es que haya abandonado el modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad y la tipología de sentencias que al interior de él se encuadran, para pasar al modelo bilateral de reparación de la inconstitucional. No debe olvidarse que, los distintos tipos de sentencias constituyen diferentes formas de buscar la solución más justa, adecuada y adaptada al contexto y condiciones en que la sentencia deberá operar, teniendo en consideración las consecuencias jurídicas del fallo en diversos ámbitos de la realidad social, lo que exige del TCB ponderar los cuidados de sus decisiones, guiándose con un sentido de prudencia para evitar la adopción de decisiones arriesgadas y respetando la distribución de potestades establecidas por la Constitución. Luego,

el juicio sobre este tipo de sentencias debe realizarse sobre cada caso en particular, sin perjuicio de reconocer su aporte positivo a la búsqueda de las soluciones jurisdiccionales más adecuadas y justas. Por lo mismo, el TCB ha sabido alternar el dictado de sus pronunciamientos –como se pudo apreciar de su amplia jurisprudencia–, entre los dos modelos de reparación. Para ello supo analizar la naturaleza del problema de constitucionalidad, y a partir de dicho estudio, optó en algunos casos por reparar en forma unilateral el vicio de inconstitucionalidad, valiéndose para ello del dictado de sentencias interpretativas, aditivas o sustitutivas, ya sea a través de la emisión de sentencias formalmente estimatorias o desestimatorias. En base a ese mismo razonamiento y cuando la dimensión del tema sometido a control lo ameritaba, se decantó por la aplicación del modelo bilateral de reparación, así lo hizo, determinando al efecto, el tiempo en que dichos preceptos continuarían vigentes, y exhortando a su vez al legislador para que en dicho plazo subsane los vicios de inconstitucionalidad, bajo conminatoria de que en caso de incumplimiento, la norma quedaría expulsada del ordenamiento jurídico. De esa forma, se promovió la participación, no sólo del legislador, sino también de otras instancias y órganos de poder a quienes involucraba la vinculatoriedad de la decisión en el proceso del control de constitucionalidad, aunque, para el caso del legislador sobre todo, éste no siempre supo responder a la convocatoria realizada por el TCB, como se tuvo oportunidad de advertir.

En ese contexto, la nueva realidad en la que también se desenvuelve el TCB, la perfila como un órgano que supera la visión tradicional del legislador negativo planteado en su momento por Kelsen, lo que sin duda, invita a estructurar una mayor colaboración entre dicha instancia de control de la supremacía constitucional y los demás órganos de poder del Estado mediante el establecimiento de instancias de diálogo periódico institucionalizado y consultas, promoviendo la instalación de informes anuales del TCB hacia el Ejecutivo y al Legislativo, como ya existen en algunos países. Quizá de ese modo, puedan superarse los impasses provocados entre el Tribunal y los órganos de poder del Estado, y evitar fricciones innecesarias, que en vez de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho, lo deslegitiman, y esto sucedió precisamente, cuando el legislador no respondió a las convocatorias del Tribunal en procura de corregir el vicio de inconstitucionalidad, empujando inevitablemente al intérprete supremo de la Constitución a emitir pronunciamientos interpretativos que, como se conoce, alejan al Tribunal de su papel democrático, pues al dejar de lado el principio de deferencia hacia el legislador u otra instancia gubernamental, invade y usurpa funciones que no le competen, sobre todo cuando la sentencia adquiere un carácter normativo, –léase sentencias manipulativas, sustitutivas, aditivas–, por lo mismo, antes que pensar en la supresión del TC, debiera apostarse por generar vías de articulación entre esta instancia y los órganos democráticos, para afianzar los valores democráticos y sobre todo, el respeto a la Constitución, como pilar fundamental de toda sociedad civilizada.

3. LA CRISIS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA: CRÓNICA DE UNA DESARTICULACIÓN ANUNCIADA.

No se puede negar, que la adopción de un nuevo sistema de control de constitucionalidad, mediante la reforma constitucional de 1995, y la consiguiente implementación del Tribunal Constitucional que empezó a desarrollar sus actividades jurisdiccionales en junio de 1999, representó la génesis de un nuevo período en la vida

democrática de Bolivia en general, y en el ámbito jurídico en particular¹²²². En ese sentido, también es indudable que, en un período en el que el Estado boliviano venía consolidando el orden democrático, habiendo superado etapas de inestabilidad institucional y política derivados de las dictaduras militares, la labor del TCB tuvo una trascendental importancia. En efecto, esta nueva jurisdicción constitucional tenía ante sí, no sólo el desafío de constituirse en el celoso guardián del orden constitucional y de los derechos fundamentales, sino también, el de desarrollar una jurisprudencia que se constituyera en la fuente del Derecho Constitucional boliviano, es decir, desarrollar una verdadera doctrina constitucional que permita fortalecer el Estado Social de Derecho y el orden democrático sobre la base del imperio de la Constitución.¹²²³

Si bien es cierto que el TCB, de inicio, comprendió que su papel fundamental era el de preservar el orden constitucional, como base esencial del régimen democrático y la convivencia política, en resguardo y protección de los derechos fundamentales para garantizar el pleno ejercicio de los mismos, así como el control del ejercicio del poder político, para que el mismo se efectúe dentro del marco del equilibrio que garantice la paz social, todo ello en la búsqueda de la consolidación del Estado Social de Derecho, no menos cierto es, que el mismo Tribunal advirtió que alcanzar aquellas metas, implicaba necesariamente, el desarrollo de una verdadera teoría y doctrina constitucional a partir de una adecuada interpretación de la Constitución, así como de las demás disposiciones legales a partir de su encuadre con la Ley Fundamental. En síntesis, se trataba de una auténtica labor de pedagogía constitucional orientada a consolidar las instituciones democráticas y el orden constitucional.

Es por ello que se sostiene –vehementemente– que en Bolivia¹²²⁴, al igual que muchos de los países europeos y latinoamericanos¹²²⁵ que introdujeron el sistema de control de

¹²²² Un balance sobre el funcionamiento del Tribunal Constitucional en Bolivia, a través del cual se pueda evaluar su rendimiento institucional, es posible realizarlo de diversas formas, empero, el aditamento de la experiencia, constituye muchas veces un elemento aún más enriquecedor a tal fin. En ese sentido, representa de gran valor la opinión vertida por quien en su momento fuera uno de los Magistrados más notables del TCB, es decir, el jurista José Antonio Rivera Santiviáñez. Revisando uno de los artículos de este autor, *El Tribunal Constitucional Defensor...opus cit.*, p. 14, se coincide plenamente con el mismo, cuando sostiene que es un hecho innegable, que uno de los aciertos del régimen democrático de las últimas décadas del siglo pasado, lo constituye la creación del Tribunal Constitucional boliviano, órgano jurisdiccional que a partir del inicio de sus labores, contribuyó significativamente, a la vigencia plena de la Constitución como Ley Suprema del ordenamiento jurídico del Estado, y con él a la vigencia del sistema constitucional y el fortalecimiento del régimen democrático de gobierno, y como una consecuencia lógica de éstas, se procuró también, el resguardo de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

¹²²³ Sin duda alguna, la introducción del Tribunal Constitucional en el concierto constitucional boliviano, vino a representar el factor esencial en el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico del Estado. Este proceso de revolución jurídica como lo denomina Rivera Santiviáñez, posibilitó la racionalización del ejercicio del poder político, teniendo como principal instrumento a tal fin, la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de las disposiciones legales contrarias a la Constitución, y los actos, decisiones o resoluciones que violasen los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

¹²²⁴ Es innegable que, una manifestación del Estado Social y Democrático de Derecho es la creación del Tribunal Constitucional, cuya misión nuclear es la de defender ese Estado Republicano, precautelando su sistema constitucional expresado en la Constitución, y desarrollando la labor jurisdiccional especializada del control de constitucionalidad en su triple dimensión: a) el control normativo de constitucionalidad; b) el control del ejercicio del poder político, y c) el control tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Así, la existencia del Tribunal Constitucional, presenta a dicha instancia, como al principal y eficaz garante de la vigencia plena Constitución, entendida ésta como norma básica de convivencia pacífica y construcción democrática de la sociedad boliviana.

constitucionalidad en sus respectivos ordenamientos jurídicos, significó un avance muy importante hacia la consolidación del Estado de Derecho, sin embargo, no se puede negar que el Tribunal Constitucional boliviano, emprendió esa travesía con una serie de críticas, observaciones, rechazos y dudas sobre los alcances de esa nueva institución¹²²⁶, que incluso, hasta hace unos años atrás, y a un poco más de una década del inicio de su funcionamiento, surgieron pronunciamientos oficiales provenientes desde el Ejecutivo gubernamental boliviano, a través de los cuales plantearon –aprovechando la coyuntura del proceso de Asamblea Constituyente en el que se desenvolvía el país–, se suprimiera¹²²⁷ de la Constitución al Tribunal Constitucional¹²²⁸, desconociendo de esa manera, el aporte para el

¹²²⁵ Por lo mismo, al igual que sus pares europeos y latinoamericanos, Rivera Santivañez, José Antonio, *El Tribunal Constitucional Defensor...opus cit.*, p. 13, sostiene que, el Tribunal Constitucional boliviano, inició sus labores teniendo como fin primordial y justificación de su vigencia, el convertirse en el factor de equilibrio en el ejercicio del poder público del Estado.

¹²²⁶ Las autoridades jerárquicas del Poder Judicial actuando en nombre de la Corte Suprema de Justicia, emitieron un documento en fecha 29 de marzo de 1993, donde expresaron su rechazo al establecimiento del Tribunal Constitucional, en alusión al proyecto de Ley de Reforma de la Constitución bajo los siguientes argumentos: «Significaría en los hechos, un inaudito atentado contra el régimen de la jurisdicción 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 de poder, el respeto a la ley y el imperio del Derecho». Asimismo, varios ex Ministros de la Corte Suprema de Justicia, a través de un documento de fecha 2 de abril de 1993, expresaron su solidaridad con los Ministros de la Suprema de ese entonces, arguyendo que «El Tribunal Constitucional que se pretende crear en base ya a la aprobada Ley de Necesidad de Reforma a la Carta Magna, se constituiría en un superpoder, completamente independiente de los tradicionalmente establecidos y con facultades jurisdiccionales que en todos los países son propias del Poder Judicial». Ante esas reacciones infundadas, fue el propio Fernández Segado, Francisco, *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia: La Ley No. 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1998*, Konrad Adenauer Stiftung y CIEDLA, Buenos Aires, 1998, p. 72, quien salió a rechazar las mismas. En su criterio, entendió como algo «realmente absurdo y disparatado, 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 disimulado de dividir la autoridad de la Magistratura Suprema».

¹²²⁷ Amplios sectores de la doctrina local, eran consecuentes al sostener, que más allá de propugnar la eliminación institucional del Tribunal Constitucional, debía trabajarse en su consolidación. Para ello, era necesario realizar, como ya se dijo, una evaluación objetiva de la labor desempeñada por el Tribunal Constitucional en algo más de una década de labor jurisdiccional, anotando sus fortalezas y debilidades, para luego contrastarlas con los diferentes argumentos que sostenían quienes planteaban la revisión y, eventualmente, el cambio del modelo de control de constitucionalidad en Bolivia. Por ello, dicho análisis debía partir de un presupuesto básico que entendía que, en la era del actual constitucionalismo contemporáneo, resultaba inconcebible un Estado Democrático de Derecho sin una justicia constitucional ejercida por las Cortes o Tribunales Constitucionales, asumiendo ellos, el rol de guardián y máximo intérprete de la Constitución y protector de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. En forma coincidente, para García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 186, «una Constitución sin Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte».

¹²²⁸ A raíz de la Sentencia Constitucional 0018/2007, de 9 de mayo, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del Decreto Supremo (DS) 28993, de 30 de diciembre de 2006, por el que el Poder Ejecutivo designó interinamente a cuatro Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Pero a la vez que declaró la constitucionalidad del mencionado DS, el TC, al tratarse de nombramientos con carácter interino, determinó que tal interinidad no podía extenderse por tiempo indefinido, sino únicamente por 90 días, de acuerdo a la interpretación que realizó del ordenamiento jurídico del país, plazo que en ese caso ya había fenecido, en cuya virtud dispuso que los cuatro Ministros de la Corte Suprema de Justicia designados mediante DS quedasen cesantes de sus cargos al momento de ser notificados con la Sentencia Constitucional, sin que ello afecte los fallos y resoluciones dictados por los cuatro Ministros de referencia hasta el momento en que cesaren en sus funciones, en cumplimiento de la resolución constitucional. Esta situación fue la que exasperó los ánimos del

fortalecimiento¹²²⁹ de la democracia llevada a cabo por esa institución que, en la percepción de la sociedad, se encontraba plenamente legitimada¹²³⁰. Sin duda, el detonante para lo que vino a significar la crisis del Tribunal Constitucional, se debió en parte a la labor activista desarrollada por aquella instancia de control de la ley, sobre todo, cuando le tocó fallar sobre cuestiones tan delicadas que no pudieron ser resueltas en el ámbito político, V. Gr. la SC 0066/2005 (Redistribución de escaños), que declaró inconstitucional la redistribución del número de escaños asignados a cada uno de los departamentos en atención a la densidad poblacional, o la inconstitucionalidad sobre la designación y continuidad interina de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia resuelta a través de la SC 0018/2007. Sin duda, fue esa secuencia de fallos los que provocaron fricciones y las más airadas reacciones de parte de los personeros de los órganos de poder del Estado hacia el TCB, que a mediano plazo, desembocaron en amenazas e inicios de procesos judiciales en contra de los Magistrados del TCB por parte del Ejecutivo Gubernamental, lo que forzó a que los miembros de dicha instancia de control, empiecen a renunciar a sus cargos hasta llegar a paralizar el funcionamiento de la entidad fiscalizadora del cumplimiento de la Constitución, por la falta del quórum necesario para resolver los recursos constitucionales.

Como era de suponer, las presiones ejercidas sobre los miembros el Tribunal, más allá de paralizarla y suprimir prácticamente el control de constitucionalidad de la ley en Bolivia, abrieron espacio para la adopción de políticas contra las que no existían mecanismos de contención alguno, sumiéndonos a un período de oscurantismo normativo. Desde el Gobierno, se buscó disimular aquella insólita situación que restaba el carácter democrático al Estado boliviano, y se designó interinamente a Magistrados del TCB, hasta en tanto no se

Presidente de la entonces República y sus Ministros, quienes acusaron al TCB de llevar a cabo una labor política a través de la cual buscaban desestabilizar las acciones del Gobierno en el desarrollo de importantes actividades en el plano judicial, tal el caso de promover el juicio de responsabilidades contra el ex Presidente de la República Gonzalo Sánchez de Lozada, y otros dirigentes políticos, pues con la destitución de dichos Magistrados, no habría el quórum necesario para que la Corte Suprema funcione.

¹²²⁹ En la perspectiva de Rivera Santivañez, José Antonio, *El Tribunal Constitucional Defensor...opus cit.*, p. 14, si las opiniones acerca del funcionamiento del Tribunal eran positivas, en la medida en que representaba un gran avance para el proceso de consolidación del sistema constitucional y el fortalecimiento del régimen democrático de gobierno, lo lógico era, que en el diseño del nuevo modelo de Estado se trabaje para fortalecer y consolidar la justicia constitucional especializada, que pasaba precisamente por garantizar la independencia de dicha instancia, del resto de los órganos del poder constituido cuyos actos y decisiones controlaba. Empero, la realidad fue otra, en la que se tejían propuestas en sentido contrario. Se trataban de criterios difíciles de asumir en la órbita de la racionalidad, o involutivos, en la medida en que plantean encomendar la labor del control de constitucionalidad a una Sala de la Corte Suprema de Justicia, alentando con ello, a la supresión del Tribunal Constitucional, y desmereciendo a su vez, todo el esfuerzo desarrollado por aquella institución en algo más de una década, que cronológicamente era corto si se tenía en cuenta la historia republicana del país, y la historia misma del Estado de Derecho. A estas posturas adversas, poco o nada les importaba que el Tribunal, durante ese corto período de tiempo de funcionamiento, se constituyera en una de las instituciones con altos índices de credibilidad y confianza ciudadana.

¹²³⁰ Si se toma en cuenta el balance del Tribunal Constitucional de Bolivia hasta la gestión 2006, presentado en Tribunal Constitucional de Bolivia, *Informe Anual de Labores 2005 – 2006...opus cit.*, p. 21 y ss., son notorios los avances pese al corto periodo de existencia del órgano contralor de la supremacía constitucional. Así, se tiene que más de 14.000 resoluciones fueron emitidas por esa instancia de control, y de las cuales el 85% fueron recursos tutelares de los derechos fundamentales (hábeas corpus y amparo constitucional) de lo que se puede desprender, por un lado, la consciencia de la sociedad de acudir en tutela de sus derechos por ante el Tribunal, y por otro lado, que el Tribunal supo proporcionar una respuesta oportuna a quienes acudieron ante el guardián de la Constitución. Asimismo, no puede dejarse de lado el seguimiento y consulta de la jurisprudencia y doctrina constitucional, emanados del Tribunal, consultados a través de los enlaces a su página web desde febrero del 2003.

instituyera el nuevo mecanismo de control de constitucionalidad, así como la particular forma de organización del Tribunal Constitucional Plurinacional previsto en el texto de la nueva Constitución del Estado Plurinacional. Precisamente, sobre estos puntos volveremos luego de realizar una descripción analítica de la sentencia en particular, que dio lugar a aquella hecatombe constitucional que, socavó no sólo la institucionalidad del TCB, sino también, de la misma Democracia.

3.1. La SC 0018/2007 (Designación interina de autoridades del Poder Judicial), el origen de la discordia entre el Poder Ejecutivo y el TCB.

Uno de los ejes centrales sobre los cuales versó la SC 0018/2007, además de considerar sobre la constitucionalidad de la designación de autoridades por parte del Presidente de la República, radicó en la determinación del alcance y duración del «interinato» del cargo de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Para comprender el contexto en el que se dictó la mencionada sentencia, es necesario recordar que en Bolivia, la designación de autoridades y cargos jerárquicos como en el caso que nos ocupa, según previsión constitucional se encontraba reservada al Poder Legislativo. Ahora bien, aquella instancia de representación de la soberanía popular, se encontraba constituida por un mosaico de intereses político – partidarios, dada la volatilidad y la fragmentación del voto. Sin duda, este indicador denotaba una falta de institucionalización en los partidos políticos¹²³¹. En ese panorama, la ausencia de partidos políticos fuertes que capten los votos de la población para obtener la mayoría absoluta y así acceder al poder, empujó a los partidos a desarrollar prácticas de prebenda y clientelares que eclosionaron la voluntad del pueblo, convirtiendo al parlamento y los demás órganos de poder del Estado en una «*repartija*» de cargos de poder, cooptando hasta los últimos espacios públicos. Dentro de aquel escenario, los interinatos venían a constituir la mejor forma de garantizar la alternancia en las cuotas de poder de los citados partidos políticos, antes que avalar la perdurabilidad de las designaciones. Luego, las acefalías y los interinatos no solamente afectaban a órganos de Poder como el Judicial¹²³², sino también a otras instancias al interior del mismo Poder Ejecutivo¹²³³.

¹²³¹ A decir de Alcántara, Manuel, *Partidos Políticos en América Latina: precisiones conceptuales, estado actual y retos futuros*. En *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004. La democracia en América Latina*, Alfaguara, Buenos Aires, 2004. p. 109, el grado e institucionalización de los partidos políticos, es un elemento central para medir la calidad del desempeño democrático. Los partidos constituyen los factores fundamentales del sistema político, y su institucionalización contribuye a su estabilidad y buen funcionamiento.

¹²³² La secuencia de acefalías e interinatos al interior del Poder Judicial es de tal naturaleza, que el antecedente más próximo al DS 28993 de 30 de diciembre de 2006 impugnado, es el DS 27650 de fecha 30 de julio de 2004, dictado durante el Gobierno interino de Carlos Mesa (Predecesor al Gobierno de Evo Morales), y por el cual, se designó interinamente a seis Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, (Virginia Kolle Caso, Nelly de la Cruz de Palomeque, José Luis Baptista Morales, Gonzalo Castellanos Trigo, René Berindoague Peñaranda, Carlos Roberto Cardona Uriona), a dos Consejeros de la Judicatura (Germán Gutiérrez Gantier, Ricardo Germán Pol Achá), y a fiscales de Distrito para los nueve departamentos (Cesar Suárez Saavedra, para el Distrito de Chuquisaca, Audalía Zurita Zelada, para el Distrito de La Paz, Roger Arturo Arnéz Osinaga, para el Distrito de Cochabamba, Williams Herrera Añez, para el Distrito de Santa Cruz, Gustavo Calvo Ugarte, para el Distrito de Potosí, Ángel Irusta Pérez, para el Distrito de Oruro, María del Carmen Arellano de Yeske, para el Distrito de Tarija, Grover Vega Méndez, para el Distrito del Beni y, Gonzalo Flores Céspedes, para el Distrito de Pando).

¹²³³ La mayor parte de las entidades estatales actualmente cuentan con directores interinos. Es posible compatibilizar cerca a 40 instituciones dependientes y desconcentradas de ministerios y autoridades de control. En

Visto de ese modo el corolario, es en aquel escenario en el que se dicta la SC 0018/2007, de 9 de mayo de 2007, a raíz del recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto por Oscar Ortiz Antelo y Luis Vásquez Villamor, senadores nacionales, demandando la inconstitucionalidad del Decreto Supremo (DS) 28993 de 30 de diciembre de 2006, porque entendieron que dicho instrumento normativo era contrario a los artículos 2, 59.20ª, 96.16ª y 228 de la entonces CPE.

Los recurrentes sostuvieron que el Presidente de la República, Juan Evo Morales Ayma, el 30 de diciembre de 2006, promulgó el DS 28993 mediante el cual designó a cuatro Ministros de la Corte Suprema de Justicia, en la pretendida aplicación de la atribución constitucional inscrita en el artículo 96.16ª de la CPE, que hacía referencia a la atribución del Presidente de la República para nombrar interinamente, en caso de renuncia o muerte, a los empleados que debían ser elegidos por otro Poder cuando éste se encontraba en receso. En la explicación de los recurrentes, el DS impugnado carecía de sustento constitucional, y a su vez denotaba un claro afán de «copamiento» del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo, e invocó el razonamiento esbozado por el TCB en referencia al artículo 96.16ª de la CPE, en la que sostuvo que la misma, debía aplicarse en situaciones excepcionales.

Remozando un entendimiento sobre el principio de la «División de Poderes»¹²³⁴, los recurrentes precisaron que la CPE había previsto que el Poder Legislativo contaba entre otras atribuciones, con la de constituir o ser poder constituyente de otros Poderes del Estado, y así, poder elegir al Presidente de la República entre los dos candidatos más votados cuando no hubieren obtenido la mitad más uno de los votos válidos, y también podía nombrar a las más altas autoridades del Poder Judicial y del Ministerio Público. En ese sentido, recalcaron que, en el marco del artículo 116.VI de la CPE se proclamaba la independencia de los magistrados y jueces en la administración de justicia estando sometidos únicamente a la Constitución y a la ley, de manera que si las altas autoridades del Poder Judicial eran nombradas por el Poder Ejecutivo, se rompía el principio de independencia y separación de poderes, y a su vez, se alteraba el equilibrio entre éstos, razón por la que –en criterio de los recurrentes– era

la lista están la Empresa de Correos de Bolivia (Ecobol), Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología (Senamhi), la Contraloría General de la República (CGR), el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), la Aduana Nacional (AN), Impuestos Nacionales (IN), el Banco Central de Bolivia (BCB), Servicio Nacional de Reparto (Senasir) y las 9 autoridades de Supervisión y Regulación del Estado. Además están los medios de comunicación estatales como Patria Nueva y Canal 7, así como la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), Empresa Nacional de Electrificación (ENDE), el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), Administradora de Servicios Aeroportuarios (AASANA), 4 Cajas de Salud y la Empresa Siderúrgica del Mutún, Vinto y otras autoridades ajenas al Poder Ejecutivo, como el Fiscal General del Estado. Estas autoridades debían ser designadas por el Poder Legislativo.

¹²³⁴ Del memorial presentado por los recurrentes en fecha 9 de enero de 2007, puede advertirse que los recurrentes fundaron su solicitud en la línea jurisprudencial sobre la preservación de la independencia de los Poderes del Estado emitida por el TCB, en ocasión de dictar la SC 0491/2003 – R de 15 de abril, en la que el intérprete supremo de la Constitución sostenía «...que la separación de funciones o división de poderes constituye una limitación para cada órgano de poder, que sólo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia, principio fundamental que está consagrado en el artículo 2 de la CPE.» consideración que posteriormente fue aclarada por el propio Tribunal a través de la SC 0129/2004 de 10 de noviembre, en la que sostuvo que «dicho principio no constituye una tajante división de la estructura básica del ejercicio del poder político en compartimientos estancos, sino en una separación de funciones que evite la concentración del poder en una misma persona u órgano, garantizando la libertad, la dignidad y la seguridad de los ciudadanos.»

inaceptable admitir que la facultad que la Constitución confería al Presidente de la República de designar empleados de la administración, pudiera incluir a las más altas autoridades judiciales, porque ello habría significado el sacrificio y sometimiento del principio mencionado¹²³⁵.

Seguidamente, y –según se entiende–, en un contrasentido con el argumento sostenido previamente, los recurrentes trajeron a colación la interpretación realizada por el TCB en referencia al artículo 96.16^a de la CPE, según la cual, la designación de autoridades interinas prevista en la precitada cláusula constitucional no era arbitraria ni discrecional, sino una posibilidad que brindaba la Ley Fundamental, para situaciones de trascendental importancia y debidamente justificada, en tanto representaba de interés nacional. En ese sentido, el dictado del DS impugnado no se justificaba en tanto que, el Consejo de la Judicatura una vez que constató las acefalías en la Corte Suprema de Justicia, efectuó las convocatorias correspondientes, y remitió las listas de postulantes al Congreso Nacional para su tratamiento y elección. Independientemente de que la elección y designación de Ministros no pudo concretarse, debido a la finalización del periodo legislativo, la misma se mantenía en la agenda del Parlamento Nacional, es decir, que el procedimiento para la designación por el Poder Legislativo de aquellas autoridades, se encontraba en marcha. Pero además, los recurrentes señalaron que, ni en la Corte Suprema de Justicia¹²³⁶, ni en el Tribunal Constitucional¹²³⁷, que eran las instituciones que presentan acefalías, se había presentado una falta de continuidad en la prestación de sus actividades, por lo que descartaron la posibilidad de una parálisis en aquellas instancias, que pudiera significar una vulneración hacia el derecho de acceder al sistema de justicia.

De este modo, y en forma puntual, los recurrentes adujeron que la designación por DS de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia aparejaba un abanico de inconvenientes. Así por un lado, se denunció el incremento de la preponderancia del Poder Ejecutivo en el régimen gubernativo, ya que se había exteriorizado una designación en base a criterios subjetivos de los beneficiarios del nombramiento. Por otro lado, se refería a la afectación de atribuciones del Poder Legislativo, y que ello conllevaba a una suerte de conspiración en contra de la

¹²³⁵ En la interpretación sostenida por los recurrentes en torno al artículo 96.16^a de la CPE, la facultad de designar a funcionarios por parte del Ejecutivo, se refería a una inmensa gama de empleados de la Administración que formaban parte del poder administrador, que era el Poder Ejecutivo, tales como los de las Superintendencias, Servicio de Impuestos, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos, Aduanas, entre otros, sin que pueda abarcar a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia porque no eran empleados, sino magistrados y jueces que ejercían jurisdicción y competencia con carácter de independencia, a diferencia de los empleados que estaban sometidos en virtud del principio de jerarquía y obediencia debida a la autoridad jerárquica de la que dependían. Para reforzar este entendimiento, los recurrentes invocaron al artículo 43 de la CPE que diferenciaba entre funcionarios y empleados, concordante con el Estatuto del Funcionario Público, que a su vez distinguía entre funcionarios electos constitucionalmente y el resto de los empleados de la Administración, como agentes de la administración y por tanto dependientes directamente del Ejecutivo, es decir los de libre nombramiento, designados, de carrera, interinos, e incluso, los denominados provisorios.

¹²³⁶ Los recurrentes recordaron que el artículo 80 de la Ley de Organización Judicial (LOJ), contemplaba la posibilidad de nombrar a conjuces, los que podían llenar los vacíos que pudieron producirse al dirimir un asunto, pero que independientemente de ello, existía el número necesario de Ministros para conformar Sala Plena.

¹²³⁷ Para el caso del desempeño sin irrupciones del Tribunal Constitucional, los recurrentes recordaron que en caso de renuncia, muerte, culminación de mandato, o cualquier otra circunstancia que impida al magistrado el ejercicio de sus funciones, podía recurrirse a los magistrados suplentes para que sumieran la titularidad en defecto de los magistrados titulares, activándose de ese modo, los mecanismos de suplencias e interinatos previstos en la LTC, que permitían la continuidad en la prestación de servicios y el acceso a la justicia.

independencia judicial. Además, reclamaron que los postulantes que cumplieron los procedimientos legalmente establecidos para acceder a esa función, se vieron relegados por quienes sin mayor mérito se beneficiaron por la máxima autoridad del Poder Ejecutivo. Todo esto según los recurrentes, confluía en la lesión del principio republicano que señalaba que la designación de los jueces no podía depender sólo del arbitrio presidencial, sino que debía emerger de la soberanía popular a través de los canales constitucional y legalmente previstos al efecto, como era el de la participación del Poder Legislativo, conforme establecía el artículo 4.I de la CPE.

Una vez notificado con el recurso, el Presidente constitucional de la República, en su condición de personero del órgano que generó la norma impugnada, presentó sus alegaciones, sosteniendo que, en fecha 22 de diciembre de 2006 se celebró la 18ª sesión ordinaria del Congreso Nacional, en la que se decidió la clausura de la Legislatura 2006, dejando en la agenda del Parlamento Nacional varios temas de interés nacional, entre ellos, la designación de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, como lo reconocían los impetrantes. Recordaron también, que desde el Poder Ejecutivo, se insistió para que el Congreso Nacional nombre a los Ministros de las listas remitidas por el Consejo de la Judicatura, empero, –justificaron– hasta el 30 de diciembre de 2006, dicha atribución no fue ejercitada por el Poder Legislativo, situación ésta que habría facultado al Presidente de la República, a cumplir de manera excepcional la competencia que el artículo 96.16ª de la CPE preveía¹²³⁸. En ese sentido, la autoridad recurrida dejó entrever, que en un acto de conciencia sobre la existencia de innumerables casos judiciales pendientes de resolución en la Corte Suprema de Justicia por las acefalías producidas por la renuncia de cuatro Ministros, designó interinamente a cuatro Ministros que cumplieran con los requisitos generales y específicos, para que ejerzan funciones en tanto se aguardaba a que el Congreso Nacional nombre a los titulares.

Los recurrentes le recordaron al Tribunal, que fue esa misma instancia de control, la que interpretó y fundamentó en las SSCC 0491/2003, 0218/2004 y 0129/2004, que las designaciones interinas realizadas por el Poder Ejecutivo de Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Consejeros de la Judicatura y Fiscales de Distrito, no vulneraban la independencia de poderes, y que a través de estos fallos, el TCB determinó los alcances del artículo 96.16ª de la CPE, desprendiéndose que las designaciones interinas de 30 de diciembre de 2006, obedecieron a la existencia de cuatro acefalías concurrentes a la fecha de promulgación del DS impugnado, y cuando el Congreso Nacional se encontraba en receso decretado en la 18ª sesión ordinaria del Congreso (Legislatura 2006 – 2007).

En esa misma línea, la autoridad recurrida, rechazó aquella acusación en sentido que el Poder Ejecutivo estaría realizando maniobras políticas para copar todo el Poder Judicial, justificando en su lugar, que la pretensión del DS impugnado era garantizar el principio de celeridad del Poder Judicial, materializado en el funcionamiento regular y continuo de la administración de justicia.

¹²³⁸ En relación a lo extrañado por los recurrentes, esto es, que el Poder Ejecutivo, sólo estaría facultado para nombrar interinamente a funcionarios de la administración en general, mas no así, a los máximos representantes del Poder Judicial, La autoridad recurrida aclaró, mediante escrito de fecha 5 de marzo de 2007, que los términos *empleado* y *funcionario público* que invocaron los recurrentes, fue abordada en la SC 0129/2004, en la que se señaló que ambos términos eran utilizados indistintamente, de modo que la atribución contenida en el artículo 96.16ª de la CPE, abarca a todos los servidores públicos que debían ser elegidos por otro Poder y no solamente a los funcionarios del Poder Ejecutivo.

Una vez que el TCB ingresó al examen de constitucionalidad de la norma impugnada, rememoró los argumentos esbozados por esta instancia de control en ocasión de pronunciar la SC 0129/2004, en la que ratificó que el Presidente de la República contaba con la potestad, reconocida en el artículo 96.16^a de la CPE, de nombrar en forma interina, en caso de renuncia o muerte, a los empleados que debían ser elegidos por otro Poder cuando éste se encontraba en receso. En ese marco, el Tribunal dejó establecido que la jurisprudencia constitucional ya había efectuado una precisión sobre los casos y condiciones en que la más alta autoridad del Poder Ejecutivo del Estado podía nombrar a funcionarios que tendrían que ser designados por otro Poder.

Por lo mismo, y para el caso concreto, en cuanto a la primera condición fijada por el artículo 96.16^a de la CPE para que el Presidente de la República pudiera realizar el aludido nombramiento, el TCB dejó por sentado la concurrencia de aquella condición, en tanto que, se habían suscitado cuatro renuncias al cargo de Ministros la Corte Suprema de Justicia, produciéndose lógicamente ese número de acefalías, que dieron lugar a la dictación del DS objetado¹²³⁹.

De otro lado, en cuanto al segundo requisito, el Tribunal también consideró que al tener el Congreso Nacional la potestad de designar a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, conforme lo determinaba el artículo 59.20^a de la CPE, para que el Presidente de la República pudiera hacer uso de la competencia asignada en el artículo 96.16^a de la CPE, era imperioso que el Congreso Nacional haya estado en receso cuando se emitió el DS 28993¹²⁴⁰. Por lo que, de la compulsa realizada a los antecedentes del recurso, el Tribunal constató que según el acta de la 18^a sesión del Congreso Legislatura 2006 – 2007, del viernes 22 de diciembre de 2006, en el orden del día se consignó en segundo lugar, la «Clausura de la Legislatura 2006». En ese sentido, luego de haber tratado los temas que tenían contemplados en el orden del día, se nombró la Comisión de Congreso¹²⁴¹, procediéndose después a clausurar

¹²³⁹ Véase sobre este requisito el FJ III.3 de la SC 0218/2004–R de 11 de febrero.

¹²⁴⁰ Realizando una cita del precedente establecido en la SC 0218/2004–R de 11 de febrero, el Tribunal recordó que: «Para situaciones excepcionales, el Constituyente ha previsto que el Presidente de la República (como parte del Poder Ejecutivo), realice nombramientos interinos de ciertos empleados que deben ser elegidos por otro Poder cuando éste se encuentre en receso (Poder Legislativo), conforme dispone el artículo 96.16^a de la CPE. Por consiguiente, el Poder Ejecutivo, a través del Presidente de la República, tiene la facultad de nombrar interinamente a ciertos funcionarios que en principio corresponden ser elegidos por el Poder Legislativo, cuando concurren las siguientes condiciones: 1º la autoridad a ser reemplazada hubiere fallecido o renunciado a su cargo y, 2º el Poder Legislativo –a quién corresponde realizar esa elección–, se encuentre en receso...». Dicho precedente se constituyó en línea jurisprudencial ratificada a través de la SC 0129/2004.

¹²⁴¹ Sobre las comisiones de Congreso en época de receso, el artículo 82 de la CPE establecía que: «I. Durante el receso de las Cámaras funcionará una Comisión del Congreso compuesta de nueve Senadores y dieciocho Diputados, quienes, con sus respectivos suplentes, serán elegidos por cada Cámara de modo que reflejen en lo posible la composición territorial del Congreso. II. Estará presidida por el Vicepresidente de la República y la integrarán el Presidente Electivo del Senado y el Presidente de la Cámara de Diputados, en calidad de Vicepresidentes primero y segundo, respectivamente.» A su vez el artículo 45 del Reglamento General de la Cámara de Diputados desarrollaba el precepto constitucional glosado, bajo el siguiente texto: «Durante el receso parlamentario funcionará la Comisión de Congreso, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 82, 83 y 84 de la Constitución Política del Estado. Para conformar esta Comisión se elegirá, por simple mayoría y, por lo menos, con diez días de anticipación a la finalización de la legislatura, dieciocho diputados titulares y dieciocho suplentes, procurando reflejar la composición territorial y política de la Cámara». De igual modo, el Reglamento de la Cámara de Senadores, en el artículo 195, bajo el nomen juris de «Receso de las Cámaras», disponía lo siguiente: «Durante el receso parlamentario funcionará una Comisión del Congreso compuesta por 9 Senadores con sus

el mismo. De ese modo, a juicio del Tribunal, quedaba constatado que el 30 de diciembre de 2006, fecha de emisión del DS impugnado, el Congreso Nacional –órgano estatal que contaba con la facultad de nombrar a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia–, se encontraba en receso, con lo que se evidenciaba que se había cumplido con la segunda condición que el artículo 96.16^a de la CPE imponía para el nombramiento interino de servidores públicos, y cuya designación estaba encomendada a otro Poder.

Asimismo, en lo que concierne a la calidad de funcionarios de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, aspecto que también fue objeto de cuestionamiento por parte de los recurrentes, quienes sostuvieron que la expresión «empleado» no podía alcanzar a las más altas autoridades del Poder Judicial como eran los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal, señaló que debía recordarse que ello ya fue dilucidado en la SC 0129/2004, que determinó que el vocablo «empleados» que traducía el artículo 96.16^a de la CPE, abarcaba a todo tipo de servidores públicos indistintamente del cargo que ocupen o rango y jerarquía que ostenten¹²⁴².

Por consiguiente, en el razonamiento del TCB, para la emisión del DS 28993, se habían producido todas las condiciones que establecía la propia CPE cuando atribuía la competencia –excepcional– al Presidente de la República de designar a empleados –funcionarios o servidores públicos– en cargos que se encontraban acéfalos por renuncia o muerte, y que el órgano que tenía potestad para nombrarlos, se encontraba en receso. Por ello, el Tribunal remarcó que, conforme la línea jurisprudencial trazada por el custodio de la Constitución, la atribución contenida en el artículo 96.16^a de la CPE, no podía constituir en sí misma una lesión a los principios sobre los que se edificaba el Estado Social y Democrático de Derecho, como los de separación de funciones y soberanía popular. El Tribunal precisó que se trataba de una más de las varias situaciones especiales previstas por la Constitución, como lo ocurrido con la renuncia de cuatro Ministros de la Corte Suprema de Justicia, lo que dio lugar a la dictación del DS objetado que, de acuerdo a lo expuesto, no era contrario al contenido del artículo 2 de la CPE.

Ahora bien, una vez constatada la constitucionalidad del DS 28993, en criterio del Tribunal, era imperioso efectuar precisiones respecto del carácter interino de las funciones que debían desempeñar las personas designadas en virtud de lo dispuesto por el artículo 96.16^a de la CPE.

En ese sentido, el Tribunal comenzó por señalar que el interinato era el desempeño de un cargo de manera provisional, en sustitución de una autoridad o funcionario público. Por lo que en la interpretación del TCB, cuando la Constitución, en el artículo 96.16^a, hacía referencia a «nombramientos interinos», estaba dando a entender que ese nombramiento era provisional, lo que significaba que quienes habían sido designados en virtud a esa facultad, por imperativo constitucional, no podían permanecer de manera indefinida en las funciones en las que fueron

respectivos suplentes, elegidos por la Cámara». Consiguientemente, del contenido del texto constitucional y de los reglamentos aludidos, se establecía de manera clara y precisa que se estaba frente a un receso parlamentario, cuando el Congreso clausuraba sus sesiones ordinarias previstas por el artículo 46.II de la CPE, para lo cual, al menos con diez días de anticipación, debía elegirse una Comisión de Congreso, destinada a cumplir las funciones urgentes del parlamento durante tal receso.

¹²⁴² Es más, la propia Ley 2027 del Estatuto del Funcionario Público, su Reglamento, la Ley 1178 de Responsabilidad Funcionaria, su Reglamento, el DS 23318-A, el Código Penal, y el resto de la normativa inherente a los *agentes de la administración* cataloga como sinónimos a los funcionarios y empleados públicos.

designados. En el entendimiento del Tribunal, si bien era cierto que la Constitución establecía aquella limitación al nombramiento que realizaba el Presidente de la República, no menos cierto era que, en cuanto a la duración de sus funciones no especificaba, de manera expresa, la duración de ese interinato, por lo que el máximo intérprete de la Constitución, repasando su jurisprudencia¹²⁴³, estableció que en virtud a los principios de unidad de la Constitución y de eficacia integradora, las disposiciones constitucionales debían ser interpretadas en su totalidad, potenciando las soluciones que refuercen la unidad política, tomando en cuenta la coordinación e interrelación que debía existir entre los órganos del Estado para la realización de sus fines y la conservación del régimen democrático.

De acuerdo a ese razonamiento formulado por el TCB, el interinato sólo podía durar mientras el órgano encargado de realizar las designaciones se encontraba en receso. Luego, cuando éste retornaba a sus funciones, no existía impedimento alguno para que cumplieran con el deber constitucional que se encontraba previsto en el artículo 59.20^a de la CPE, y así cumplir con la finalidad de que las autoridades designadas sean el fruto de esa expresión democrática que los representantes nacionales encarnan. Pero no sólo ello, sino que además, en criterio del Tribunal, esa obligación debía ser cumplida de manera diligente, es decir, dentro del menor tiempo posible.

Precisamente, para definir el plazo de duración del interinato, el Tribunal recurrió a las regulaciones legislativas vigentes sobre el tema. En primer lugar, tomó en cuenta los artículos 1 y 2 de la antigua Ley de 2 de octubre de 1911, que establecían: «Las provisiones interinas de puestos públicos que hiciere el Ejecutivo con arreglo a las leyes sólo tendrán efecto por el término de tres meses, pasado el cual, el nombramiento caducará de hecho. Exceptuándose de esta disposición las provisiones de cátedras, cuando no hubiere profesores propietarios.», y que «Los nombramientos interinos en cuya provisión constitucional intervinieren las Cámaras Legislativas, no caducarán sino a los tres meses de la instalación del Congreso, salvo que éste hubiese intervenido antes en dichos nombramientos», respectivamente. Dentro de ese mismo marco, citó también al artículo 5 del Estatuto del Funcionario Público (EFP), norma que entre las clases de servidores públicos, señala a los funcionarios interinos, y los define como: «aquellos que, de manera provisional y por un plazo máximo e improrrogable de 90 días, ocupan cargos públicos previstos para la carrera administrativa, en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera conforme al presente Estatuto y disposiciones reglamentarias»¹²⁴⁴.

Para el TCB resultaba imprescindible dejar sentado que, en una interpretación integradora de las disposiciones normativas glosadas, es decir, tanto la Ley de 2 de octubre de 1911, como las normas del Estatuto del Funcionario Público antes referidas, regulaban la naturaleza del interinato, que de acuerdo a la doctrina radicaba en la temporalidad de las

¹²⁴³ No cabe duda alguna que el precedente establecido en la SC 0129/2004, constituyó el principal soporte de la sentencia objeto de análisis.

¹²⁴⁴ Estas disposiciones guardaban concordancia también, con el artículo 12 del DS 25749 de 24 de abril de 2000 (Reglamento al Estatuto del Funcionario Público), que al referirse a las clases de servidores públicos, mencionaba a los funcionarios interinos, como aquellas: «personas individuales contratadas por un período no mayor a 90 días para cubrir puestos vacantes de la estructura institucional o para resolver alguna necesidad emergente con duración definida, siempre y cuando esas funciones no puedan ser realizadas por los servidores regulares de la institución conforme al Estatuto y disposiciones reglamentarias. En ningún caso, los funcionarios interinos podrán constituirse de manera automática en funcionarios de carrera».

funciones, es decir, que los funcionarios interinos se tornaban en provisorios durante el tiempo que les cabía desempeñar sus funciones con todas las prerrogativas, competencias y potestades inherentes al cargo, aplicándose de forma extensiva el tiempo fijado por las normas referidas al caso concreto examinado, puesto que la designación con carácter interino era temporal, nunca indefinida, de modo que tenía que establecerse como lapso máximo de la interinidad, los noventa días que fijaban los artículos 5 inc. e) del EFP y 12 inc. e) de su Reglamento, por cuanto la cobertura de un puesto o cargo público por impedimento del que era su titular – muerte o renuncia–, se presentaba como una necesidad concreta y transitoria, más aún en el caso analizado, en el que ya el Congreso Nacional había retomado sus funciones habituales, y no se encontraba en receso, por lo que se hacía patente su deber de cumplir con la designación de las autoridades del Poder Judicial.

En ese contexto, el Tribunal enfatizó que los Ministros de la Corte Suprema de Justicia designados mediante DS por el Presidente de la República, no podían permanecer en tales cargos en forma indefinida, sino únicamente durante el tiempo que duró el receso parlamentario y, mientras éstos designaren a los funcionarios judiciales, tiempo que no podía exceder, como se tuvo dicho, de los noventa días que señalaban las normas legales antes aludidas, ya que cumpliendo ese término, perdían sus prerrogativas y competencias.

En consecuencia, para el caso concreto, el Tribunal, en forma contundente sostuvo que, si bien para el dictado del DS por parte del Poder Ejecutivo a fin de designar en el cargo a cuatro Ministros de la Corte Suprema de Justicia, concurrieron cada uno de los requisitos previstos por el artículo 96.16^a de la CPE –lo que la hacía constitucional–, sin embargo, al haber fenecido el indicado término (90 días), antes del pronunciamiento de esta sentencia, los cuatro ministros¹²⁴⁵ designados al amparo del DS impugnado, debían dejar sus cargos, puesto que el plazo máximo de duración del interinato previsto en la normativa nacional vigente, había fenecido de sobremanera. Asimismo, el guardián de la Constitución en uso de las atribuciones otorgadas por el artículo 48.4 de la LTC que le facultaba dimensionar los efectos de las resoluciones en el tiempo, y así evitar que a consecuencia de su fallo se creen situaciones que provoquen mayores lesiones a la Ley Fundamental y a la seguridad jurídica, determinó la validez de las sentencias y otras resoluciones que hubieran dictado los cuatro Ministros de la Corte Suprema de Justicia fuera del plazo del interinato, por lo que las dejó plenamente válidas¹²⁴⁶. Al mismo tiempo, el TCB exhortó al Congreso Nacional para que, en uso de la atribución contenida en el artículo 59.20^a de la CPE abrogada, designe a la brevedad posible, a los Ministros titulares de la Corte Suprema de Justicia para cubrir las acefalías producidas como consecuencia de la Sentencia Constitucional.

Cabe recordar que en el dictado de la SC 0018/2007, el razonamiento para emitir un pronunciamiento desestimatorio no fue unánime entre todos los Magistrados del TCB. Así una de sus magistradas, Silvia Salame Farjat, expresó su desacuerdo con la decisión adoptada por la

¹²⁴⁵ El fallo de la sentencia, disponía que los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Carlos Jaime Villarroel Ferrer, Wilfredo Ovando Rojas, Zacarías Valeriano Rodríguez y Bernardo Bernal Callapa, quedaban cesantes de sus cargos a partir de su notificación con la SC.

¹²⁴⁶ El inciso b) del fallo de la sentencia, establecía que «La presente Sentencia Constitucional no afectará los fallos y resoluciones dictadas por los cuatro Ministros de la Corte Suprema de Justicia nombrados interinamente, en los procesos que fueron de su conocimiento, así como en Sala Plena en los que intervinieron.»

mayoría de sus colegas, así como con los fundamentos¹²⁴⁷ contenidos en la susodicha decisión, por lo que emitió su «voto disidente»¹²⁴⁸ en la aprobación de la sentencia de referencia. En el voto particular de la magistrada, dejó por sentado que dentro del recurso debió declararse la inconstitucionalidad del DS 28993.

En el criterio particular de la magistrada, si bien el artículo 96.16^a de la CPE facultaba al Presidente de la República a «Nombrar interinamente, en caso de renuncia o muerte, a los empleados que deban ser elegidos por otro poder cuando éste se encuentre en receso», se debía interpretar que debería hacerlo sujetándose, en todo caso, a los alcances de los artículos 1 y 2 de la Constitución¹²⁴⁹, es decir, sin alterar o afectar el régimen democrático del Gobierno ni la división de poderes proclamada por el artículo 2 de la Constitución que resguardaba la independencia de cada uno de ellos y propugnaba la coordinación de los mismos.

En ese sentido, para Salame, quedaba claro que, conforme a los presupuestos normativos precedentemente señalados, el orden constitucional boliviano, bajo la idea de que el Estado sólo puede cumplir los fines que justifican su existencia cuando la estructura del poder legítimo está en funcionamiento, facultaba al Presidente de la República para realizar

¹²⁴⁷ Invocando a las *ratio decidendi* de las SC 0004/2006 de 24 de enero, y SC 0051/2005 de 18 de agosto, la magistrada recordó que el Tribunal Constitucional, como órgano encargado del resguardo de la supremacía de la Constitución, se ha pronunciado acerca de este rol en diversas sentencias constitucionales, de manera uniforme, y ha señalado que al hacer el examen de constitucionalidad el Tribunal no analiza la conveniencia, tampoco valora los fines o propósitos que pueda tener la norma impugnada, y menos busca el propósito que tuvo el ente generador del precepto al emitirlo, en consecuencia, la labor de este Tribunal se limitaba al control objetivo de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas. Asimismo, desde una perspectiva doctrinal, Salame sostuvo que el juicio de constitucionalidad implica la comparación de una norma infraconstitucional con el texto constitucional, cotejo que debe efectuarse en abstracto de modo que el encargado del control de constitucionalidad no ingresa a verificar situaciones o hechos ajenos al contenido de la disposición legal impugnada, resultando de ello la conformidad o inconvención del precepto de jerarquía inferior con el de jerarquía superior, de manera que las implicaciones o vicisitudes que su aplicación práctica haya podido producir, no hacen a su contenido. Luego, como una consecuencia lógica de estas premisas normativas y doctrinales, la Magistrada disidente consideró, que dentro de esa configuración jurídico constitucional se debió resolver la problemática planteada en el recurso, empero, a tiempo de fundamentar la constitucionalidad se hizo una consideración de aspectos que no guardan pertinencia con el mismo, como el relativo a tiempo de duración de los interinatos. Con esto, la magistrada reconoció que el Tribunal ingresó a analizar aspectos que no formaban parte del objeto de control, es decir, el Tribunal debió simplemente determinar la constitucionalidad o no de la norma en abstracto, independientemente de que la misma desprenda o incluya otras situaciones accesorias como la constitucionalidad del interinato de los cuatro Ministros. Quizá de haberse tomado en cuenta esta reflexión, se habría salvado el embate del Poder Ejecutivo hacia el Tribunal Constitucional, como se verá que se suscitó luego de pronunciada la decisión en cuestión.

¹²⁴⁸ El artículo 47.II de la LTC, preveía que «Se hará constar en la resolución los votos disidentes. El Magistrado disidente deberá obligatoriamente fundamentar su voto en el plazo de cinco días, para efectos de publicación en la Gaceta Constitucional.»

¹²⁴⁹ En la fundamentación del voto disidente, la magistrada consideró que, para la dictación del recurso, era imprescindible referirse al artículo 1 de la CPE por ser básico para efectuar una interpretación integrada de sus alcances, con relación a los artículos 2, 69 y 96.16^a, por cuanto la Ley Fundamental es un conjunto normativo orgánico en el sentido de que las normas constitucionales son interdependientes y la aplicación de cada una de ellas no puede ser aislada, sino que debe hacérsela dentro de un contexto armónico que sustenta los fines y objetivos del Estado como tal. En este sentido, para la magistrada disidente, el citado artículo 1 de la CPE, al sentar principios democráticos sobre los cuales debían descansar y apoyarse las instituciones jurídicas del país, guardaba estrecha relación, con el artículo 2 de la CPE. Esto significaba que la división de poderes consagrada por el artículo 2 de la CPE debía aplicarse en concordancia con el artículo precedente, en cuanto esa división precisamente constituía una garantía para el ejercicio democrático del poder, evitando una concentración arbitraria o autoritaria.

nombramientos de manera interina de empleados públicos, cuyo nombramiento esté atribuida a otro Poder, siempre y cuando concurrieran los supuestos y las circunstancias establecidas por la misma Constitución, que es la única fuente que puede otorgar atribuciones a los órganos supremos del Poder político. Dentro de este contexto que otorgaba la Constitución y al que inexcusablemente debían ceñirse todos los poderes del Estado, el citado artículo 96.16^a le concedía al Poder Ejecutivo, a través del Presidente de la República, la facultad de nombrar funcionarios o empleados cuando el poder que debía hacerlo se encontraba en receso. Ahora bien, para la Magistrada del TCB, esto no significaba, en modo alguno, el ejercicio de dicha facultad por parte del Presidente contrariando el régimen democrático y la división de poderes, al contrario, –según dejó sentado–, para que el Presidente pudiera realizar dicha designación, debía concurrir la ineludible necesidad de garantizar la prosecución de las funciones de la entidad pública que, por renuncia o muerte del funcionario, hubiera causado la paralización de la misma. Por lo mismo, fundamentó, que, en el caso de la Corte Suprema de Justicia, no se justificaba designar, mediante DS, a los Ministros de dicho alto Tribunal por cuanto éste se encontraba normalmente en funciones y sólo correspondía al Poder Legislativo hacer esa designación, de acuerdo con las atribuciones reconocidas por la Ley Fundamental. En consecuencia, en criterio de Salame, el DS 28993, mediante el cual se hacía la designación de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia en reemplazo de los renunciantes, no se ajustaba a las normas constitucionales antes citadas¹²⁵⁰.

Una vez que la SC 0018/2007, fue notificada a las partes, el Presidente de la República, luego de hacer uso de los recursos de complementación y enmienda, planteó un «juicio de responsabilidades»¹²⁵¹ contra los cuatro tribunales (Elizabeth Iñiguez de Salinas, Martha Rojas Álvarez, Artemio Arias Romano y Walter Raña Arana) porque los mismos, a través del dictado de la SC, en criterio del Presidente, habían cometido los delitos de «resoluciones contrarias a la Constitución y las leyes (artículo 153 CP), incumplimiento de deberes (artículo 154 CP), impedir o estorbar el ejercicio de funciones (artículo 161 CP) y prevaricato (artículo 173 CP)».

En medio de aquella ola de denuncias y acusaciones provenientes del Poder Ejecutivo hacia el Tribunal Constitucional, los magistrados tuvieron que realizar aclaraciones sobre aquellos aspectos más álgidos que azuzaban a la SC en cuestión.

Así, respecto a la acusación hecha por el Presidente de la República sobre una supuesta «usurpación de funciones»¹²⁵² en que habría incurrido el Tribunal Constitucional al disponer la

¹²⁵⁰ En consecuencia, para Salame, de admitirse la constitucionalidad del DS 28993 impugnado, implicaba sentar un precedente que afectaría en el futuro al principio básico de la división e independencia de los Poderes del Estado, adoptado por la Constitución, en tanto que el Decreto Supremo impugnado vulneraba el principio de separación de poderes y el principio de legalidad, pues al no sujetarse a la previsión constitucional para hacer uso de la permisión que le otorgaba el artículo 96.16^a de la CPE al Presidente de la República, esta situación determinaba que el nombrado dignatario de Estado, al momento de emitir la norma impugnada, invadió las competencias del Poder Legislativo, infringiendo los artículos 2, 59.20^a y 117.IV. de la CPE.

¹²⁵¹ El Artículo 1 (Ámbito de aplicación personal y material) de la Ley No. 2623 de 22 de diciembre de 2003, «Ley procesal para el juzgamiento de altas autoridades del Poder Judicial y del Fiscal General de la República», prevé el juzgamiento de los Magistrados del Tribunal Constitucional, por delitos cometidos en el ejercicio específico de sus funciones.

¹²⁵² En ese entendido, el Tribunal Constitucional, haciendo la interpretación integradora referida en los puntos precedentes, comprobó que ya había fenecido el plazo de 90 días de interinato. En consecuencia, no podía permitir la prolongación de las funciones de los Ministros designados por DS, restándole sólo establecer las emergencias de su decisión, en resguardo de la seguridad jurídica de todos aquellos que tenían procesos a ser

cesación de funciones de los Ministros designados mediante DS 28993, los magistrados respondieron enfáticamente, que la SC 0018/2007 fue pronunciada por el Tribunal en el marco de la CPE y las atribuciones que le otorgaba la LTC, cuyo artículo 48, en concordancia con la norma contenida en el artículo 58 de la misma Ley, determinaba que en la parte resolutive de la sentencia, el Tribunal debía pronunciarse sobre el fondo del recurso, su dimensionamiento en el tiempo y los efectos sobre lo resuelto. En consecuencia, las sentencias pronunciadas dentro de los recursos de inconstitucionalidad no se limitaban a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma legal impugnada, sino que también debía pronunciarse sobre los efectos de lo resuelto, que es lo que aconteció en la SC observada. Asimismo, los personeros del Tribunal sostuvieron que dicha instancia, en resguardo del principio de conservación de la norma, podía interpretar las disposiciones legales, adoptando el entendimiento que concuerde con la Constitución. Lo que significaba que, sometida una norma al control de constitucionalidad, el Tribunal no sólo tenía la opción de declarar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino que también podía interpretarla conforme a la Constitución, disponiendo los efectos de esa interpretación. En ese sentido, los magistrados sostuvieron que, en la SC 0018/2007, el Tribunal declaró la constitucionalidad del DS impugnado, porque entendieron que para su emisión, se produjeron las dos condiciones que el artículo 96.16 de la Constitución preveía para que el Presidente de la República ejerza excepcionalmente la potestad que la misma le confería¹²⁵³. Sin embargo, aclararon que fue obligación del Tribunal analizar e interpretar la referida disposición que establecía el carácter interino de las funciones de las personas designadas por el Presidente, pronunciando así una Sentencia interpretativa e integradora. De ese modo, el Tribunal desmintió que la emisión de la SC pudiera representar una especie de usurpación de funciones en tanto que a través de la misma se habría dispuesto la cesación de los Magistrados designados por el Presidente vía el DS impugnado, al contrario, señalaron que lo único que hicieron como instancia de control fue dejar sentado que el interinato de los cargos designados por el Presidente de la República, no tenía un carácter indefinido, sino más bien, limitado, esto es los 90 días, tal como lo prescribía la Constitución.

Otra de las observaciones que se hicieron a la SC de referencia, era que la misma se había basado en una norma que se encontraba derogada, en alusión a la Ley de 2 de octubre de 1911. Al respecto, los Magistrados firmantes de la SC 0018/2007, señalaron que la fundamentación de su decisión lo hicieron en apego a las normas, valores y principios constitucionales, estableciendo que el interinato sólo podía ser conforme a la Constitución si tenía un término de duración, pues, de lo contrario, la previsión constitucional del carácter interino de la designación, carecería de significación y concreción, ya que, en los hechos, se habría permitido la prolongación indefinida de los funcionarios designados por el Poder

dirimidos en la Corte Suprema de Justicia, motivo por el cual expresó que al haberse cumplido los 90 días de interinato, los Ministros quedaban cesantes de sus cargos al momento de ser notificados con la Sentencia, aclarando a la vez que, al existir un lapso entre el fenecimiento de los 90 días antes señalados y la emisión de la SC 0018/2007, todas las actuaciones y decisiones asumidas por los cuatro Ministros referidos eran válidas hasta el momento de la notificación con la Sentencia Constitucional, precautelando nuevamente el principio de seguridad jurídica. Todo esto no podía entenderse, según los Magistrados, como una intromisión hacia las funciones del Poder Ejecutivo, es más, recordó que en la misma sentencia, el Tribunal aclaró que se exhortó al Poder legislativo para que cumpla con la atribución de nombrar a Ministros titulares de la Corte Suprema, a la brevedad posible para cubrir las acefalías existentes.

¹²⁵³ Recuérdese que la norma exigía la existencia de una acefalía por renuncia o muerte del funcionario, quedando una vacante que debía ser cubierta por el Presidente de la República cuando el Poder Legislativo estuviera en receso.

Ejecutivo¹²⁵⁴. Ahora bien, como se dijo, esta afirmación, encontraba su sustento en el propio ordenamiento jurídico del país, es decir en la Ley de 2 de octubre de 1911 que se encontraba plenamente vigente, rechazando que esa ley estuviese derogada en virtud a la reforma constitucional de 1938, y esto porque, –en una retrospectiva histórica realizada por el Tribunal– la facultad presidencial de nombramiento interino estuvo presente en la Constitución desde la reforma constitucional de 1839, sin establecerse un plazo para la duración del interinato, dejando que ese aspecto fuera desarrollado por las leyes, siendo una de ellas, precisamente, la Ley de 30 de noviembre de 1883, que posteriormente fue derogada por la Ley de 2 de octubre de 1911. El Tribunal afirmó que, la reforma constitucional de 1938, al igual que las anteriores, no estableció ningún plazo de duración del interinato, en consecuencia, no pudo derogar ninguna norma que establecía aquel plazo, en este caso la Ley de 1911, pues no existía oposición entre esta Ley y la Constitución de 1938, más bien, a juicio de los Magistrados, existía complementariedad¹²⁵⁵.

Asimismo, en referencia a que el Tribunal no debía aplicar las normas del Estatuto del Funcionario Público y su Reglamento a los funcionarios designados interinamente por el Presidente, los Magistrados aclararon que la sentencia en ningún momento dispuso la aplicación de las normas del Estatuto del Funcionario Público y su Reglamento a los funcionarios designados interinamente por el Presidente de la República. Al contrario, precisaron que lo único que hicieron fue tomar como criterio de comparación el término de 90 días para la duración máxima de los interinatos, pues el artículo 5 del Estatuto establecía un plazo igual al contenido por la Ley de 1911 para la duración de los funcionarios interinos¹²⁵⁶. Luego, ni el Estatuto del Funcionario Público ni su Reglamento, se constituían en la razón fundamental del fallo, puesto que, desde la perspectiva de los Magistrados, las razones para fijar un plazo para la duración del interinato, nacían de la interpretación de los principios, valores y normas de la Constitución, y sólo accesoriamente, con el fin de realizar una interpretación integradora del ordenamiento jurídico, se citaron las normas antes aludidas¹²⁵⁷.

¹²⁵⁴ En ese sentido, la sentencia, luego de realizar un análisis de los principios, valores y normas constitucionales, concluyó que el interinato no podía extenderse indefinidamente, y que el Poder Legislativo, una vez retomadas sus funciones, luego del receso parlamentario, debía designar inmediatamente a las autoridades judiciales, conforme a la obligación que le imponía la norma constitucional.

¹²⁵⁵ En análisis minucioso de los antecedentes normativos, el TCB recalcó que la única modificación realizada por la reforma constitucional de 1938 fue la relativa al receso parlamentario, que no estaba vinculada a la duración del interinato sino a las condiciones que deben cumplirse para que el Presidente ejerza esa facultad, no existiendo, en consecuencia, ningún sustento jurídico para afirmar que esa norma fue derogada por la reforma constitucional de 1938.

¹²⁵⁶ Los Magistrados aclararon que, si se citaron los plazos previstos por la Ley de 1911, plenamente vigente, y las normas del Estatuto del Funcionario Público y su Reglamento, fue porque estas eran coincidentes en cuanto a la duración del interinato.

¹²⁵⁷ Véase en ese sentido, el FJ III.5. de la SC, en la que el Tribunal estableció que «Resulta imprescindible dejar sentado que, en una *interpretación integradora*, ambas disposiciones mencionadas, es decir, tanto la Ley de 2 de octubre de 1911, como las normas del Estatuto del Funcionario Público antes referidas, se basan en la naturaleza del interinato, que de acuerdo a la doctrina radica en la temporalidad de las funciones, es decir, que los funcionarios interinos se tornan en provisorios durante el tiempo que les cabe desempeñar sus funciones con todas las prerrogativas, competencias y potestades inherentes al cargo, *aplicándose de forma extensiva el tiempo fijado por las normas referidas al caso concreto ahora examinado*, puesto que la designación con carácter interino es temporal, nunca indefinida, de modo que tiene que establecerse como lapso máximo de la interinidad, los noventa días que fijan los arts. 5 inc. e) del EFP y 12 inc. e) de su Reglamento, por cuanto la cobertura de un puesto o cargo público por impedimento del que era su titular –muerte o renuncia–, se presenta como una necesidad concreta y transitoria, más aún en el caso hoy analizado, en el que ya el Congreso Nacional ha retomado sus funciones habituales, no se encuentra en receso y tiene el deber de cumplir con la designación de autoridades del Poder Judicial».

Por último, se criticó la contradicción existente entre el fallo con la línea jurisprudencial contenida en la SC 0129/2004. Sobre el particular, el Tribunal precisó que, la SC 0018/2007 fue pronunciada siguiendo la línea jurisprudencial emitida por aquella misma instancia contenida en las SSCC 0218/2004–R de 11 de febrero, y 0129/2004 de 10 de noviembre, los que se constituyeron en sus precedentes obligatorios, respecto a las condiciones que debían darse para que se viabilice la facultad del Presidente contenida en el artículo 96.16 de la CPE, es decir, la renuncia o muerte de la autoridad a ser reemplazada, y el receso parlamentario. Los Magistrados aclararon a su vez, que en ocasión de dictar la SC 0129/2004, el TCB declaró la inconstitucionalidad del DS impugnado en ese entonces, porque faltaba una de las condiciones anotadas precedentemente para que el Presidente efectúe las designaciones, cual era el receso parlamentario. Consecuentemente, –acotaron–, en esa sentencia no se analizó el tema de la interinidad, porque al no darse las condiciones establecidas constitucionalmente para el ejercicio de la atribución presidencial, no podía ingresarse al contenido de fondo de aquella atribución, por ello, aquella sentencia sobre aquel tema, no podía ser considerada un precedente jurisprudencial¹²⁵⁸.

En base a todos estos antecedentes, los Magistrados del TCB denunciaron oficialmente ser víctimas de una persecución por parte del Poder Ejecutivo, que instauró un juicio de responsabilidades contra los cuatro magistrados que firmaron la SC 0018/2007¹²⁵⁹. Entretanto, el Poder Ejecutivo continuó acusando varias veces no sólo al TCB sino también, al Poder Judicial en su conjunto de un sinfín de hechos de corrupción y a sus miembros de ser afines a los partidos que los nombraron en el Congreso en anteriores legislaturas, críticas que los Magistrados siempre rechazaron¹²⁶⁰. En este escenario de «agresión permanente» y un «sistemático hostigamiento» como lo calificaron las Magistradas Elizabeth Iníñez y Martha Rojas, acusaron al Presidente Evo Morales, de iniciarles un juicio «político»¹²⁶¹ y «sin sustento jurídico», donde no existían las garantías mínimas para que se les proporcione un debido proceso, sobre todo, si se tomaba en cuenta que la Ley No. 2623 preveía como instancia de persecución y juzgamiento al Poder Legislativo, donde el Ejecutivo contaba con una mayoría parlamentaria, lo que le permitía al Presidente de la República, y hacía temer a la vez a los Magistrados, el amplio margen de manipulación de proceso¹²⁶². Por ello, en señal de protesta, y

¹²⁵⁸ A diferencia de la SC 0129/2004 en la que el TCB sí declaró la inconstitucionalidad del DS por no concurrir uno de los requisitos que se encontraban establecidos en el artículo 96.16 de la CPE, esto era el receso del Poder Legislativo, la SC 0018/2007 declaró la constitucionalidad del DS 28993 de 30 de diciembre de 2006, debido a que se cumplieron las condiciones previstas en el artículo 96.16 de la CPE. En consecuencia, lo que observó el TCB, no fue la ausencia de uno de los requisitos previstos en la Constitución para la designación interina por parte del Presidente de la República, sino más bien, que los nombramientos interinos, no podían prolongarse indefinidamente, sino que debían tener un límite.

¹²⁵⁹ Véase el boletín del Tribunal Constitucional de Bolivia de fecha 1 de junio de 2007.

¹²⁶⁰ En publicación de la Agencia de Noticias Fides salió un artículo de fecha 10 de noviembre de 2003, reflejando que los partidos políticos opositores Acción Democrática Nacionalista (ADN), el Movimiento Bolivia Libre (MBL) y el mismo Movimiento al Social (MAS) denunciaron que la designación de los Magistrados Martha Rojas, Alfredo Raña y Artemio Arias, eran cuotas de poder del partido político en función de gobierno de aquel entonces, es decir el Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR).

¹²⁶¹ La mayoría masista en la Cámara Baja aprobó el inicio del procesamiento, que sin embargo fue rechazado en dos oportunidades por la mayoría opositora en el Senado, la que dio por archivado el caso en aquel entonces. Sin embargo, cabe aclarar que, adicionalmente a este proceso, existían otras dieciséis causas más tramitadas ante el Congreso contra los cinco Magistrados del TCB.

¹²⁶² En efecto, si se toma en cuenta el artículo 11 (Órganos de la Etapa Preparatoria) de la Ley No. 2623, Ley procesal para el juzgamiento de altas autoridades del Poder Judicial y del Fiscal General de la República, la

a fin de evitar cualquier forma de maniobra del juicio por parte del Ejecutivo¹²⁶³, las Magistradas Iñiguez y Rojas presentaron sus respectivas cartas de renuncia¹²⁶⁴ en el mes de octubre del mismo año¹²⁶⁵, ante el Presidente del Congreso y Vicepresidente del país, Álvaro García Linera. Similar determinación asumirá dos meses después el Magistrado Alfredo Raña, quien aduciendo motivos de salud presentó su carta de renuncia en el mes de diciembre de 2007. Desde luego, el TCB quedó paralizado con esta tercera dimisión que sufrió en pocos meses y que dejó al órgano solo con dos Magistrados que no alcanzaban el quórum para su funcionamiento. El último de los cuatro Magistrados firmantes de la SC 0018/2007, en renunciar fue Artemio Arias, quien dimitió a su cargo en fecha 3 de marzo de 2008.

Hasta antes de que se produzca la última renuncia, Silvia Salame, una de las cinco Magistradas que todavía se mantenía en el TC, exigió al Congreso nombrar a los nuevos miembros del alto Tribunal durante aquel periodo legislativo, es decir, el 2008, y que en caso de no hacerlo, amenazó con un juicio contra el Vicepresidente García Linera, como responsable de que Bolivia quede sin control constitucional¹²⁶⁶.

Empero, vanos fueron los intentos por recomponer al Tribunal. Por lo que, a la única Magistrada que continuaba en el TCB no le quedó otra alternativa que presentar en fecha 26 de mayo de 2009, su renuncia al cargo¹²⁶⁷. La Magistrada Salame se encontraba sola en el TCB

Etapa Preparatoria del Juicio de Responsabilidades está a cargo de la Honorable Cámara de Diputados, siendo que el partido político en función de Gobierno MAS, contaba con un bloque preponderante. Ahora bien, del parágrafo II del mismo artículo, se establece que corresponde a la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Honorable Cámara de Diputados, mediante el Comité del Ministerio Público y Policía Judicial, promover la acción penal y dirigir la investigación en la etapa preparatoria, y lo paradójico, era que el parágrafo III del precitado artículo, al establecer a la misma Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Honorable Cámara de Diputados como la responsable de ejercitar el control jurisdiccional de la etapa preparatoria, en los hechos, el MAS venía a desempeñar la labor de juez y parte, siendo el único escenario para garantizar el equilibrio en la contienda política, la etapa de la sustanciación del juicio, puesto que según los artículos 20 y 25 de la citada Ley, establecían que la tramitación del plenario debía desarrollarse por ante la Honorable Cámara de Senadores, instancia en la que el Gobierno contaba con una férrea oposición.

¹²⁶³ Según la publicación del periódico La Razón de fecha 27 de octubre de 2007, la renuncia al cargo de las Magistradas del Tribunal Constitucional de Bolivia, tenía por finalidad –en palabras de Martha Rojas– ser excluidas del juicio de responsabilidades, puesto que al no estar más en el ejercicio de sus funciones, no ameritaba proceso especial alguno, debiendo éstas ser procesadas en la vía ordinaria, si acaso se persistía en la responsabilidad de los cuatro Magistrados. Sin embargo, el presidente del Ministerio Público de Diputados, René Martínez, descartó esta posibilidad y aseguró que los procesos debían seguir.

¹²⁶⁴ Si bien era cierto que el Tribunal, con las renuncias, se quedaba con tres miembros que hacían el quórum suficiente para continuar sus actividades. Sin embargo, en la práctica estuvo paralizado por un mes debido a que el Magistrado Arias, hizo uso de sus vacaciones anuales por el lapso de 25 días, «por prescripción médica, debido a problemas de estrés físico y psicológico». Bajo los mismos justificativos (motivos de salud) el Magistrado Raña abandonó Sucre, la capital de la República, y la sede del TCB.

¹²⁶⁵ Cabe aclarar que estas renuncias se hicieron efectivas recién en fecha 5 y 16 de noviembre de 2007.

¹²⁶⁶ Según la agencia de noticias EFE y Erbol de fecha 27 de mayo de 2009, Salame acusó al Gobierno de haber provocado la dimisión de los magistrados del TC para dejar «sin control constitucional» las reformas políticas. En conferencia de prensa brindada en fecha 28 de mayo de 2009, la entonces Magistrada sostuvo «Yo no puedo ser cómplice del Gobierno en hacer creer al mundo entero que en este país hay control constitucional. En el último tiempo se han violado los derechos constitucionales de varios ciudadanos y se está gobernando por Decreto». De igual modo, la oposición denunció, al Gobierno de Evo Morales de haber provocado la dimisión de los Magistrados del TC para dejar «sin control constitucional» las reformas políticas que se estaban aplicando en el país.

¹²⁶⁷ En la carta de renuncia enviada al Congreso Nacional por Salame, la Magistrada establecía un plazo de transición hasta el 26 de junio, cuando la dirección del Tribunal debía ser entregada a un órgano interino.

desde febrero de 2008 tras operarse las sucesivas renunciaciones a partir de 2007 de los otros cuatro Magistrados. Y ante la ausencia de voluntad política en el Legislativo para nombrar a los nuevos Magistrados y así llenar aquellas acefalías, el TCB quedó paralizado. Cabe aclarar, que el estancamiento del Tribunal, no solamente se debió a la presión ejercida por el Poder Ejecutivo a través de la instauración de juicios de responsabilidad contra los Magistrados del TCB, sino también, porque el Consejo de la Judicatura había reducido el presupuesto del Tribunal¹²⁶⁸, lo que también contribuyó al socavar a aquella instancia de control de la constitucionalidad.

Pero a su vez, no puede dejarse de lado, que en aquella ocasión, Salame no sólo criticó al Poder Ejecutivo de la severa crisis por la que atravesaba el Tribunal, sino también al Congreso por no haber cumplido con su obligación de designar a los Magistrados en los cargos vacantes, para que en el país se restituya la funcionalidad al control de constitucionalidad. Sin duda, estas dos variables fueron las causantes de la crisis que desde hacía dos años vivía el TCB, lo que provocó, entre otros efectos, la acumulación de más de 4.000 demandas pendientes de resolver que afectaban a unos 27.000 ciudadanos¹²⁶⁹.

En opinión de uno de los ex Magistrados del TCB, José Rivera Santiviáñez¹²⁷⁰, la renuncia de la Magistrada Salame constituyó la culminación de las acciones de ataque al Tribunal Constitucional provenientes desde el Ejecutivo gubernamental, las que estuvieron precedidas por el recorte del presupuesto al órgano de control, y lo que significó a su vez, que dicha instancia quedara sin funcionalidad jurisdiccional y administrativa, exponiéndose con ello, a un serio riesgo al Estado de Derecho¹²⁷¹.

¹²⁶⁸ En efecto, el Consejo de la Judicatura a la cabeza del único Consejero de cinco, Rodolfo Mérida Rendón, a quien se acusaba de ser adepto al partido en función de Gobierno, había emitido una Resolución en fecha 23 de abril de 2009, por la que realizó la drástica disminución del presupuesto del TCB, al pasar de 1,8 millones de dólares anuales, a sólo 300.000.

¹²⁶⁹ Véase las estadísticas presentadas por la Magistrada Silvia Salame Farjat, en conferencia de prensa proporcionada a la radio difusora Erbol en fecha 27 de mayo de 2009.

¹²⁷⁰ En fecha 2 de junio de 2009, Rivera Santiviáñez, publicó en el periódico Los Tiempos, un artículo bajo el título de «La desarticulación del Tribunal Constitucional», en el que advertía de los serios riesgos que conllevaba la paralización de la máxima instancia de control de la constitucionalidad en Bolivia. Para Rivera, la labor desempeñada por el TCB en la defensa de la Constitución y la protección de los derechos humanos generó tensiones en las autoridades públicas cuyos actos y resoluciones fueron sometidos al control de constitucionalidad. En tal sentido, identificó que todo ello, dio lugar a que se desplegaran acciones tendientes a menoscabar la independencia de la institución, en general, y de sus magistrados, en particular, todo ello con un claro objetivo final, es decir, de desarticular el control de constitucionalidad.

¹²⁷¹ Desde el extranjero, no faltaron las voces de solidaridad y extrañeza para con lo sucedido con el Tribunal Constitucional boliviano. Así, Mesía Ramírez Carlos, publicó en la editorial de El Tribunal Constitucional, núm. 7 mayo – junio de 2009, un artículo bajo el rótulo de Bolivia: un país sin Tribunal, en el que expresó su pena por lo ocurrido en el TCB el 26 de junio de 2009, cuando se hizo efectiva la renuncia irrevocable de la única magistrada que permanecía en funciones, como rechazo a la reducción del presupuesto de la institución (15% de su partida habitual), que hacía insostenible la conducción del mismo. Conocedor de la situación, sostuvo que con aquello concluía un largo proceso de enfrentamiento entre el Poder Ejecutivo y el TCB, el cual se inició con la sentencia de constitucionalidad del 9 de mayo de 2007, a través del cual, el Tribunal determinó que el nombramiento de Ministros internos de la Corte Suprema de Justicia por parte del Ejecutivo no podía convertirse en permanente, declarando el cese de funciones de éstos luego de haberse cumplido el plazo establecido en la Constitución. Recordó también, que aquella decisión llevó a una acusación constitucional que terminó siendo desechada por el Senado, pero que sin embargo, las presiones políticas y la falta de garantías para ejercer el cargo ocasionaron la renuncia de cuatro de los cinco Magistrados, causando una parálisis de la justicia constitucional boliviana ante la imposibilidad de tener un quórum deliberatorio. En un criterio similar al sostenido por Rivera Santiviáñez, Mesía vaticinaba que con esta última renuncia, no habría justicia constitucional en Bolivia hasta que se realice el nuevo proceso de elección de magistrados, en alusión a uno de los cambios operados en la

Tal como lo avizoraba Rivera, esta terrible situación sólo podía evitarse si el Congreso Nacional realizaba la designación de los Magistrados. De no realizarse las designaciones por el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional corría el serio riesgo de quedar cerrado hasta mediados de 2011. En efecto, a través de una lectura del nuevo texto constitucional, Rivera sostuvo que para implementar el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional, la Asamblea Legislativa Plurinacional debía aprobar la Ley de la Jurisdicción Constitucional y el nuevo Código Electoral en seis meses, según lo previsto por la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución. Después debía conformarse el Tribunal Supremo Electoral, instancia que debía elaborar el calendario electoral para la elección de las altas autoridades del Órgano Judicial, incluido el Tribunal Constitucional Plurinacional. Posteriormente, debía convocarse a elecciones para elegir a los Magistrados en enero o febrero de 2011. Una vez elegidos los nuevos personeros del TCB, esas autoridades debían abordar una *vacatio legis* para elaborar los reglamentos y organizar la institución, con lo que recién iniciarán sus labores entre junio o julio de 2011¹²⁷².

Alternativamente, Rivera Santiváñez, planteó concretamente, dos posibilidades de resolución al entuerto de la desarticulación del TCB, y a través del cual pudiera restablecerse el control de constitucionalidad.

Por un lado, se blandía la propuesta planteada por el Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, Álvaro García Linera, quien instó a esperar que los Magistrados sean elegidos por voto popular para implementar el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional. Esta primera opción, según Rivera, significaba resignarse a aceptar que el Estado se quede sin control de constitucionalidad y los ciudadanos sin protección de sus derechos fundamentales.

La otra alternativa, era aplicar ultra-activamente la anterior Constitución, para que el Congreso Nacional designe a los Magistrados. Para tal efecto, era necesario dejar en claro que éstos desempeñarían sus funciones de manera transitoria. Rivera consideró que esa decisión era imperativa, ya que el Estado no podía quedar sin control de constitucionalidad y los bolivianos sin la protección efectiva y oportuna de sus derechos.

Desde la perspectiva de Rivera Santiváñez, si el Gobierno se decantaba por la primera opción, de ello podía denotarse que el Poder Ejecutivo, a la Cabeza del Presidente del Estado Plurinacional, tenía como propósito primordial, el quitarse de en medio al Tribunal y con ello, sustraerse del control de constitucionalidad a la cual serían sometidas todas las medidas legislativas que buscaban ser adoptadas por el poder político en función de gobierno. El tiempo se encargó de dar la razón al ex Magistrado puesto que, dentro de la agenda política se

nueva Constitución, que entró a regir en febrero de 2009, y cuyo artículo 198° determina que los integrantes del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional serán elegidos mediante sufragio universal seleccionados de una lista presentada por la Asamblea Legislativa Plurinacional.

¹²⁷² Rivera Santiváñez, en *La desarticulación del Tribunal...cit.*, p. 56, desnudaba que esta situación engorrosa empujaba a una inevitable parálisis del Tribunal por cerca a dos años. Hasta entonces, el cierre del Tribunal provocaría en criterio de Rivera, una inadmisibles retardación de justicia constitucional, y dejaría sin protección de sus derechos humanos a los bolivianos y bolivianas, pues se seguirían acumulando los expedientes que, hasta ese entonces, ascendían a 4.177 causas, afectando a más de 27.152 personas, y que cuando se reinstale el Tribunal, recién se iniciaría la resolución de esas causas que en un cálculo a priori del ex Tribuno, le tomaría cerca a cuatro años el resolver la totalidad de expedientes acumulados, generando un círculo vicioso de acumulación de procesos con retardación de justicia.

había previsto la realización de dos referéndums, uno sobre consulta de estatutos autonómicos y otro sobre revocatorio de mandato del Presidente de la República y de los nueve Prefectos de Departamento. En ambos casos, se plantearon las respectivas consultas ante el TCB sobre la constitucionalidad de las leyes que convocaban a referéndum. Ahora bien, el artículo 110 (Efecto de la consulta) de la LTC, establecía que, «Hasta que sea absuelta la consulta, quedará en suspenso la aplicación de la norma al caso concreto», esto significaba que los mencionados referéndums no podían realizarse hasta que el Tribunal se pronuncie sobre su carácter constitucional o no, y así lo hizo constar la única Magistrada del TCB, Silvia Salame, la que aprovechó la oportunidad para convocar nuevamente al Poder Legislativo, para que de una vez designe a los nuevos Tribunales a fin de salvar la parálisis del Tribunal¹²⁷³. Empero, el Ejecutivo Gubernamental, ante las aseveraciones formuladas por la única Magistrada, advirtió con procesar a la misma por usurpar funciones que no le competían, puesto que al encontrarse el TCB paralizado por las renunciaciones formuladas por sus Magistrados, la Magistrada no contaba con competencia para pronunciarse sobre la viabilidad o no de los referéndums convocados, por ello, los mencionados referéndums se desarrollaron sin considerar la disposición prevista en el artículo 110 de la LTC.

Así, de este modo, se cerró un capítulo importante para la democracia boliviana, con la desarticulación del Tribunal Constitucional. Con la renuncia de la Magistrada Salame, se dio fin a aquella época de oro para el Estado de Derecho en Bolivia, que se inició formalmente con la reforma de la Constitución del año 1995, y se desarrolló materialmente desde el año 1999, con la entrada en vigor y funcionamiento del Tribunal Constitucional, conscientes de que la real vigencia de un Estado de Derecho, entendido como aquél en el que el poder político se ejerce sobre la base del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia plena de los derechos fundamentales de las personas, no dependía de la sola proclamación en el texto de la Constitución, sino que requería de una profunda convicción en los gobernantes y gobernados sobre los valores y principios democráticos, sobre la importancia de respetar las reglas preestablecidas en la Constitución, sobre los valores supremos y principios fundamentales en ella proclamados y, sobre todo el respeto a los derechos fundamentales.

4. EL PROCESO CONSTITUYENTE Y LA REINGENIERÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN UN PARADIGMA «PLURINACIONAL».

Para hablar del nuevo Tribunal Constitucional «Plurinacional» boliviano (en adelante TCPB), es necesario referirse retrospectivamente, al proceso de refundación del Estado Boliviano, que se inició con la Asamblea Constituyente boliviana convocada mediante Ley N° 3664 de 6 de marzo de 2006¹²⁷⁴. La misión primordial que se le asignó a dicha Asamblea era la reforma total de la CPE. Es decir, la Asamblea contaba con amplias facultades para dotar al

¹²⁷³ Vid por todos, el Decreto emitido por Silvia Salame en respuesta al recurso de inconstitucionalidad presentado por Arturo Murillo en contra de la Ley de Referendo Revocatorio de Mandato, de fecha 21 de julio de 2008.

¹²⁷⁴ Dando cumplimiento a la precitada Ley de convocatoria para la Asamblea Constituyente, se constituyó un órgano deliberante y de decisión, conformado sobre la base de 210 representantes territoriales que fueron electos en 70 circunscripciones trinominales, en las cuales se eligió a tres representantes por circunscripción y de 45 representantes territoriales elegidos en nueve circunscripciones departamentales, a razón de cinco escaños por Departamento. Quienes postularon a los representantes, fueron los partidos políticos, las agrupaciones ciudadanas y los pueblos indígenas, y dichos cargos de representación fueron elegidos por la ciudadanía a través del sufragio universal, directo, igualitario y secreto.

país, de los instrumentos jurídico – políticos necesarios para iniciar un proceso de renovación sustancial y profunda del Estado boliviano. Cabe recordar, que dichas transiciones, constituían las exigencias de la ciudadanía en general desde hacía bastante tiempo atrás, y que pese a los menguados esfuerzos por realizarlas, no pudieron ser concretadas. Es por ello que, cientistas políticos como Cordero, sostienen que la Asamblea fue una construcción político – social, concebida como un instrumento político institucional de carácter democrático para resolver una aguda y compleja crisis del Estado y la sociedad¹²⁷⁵.

Fruto del «consenso social»¹²⁷⁶ al que debía arribar la Asamblea, debía entregarse al soberano un texto completamente renovado de la Ley Fundamental¹²⁷⁷. En otras palabras, el producto de aquella instancia deliberante debía traducirse en un conjunto de reglas jurídico – constitucionales que una vez aprobado por la ciudadanía en un referendo¹²⁷⁸, posibiliten

¹²⁷⁵ Cordero Carrafa, Carlos, *Nueva Constitución, nuevo gobierno, nuevo Estado*, en *Miradas, Nuevo Texto Constitucional*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), La Paz, 2010, p. 70.

¹²⁷⁶ Este acuerdo no siempre fue fácil de alcanzar al interior de la Asamblea Constituyente, y una de las variables para este escollo, fue la consideración sobre la igualdad del voto. Como lo recuerda Richter, Ascimani, Guillermo, *Análisis crítico de la nueva Constitución Política del Estado*, en *Miradas, Nuevo Texto Constitucional*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), La Paz, 2010, pp. 92 y 93, la igualdad en la representación para conformar la Asamblea Constituyente vino a constituirse en un problema cuya resolución no supo canalizarse en forma técnica. De este modo, el número asignado de constituyentes por Departamento quebró el principio de igualdad. V. Gr. los asambleístas constituyentes pertenecientes a los Departamentos de Oruro y Potosí, sumados llegaron a un total de 49 miembros, mientras que los representantes del Departamento de Santa Cruz sólo alcanzaban a 44 constituyentes. Lo contradictorio de todo esto era que según el Censo de población y vivienda de 2001, la población de los Departamentos de Oruro y Potosí, apenas superaban el millón de habitantes, y si se los comparaba con el número de habitantes del Departamento de Santa Cruz, estos superaban los dos millones de habitantes. Luego, con una menor densidad poblacional, Oruro y Potosí reunían más constituyentes que Santa Cruz, que contaba con el doble de población en relación a los departamentos aludidos.

¹²⁷⁷ Si bien la Ley de convocatoria a la Asamblea Constituyente, determinó el plazo de doce meses, desde su instalación (es decir, desde agosto del 2006, hasta agosto del 2007), para la entrega del nuevo texto constitucional, en los hechos, esta instancia deliberante no pudo concluir el trabajo de elaboración y entrega del documento que contendría a la nueva Constitución. Esto motivó a la Asamblea a solicitar al Congreso ordinario, una ampliación del tiempo de trabajo para intentar cumplir con la redacción de la nueva norma constitucional. Es por ello, que desde el Órgano Legislativo se aprobaron las Leyes Nos. 3728 y 3792 modificatorias de la Ley 3364, por las cuales, la Asamblea Constituyente amplió su labor. Ahora bien, cuando el plazo estaba a punto de cumplirse, la bancada política favorable al gobierno, en la Asamblea, forzó la aprobación de un frondoso proyecto constitucional de 411 artículos. Como lo recordara Cordero Carrafa, Carlos, *Nueva Constitución, nuevo gobierno, nuevo Estado...opus cit.*, p. 74, la aprobación forzada del proyecto constitucional se produjo en dos ciudades del país, Sucre y Oruro. Por Ley de convocatoria a la Asamblea, Sucre, capital de la República, se constituyó en la sede oficial de la Asamblea Constituyente, y donde aquella instancia aprobó en la estación denominada «en grande», un texto que no había sido adecuadamente debatido en el interior del cuerpo deliberante ni mucho menos consensuado, lo que provocó las reacciones no sólo de los estudiantes universitarios sino también, de los ciudadanos de aquel Departamento. En ese sentido, la Asamblea, para continuar y concluir su trabajo, se trasladó a Oruro, bajo protección policial, dejando a su paso víctimas fatales y heridas. En el nuevo destino, la ciudad de Oruro, la Asamblea, sin pausa y con bastante prisa, aprobó finalmente un texto de 411 artículos bajo el resguardo de varios sindicatos de campesinos. La recta final de aquella tumultuosa travesía debía ser la aprobación o rechazo del proyecto constitucional por parte del ciudadano, y para ello, se requería una ley especial de convocatoria a Referéndum Consultivo sancionada por el Congreso de la República y un plazo entre 90 y 120 días, para preparar administrativamente la consulta electoral, sin embargo, en su lugar, en la segunda semana de mayo de 2008, se conoció la convocatoria a Referendo Revocatorio del Mandato Popular (Ley N° 3850).

¹²⁷⁸ El nuevo ordenamiento constitucional debía legitimarse, como recuerda García Yapur, Fernando, *Balance y escenarios del Referéndum Nacional Constituyente*, IDEA/PNUD, La Paz, 2009, p. 56, por un lado, a través de la obtención de un asentimiento político por parte del gobierno y las organizaciones políticas, y por otra parte,

inmediatamente la recomposición del poder público, el restablecimiento de la estructura estatal, el equilibrio en el orden económico, social y territorial, así como estabilizar la relación de las diversas instituciones de la sociedad que sostenían una intensa y compleja vinculación con el poder central del Estado.

Por ello, luego de la realización del referendo constitucional de enero de 2009 y la correspondiente promulgación «como Ley fundamental del nuevo Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, descentralizado y con autonomías», concluyó un agreste capítulo de la historia reciente del país, que se caracterizó por la crisis y el conflicto político, para dar lugar a un nuevo ciclo de continuidad del conflicto y la crisis, pero con un sentido diferente. Con la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional (en adelante CPEP) en fecha 7 de febrero de 2009¹²⁷⁹, Bolivia ingresó a un nuevo tiempo político e institucional cargado de desafíos, esperanzas y también de incertidumbre.

Precisamente, uno de los desafíos radicaba en la imperiosa necesidad de restituir el control de la constitucionalidad en Bolivia. En ese sentido, el constituyente boliviano introdujo en el Título III¹²⁸⁰, Capítulo Sexto de la Constitución, al Tribunal Constitucional Plurinacional, como instancia encargada de velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de la constitucionalidad, y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, tal como se desprende del artículo 196. I de la CPEP¹²⁸¹.

a través de un acuerdo colectivo proveniente de la sociedad. Sólo así podía concebirse que el texto de la CPE y el proceso de recomposición estatal alcancen una legitimidad necesaria y esencial, y a partir de ello, comprender que la Constitución, al articularse en un instrumento jurídico-político al servicio del Estado, permita desarrollar las anunciadas políticas públicas de cambio. El mecanismo a tal fin era el Referéndum Consultivo, el que, como se tuvo oportunidad de apuntar en la nota al pie precedente, no se dio sino en forma posterior al Referéndum Revocatorio de mandato popular. Sin duda, esta determinación generó más de un debate. Así, desde la perspectiva jurídica se cuestionaba la legalidad del Referendo y, desde el punto de vista político, se objetaba la pertinencia de llevar adelante una consulta electoral de ese tipo, con el objetivo de verificar la magnitud del apoyo social al gobierno y a las políticas gubernamentales, en un momento en el que se esperaba otro tipo de consulta electoral. Dicho de otro modo, en lugar del Referendo Constitucional, el Congreso convocó a un Referendo con sentido plebiscitario, para poner a prueba la popularidad presidencial y postergar la definición sobre el proyecto de Constitución. Cabe aclarar que, el debate jurídico no llegó a conclusiones definitivas, y esto porque, si bien se impugnó en su momento la constitucionalidad de dicho Referéndum, la misma no pudo ser resuelta por el Tribunal Constitucional, debido a las acefalías existentes en ese órgano jurisdiccional. Por lo que la controversia, debió resolverse políticamente.

¹²⁷⁹ La Constitución del Estado Plurinacional entró formalmente en vigencia el día 7 de febrero de 2009, luego de desarrollarse el referéndum constitucional aprobatorio en fecha 25 de enero del mismo año.

¹²⁸⁰ Este título se refiere genéricamente al Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional.

¹²⁸¹ El artículo 202 de la CPEP señala a su vez, que son atribuciones del TCPB, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: «1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas. 2. Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público. 3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas. 4. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución. 5. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas. 6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción. 7. Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal

Ahora bien, según se refleja de la Disposición Transitoria Primera de la CPEP, en su párrafo I sostiene que «El Congreso de la República en el plazo de 60 días desde la promulgación de la presente Constitución, sancionará un nuevo régimen electoral para la elección de la Asamblea Legislativa Plurinacional, Presidente y Vicepresidente de la República»¹²⁸², y a partir de la instalación de la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP), aquella instancia representativa del pueblo, tenía el plazo máximo de ciento ochenta días para sancionar entre otras leyes¹²⁸³, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. En ese sentido, en fecha 6 de julio de 2010, se sancionó la Ley No. 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP). En esta ley, el número de Magistrados del TCP se amplía a siete miembros titulares¹²⁸⁴, e igual número de suplentes, de los cuales, al menos dos¹²⁸⁵ deben provenir del «sistema indígena originario campesino, por autoidentificación personal»¹²⁸⁶. En

Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio. 8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria. 9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales. 10. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución. 11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental. 12. Los recursos directos de nulidad.» Esta es replicada en forma concordante por el artículo 28 (Atribuciones de la Sala Plena) de la LTCP.

¹²⁸² Por mandato constitucional establecido en la misma Disposición Transitoria Primera, la elección fue prevista y desarrollada el día 6 de diciembre de 2009.

¹²⁸³ Según la Disposición Transitoria Segunda de la CPEP, la Asamblea Legislativa, también debía aprobar la Ley del Órgano Electoral Plurinacional (Ley No. 018 de 16 de junio de 2010), la Ley del Régimen Electoral (Ley No. 026 de 30 de junio de 2010), la Ley del Órgano Judicial (Ley No. 025 de 24 de junio de 2010), y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización (Ley No. 031 de 19 de julio de 2010).

¹²⁸⁴ Ha momento de conocerse el proyecto de Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, los diputados opositores de Convergencia Nacional y Unidad Nacional, advirtieron del colapso que sufriría esta instancia de control debido al insuficiente número de magistrados, y que debía considerarse la conformación de otros Tribunales Constitucionales de la región y ampliar el número de magistrados a diez, para que así pudiera cumplir a cabalidad con las atribuciones encomendadas por la Constitución. Como es de suponer, la observación y propuesta no fueron tomadas en cuenta, y el número de magistrados se quedó en el número de siete titulares y siete suplentes.

¹²⁸⁵ En criterio de Clavero, Bartolomé, *Tribunal Constitucional entre Estado Plurinacional y Pueblos Indígenas: Un reto inédito en las Américas*, en *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional, Memoria conferencia internacional*, GTZ – CONCED, Bolivia, 2010, p. 201, a efectos de legitimación, la minoría de dos entre siete puede ser suficiente no sólo porque se le declare un mínimo y pueda ser así de hecho hasta mayoría, sino también y sobre todo porque un órgano jurisdiccional no funciona por decisión expedita de agregación de votos, sino por resolución motivada mediante deliberación colegiada. La sensibilidad acreditada para con las culturas indígenas puede así estar presente y hacerse viva. Luego, lo que nunca podrá garantizarse es que todas las culturas existentes en Bolivia, las indígenas como las no indígenas, tengan voz en cada organismo plurinacional. Por ello, Clavero sostiene que es recomendable la práctica de la devolución y la autorestricción por el TCPB de cara a las jurisdicciones indígenas, aun con toda la legitimidad, de este órgano de control de constitucionalidad por su carácter plurinacional si resulta efectivo.

¹²⁸⁶ Como lo sostuvo Del Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y resistencias*, en *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional, Memoria conferencia internacional*, GTZ–CONCED, Bolivia, 2010, p. 103, la nueva Constitución quiebra la invisibilidad y la marginación de una parte (ancestral) de la sociedad civil boliviana, representada por sectores numerosos del país, tal como son las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, los cuales ahora se incorporan de modo activo al conjunto de la nación boliviana. La nueva Constitución tiene la virtud de reconocer política, institucional y lingüísticamente la diversidad connatural y fundacional (la riqueza) del conjunto de la sociedad civil, e impregnar de este rasgo a las instituciones que la gobiernan. Con la nueva Constitución emerge ahora la sociedad civil boliviana «toda entera». De igual modo, para Durán Rivera, Willman, *La protección de los derechos fundamentales como pilar fundamental del Estado de Derecho. El estado de la cuestión en Bolivia*, en *Hacia la construcción*

cuanto al tiempo de funciones, la LTCP establece un período personal de seis años, computables a partir de la fecha de su posesión, no pudiendo ser reelegidos de manera continua.

Un aspecto que adquiere su propia importancia en tanto define a Bolivia como un modelo único, es que los Magistrados del TCPB, que en el anterior sistema eran designados únicamente por el Congreso Nacional por dos tercios de votos de los miembros presentes, ahora serán elegidos mediante sufragio universal mediante una legitimación popular directa del pueblo boliviano, aspecto éste que sin duda, representa un aporte y un desafío al constitucionalismo del siglo XXI¹²⁸⁷. En efecto, el asambleísta boliviano diseñó todo un mecanismo para la convocatoria¹²⁸⁸, selección¹²⁸⁹ y elección¹²⁹⁰ para el cargo de Magistrado del TCPB, con particularidades tan singulares que responden al enclave plurinacional¹²⁹¹.

del Tribunal Constitucional Plurinacional, Memoria conferencia internacional, GTZ – CONCED, Bolivia, 2010, p. 488, bajo la idea de que el fin primordial del Estado es lograr la efectiva realización de los derechos de las personas, anotó como otra de las fortalezas más notorias de la Constitución, el especial reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

¹²⁸⁷ Aunque, como ya lo apuntara Gómez de la Torre Maraño, Misael, *Comentarios críticos a la Nueva Constitución...opus cit.*, p. 62, la elección de magistrados no constituye un elemento novedoso, puesto que al citar a la legislación norteamericana, recuerda que aquel mecanismo es utilizado, desde hace mucho tiempo atrás, para elegir a los jueces estatales

¹²⁸⁸ Tal como se desprende del artículo 16 (Convocatoria) de la LTCP, «La convocatoria del proceso de preselección de las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, titulares y suplentes, será emitida por la Asamblea Legislativa Plurinacional y precisará las condiciones de elegibilidad y las características del procedimiento de preselección.» En ese sentido, establece que faltando seis meses para la fecha en que concluirá el mandato de las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, la Asamblea Legislativa Plurinacional emitirá la convocatoria a preselección de las candidatas y los candidatos. Luego se precisa que, las elecciones deberán realizarse cuando menos treinta días antes del fenecimiento del mandato de las magistradas y los magistrados.

¹²⁸⁹ Según el artículo 19 (Postulaciones y preselección) de la LTCP «Toda persona que cumpla con los requisitos exigidos en la Constitución Política del Estado y la presente Ley, para ser elegida Magistrada o Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, podrá presentar su postulación ante la Asamblea Legislativa Plurinacional». Asimismo, establece que la candidatura al Tribunal Constitucional Plurinacional también podrá ser propuesta por organizaciones sociales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y de la sociedad civil en general. En forma posterior, la Asamblea Legislativa Plurinacional, por voto de dos tercios de sus miembros presentes, realizará la preselección de veintiocho postulantes, de los cuales la mitad serán mujeres, y remitirá la nómina de precalificados al Órgano Electoral Plurinacional.

¹²⁹⁰ De la previsión del artículo 20 (Elección y posesión) de la LTCP, se desprende que el Órgano Electoral Plurinacional procederá a la organización del proceso electoral en circunscripción nacional, y en el que los candidatos, de manera directa o a través de terceras personas, no podrán realizar campaña electoral en favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación, siendo el Órgano Electoral el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y candidatos. Luego de celebrarse la contienda electoral, los siete candidatos más votados serán los Magistrados titulares del Tribunal Constitucional Plurinacional, y las siete candidatas o candidatos siguientes en votación serán suplentes. Quien los posesiona en el cargo, es el Presidente del Estado Plurinacional. Asimismo se establece que las siguientes siete candidatas y candidatos que no hubieren salido electos titulares o suplentes podrán ser habilitados como suplentes, cuando éstos pasen a ejercer la titularidad de manera permanente, pasando a ser parte de una lista de habilitables.

¹²⁹¹ Según el artículo 17 (Requisitos) de la LTCP, para optar al cargo de Magistrado del TCPB, se requiere además de los requisitos generales, hablar al menos dos idiomas oficiales del país en el marco de lo establecido en la Disposición Transitoria Décima de la CPEP, es decir, además de la lengua castellana, debe hablarse algún otro idioma indígena originario campesino, de alguna de las 36 que prevé el artículo 5.I de la Constitución. Pero a su vez, el párrafo II del precitado artículo, prevé que, para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

Desde una perspectiva particular, no creo que las críticas hacia el mecanismo de selección y elección de Magistrados, hayan sido desvirtuadas al grado de cerrar el debate suscitado sobre el tema. En efecto, en su momento se justificó la forma de nombramiento de las altas autoridades del Órgano Judicial, entre los cuales se encuentran los Magistrados del TCPB, bajo el argumento de que, al contar con autoridades electas por la voluntad popular expresada en las urnas, ello permitiría cambiar cualitativamente su condición en relación a los Magistrados del extinto TCB, en tanto que al no ser más elegidos –los Tribunales– por el Poder Legislativo en base a la distribución de cuotas de poder de los partidos políticos, su independencia se vería plenamente asegurada¹²⁹². Luego, los Magistrados, al no haber recibido el mandato de las tiendas políticas en función de gobierno, sino directamente del soberano a través de un proceso electoral, se encontrarían exentos de cualquier tipo de presión al momento de fallar sobre un asunto de naturaleza constitucional. Empero, las dudas que planteo acerca de aquel argumento, cuentan con dos explicaciones de naturaleza jurídico – política, basadas –obviamente– en la experiencia adquirida a raíz de haberse desarrollado la primera elección de las altas autoridades del Poder Judicial en Bolivia. Así, la primera observación tiene que ver con la legitimidad de la supuesta confianza delegada por el pueblo a los actuales Magistrados del TCPB. Sobre el particular, cabe hacer notar, que el mecanismo de selección y elección no reflejaba una participación democrática, sobre todo si los candidatos al cargo de Magistrado eran elegidos por la mayoría parlamentaria del partido político en función de Gobierno, lo que permitió cuestionar el favoritismo hacia determinados elegibles afines al Ejecutivo gubernamental. A ello debía sumarse el hermetismo y la desinformación sobre las cualidades de los candidatos, que se vio reflejado en el alto porcentaje de votos nulos y blancos, dejando entrever el desencanto popular hacia aquella forma de elección de las más altas autoridades del sistema de administración de justicia.

La segunda muestra de mi perplejidad se ve reflejado en el contenido de la Declaración Constitucional (DCTCPB) 003/2013, de fecha 25 de abril, a través del cual, el TCPB, resolvió la consulta planteada por la Asamblea Legislativa Plurinacional en relación a la constitucionalidad del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa, que permitiría al actual Presidente y Vicepresidente del Estado, a participar nuevamente de las elecciones generales a desarrollarse en diciembre de 2014. Siguiendo el tenor de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Primera, parágrafo II de la CPEP que establece: «Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos períodos de funciones.», tanto el Presidente como el Vicepresidente, no estarían habilitados para participar de las próximas justas electorales. Empero, en la interpretación del TCPB, aquella afirmación no sería correcta, y ello debido a que, si bien el actual mandatario Evo Morales llegó a la silla presidencial en el año 2006, debía considerarse que éste acortó su mandato en el año 2009, para habilitar nuevas elecciones generales una vez aprobada la CPEP. Por lo que en criterio del TCPB, el mandato 2006 –2009 no podía ser considerado en el cómputo de mandatos porque no habría cumplido con la gestión de cinco años y porque la Constitución abrió un nuevo escenario. Luego, el primer período de Gobierno en el Estado

¹²⁹² Igual criterio es sostenido por Albarracín Sánchez, Waldo, *Nuevo desafíos del Tribunal Constitucional Plurinacional, en Hacia el nuevo sistema de justicia en Bolivia. Pensando la Transición Constitucional*, Fundación Construir, Bolivia, 2011, p. 38, para quien, es posible partir de un principio básico, no es lo mismo ejercer la magistratura por la injerencia en el Congreso Nacional de la política, que ser elegido por la voluntad del pueblo expresada en las urnas. Ahí radica su verdadera legitimidad, la cual les servirá en adelante para rechazar con toda razón los intentos de los órganos de poder político, formales o fácticos, de pretender digitar el desarrollo de los procesos y las características de un fallo.

Plurinacional debía tomarse en cuenta a partir de la vigencia de la nueva Constitución Política del Estado, es decir, a partir de febrero de 2009. En base a estos razonamientos, el TCPB dictó el fallo que habilita al presidente Evo Morales y al vicepresidente Álvaro García para postularse en las elecciones de diciembre de 2014. En fin, diversos sectores sociales, más allá de la oposición política, criticaron este pronunciamiento del Tribunal, y lo entendieron como una retribución a la designación en el cargo de Magistrados. Si bien el fallo podría representar un caso aislado, las molestias de la sociedad hacia las decisiones emitidas por el TCPB empezaron mucho antes, es decir, con la STCP 0300/2012 (TIPNIS), donde se acusó el cariz político con el que el nuevo Tribunal empezaba a actuar.

Independientemente de las críticas formuladas hacia la forma de elección de los Tribunales, no puede negarse que los actuales Magistrados elegidos, se encuentran dotados de un respaldo constitucional, legal, e institucional, por lo que creo, deben abocarse a trabajar en consolidar la posición del Tribunal en el concierto del nuevo diseño Constitucional del Estado, siendo su desafío el estar a la altura del proceso histórico que vive el nuevo Estado Plurinacional. Y para ello, el TCPB cuenta con varias oportunidades, una de ellas tiene que ver con el control de constitucionalidad de los estatutos autonómicos y cartas orgánicas que aguardan desde hace diez meses atrás en Salas del Tribunal para ser compulsadas a través del canon constitucional, y definir el avance en la configuración del Estado autonómico. Por lo mismo, al Tribunal le está reservado un sitio protagónico en la construcción del Estado Plurinacional que no termina de nacer.

Continuando con la explicación de la estructura del TCPB, éste se encuentra perfilado como un órgano colegiado, y actúa en Pleno, presidido por un Presidente¹²⁹³. Para el conocimiento y resolución de asuntos en revisión, por delegación, el Tribunal Constitucional Plurinacional se constituye en tres Salas, presididas cada una por una Presidenta o un Presidente. Cada sala está compuesta por dos magistradas o magistrados¹²⁹⁴. A su vez, para brindar funcionalidad al paradigma del pluralismo jurídico, y articular el sistema de justicia indígena con el Estatal, el artículo 32 de la LTCP prevé la existencia de una Sala especializada para que conozca adicional y exclusivamente las consultas de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto. Como un apéndice de esta estructura, la LTCP prevé en su artículo 27 a la Comisión de Admisión, la que se encuentra conformada por tres Magistradas o Magistrados que desempeñan sus funciones en forma rotativa y obligatoria¹²⁹⁵.

Ahora bien, si nos preguntásemos cuál es el papel que le toca desempeñar al TCPB en el actual concierto constitucional boliviano, una respuesta válida sería aquella misma que sirvió para responder en 1920 a Kelsen en los albores del constitucionalismo europeo, y la que sirvió

¹²⁹³ Según el artículo 29 (Número de votos para dictar resolución) La Sala Plena del TCPB, en conocimiento de los asuntos señalados en el párrafo primero del artículo 28 (Atribuciones de la Sala Plena), dictará las resoluciones por mayoría absoluta de votos.

¹²⁹⁴ Según el Artículo 31 (Atribuciones de las salas) todas las salas del TCPB conocen y resuelven, en revisión, las acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento.

¹²⁹⁵ Las atribuciones de la Comisión recibida una acción, recurso o consulta, son: 1. Admitirlas, en el plazo de diez días, cuando cumplan con los requisitos exigibles en cada caso. 2. Observar los defectos formales, subsanables que determinen la inadmisibilidad de los recursos y demandas. 3. Sortear en los casos que corresponda y distribuir las causas admitidas entre las salas del Tribunal. 4. Absolver las consultas sobre el rechazo de las acciones de inconstitucionalidad concretas (Artículo 54 LTCP).

también en 1995, cuando se pensó introducir en el sistema constitucional boliviano al Tribunal Constitucional, es decir, ser el defensor y garantía de la Constitución. En efecto, se ha señalado insistentemente y no sin razón, que la nueva Constitución boliviana operó cambios de tal magnitud, que inevitablemente movió al pueblo boliviano a vivir un proceso de «refundación»¹²⁹⁶ del Estado como país. En este contexto, es necesario tener en cuenta que, uno de los valores más importantes que reconoce, incorpora y en el que se sustenta la nueva Constitución es la «plurinacionalidad»¹²⁹⁷, que dentro de la perspectiva de la Ley Fundamental viene a constituir el «hecho fundante básico»¹²⁹⁸ de la refundación de Bolivia, por lo que la convierte en un elemento determinante para concretar y conformar un nuevo modelo de Estado Constitucional de Derecho que instaura, a modo de «Estado de Derecho Plurinacional»¹²⁹⁹.

En este escenario, es necesario reconocer también que, si bien la plurinacionalidad de Bolivia está reconocida, declarada y articulada en la normativa constitucional, la construcción efectiva de la plurinacionalidad no pasa simplemente por el reconocimiento de la misma en las dimensiones constitucional y legal, sino que se necesita a su vez del «proceso jurisdiccional» que la haga efectiva, siendo el mayor artífice de esta articulación el TCPB. Dentro de este

¹²⁹⁶ Como también lo sostuviera Gutiérrez Sardán, José Luis, *Justicia originaria indígena campesina. Una oportunidad de contribución normativa para el Tribunal Constitucional Plurinacional*, en *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional, Memoria conferencia internacional*, GTZ – CONCED, Bolivia, 2010, p. 290, el cambio de paradigma operado en el Estado, se traduce estructuralmente en un nuevo modelo de Estado de Derecho, que *prima facie* nos invita a desprender el complejo entramado que entraña el nuevo estado de cosas que inaugura la naciente Constitución.

¹²⁹⁷ En el análisis de Del Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional...opus cit.*, p. 113, si bien la plurinacionalidad constituye un subsistema normativo dentro del sistema constitucional, esto no implica desconocer el sitio de preferencia que adquiere dentro del ordenamiento jurídico boliviano. Uno de las razones principales para esta consecuencia, según Cuenca Gómez, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 23, radica en su estrecha relación con la norma material del sistema jurídico boliviano, que es la Constitución, es decir, la plurinacionalidad es asumida por el texto constitucional, como un requisito adicional para la validez de las normas jurídicas, o lo que es lo mismo decir, de validez material de éstas. Por otro lado, porque este subsistema normativo viene a representar una prolongación de los valores superiores del ordenamiento jurídico que sustentan a la propia Constitución, y que a su vez, funge como base nuclear fundacional, de otros subprincipios, tales como la plurinacional y la interculturalidad. Luego para Del Real, el TCPB se convierte en el encargado de velar porque todos estos requisitos se hagan efectivos en los actos de legislación y de ejecución.

¹²⁹⁸ De la lectura realizada al texto de la Constitución, para Del Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional...opus cit.*, p. 107, la principal doctrina (jurídica) que se obtiene, es que la plurinacionalidad es configurada en la Constitución como el «hecho fundante básico» del Estado y de la propia Constitución. Ahora bien, para este autor, este elemento es de gran relevancia, al punto de que sostiene, debía constituirse el «punto de partida» para empezar a fijar la nueva doctrina constitucional boliviana sobre la plurinacionalidad.

¹²⁹⁹ Bolivia como país ha sido refundado como «Estado Plurinacional». Esta característica se extiende «transversalmente» a todas las normas del sistema jurídico boliviano y a todo el diseño político e institucional en todos los niveles del Estado. Esto se desprende de una primera lectura a la Ley Fundamental, es decir, al Preámbulo de la CPEP, que establece: «El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia (...) Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas (...) El pueblo boliviano, (...) construimos un nuevo Estado (...) con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra». Con esto, el Constituyente reconoció que la plurinacionalidad de Bolivia posee un «carácter previo» a la Constitución y a la configuración del Estado, o lo que es lo mismo sostener, que la raíz empírica de la plurinacionalidad se encuentra en la sociedad civil boliviana, en el conjunto del pueblo boliviano, y es la «interculturalidad» que la caracteriza.

paradigma, la «protección jurisdiccional» de los derechos constitucionales reconocidos a partir de la plurinacionalidad, es considerado como el presupuesto necesario para la existencia efectiva de dichos derechos. En otras palabras, la real vigencia de los derechos, así como los verdaderos «efectos» que éstos desplieguen, dependerá en gran medida del pronunciamiento judicial que sobre ellos lleve a cabo el novísimo TCPB¹³⁰⁰.

Con esto, lo que se busca hacer, es colocar de relieve, las dificultades que entrañaría hacer efectivos los «derechos subjetivos» que se enlazan y producen la plurinacionalidad, y no sólo eso, sino también, parafraseando a Jellinek, que el cumplimiento de los «deberes» que aquella incorpora, dependerá en última instancia del resultado de la actividad de todos los tribunales en su conjunto, pero por sobre todo del TCPB¹³⁰¹. Luego, los derechos fundamentales sustentados en la plurinacionalidad que están reconocidos y declarados por la Constitución, asimilarán su verdadera dimensión, en la medida en que ellos sean identificados como tales por los tribunales¹³⁰². Desde luego, esta vendrá a constituirse en la labor principal en la que tendrá que emplearse a fondo el nuevo TCPB.

Por eso, es necesario tomar en cuenta que, una vez vigente la nueva Ley Fundamental, así como las leyes que la desarrollen, el texto constitucional ya no será sólo lo que sus disposiciones digan que es, sino también, lo que los Magistrados del TCPB digan que es la Constitución. Es en este ámbito en el que se vislumbra la importancia que adquiere el TCPB como institución, y el desafío que asume para con la construcción de una nueva jurisprudencia constitucional en una materia tan trascendente para la Ley Fundamental como es la Plurinacionalidad.

¹³⁰⁰ De todo esto, es posible colegir, que la normativa constitucional y legal sobre la plurinacionalidad, para su articulación eficaz, deben estar imprescindiblemente acompañados de una jurisprudencia constitucional «coherente», a través de la cual, se concrete, asiente y consolide de un modo verdadero a este hecho fundante básico de la realidad boliviana en cada una de las resoluciones que pongan fin a las controversias que planteen (en los casos concretos) la sociedad civil y/o las instituciones, a fin de que sean solventadas por el guardián de la Constitución. Del Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional...opus cit.*, p. 111, sostiene que son estos los supuestos en los que el TCPB deberá dirimir cuales son realmente los contenidos materiales, modos de ejercicio y los titulares de los derechos y deberes que implica la constitucionalización de la plurinacionalidad en la nueva Constitución boliviana. Esto conducirá inevitablemente a que en los tribunales del nuevo Estado, se produzca una «nueva tradición jurídica» en esta materia constitucional novedosa, cuya elaboración corresponderá finalmente a las decisiones del TCP.

¹³⁰¹ Precisamente, porque los derechos no son meras peticiones (*claims*) ni simples declaraciones constitucionales y/o legales como sostuviera Jellinek, Georg, *System der subjektiven offentlichen Rechte*, en edición dedicada a Von Ihering, Rodolf, *Mohr – Siebeck*, Tubingen, 1905, 69, cobra especial relevancia el conjunto de «procedimientos jurisdiccionales» a través de los cuales las personas ejercitan y aseguran los derechos de los que son constitucional y legalmente titulares.

¹³⁰² Para Tamayo y Salmorán, Rolando, *Rights, Distribution, and Access to Justice*, en *XX 1st World Congress Of Law and Social Philosophy Internationale Vereinigung fur Rechts – und Sozialphilosophie*, Juridiska Institutionen Juridicum, Lund Universitet, 12 al 18 de agosto de 2003. Lund, Suecia. «Rights, Distribution, and Access to Justice», en Peczenik, Aleksander (Hgrsg.) *Proceeding of the 21 st Internationale Vereinigung fur Rechts – und Sozialphilosophy World Congress*, en *Archives in Rechts und Sozial – Philosophie*, Beiheft 95, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2004 pp. 137 – 145, que un derecho sea reconocido constitucionalmente, implica también la posibilidad de «exigir judicialmente» su ejercicio, es decir, no basta con que el constituyente haya establecido un catálogo de derechos para los ciudadanos, sino que a su vez, es necesario garantizar su ejercicio, lo que conlleva incorporar sin más remedio «el acceso a la justicia igual para todos» a modo mismo de un derecho fundamental. De esto se desprende la «relación estructural» entre el ejercicio de los derechos y la jurisdicción como mecanismo de garantía.

4.1. Las acciones de inconstitucionalidad y las facultades de interpretación del Tribunal Constitucional Plurinacional: Un análisis doctrinal de la norma.

En fecha 5 de julio de 2012¹³⁰³, se promulgó la Ley No. 254 Código Procesal Constitucional (CPC), que vino a derogar¹³⁰⁴ la Parte segunda de la LTCP, es decir, en lo referente a las acciones de defensa constitucional, dentro de las cuales se encuentran reguladas en su título III, las acciones de inconstitucionalidad, cuyo tratamiento según el legislador, es de puro derecho, siendo su objeto la declaración de la inconstitucionalidad de toda norma jurídica incluida en una Ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial que sea contraria a la Constitución, a instancia de las autoridades públicas legitimadas por este Código¹³⁰⁵. Ahora bien, el legislador, podría decirse, reprodujo en parte la anterior LTC abrogada, en cuanto a los tipos de acción de inconstitucionalidad. Así, el artículo 73 del CPC señala que las acciones de inconstitucionalidad podrán ser: Por un lado, la acción de inconstitucionalidad de carácter abstracto que procede contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales. Y por el otro, la acción de inconstitucionalidad de carácter concreto, que procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales¹³⁰⁶.

En lo concerniente a la acción de inconstitucionalidad abstracta, los legitimados para interponer la acción son, el Presidente del Estado Plurinacional, cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional en el nivel central del Estado, o de los Órganos Legislativos de las Entidades Territoriales Autónomas como subniveles de gobierno, las máximas autoridades ejecutivas de las Entidades Territoriales Autónomas, así como la Defensora o el Defensor del Pueblo¹³⁰⁷. Una vez admitida¹³⁰⁸ la acción, la Comisión de Admisión ordenará se ponga en conocimiento de la autoridad u Órgano emisor de la norma impugnada, para que en el plazo de quince días se apersona y presente el informe que corresponda. Luego de cumplido el plazo, con independencia de la presentación del informe el TCPB procederá inmediatamente al sorteo, debiendo el Tribunal emitir la sentencia correspondiente dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. A tal efecto, el TCPB debe fundar la sentencia de inconstitucionalidad en la vulneración de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en la acción interpuesta¹³⁰⁹.

¹³⁰³ De conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la Ley No. 254, el Código Procesal Constitucional entró en vigencia el 6 de agosto de 2012.

¹³⁰⁴ Véase la Disposición Final Tercera de la Ley No. 254.

¹³⁰⁵ Véase concretamente, el artículo 72 del CPC.

¹³⁰⁶ En el marco de la Ley No. 1836 LTC abrogada, a estas acciones se denominaban: recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad y recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, y tenían por objeto la impugnación de toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial (arts. 54 y 59), no se encontraban previstos los estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y ordenanzas.

¹³⁰⁷ El artículo 74 (Legitimación Activa) del CPC introduce a nuevos actores no contenidos anteriormente en la Ley No. 1836, y deja por fuera otros como el Fiscal General, o los diputados y senadores (artículo 55), por la nueva terminología de miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

¹³⁰⁸ El artículo 75 (Prohibición de inadmisión por forma) establece que las acciones de inconstitucionalidad de carácter abstracto no podrán ser rechazadas por razones de forma, las que en su caso podrán ser subsanadas en el plazo que establezca el Tribunal, y que de no subsanarse en el plazo establecido al efecto, recién se tendrá por no presentada la acción.

¹³⁰⁹ El artículo 77 (Contenido de la sentencia) del CPC, obliga a que el Tribunal, realice un análisis total del contenido de la Ley Fundamental para asegurarse que la norma impugnada no vulnere alguna cláusula

En cuanto a los efectos de la sentencia, el artículo 78 del CPC establece: Por un lado, que la sentencia podrá declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial. Ahora bien, para el caso de que la sentencia que declare la constitucionalidad de una norma contenida en una Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial, hace improcedente una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, siempre y cuando se trate del mismo objeto o causa, y se argumenten los mismos preceptos constitucionales impugnados. Mientras que, si la sentencia declara la inconstitucionalidad de una norma, esta adquiere el valor de cosa juzgada y sus fundamentos jurídicos serán de carácter vinculante y general. Empero, si la sentencia pronuncia la inconstitucionalidad total de la norma legal impugnada, ésta tendrá efecto abrogatorio sobre ella. En consecuencia, el pronunciamiento estimatorio parcial, desprende el efecto derogatorio de los artículos o parte de éstos, sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad, continuando vigentes los restantes. Por último, el Tribunal también puede declarar la inconstitucionalidad de otros preceptos que sean conexos o concordantes con la norma legal impugnada (que deberán ser referidos de forma expresa), en cuyo caso tendrán los mismos efectos que en lo principal.

En lo que toca a la acción de inconstitucionalidad concreta, el artículo 79 del CPC señala que los legitimados para interponer la acción, son los jueces, tribunal o autoridad administrativa que, de oficio o a instancia de una de las partes, entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo, depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción.

El CPC señala en cuanto al procedimiento que, una vez solicitado se promueva la acción de inconstitucionalidad de carácter concreto ante la autoridad que conozca del proceso judicial o administrativo, se dispondrá el traslado, si corresponde, dentro de las veinticuatro horas, para que ésta sea respondida en el plazo de tres días a partir de su notificación. Con o sin respuesta, dentro de las veinticuatro horas subsiguientes al vencimiento del plazo, la autoridad judicial o administrativa decidirá, fundamentadamente, si promueve la acción de inconstitucionalidad concreta¹³¹⁰. La acción de inconstitucionalidad concreta podrá ser presentada por una sola vez en cualquier estado de la tramitación del proceso judicial o administrativo¹³¹¹, aún en recurso de casación y jerárquico, antes de la ejecutoria de la

constitucional, sin importar si la misma fue alegada por el accionante. Esta previsión legal, por un lado, bien podría significar el interés por el asambleísta de asegurar una respuesta efectiva por parte del TCPB, a quien acude a dicha instancia de control, empero, también conlleva un serio riesgo, es decir, que sea el Tribunal, el que termine planteándose la duda de constitucionalidad al parangonar la norma impugnada con la Constitución. Entiendo que el TCPB debe ser consciente del uso racional y equilibrado de esta facultad otorgada por el artículo analizado.

¹³¹⁰ El artículo 80. III del CPC, señala que, una vez que se promovió la acción o no, la autoridad judicial o administrativa deberá remitir al TCPB su decisión junto con las fotocopias legalizadas de los antecedentes que sean necesarios. Y que para el caso de no promoverse la acción, la remisión al TCPB se realizará a efectos de su revisión por la Comisión de Admisión. De igual modo, el parágrafo IV del precitado artículo, establece que, rechazada la acción por manifiesta improcedencia proseguirá la tramitación de la causa, y que la resolución de rechazo se elevará en consulta al TCPB, de oficio, en el plazo de veinticuatro horas.

¹³¹¹ Durante la sustanciación de las acciones constitucionales no se admitirá ninguna acción de inconstitucionalidad concreta. (Artículo 81.II CPC)

sentencia¹³¹². Cuando la acción de inconstitucionalidad concreta pase a conocimiento de la Comisión de Admisión¹³¹³ con sus antecedentes, se desarrollará un procedimiento similar al de la acción de inconstitucionalidad abstracta, esto significa decir también, que las sentencias dictadas por el TCPB en acciones de inconstitucionalidad concreta, surtirán los mismos efectos establecidos para la acción de inconstitucionalidad abstracta. Por ello, los servidores públicos y personas particulares que estuvieran obligados a dar cumplimiento a la sentencia y no lo hicieren, serán sometidos a proceso penal, a cuyo efecto se remitirán antecedentes al Ministerio Público¹³¹⁴.

Realizada la descripción sobre la regulación de las acciones de inconstitucionalidad, corresponde ahora detenernos en el análisis sobre las facultades de interpretación con las que cuenta el TCPB, y a partir de ello, determinar el margen de modulación de las sentencias del Tribunal, y la posibilidad de dictar sentencias atípicas, como sucedió con el anterior TCB.

En ese sentido, es necesario referirnos al artículo 6 (Criterios de interpretación) de la Ley No. 027, LTCP, que establece en su párrafo I, que «En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará, con preferencia, la voluntad del constituyente de acuerdo con los documentos, actas y resoluciones de la Asamblea Constituyente», y el párrafo II prevé que en cualquier caso, las normas se interpretarán de conformidad con el contexto general de la CPEP, mediante un entendimiento sistemático de ésta, orientado a la consecución de las finalidades que persiga. A manera de desarrollo, la Ley No. 254 del CPC, replica en su artículo 2 (Interpretación constitucional) a la LTCP, al preceptuar que el TCPB en su labor interpretativa aplicará, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto de la Constitución Política del Estado. Añade a su vez, que el TCPB podrá aplicar también, la interpretación sistemática de la Constitución, y la interpretación según los fines establecidos en los principios constitucionales. Y cuanto a los derechos reconocidos en la CPEP, estos serán interpretados por el TCPB de acuerdo con los Tratados y Convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país, cuando éstos prevean normas más favorables. Para el caso de que esos tratados declaren derechos no contemplados en la Constitución, éstos se considerarán como parte del ordenamiento constitucional.

En cuanto al primer criterio interpretativo, esto es, la aplicación preferente de la voluntad del constituyente, López Bofill, recuerda que, en el contexto alemán, esta teoría fue superada en la segunda mitad del siglo XX, cuando se experimentó el paso de una teoría

¹³¹² El artículo 82 (Prosecución del trámite) prevé que, una vez promovida la acción no se interrumpirá la tramitación del proceso judicial o administrativo, mismo que continuará hasta el momento de dictarse la sentencia o resolución final que corresponda, en tanto se pronuncie el TCPB.

¹³¹³ La previsión del párrafo II del artículo 83 del CPC, establece que la decisión de la autoridad judicial o administrativa por la que se rechaza promover la acción de inconstitucionalidad concreta será conocida por la Comisión de Admisión que, en el plazo de diez días, ratificará la decisión de la autoridad, o admitirá la petición de acción de inconstitucionalidad concreta.

¹³¹⁴ La Disposición Final Cuarta de la Ley No. 254, modificó el artículo 179 bis del Código Penal Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997, con el siguiente texto: «Artículo 179 bis. (Desobediencia a resoluciones en Acciones de Defensa y de inconstitucionalidad). La Servidora, Servidor Público o personas particulares que no cumplan las resoluciones emitidas en acciones de defensa o de inconstitucionalidad, serán sancionadas o sancionados con reclusión de dos a seis años y con multa de cien a trescientos días.»

histórico psicológica de la voluntad del legislador (la teoría subjetiva)¹³¹⁵ a la teoría del significado inmanente de la Ley (teoría objetiva). Sin embargo, recuerda que, cuando el legislador establece como criterio interpretativo de la Constitución, tomar en cuenta la voluntad del constituyente, lo que está haciendo, es introducir la teoría subjetiva, u originalista, ampliamente criticada por autores como Hesse, para quien, la inserción de esta teoría hermenéutica de la Constitución, presenta sus propias dificultades, en tanto que, la adopción de estos componentes de raíz psicológica y circunstancial, que de algún modo permitirían distinguir la finalidad auténtica perseguida por el legislador, no llegan a dicho objetivo, y objetivamente, sólo se limitan a arribar a un destino diferente y ajeno a la labor de desentrañar la verdadera intención de los constituyentes o de un legislador lejano¹³¹⁶, tal como se proponen los patrones originalistas¹³¹⁷. Por lo mismo, para Hesse, cuando una sentencia del Tribunal se refiera a la «finalidad perseguida por el constituyente», no hay que ver en ella un mandato dirigido al intérprete para que descubra la voluntad subjetiva del constituyente, sino una máxima que tiende a conservar aquello que el constituyente ha establecido.

Ahora bien, si se pretende tratar los límites de la interpretación conforme en relación a la «voluntad del legislador» entendida en su sentido subjetivo, que es lo que nos interesa tratar en esta parte del trabajo, veremos que inevitablemente esto, nos conduce a un entuerto sin salida, que consiste en intentar identificar la fuente de esa voluntad¹³¹⁸. Consciente de estas dificultades, esbozaremos aquí algunos criterios establecidos desde la doctrina, a partir de los cuales el TCPB podría recurrir al principio de interpretación conforme, sin confrontarse o desconocer la voluntad del constituyente.

Para empezar, es necesario recordar, que la dogmática de los límites de la interpretación conforme se proyecta en primer lugar sobre el legislador, es decir, para el caso boliviano, el respeto a la voluntad del constituyente. Sobre este tema, en la legislación comparada existen casos jurisprudenciales, en los que se dejó establecido, que a través de la interpretación conforme no se puede alterar el «texto y el sentido» de la ley ni la «finalidad perseguida por el legislador»¹³¹⁹. Empero, para López Bofill, sobre el «texto» como límite a la interpretación conforme, señala que su intangibilidad resulta prácticamente indiferente mientras el recorte interpretativo se produzca a nivel ideal. Empero, en lo que se refiere a la alteración del

¹³¹⁵ Del Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional...opus cit.*, p. 122, en alusión al artículo 196. II. de la CPEP que sostiene, «En su función interpretativa», el TCP «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.», entiende que el constituyente boliviano, introdujo el criterio interpretativo subjetivo o denominado también voluntas legislatoris o constitutionis.

¹³¹⁶ Por esta razón para Michel, H., *Die verfassungskonforme Auslegung*, en *Juristische Schulung*, 1961, p. 274, entiende como coherente que alguien rechace el subjetivismo como guía de interpretación en lo que se refiere al constituyente (la voluntad del constituyente) pero que sostenga lo contrario cuando se refiere al legislador cercano.

¹³¹⁷ Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, en Müller C.F., Heidelberg, 1995, p. 31.

¹³¹⁸ En apreciación de Zippelius, R., *Verfassungskonforme auslegung von Gesetzen*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. II, Mohr, Tübingen, 1976, p. 119, es cuestionable la aplicación de la teoría subjetiva, dada la indeterminación de los criterios para definir su contenido y alcance. En este contexto, lo delicado, no es que el enigma sobre la «voluntad subjetiva del legislador» sea prácticamente indescifrable, sino que sobre su base se pretenda construir el límite de la interpretación conforme.

¹³¹⁹ Véase para el caso Alemán, la jurisprudencia del BVerfG, concretamente las 2,282; 4, 351; 8, 28; 9,200;10,80; 18,111; 19,247; 20,218; 21,305; 38,49; 90,263.

«sentido», sostiene que este siempre se encuentra sujeto a variaciones, lo que no significa afirmar que la interpretación conforme implique consentir la posibilidad de transformar el sentido¹³²⁰.

Para Del Real, la disposición contenida en el artículo 4.IV. de la LTCP, ha momento de sostener que «Cuando una norma jurídica acepte más de una interpretación, el Tribunal Constitucional Plurinacional, bajo el principio de conservación de la norma, adoptará la interpretación que concuerde con el texto constitucional.»¹³²¹, sostiene que el constituyente boliviano ha reiterado el criterio subjetivo (voluntad legislatoris) en dicha disposición. Empero, para este autor, la adopción del criterio subjetivo no hace otra cosa que perder de vista la doctrina interpretativa más extendida que es la «doctrina de la norma como marco» legada por Kelsen. Continuando con la crítica, para Del Real, la disposición contenida en el Artículo 4. IV. LTCP, estaría obligando al intérprete de la Constitución a encontrar la «única solución correcta» que cabría a una controversia jurídica, positivizándose de este modo la solución interpretativa proporcionada por la teoría jurídica de Dworkin, de que cada controversia jurídica tiene una «única respuesta correcta», sin más¹³²². Sin embargo, esta postura encuentra su correlato en la tesis de Kelsen denominada «la norma como marco» a través de la cual, sostiene un planteamiento contrario al de Dworkin, es decir, que caben una variedad de posibilidades de aplicación de la norma (y no una sola). Para el maestro de la escuela de Viena, la constatación de cuáles son las posibilidades que caben en la norma representa una cuestión científica, pero la elección concreta de una de esas posibilidades (y no de otra/s), ya no es una cuestión científico – jurídica sino otra de naturaleza política legislativa o moral, en la que interviene no sólo lo técnico – jurídico. En este entorno, la elección del intérprete siempre será correcta en tanto la opción elegida se mantenga «dentro» del marco (de sentido) de la norma¹³²³.

En base a esta contraposición de posturas doctrinales, para Del Real, el empleo del criterio subjetivo (voluntad legislatoris) como principal criterio interpretativo de las normas constitucionales presenta aciertos y desventajas, sobre todo si se toma en cuenta la variable temporal o de vigencia de la Constitución en las que el intérprete se sitúa. De este modo, en los primeros años de vigencia de la nueva Constitución este criterio podría estimarse «extensivo», es decir, que de la interpretación de sus disposiciones se asuman políticas públicas tendientes a cimentar y consolidar el nuevo estado de cosas de Bolivia, de modo tal, que el proceso de

¹³²⁰ Lo que ocurre para López Bofill, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad... opus cit.*, p. 135, es que este elemento se conecta además en la tradición alemana con «el sentido querido por el legislador», que es lo que teóricamente la interpretación conforme no debe desfigurar. Aunque en la jurisprudencia constitucional comparada, es posible encontrar sentencias como la BVerfGE 35, 278 en la que el TCFA declaró que «la interpretación (...) no se encuentra limitada por el tenor formal de la Ley.»

¹³²¹ En la crítica de Del Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional...opus cit.*, p. 124, la redacción de este artículo debería de decir que «concuerde más con el texto constitucional». Para este autor, no debe olvidarse que una norma puede tener varias interpretaciones que concuerden con la Constitución, y a partir de ello, cosa distinta es asumir la que «más y mejor concuerde» con la Constitución, ha momento de emitir la sentencia por parte del TCP, pues no es garantía que en un tiempo y caso ulteriores esa decisión interpretativa del TCP pueda variar.

¹³²² Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 2nd edition, Duckworth, London, 2002; traducción al español *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 14 y 175 – 177.

¹³²³ Para Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de García Maynez, Eduardo, UNAM, México, 1995, p. 156, cualquiera de las posibilidades (sentidos) que permite la norma será «de acuerdo a Derecho», de lo que se desprende que este planteamiento interpretativo es realista en modo amplio, y permite entender porqué a veces los tribunales fallan de modo distinto cuando aplican la misma norma.

refundación del Estado, termine por cortar con los elementos políticos y normativos del pasado republicano y liberal del Estado boliviano, desprendiéndose de ello, todas sus ventajas. Pero, advierte también, que conforme vaya transcurriendo el tiempo, este criterio es propenso a volverse «restrictivo», es decir, es posible que la interpretación que se haga de las disposiciones constitucionales, no respondan a los factores de coyuntura que promovieron el proceso de reforma del Estado. Por ello, el autor español señala que, para este nuevo escenario, lo más óptimo será emplear los «criterios objetivos» de interpretación, es decir, la voluntad legis en lugar de la voluntad legislatoris, que adecúan la interpretación de la norma al contexto de cada momento.¹³²⁴

Ahora bien, que el constituyente boliviano haya establecido como criterio interpretativo, la voluntad del constituyente, no significa la negación de otras técnicas hermenéuticas igualmente aplicables. En efecto, ya los artículos 6 parágrafo II de la LTCP, y 2 parágrafo II.2 del CPC, establecen que «asimismo» el Tribunal podrá, mediante un entendimiento «sistemático» de la Constitución realizar una interpretación orientada a la consecución de los fines que persiga.

Sobre este tipo de interpretación, ya Savigny expresaba sus bondades en tanto permite la unión de «las instituciones y las reglas de derecho en una vasta unidad»¹³²⁵. Aclarando, Santi Romano, explicaba que la sistematicidad, desde luego, no se agota en completar cada una de las instituciones entendidas aisladamente, sino que, es el mismo ordenamiento el que equivale, como institución. De ahí que el sistema abarque todas las reglas de derecho existentes. Luego, todos los instrumentos del método de la interpretación sistemática, se dirigen, pues, en pos de comprender el ordenamiento jurídico en su conjunto¹³²⁶. La lógica según Pizzorusso, apunta a que, en cada supuesto concreto, el operador de la interpretación, recrea el sistema en su totalidad para evitar una visión particularizada y excluyente¹³²⁷.

Autores como Martines, señalan al método sistemático como el más útil en la interpretación constitucional, y ello, porque su aplicación permite extraer normas aplicables pertinentes. Si se asume que la Ley Fundamental busca constitucionalizar el resto del ordenamiento, es necesario trabajar en la identificación entre la Constitución y ordenamiento jurídico, lo que no significa elevar el rango jerárquico de la legislación infraconstitucional, sino simplemente someterla, férreamente, a los dictados de la norma básica, ya sea previniendo el contenido de las leyes futuras, o a través de la adopción de mecanismos como el sistemático, a

¹³²⁴ Según Del Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional...opus cit.*, p. 152, en ese período es cuando se pondrá de manifiesto en mayor medida que la literalidad como criterio interpretativo, o el principio *in claris non fit interpretatio*, no siempre es capaz de evitar una interpretación arbitraria. Por su parte, Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos...opus cit.*, p. 145 – 146, rechaza cualquier pretensión sobre una aplicación exacta de la ley, o lo que es lo mismo decir, no alterada por influencias de ningún género, así como su aplicación automática en base al criterio del significado literal de las palabras y a la búsqueda de la intención del legislador. Para el maestro italiano, quizá en un afán por acrecentar la certeza del Derecho, algunos han recurrido a «la letra de la ley», sin tomar en cuenta su evolución, y pretenden aplicar –según su juicio– el más seguro e incontestable de todos los criterios de interpretación, es decir, el literal, empero, cuando existen «distintos contextos de sentido y de valor, ni siquiera la letra (de la ley) es una garantía de certeza. Y la misma exégesis de los textos resulta al final la más abierta de todas las interpretaciones».

¹³²⁵ Savigny, M.C.F., *Sistema de Derecho Romano Actual*, 4ª edición, Centro Editorial Góngora, Madrid, 1989, p. 188.

¹³²⁶ Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Florencia, 1951, p. 43.

¹³²⁷ Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de Derecho Constitucional...opus cit.*, p. 534.

través del cual, se interprete todo el ordenamiento conforme a la Constitución¹³²⁸. En una articulación hermenéutica entre la interpretación sistemática y el principio de interpretación conforme, Rubio Llorente afirma que, lo que era sólo un instrumento técnico del método sistemático, ha devenido ahora como principio básico de toda interpretación jurídica. A partir de la interpretación conforme a la Constitución, y la interpretación sistemática, ninguna ley, puede ser interpretada «aislándola» de ella¹³²⁹. La norma jurídica fundamental se convierte, siempre por esta vía, en cuestión previa de toda interpretación, porque, en todos los casos, lo primero que ha de comprobar, quien está llamado a aplicar el derecho, es la adecuación del texto concreto a lo preceptuado por la Ley Fundamental. En consecuencia, sistemática es, también, la aplicación por vía interpretativa de los principios contenidos en la Constitución (artículo 2 párrafo II.1 del CPC), ya que a través de las sentencias son llenadas de contenido y reconstruidas constriñendo al mismo tiempo la interpretación de la legislación infraconstitucional.

Respecto a las otras disposiciones fundamentales, como lo señala el párrafo II.2 del CPC, es decir, referida a «Los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado» ratificados de acuerdo con los «Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos por el país», su interpretación habrá de articularse, según Pierandrei, en virtud de la sistematicidad *sedes materiae*, mientras que con respecto a las normas jurídicas de rango inferior, parece operar, sobre todo, la sistematicidad de contenidos, es decir, la conexión entre el sentido normativo de un texto cualquiera y el significado normativo de la Carta debe producirse por encima de todo¹³³⁰. Como puede advertirse, la relación no se verifica en un plano de igualdad, puesto que el contenido infraconstitucional se interpretará teniendo en cuenta el canon constitucional. Es éste precisamente el planteamiento sostenido por Merola Chierchia sobre la sistematicidad. Para este autor, ésta constituye junto con la politicidad el núcleo esencial de la interpretación constitucional. Así, los dos elementos perfilan la supremacía y particularidad de la Constitución¹³³¹, toda vez que guían el comportamiento de los demás elementos interpretativos, los cuales no revisten, por tanto, carácter más que subalterno.

En fin, no puede negarse que el criterio sistemático y el criterio teleológico recogidos por la Constitución Política del Estado Plurinacional (CPEP) y sus leyes de desarrollo, estos son, la LTCP y el CPC, también adquieren un carácter subjetivo, y por lo mismo, contienen a la voluntad legislatoris. Es decir, de la interpretación literal de la Constitución, se desprende que ambos criterios deben ser aplicados y dirigidos a poner de manifiesto cuál es el significado sistemático de la Constitución, así como los fines de la misma que estableció el legislador constituyente. Inevitablemente, esto significa retomar nuevamente esos criterios interpretativos a la voluntad legislatoris, para complementarla y extraerla más óptimamente, o lo que es lo mismo afirmar, según la Constitución, el criterio sistemático y teleológico deben supeditarse al criterio histórico, no pudiendo la interpretación de una norma constitucional «separarse» de la voluntad legislatoris originaria (del poder constituyente) para ser adecuada a nuevos supuestos

¹³²⁸ Martínez, Temistocle, *Questione vecchie e nuove in tema di attività interpretativa della Corte costituzionale*, en *Studi XX anniversario della Assemblée Costituente*, vol. VI, p. 422

¹³²⁹ Rubio Llorente, Francisco, *La Constitución como fuente del Derecho*, en *la Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, Madrid, 1979, p. 51.

¹³³⁰ Pierandrei, Franco, *L'interpretazione della costituzione*, en *Scritti di diritto costituzionale*, Spe, Turín, 1965, p. 180.

¹³³¹ Merola Chierchia, Pietro, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Cedam, Padua, 1978, p. 198.

o contextos sociales cambiantes/diferentes de aquel tiempo (constituyente) en el que fue construida la Constitución. Luego, para interpretar en este sentido de acomodación a los nuevos tiempos, separándose de la voluntad legislatoris originaria, el TCPB tendría que hacer una lectura no – literal de la normativa constitucional, que le indica los criterios interpretativos que esta institución ha de utilizar.

Independientemente de la aplicación de los métodos subjetivos, histórico, o sistemático previsto por la CPEP o la LTCP así como el CPC, para de Del Real, el TCPB no puede dejar de lado otro criterio hermenéutico igual o más importante que los otros, y a través del cual deberá desarrollar sus actividades. Ese criterio interpretativo es el «intracultural»¹³³², que concuerda con la naturaleza «plurinacional» de la Constitución, así como del Estado en su conjunto. La importancia de este otro criterio hermenéutico es tal, que por medio de ella, será posible evitar la tensión y el conflicto cultural a que daría lugar la aplicación homogénea y abstracta de la ley, cuyo destinatario es una sociedad civil culturalmente heterogénea o diversa.

Como ya se tuvo oportunidad de comentar anteriormente, el sistema de justicia constitucional ha de tener en cuenta el «pluralismo jurídico» como marco que alberga en el concierto constitucional, a una diversidad de jurisdicciones dentro del ordenamiento jurídico unitario boliviano. De ello se desprende también, la importancia de que el TCPB no desconozca la «interpretación intercultural», y esto a fin de arraigar como instancia de control su cariz también «plurinacional». Esto significa que el reconocimiento por el TCPB de la interculturalidad como uno de los principios que informan su funcionamiento y naturaleza, se tendrá que traducir en declaraciones interpretativas intraculturales sobre los derechos fundamentales. A tal fin, deberá tener en cuenta el contexto de cada cultura en el caso concreto, pero sin violentar el «contenido esencial» de cada derecho fundamental, que deberá ser definido por la doctrina emanada de las resoluciones del TCPB. Ahora bien, en este proceso de definición de los derechos desde una perspectiva plurinacional e intracultural, el TCPB, tiene una enorme responsabilidad, que se traduce en no alterar el catálogo constitucional de derechos establecido en la Constitución¹³³³, y esta labor, sin duda alguna, no será nada sencilla, puesto que implica una labor por demás compleja la conjugación de derechos individuales con los derechos colectivos. En este escenario, nuevamente recobrará

¹³³² El criterio de interpretación «intracultural» encuentra su sustento en diversos artículos de la CPEP y de la LTCP. En cuanto a la Constitución, su artículo 10. I. hace referencia a «la promoción de la interculturalidad». Por otro lado, el artículo 98. I. de la Ley Fundamental, también sostiene que «La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones». De igual modo, el artículo 98. II. y III. de la Constitución establece que «II. El Estado asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígenas originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones. III. Será responsabilidad fundamental del Estado preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas existentes en el país». Desde un mismo enfoque se tiene también al artículo 178. I. constitucional que determina «La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de (...) pluralismo jurídico, interculturalidad...». Ya en lo concerniente al artículo 3.3. LTCP se tiene que entre los principios de la justicia constitucional figura el de «interculturalidad», a la que define como el reconocimiento de la «expresión y convivencia de la diversidad cultural, institucional, normativa y lingüística, y el ejercicio de los derechos individuales y colectivos en busca del vivir bien».

¹³³³ Y que no obstante el artículo 13 de la CPEP que determina la no jerarquización de los derechos fundamentales, prevalecen con nitidez los Derechos de los Pueblos Indígena Originario Campesinos conforme lo define el artículo 30 del cuerpo Fundamental.

importancia la doctrina del «contenido esencial»¹³³⁴ de los derechos fundamentales, y partir de ella, el TCPB tendrá que definir qué es lo «nuclear» en cada derecho fundamental, independientemente de su naturaleza. Innegablemente, la responsabilidad del Tribunal en este emprendimiento será determinante para consolidarse en el artífice, sino el único, sí el primordial, en la construcción de la plurinacionalidad.

Continuando con el análisis, corresponde ahora precisar, si a partir del espectro interpretativo previsto en la LTCP y el CPC, es posible que el TCPB pueda modular el contenido de sus sentencias y apartarse de la mera declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad¹³³⁵. En otras palabras, nos interesa ahora dilucidar si el Tribunal se encuentra facultado para declarar no la inconstitucionalidad de una disposición, sino la de uno o varios de sus «sentidos interpretativos (normas)» o «sentidos de aplicación»¹³³⁶.

Pues bien, en una primera aproximación hacia la regulación establecida en la Constitución boliviana y en la LTCP, parece desprenderse que la decisión sobre la constitucionalidad de una norma por parte del TCP, en la terminología empleada por de Del Real, es de carácter «bivalente», es decir, que las opciones con las que cuenta el Tribunal a la hora de ejercitar el juicio de constitucionalidad, es dual, debido a que sólo puede declarar a través de la sentencia, la constitucionalidad o no de la norma impugnada¹³³⁷. Desde luego, si se toma en cuenta la previsión normativa del artículo 78 (Efectos de la sentencia) del CPC¹³³⁸, se

¹³³⁴ Tomando en cuenta el planteamiento central de Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003, la interpretación intracultural puede afectar únicamente al «modo de ejercicio» de un derecho constitucional, pero jamás a su núcleo esencial, pues ello implicaría negar a ese derecho en la práctica, y darlo por inexistente, violentándose con ello a la Constitución misma. En ese sentido, el TCPB está obligado a fijar en su jurisprudencia, no solo el contenido esencial de cada derecho fundamental, sino también en qué consiste el «modo de ejercicio intracultural» de un derecho fundamental según el caso concreto. Es decir, a partir de la interpretación intracultural, se debe determinar que los derechos son extensivos en su reconocimiento para todos, pero que su forma de ejercicio y cumplimiento puede variar en el contexto de cada cultura, y este aspecto debe también ser «ponderado» a través de los pronunciamientos del TCPB. Lo importante en última instancia, es que a través de la hermenéutica intracultural de los derechos fundamentales no se generen derechos disímiles para las personas que cohabitan el Estado plurinacional. Esta situación adquiere una capital importancia para la consolidación del Estado de Derecho Plurinacional, y por lo mismo, será necesario que el Tribunal la delimite a través de su nueva jurisprudencia.

¹³³⁵ En ese sentido, es necesario tomar en cuenta que, según la previsión del artículo 39 (Resoluciones) de la LTCP el TCPB puede emitir las siguientes resoluciones: 1. Sentencias constitucionales, a través de las cuales el Tribunal resuelve demandas, recursos y revisiones de las acciones constitucionales. 2. Declaraciones constitucionales, las que son adoptadas por el Tribunal, en caso de consultas realizadas al TCPB y 3. Autos constitucionales, emitidos en ocasión de determinar la admisión, el rechazo, la subsanación, el desistimiento, la caducidad y otras que desarrollan el procedimiento, por parte del TCPB.

¹³³⁶ En la perspectiva de Del Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional...opus cit.*, p. 115, en rigor, esta declaración vendría a delimitar, perfilar, el «marco» en el que pueden jugar los actos de aplicación de la norma, determinando el TCP cuándo ciertos actos de la misma (o sentidos de su interpretación) están fuera de ese marco.

¹³³⁷ Del Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional...opus cit.*, p. 144, en alusión al artículo 133 CPEP, que sostiene «La sentencia que declare 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.» refiere enfáticamente el carácter cerrado de las decisiones del TCPB, es decir, la declaración de constitucionalidad «positiva» o «negativa», de ahí el carácter bivalente.

¹³³⁸ El artículo 78 párrafo II, numerales 3, 4 y 5, señalan que el TCPB podrá declarar entre otras cosas: «La inconstitucionalidad total de una norma legal impugnada» desprendiendo un efecto abrogatorio sobre ella, así también, «La inconstitucionalidad parcial de una norma legal impugnada» desprendiendo un efecto derogatorio de los artículos o parte de éstos, sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad, debiendo seguir

desprende que el TCPB puede declarar la inconstitucionalidad total de la norma, la inconstitucionalidad parcial de la norma y, la inconstitucionalidad de preceptos normativos conexos o concordantes, y a través de todas ellas, pareciera ratificarse el carácter bivalente en el que tendría que operar el Tribunal.

Sin embargo, una lectura detenida del artículo 78 del CPC, salvando la afirmación realizada por de Del Real, sí permitiría desprender una «tercera posibilidad»¹³³⁹ en cuanto a modalidad de pronunciamiento por parte del TCPB, es decir, que el Tribunal pueda recurrir al principio de interpretación conforme, y dictar sentencia atípicas, independientemente de si se trate de una acción abstracta o concreta de inconstitucionalidad, lo que no significa negar su utilidad dentro de otras acciones de defensa constitucional¹³⁴⁰.

En ese sentido, si revisamos nuevamente el artículo 78.II.4 del CPC, que preceptúa que «La inconstitucionalidad parcial de una norma legal impugnada tendrá efecto derogatorio de los Artículos o parte de éstos, sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad y seguirán vigentes los restantes.», es posible construir un razonamiento a través del cual se posibilite al TCPB, dictar sentencias atípicas. En efecto, si se entiende al artículo como disposición normativa, y a los sentidos de este como la norma jurídica —en

vigentes los restantes, así como declarar la «La inconstitucionalidad de otros preceptos que sean conexos o concordantes con la norma legal impugnada que deberán ser referidos de forma expresa, en cuyo caso tendrán los mismos efectos que en lo principal», respectivamente.

¹³³⁹ Para de Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional...opus cit.*, p. 146, a partir de una interpretación «exclusiva» de la CPEP y de la LTCP, así como del CPC, es posible desprender una «tercera opción» en la declaración sobre la constitucionalidad de una norma que ha de llevar a cabo el TCP. Esta tercera opción consistiría en declarar inconstitucional no la norma en sí misma sino únicamente uno o algunos de sus sentidos interpretativos (esto es, actos de aplicación ya realizados). A raíz de esta interpretación exclusiva, el juicio sobre la constitucionalidad de una norma por el TCP adquiere una dimensión «trivalente».

¹³⁴⁰ La utilidad de esta tercera opción como lo denominara de Del Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional...opus cit.*, p. 146, se daría en las consultas sobre la constitucionalidad de los proyectos de la ley (Artículos 134 a 136 LTCP), la que es vinculante para el Órgano que realiza la consulta dirigida al TCPB, es decir, para el Presidente/a de Estado (en un proyecto de ley de iniciativa del Órgano Ejecutivo), Así también, para la Asamblea Legislativa Plurinacional (cuando la consulta es aprobada por la resolución del Pleno de la Asamblea o por una de sus Cámaras), o para el del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental (en materia judicial y de reforma de los Códigos). Así también, dicha utilidad podría ser extensible para que el TCPB se pronuncie sobre el sentido interpretativo de una norma sin que por ello tenga que declararla inconstitucional, en las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus reglas a un caso concreto, a fin de que el Tribunal determine su «compatibilidad» con la Constitución, tal como se desprende del artículo 128 del CPC. En la resolución de estas consultas, el artículo 140 (Resolución), párrafo II de la LTCP, se establece que, «Cuando ello no sea posible (la aplicación o no de la norma), propondrá respuestas alternativas, culturalmente adecuadas al caso concreto planteado», de donde se desprende que en la proposición de respuestas alternativas, se permitiría al TCPB el recurrir al dictado de pronunciamientos atípicos. Otro supuesto en el que podría tener cabida esta tercera opción, es en el previsto en el artículo 120 (Resolución) párrafo II del CPC. Es decir, «Si el Tribunal Constitucional Plurinacional declara la inconstitucionalidad del Proyecto de Estatuto Autonómico a nivel Departamental, o Carta Orgánica a nivel local, o de alguna de sus cláusulas, dispondrá que el Órgano deliberante adecúe el Proyecto de acuerdo con la Constitución Política del Estado. En este caso, y cuantas veces sea necesario, antes de entrar en vigencia, el Proyecto deberá ser objeto de un nuevo control de constitucionalidad.» Precisamente, en esa labor de «adecuación» es que operaría la recomendación de declarar la constitucionalidad de una norma desde un determinado sentido interpretativo, pero declarar inconstitucional otros sentidos (y, por consiguiente, otros actos de aplicación de esa norma) que se excluyen; perfilando cuál es el «marco» de posibilidades en el que jugarán los actos de aplicación de la norma.

aplicación de la terminología empleada por Ezquiaga Ganuzas—, la declaración de inconstitucionalidad, bien podría recaer sobre uno de los sentidos desprendibles del articulado o soporte normativo, quedando vigentes las restantes normas o sentidos asignados a aquella disposición¹³⁴¹. Este mismo razonamiento podría aplicarse a la inversa, es decir, declarar tan sólo una de las normas como constitucional, y al resto como inconstitucionales, quedando subsistente la interpretación que el TCPB entienda como conforme a la Constitución, es decir a la voluntad del constituyente. Así, como cabe esta posibilidad, nada impediría al TCPB, sin embargo, cercenar por completo la disposición normativa, cuando de ella no sea posible desprender un sentido conforme con la Constitución o lo que es lo mismo, la voluntad del constituyente. De este modo, también el Tribunal podría entender que todos los sentidos normativos, son conformes con la Constitución y desestimar la declaración de inconstitucionalidad, y con ella, dejar incólume la disposición o soporte lingüístico objeto de interpretación.

En ese contexto es necesario ser consciente, que el TCPB no puede sujetarse a fórmulas únicas predefinidas por el constituyente en la emisión de sus sentencias, especialmente en el cumplimiento de sus funciones de control normativo de constitucionalidad. En efecto, si bien es cierto que en principio las acciones de inconstitucionalidad están encaminadas a que el Tribunal verifique la compatibilidad o incompatibilidad de una disposición legal con los valores supremos, principios fundamentales, derechos fundamentales y demás normas o preceptos de la Constitución, para que sobre esa base pueda declarar la constitucionalidad o no de la disposición impugnada, no es menos cierto que, dados los supuestos referidos anteriormente, su decisión no puede reducirse a esa declaración formal (o bivalente en palabras de Del Real), pues dependiendo de los elementos de juicio concurrentes, la aplicación de los principios, así como los criterios de interpretación, el Tribunal, con frecuencia se encontrará ante situaciones complejas que le obliguen apartarse de las fórmulas clásicas para modular sus sentencias en cuanto a su contenido o los efectos en el tiempo.

Como se tuvo oportunidad de apreciar en los capítulos 2 y 3 del presente trabajo, el recurso a fórmulas únicas en la emisión de las sentencias constitucionales conlleva severas dificultades para la Jurisdicción Constitucional, así como riesgos para el Estado Social y Democrático constitucional de Derecho. En ese sentido, no puede negarse que, de un lado, pueden presentarse supuestos en los que una disposición legal presenta una norma que en una interpretación resulta conforme con la Constitución, pero en otra presenta una antinomia con la Ley Fundamental. Luego, se coloca al Tribunal en una situación muy complicada, es decir, en el dilema de tener que emitir una sentencia desestimatoria declarando constitucional la disposición legal impugnada o, de emitir una sentencia estimatoria y declarar la inconstitucionalidad. Independientemente de la opción que se adopte, siempre estará latente el peligro de mantener una norma inconstitucional en el ordenamiento jurídico o, en su defecto, expulsar una norma constitucional¹³⁴².

¹³⁴¹ Ezquiaga Ganuzas, Francisco, *La producción jurídica... opus cit.*, p. 73.

¹³⁴² Desde la perspectiva de Rivera Santivañez, José Antonio, *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución...opus cit.*, p. 32, en cuanto a los efectos de las sentencias en el tiempo, el empleo de fórmulas únicas también presenta dificultades, pues la declaratoria de inconstitucionalidad simple es «pro futuro», partiendo de la premisa de que el Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad, dispone la anulación de la norma no así la nulidad preexistente.

Precisamente para evitar estas situaciones de riesgo, en la labor cotidiana desarrollada por el TCPB, se hace necesario, cada vez que se somete a juicio de constitucionalidad la disposición legal acusada de inconstitucional, establecer previamente a través de un análisis, si la misma contiene distintas normas, las que a su vez admiten diversas interpretaciones razonables, de las que unas bien podrían ser compatibles con la Constitución y otras no. En este nuevo panorama, una sentencia de simple declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad, no permitirían al TCPB resolver el conflicto y responder adecuadamente a la solución del problema planteado. Pues, recuérdese cómo en la jurisprudencia constitucional comparada, si el Tribunal declaraba la constitucionalidad de la disposición legal, manteniéndola en el ordenamiento sin efectuar ninguna aclaración, estaba admitiendo la permanencia de una disposición legal cuyas normas podían contener ciertas interpretaciones que no eran conformes con la Constitución, viéndose afectado de este modo, su supremacía así como su integridad. Pero por otro lado, si el TCPB tuviera que declarar la inconstitucional de la norma impugnada y la retirase en su integridad, estaría apartando del ordenamiento jurídico una disposición legal cuyas normas, en parte y sobre la base de la interpretación, bien podrían ser conformes a la Constitución, y esta situación, sin duda alguna, sería perjudicial en tanto que, se estaría anulando, por tanto retirando del ordenamiento, normas que no vulneran la Constitución.

Por todo ello, los pronunciamientos dictados por el TCPB, no pueden adoptar una modalidad única, bivalente o apegada al binomio constitucionalidad/inconstitucionalidad, al contrario, se desprende la ineludible necesidad de adoptar distintas modalidades o tipos de sentencias, ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión, ya desde el punto de vista de sus efectos temporales¹³⁴³. Sin duda, con esto, inevitablemente se abre paso a que el TCPB, vaya más allá del papel de «legislador negativo» y redefina su labor de dictar sentencias puramente anulatorias o confirmatorias. En este nuevo paradigma, el TCPB necesariamente para cumplir con sus fines, deberá asumir una labor más activa dictando sentencias de distinto tipo, ya sea que se denominen interpretativas, integradoras, sustitutivas o aditivas respecto al contenido, o retroactivas, diferidas o inmediatas respecto a sus efectos¹³⁴⁴, pero conscientes de que el recurso a esta tipología de sentencias, debe estar sujeta a la construcción de límites que impidan trastocar las competencias de otros órganos de poder del Estado, principalmente las del Órgano Legislativo a nivel nacional (Hoy Asamblea Legislativa Plurinacional).

Al interior de este nuevo contexto constitucional, el TCPB, al llevar a cabo su función jurisdiccional necesariamente tendrá que interpretar la Constitución, así como las leyes desde y conforme a la Ley Fundamental buscando el sentido de la ley que se ajuste más a la Constitución. Es decir, al realizar la interpretación constitucional de las leyes el TCPB encontrará que una disposición contiene varias normas y de ellas algunas serán compatibles

¹³⁴³ En la perspectiva jurisprudencial boliviana, Rivera Santivañez, José Antonio, *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución...opus cit.*, p. 34, resume ambos, desde el punto de vista del dimensionamiento de los efectos en el tiempo, o desde el punto de vista de los efectos en cuanto a las personas.

¹³⁴⁴ La modulación de los pronunciamientos no constituye una práctica ajena a los tribunales constitucionales, sino más bien una tradición cotidiana de arraigo, de las que se puede citar a la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional de Italia, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, y el Tribunal Constitucional de España en lo que respecta a Europa. Vid por todos Pegoraro, Lucio, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva...opus cit.* A nivel regional el fenómeno es similar, y se puede citar el caso de la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional de Chile. Vid por todos a Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales...opus cit.*

con la Constitución, mientras que otras serán contrarias o incompatibles con la Ley Fundamental, luego, deberá conservar en el ordenamiento jurídico las que son compatibles, declarándolas constitucionales y expulsará del ordenamiento jurídico aquellas que son incompatibles al determinar su inconstitucionalidad, y para ello, tendrá que recurrir irremediabilmente al dictado de un pronunciamiento interpretativo declarando la constitucionalidad de la disposición legal impugnada condicionada a la interpretación realizada por aquella instancia de control. A tal efecto, será necesario trabajar –como se había dicho antes– en la definición y determinación del contenido y alcance de los pronunciamientos del TCPB, es decir, que a raíz del dictado de sentencias interpretativas estimatorias o desestimatorias, deberá terminar de comprenderse, que el Tribunal no estará legislando positivamente, puesto que dicha actividad, no tiene por qué ser considerada como la creación de leyes sino, al contrario, constituye un proceso de extracción de normas implícitas de las disposiciones legales existentes, o lo que es lo mismo sostener, que se está estableciendo el sentido preciso de una disposición legal y su respectiva norma a partir de una interpretación conforme con la Constitución¹³⁴⁵. A través de esta labor de obtención de normas implícitas, no expresas, contenidas en la CPEP, se podrá desde la jurisprudencia constitucional boliviana, regular cualquier aspecto de la vida social y política.

4.2. La transición del Tribunal Constitucional hacia el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Dentro de un nuevo escenario constitucional plurinacional, y a fin de dar cumplimiento a la LTCP, se promulgó la Ley No. 03, de 13 de febrero de 2010, denominado de «Necesidad de transición a los nuevos entes del Órgano Judicial y Ministerio Público», a través de la cual, se dispuso el periodo de transición para la implementación del Órgano Judicial, del Tribunal Constitucional Plurinacional y del Ministerio Público, a fin de garantizar el funcionamiento y la continuidad del servicio de administración de Justicia. De igual modo, se convocó a elecciones de Magistradas y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental, del Tribunal Constitucional Plurinacional y de los miembros del Consejo de la Magistratura.

¹³⁴⁵ Al comparar el escenario en el que se desarrolló el anterior TCB, en relación al actual TCPB, Rivera Santivañez, José Antonio, *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución...opus cit.*, p. 38, sostiene que en el ámbito tutelar, el TCB al desarrollar su labor jurisdiccional e interpretar la Constitución o las leyes conforme a la Ley Fundamental, se encontró con disposiciones constitucionales o legales generales, abstractas, con cláusulas abiertas. En consecuencia, para otorgar protección a los derechos fundamentales y garantías constitucionales era necesario otorgar una concreción normativa a aquellas cláusulas generales y abstractas a través de la creación de «subreglas». Desde el punto de vista doctrinal, las «subreglas» son formulaciones que permiten aplicar el derecho abstracto a un caso concreto a través de reglas jurídicas prescriptivas, generales y concretas. En consecuencia, las subreglas fueron formuladas por el TCB a partir de la interpretación constitucional de una norma de la Constitución aplicando los principios de interpretación sistematizada, de concordancia práctica y de la eficacia integradora, de manera que luego de desarrollar la labor hermenéutica, extrajo de la norma implícita que conllevaba una determinada disposición de la Constitución, aplicando el argumento *a contrario sensu*. Ahora bien, ya en aquella oportunidad, el TCB aclaró que al crear «subreglas», como instancia de control de la supremacía constitucional, no realizaba una labor de legislación positiva, como erróneamente afirmaban algunos sectores contrarios a este órgano, toda vez que las subreglas, a diferencia de las leyes, no tenían alcance general, solo eran aplicables a casos concretos que presenten analogía en los supuestos fácticos. Desde esa perspectiva, el TCB no creaba arbitrariamente aquellas subreglas, sino que las extraía de las normas implícitas que contenían las disposiciones constitucionales y legales ordinarias, aplicando los sistemas de interpretación constitucional.

Dicho acto electoral, fue señalado para el día 5 de diciembre de 2010¹³⁴⁶. Entre tanto, el Ejecutivo gubernamental continuando con la tradición de los interinatos, designó a través del DS N° 432, de 17 de febrero de 2010, a Ministros de la Corte Suprema¹³⁴⁷, Consejeros de la Judicatura¹³⁴⁸ y Magistrados del Tribunal Constitucional¹³⁴⁹.

El artículo 4 (Periodo de funciones) del DS 432, en concordancia con las previsiones de la Ley No. 03, estableció expresamente, que las autoridades del Órgano Judicial designadas interinamente por el Presidente del Estado Plurinacional, ejercerían sus funciones hasta la posesión de las autoridades elegidas mediante sufragio universal¹³⁵⁰. Como no podía ser de otra manera, las reacciones no se dejaron esperar, así, Juan del Granado, líder del partido político opositor al partido político en función de gobierno, el Movimiento Sin Miedo (MSM), criticó¹³⁵¹ que el propio Gobierno no respete la propia Constitución y continúe nombrando interinamente a autoridades no sólo del Órgano Judicial, sino también de otras reparticiones públicas¹³⁵².

¹³⁴⁶ El artículo 2, parágrafo I de la Ley No. 003 venía a dar cumplimiento al artículo 208 de la Constitución, que establece la responsabilidad del Tribunal Supremo Electoral de organizar, administrar y ejecutar los procesos electorales y proclamar sus resultados.

¹³⁴⁷ Según el artículo 1 del DS 432, se designó en el cargo de Ministros de la Corte Suprema de Justicia, a los ciudadanos: Ana María Forest Cors, Jorge Isaac Von Borries Méndez, Ramiro José Guerrero Peñaranda, Esteban Miranda Terán y Jorge Monasterio Franco.

¹³⁴⁸ De igual modo, a través de la previsión del artículo 3 del DS 432, se designó interinamente en el cargo de Consejeros de la Judicatura, a los ciudadanos: Lindo Fernández Chile, Freddy Torrico Zambrana y Amalia Morales Rondo.

¹³⁴⁹ En lo concerniente al Tribunal Constitucional, a través del artículo 2 de DS 432, se designó interinamente como Magistrados titulares a los ciudadanos: Fausto Juan Lanchipa Ponce, Abigael Burgoa Ordoñez, Ernesto Félix Mur, Liglia Mónica Velásquez Castaños, Marco Antonio Baldivieso Jinés, y como Magistrados Suplentes del Tribunal a Lily Marciana Tarquino López, Agapito Alpire Pérez, Eva Carmen Mamani Roldan, Magali Zaida Calderón Maldonado y Nelma Teresa Tito Araujo.

¹³⁵⁰ El artículo 4 (Funcionamiento del Tribunal Constitucional), en su parágrafo I, precisaba que «Las competencias y funciones transitorias del Tribunal Constitucional se circunscribirán únicamente a la revisión y liquidación de los recursos constitucionales presentados hasta el 6 de febrero de 2009.»

¹³⁵¹ La aprobación de la Ley No. 03, denominada coloquialmente como «Ley corta» generó diversas controversias luego de que la Asamblea Legislativa aprobara la misma frente a una impotente oposición política en aquella sede de representación popular. Uno de los críticos fue también el presidente del Colegio Nacional de Abogados de Bolivia, Dr. Edwin Rojas, quien en conferencia de prensa publicada posteriormente en el periódico El Diario, de fecha 14 de junio de 2010, sostuvo que esta situación constituía una flagrante vulneración a la propia Constitución aprobada por la mayoría legislativa del partido político en función de gobierno, el MAS, hace apenas un año atrás. Alertó que al facultar la Asamblea al Presidente del Estado a designar interinamente en el cargo a altos funcionarios del Órgano Judicial, tal el caso de los Magistrados del TCPB, se estaba propiciando un cooptación de los órganos de Poder del Estado, desde el Ejecutivo, eliminando de esta manera, el principio de la separación de poderes.

¹³⁵² En una nota de prensa del periódico La Razón de fecha 20 de febrero de 2010, Francesco Zarati, miembro del partido político opositor Movimiento Sin Miedo, criticó la actitud del Gobierno, ya que al contar con una amplia mayoría en la Asamblea Legislativa Plurinacional, continuaba con aquella política de mantener en el cargo a autoridades interinas a la cabeza de las principales instituciones del Estado, después de 6 años de gestión. En efecto, simplemente a manera de ejemplo, se hacía referencia a algunos cargos que incluso en la actualidad, siguen como interinos, tal el caso del Contralor General del Estado, el Fiscal General, los presidentes del Banco Central, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos, la Administradora Boliviana de Carreteras, Impuestos Nacionales, la Aduana Nacional, la Corporación Minera de Bolivia y la Comandancia General de la Policía Boliviana, sólo para enumerar algunos cargos que deberían ser designados de acuerdo a lo establecido por la Constitución y los respectivos Estatutos. La razón principal que apuntó el autor de la nota, era que a través de los nombramientos vía DS, era más fácil designar a quienes demostraban alguna filiación política al partido en función de Gobierno, y sustituir a quienes no reflejaban un compromiso de lealtad hacia el partido, sin necesidad

Los Magistrados interinos del TCB, fueron resolviendo todas las causas que llegaron a conocimiento del Tribunal, pero que no pudieron ser atendidas dada la parálisis institucional sufrida a raíz de la renuncia de sus Magistrados como consecuencia de los procesos penales por prevaricato iniciados por el Ejecutivo gubernamental en su contra a raíz del dictado de la SC 0018/2007. En ese sentido, en todos los recursos a ser resueltos, el Tribunal, en el apartado «Antecedentes con relevancia jurídica» de las sentencias constitucionales, aclaraba la fecha de remisión del recurso, citaban al Acuerdo Jurisdiccional 001/2010 de 8 de marzo, por el que los Magistrados interinos reiniciaban las labores jurisdiccionales, y precisaban también la fecha en la que se produjo el sorteo de la causa a fin de determinar el nuevo cómputo de los plazos procesales¹³⁵³.

Luego de suscitada la elección de autoridades del Órgano Judicial, para el caso del TCPB, resultaron electos los Magistrados Efrén Choque Capuma, Neldy Virginia Andrade, Soraida Rosario Cháñez Chire Martínez, Mirtha Camacho Quiroga, Ligia Mónica Velásquez Castaños, Gualberto Cusi Mamani y Ruddy José Flores Monterrey, este último, actualmente se desempeña como Presidente del Tribunal. Una vez que el primer paso para la transición del Poder Judicial hacia el órgano Judicial Plurinacional fuera dado, el siguiente paso, la institucionalización de esta instancia de poder debía instrumentalizarse. Para ello, el Gobierno promulgó la Ley N° 212 de 23 de diciembre de 2011 «Ley de Transición para el Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura y Tribunal Constitucional Plurinacional», cuyo objeto principal era el regular la transición, traspaso, transferencia¹³⁵⁴ y funcionamiento ordenado de la administración financiera, activos, pasivos, y causas del Poder Judicial al Órgano Judicial y al Tribunal Constitucional Plurinacional.

A través de esta Ley, también se dispuso la conclusión de funciones y extinción institucional de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Agrario Nacional, Consejo de la Judicatura y Tribunal Constitucional el 31 de diciembre de 2011¹³⁵⁵. Y a su vez, previó también

de aguardar al cumplimiento de un mandato que debía ser determinado por Ley a través de la ALP. Pero además, con este tipo de decisiones políticas, el Gobierno en muchas oportunidades ha ido en contra de lo preceptuado en la norma, desconociendo que el Estatuto del Funcionario Público establece un límite para la duración del interinato, esto es, los 90 días. Así se tiene el caso del Contralor General del Estado (Gabriel Herbas), quien desde el 27 de marzo del 2009, fue ratificado por DS 058 del presidente Evo Morales, en forma indefinida.

¹³⁵³ Véase en ese sentido, la SC 2003/2010-R de fecha 25 de octubre 2010, en el que el TCB, en su apartado «Antecedentes con relevancia jurídica», señalaba: «El presente recurso de amparo constitucional, fue remitido el 10 de marzo de 2008; sin embargo, ante la renuncia de los Magistrados del Tribunal Constitucional, las causas en trámite quedaron paralizadas. Al haberse designado a las nuevas autoridades y reiniciado las labores jurisdiccionales por Acuerdo Jurisdiccional 001/2010 de 8 de marzo, se produjo el sorteo de la presente causa el 2 de septiembre de 2010, por lo que la presente Resolución se pronuncia dentro de plazo.»

¹³⁵⁴ En la parte de la transferencia de bienes, el artículo 22. (Transferencia Institucional) de la Ley No. 212, establecía que la Comisión de Liquidación del Consejo de la Judicatura, una vez posesionados los Magistrados del TCP, deberá transferir todos los bienes inmuebles, muebles, activos, pasivos, cuentas, presupuesto, que corresponden al Tribunal Constitucional.

¹³⁵⁵ Véase el artículo 2. (Conclusión de funciones, extinción institucional y posesión de nuevas autoridades) de la Ley No 212. A su vez, el artículo 4 párrafo II, de la precitada Ley, disponía que el Tribunal Constitucional, debía entregar el inventario de las causas pendientes de resolución al 31 de diciembre de 2011, clasificado cronológicamente, bajo responsabilidad de los Secretarios de Cámara, los Secretarios Generales y los responsables de Régimen Disciplinario, respectivamente, quienes quedaban en custodia de las causas, hasta su entrega a quien corresponda bajo detalle físico y digital con todas las formalidades de ley, y en presencia de Notario de Fe Pública.

la inauguración del año judicial, fecha de posesión oficial¹³⁵⁶ e inicio¹³⁵⁷ de actividades de las nuevas autoridades electas del órgano Judicial Plurinacional, el 3 de enero de 2012¹³⁵⁸.

Una regulación más a detalle sobre la transición que debía operar en el TCPB se encontraba preceptuada en el capítulo quinto de la Ley No. 212. Así, en el artículo 20 (Liquidación de Causas Pendientes), se determinaba que la Sala Plena del TCPB, debía constituir una «Sala Liquidadora Transitoria»¹³⁵⁹, conformada por cinco Magistrados Suplentes, elegidos de acuerdo al artículo 24 de la Ley N° 027 del TCPB, quienes asumirían la responsabilidad de la liquidar hasta la última acción tutelar ingresada al 31 de diciembre de 2011, en el marco de la Ley N° 1836 (LTC), y cuyo plazo no debía exceder de veinticuatro meses¹³⁶⁰. De igual modo, en el artículo 23 (Reglamentos) de la Ley No. 212, se disponía que la Dirección Administrativa y Secretaría General en el plazo de noventa días a partir de su designación, se encargarían de elaborar el Reglamento Interno de Personal del TCPB, así como todos los reglamentos necesarios para su correcto funcionamiento, documentos éstos que serían aprobados por el pleno del Tribunal. Entre tanto estas reglamentaciones no estuvieran elaboradas, el Tribunal debía operar en base a la reglamentación vigente aprobada al tenor de la LTC abrogado.

Un aspecto a resaltar por su novedad e importancia en el concierto constitucional y jurisprudencial boliviano, es el relacionado con la creación de la Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, dependiente del TCPB, cuya función principal, es el estudio e

¹³⁵⁶ El artículo 3 (Elección de Presidenta o Presidente y Conformación de Salas) de la Ley No. 212, establecía en su párrafo I, que una vez concluido el acto de posesión de las Magistradas y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Tribunal Constitucional Plurinacional; independientemente se reunirán en Sala Plena para la elección de su Presidenta o Presidente y conformación de sus salas. Esta sesión deberá durar máximo tres días, bajo responsabilidad por incumplimiento de deberes. La reunión debía ser convocada y dirigida por la Magistrada o Magistrado electo con más años de experiencia profesional en la abogacía.

¹³⁵⁷ El artículo 6, párrafo III, de la Ley No. 212, preveía que, en caso de acefalías de servidoras y servidores correspondientes al Tribunal Constitucional Plurinacional, su Sala Plena se encontraba facultada de designar a dicho personal de forma provisional. Una regulación más precisa sobre el personal del TCPB, se encontraba recogida en el artículo 21 (Personal) de la precitada Ley, en la que se señalaba que el TCPB, en el término de noventa días de su posesión, debía emitir el Reglamento de Funciones y Requisitos de Designación, para convocar de forma pública nacional, a concurso de méritos y examen de competencia para seleccionar y designar en pleno, al Secretario General, Director Administrativo, cuerpo de asesores y demás servidores necesarios. Entre tanto, se dispuso que todas las servidoras y todos los servidores del Tribunal Constitucional, debían continuar transitoriamente en sus funciones, en el Tribunal, hasta la nueva designación de los funcionarios, los mismos que podían participar en los procesos de selección y designación, que lleve adelante el Tribunal, en el marco de sus atribuciones.

¹³⁵⁸ El Artículo 2, párrafo II de la Ley No. 212, guarda concordancia con el artículo 2, párrafo de la Ley 03, que disponía: «El Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Agroambiental, el Consejo de la Magistratura y el Tribunal Constitucional Plurinacional, entrarán en funcionamiento el primer día hábil del mes de enero del año 2011.»

¹³⁵⁹ La Disposición Transitoria Segunda de la Ley No. 254, establece que «Una vez entre en vigencia el presente Código Procesal Constitucional, se aplicará para el régimen de liquidación de causas establecido en la Ley N° 212 de 23 de diciembre de 2011.»

¹³⁶⁰ Del precitado artículo, se desprende también, que las causas ingresadas a los Tribunales de Garantías hasta el 31 de diciembre de 2011 en sus respectivos asientos judiciales serían revisadas y resueltas por la Sala Liquidadora del Tribunal Constitucional. A tal fin, el TCPB se encontraba compelida a otorgar a la Sala Liquidadora, los recursos técnicos y humanos para las labores de liquidación de causas, prohibiéndose expresamente, que en ningún caso los Magistrados suplentes, podían ejercer actos de representación o conformación de directivas paralelas.

investigación en materia constitucional¹³⁶¹. La preponderancia de este instituto tiene que ver con el aporte hacia la consolidación de una nueva jurisprudencia constitucional que sirva de correlato a las disposiciones del nuevo texto constitucional. En efecto, si se contextualiza la disposición del artículo 4 párrafo II de la Ley No. 03, que señala expresamente: «Los Tribunales, Jueces y autoridades administrativas del Estado Plurinacional podrán considerar la jurisprudencia constitucional emitida con anterioridad a la aprobación del nuevo orden constitucional, en tanto no se contraponga a la Constitución» del Estado Plurinacional, implica que los precedentes constitucionales y la misma línea jurisprudencial elaborada por el anterior TCB a la luz de la Constitución y las leyes reglamentarias, sería válida y aplicable en forma parcial.

Desde luego, operado el cambio constitucional en Bolivia, las transmutaciones en el orden social, político y jurídico son tan intensas que los precedentes construidos por el antiguo TCB desde un óptica –en palabras de Del Real– jacobina, uninacional y unicultural, difícilmente pueden servir como tales para una jurisprudencia que quiera ser acorde y sustentar sólidamente al nuevo «ambiente normativo – constitucional» vigente¹³⁶². Más allá de resultar una obviedad, lo cierto que en este nuevo escenario constitucional, no puede dejarse de lado una variable importante a ser considerada por el nuevo TCPB ha momento de interpretar la Constitución y las leyes, y esa coordenada lo constituye el factor de la «plurinacionalidad». Es por esta razón que se sostiene, que la jurisprudencia del TCPB, al instrumentalizar el valor de la plurinacionalidad, dará como resultado una jurisprudencia «ex novo»¹³⁶³. Empero, cabe advertir aquí, que uno de los principales problemas con los que se topará el TCPB, paradójicamente, es esa misma novedad que inserta la plurinacionalidad en la nueva Ley Fundamental, es decir, que como consecuencia de la inserción en el sistema constitucional moderno boliviano, de valores, principios, derechos y deberes respecto a la plurinacionalidad, al ser éstos poco ilustrados hasta ahora por la ciencia jurídica actual o por la jurisprudencia, le tocará asumir al TCPB, la construcción de una jurisprudencia peculiar en su naturaleza¹³⁶⁴, en comparación a sus pares latinoamericanos y europeos, y se cree que es ahí donde cobrará especial gravitación el aporte de la Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales.

No se debe perder de vista, que toda la nueva normativa contiene en su esencia el valor jurídico derivado del principio de la plurinacionalidad, de modo tal, que su núcleo conforma un auténtico «subsistema normativo» dentro del ordenamiento boliviano. Y esto, sin duda alguna, conduce nuevamente a cuestionarse acerca de cuáles serán los criterios hermenéuticos que

¹³⁶¹ Este instituto es creado por mandato de la Disposición Final Quinta de la Ley No. 254 CPC.

¹³⁶² Del Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional...opus cit.*, p. 148.

¹³⁶³ Consciente de ello, la ALP introdujo en el artículo 32 (Sala Especializada) de la LTCP, que una de las salas del Tribunal Constitucional Plurinacional conozca adicional y exclusivamente de las consultas de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto.

¹³⁶⁴ Ya lo anticipaba el Vicepresidente del Estado Plurinacional, en el discurso inaugural del Seminario Internacional sobre el Tribunal Constitucional, publicado en el libro: *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional, Memoria conferencia internacional*, GTZ – CONCED, Bolivia, 2010, p. 13, en el que sostenía que la construcción de una jurisprudencia guiada por el principio de la plurinacionalidad, constituía un reto complicado de asumir por parte del TCPB, en tanto que aseveraba la no existencia de jurisprudencia internacional o latinoamericana donde apoyarse. Por lo mismo, sostuvo que era deber del Tribunal construirla sobre la marcha, a través de una coordinación con la sociedad.

deberá utilizar el TCPB a la hora de interpretar las normas constitucionales sobre la plurinacionalidad¹³⁶⁵.

Si bien es cierto que es el Constituyente quien insertó el subsistema normativo de la plurinacionalidad, no menos cierto es, que son los jueces quienes lo perfilarán de forma concreta caso a caso a la hora de aplicar esas normas, culminándose de este modo, con la labor de creación del Derecho. Bajo esta premisa, la aplicación del sistema normativo plurinacional atendiendo la particularidad del caso, será uno de los mecanismos a emplear por parte del TCPB, que modo tal que le permita solventar firmemente sus pronunciamientos¹³⁶⁶.

Por lo mismo, los criterios de interpretación que ha de tener en cuenta el TCPB según la Constitución y la LTCP a la hora de construir la argumentación de la nueva jurisprudencia constitucional boliviana, no es otro que un marco hermenéutico capaz de permitirle al Tribunal, descartar o rescatar en cada caso, la jurisprudencia anterior en la medida que no violente el nuevo ambiente constitucional, y articule a su vez, acogiendo al principio fundamental de la plurinacionalidad, con la jurisprudencia ex novo.

5. EL CASO TIPNIS: LA PRUEBA DE FUEGO PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

Después de tantas críticas hacia el Tribunal Constitucional boliviano nacido en 1995, con la reforma a la Constitución de aquel año, y luego de haberse gestado toda una serie de reformas, a nivel constitucional, y legal, que sirvieron no sólo para refundar el Estado, sino también instituciones tan importantes para el sostén de la Democracia como lo es el Tribunal Constitucional (ahora Plurinacional), es oportuno realizar una primera reflexión, a manera de balance, sobre su función dentro del actual concierto estatal.

Para ello, es necesario recordar que el TCPB, que nace en Bolivia con la entrada en vigor de la actual Ley Fundamental y con la promulgación de las leyes de desarrollo, estas son la LTCP y el CPC, más allá de constituirse en un ente de capital importancia para el desarrollo constitucional del país, como lo constituye cualquier Tribunal Constitucional, e independientemente de concentrar la labor de defensa de la supremacía constitucional, y los derechos y libertades de los ciudadanos, inicia sus actividades, consciente de los retos que el toca asumir. Así, en forma coincidente con el planteamiento de Del Real, para Arce, uno de los grandes retos, se traduce en desarrollar el carácter constitucional de Bolivia como un Estado «Plurinacional», es decir un Estado formado por varias naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos, tarea en extremo compleja si se considera que Bolivia reconoció e

¹³⁶⁵ Sobre el tema, confróntese a Asís Roig, Rafael, *La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete*, En Peces – Barba, Gregorio y Ramiro Avilés, M.A. (coord.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 285 – 302. De igual modo, Asís Roig, Rafael, *Sobre la interpretación de la Constitución*, en VV.AA., *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios En Homenaje a Héctor Fix – Zamudio*, Tomo VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México DF, 2008, pp. 211 – 230.

¹³⁶⁶ En lo referente al tema, véase a Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005. Así también al mismo autor en *El razonamiento judicial*, Editorial Ara, Lima, 2007.

integró formalmente a la vida política social y jurídica a 36 nacionalidades¹³⁶⁷ por primera vez en su historia¹³⁶⁸. Es en este contexto, en el que debe evaluarse si el paradigma del «legislador negativo» constituye para el TCPB, un mecanismo que le permita asumir este reto, o si al contrario, irremediamente se verá obligado a acudir a una labor mucho más activista y recurrir a pronunciamientos atípicos como su antecesor, es decir, el TCB, al que se desarticuló previa una campaña de desprestigio, que tuvo como punto de crítica principal, a la labor paralegislativa y usurpadora de funciones, es decir, se le acusó al Tribunal, de extralimitarse en su rol de garante de la Constitución, a partir del dictado de sus sentencias, que de lejos desbordaban su marco normativo.

Precisamente por ello, de las escasas sentencias pronunciadas por el TCPB hasta el momento, se tomó en cuenta para este análisis, a la SC 0300/2012 de 18 de junio, dado su contenido y connotación político social y jurídica.

La SC 0300/2012, se dictó en ocasión de resolver las dos acciones de inconstitucionalidad abstractas presentadas por un lado, por Miguel Ángel Ruíz Morales y Zonia Guardia Melgar, Diputados de la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP), demandando la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 180 de 24 de octubre de 2011, porque la entendían contraria no sólo en relación a la Constitución, sino también a la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por el otro lado, se atendió a la demanda de inconstitucionalidad planteada por Fabián II Yaksic Feraudy y Miriam Marcela Revollo Quiroga, también Diputados de la ALP, quienes de igual modo a sus correligionarios asambleístas, demandaron la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3, 4 inc. a), 5, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 222 de 10 de febrero de 2012, por ser presuntamente contrarios a la CPEP, a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En la primera acción, los accionantes, sostenían que los derechos de los pueblos indígena originarios albergados dentro del «Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécuré» (TIPNIS), contenidos en la CPEP y las normas que forman parte del bloque de

¹³⁶⁷ Por inferencia del artículo 5 de la CPEP, las naciones y pueblos indígena originario campesinos son el Aymara, Araona, Baure, Bésiro, Canichana, Cavineño, Cayubaba, Chácobo, Chimán, Ese Ejja, Guaraní, Guaras'we, Guarayu, Itonama, Leco, Machajuyaikallawaya, Machineri, Maropa, Mojeño-Trinitario, Mojeño-Ignaciano, Moré, Mometén, Movima, Pacawara, Puquina, Quechua, Sirionó, Tacana, Tapiete, Toromona, Uru-Chipaya, Weenhayek, Yaminawa, Yuki, Yuracaré y Zamuco.

¹³⁶⁸ En la perspectiva de Arce Zaconeta, Héctor, *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia*, en *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional, Memoria conferencia internacional*, GTZ – CONCED, Bolivia, 2010, p. 93, el segundo gran reto, que identifica se encuentra relacionado con el Estado autonómico, que implica una transferencia objetiva de poder a entidades territoriales autónomas, que antes no existían o, si existían, no eran sujetos de derechos políticos y capacidades económicas. Según su criterio, esta transferencia de poder da lugar a nuevos actores, entre los cuales solamente la existencia de un árbitro imparcial, reconocido, con legitimidad, que detenga cualquier intento de desconocer el orden normativo, que tenga la capacidad y legitimidad en su fallos, interpretaciones y acciones de frenar cualquier intento por sobrepasar la supremacía formal o material de la Constitución, garantizará la continuidad y desarrollo del Estado y sus nuevos retos. Finalmente, –en opinión del asambleísta– el tercer gran reto, del TCPB, es el de sostener, la nueva visión económico-social, contenida en la nueva Constitución.

constitucionalidad que generan obligaciones para el Estado, son imposibles de cumplir en un territorio declarado *intangibile* ya que dicha categoría implica la imposibilidad de tocar o desarrollar políticas, programas o proyectos de desarrollo, a más de restringir los propios planes de manejo de los pueblos indígenas que legítimamente habitan ese territorio¹³⁶⁹. En ese sentido, en la perspectiva de los accionantes, la *intangibilidad* introducida en la Ley 180, constituía una negación conceptual al cumplimiento pleno y efectivo de las obligaciones del Estado para con la sociedad y en especial con las comunidades Chimanes, Mojeño – Trinitarias y Yuracarés, al impedir por vía normativa que el Estado cumpla sus obligaciones como las de construir unidades educativas u hospitales, al interior del TIPNIS, lo que entendían, se constituía en una flagrante violación de los Derechos Humanos reconocidos constitucionalmente.

Para los accionantes, el concepto y término de *intangibilidad* sólo se encuentra previsto en la Norma Fundamental para los derechos de los pueblos indígenas en lo que se refiere a sus conocimientos y saberes ancestrales (artículo 100.II de la CPEP), más no así para aplicarse a un territorio, cuya esencia y naturaleza es la base y fuente de vida de los pueblos indígenas, sobre todo cuando la Constitución diseñó un complejo normativo de imposición positiva al Estado para que realice a favor de sus habitantes, labores que marcan al Estado Social de Derecho, como la igualdad de oportunidades, la salud, la educación; disposiciones constitucionales que la Ley 180, en sus artículos acusados de inconstitucionales desconocía y restringía.

Sin perjuicio de los argumentos sostenidos anteriormente, quizá el alegato más importante por su carácter transversal, sostenido por los accionantes, lo constituye aquel que refiere a que, entre los derechos más importantes que la Ley Fundamental y las normas internacionales reconocen a favor de los pueblos indígenas está el derecho a la consulta previa, libre e informada sobre toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectarles y, por tanto, sostenían vehementemente, que antes de la aprobación de la Ley 180, debió haberse consultado previamente a los pueblos indígenas habitantes del territorio sobre su voluntad para permitir el paso carretero en cuestión y, al no hacerlo, entendieron vulnerada por omisión legislativa los artículos 7, 11.I y II, y en especial el artículo 30.II.15 de la CPEP.

Por otro lado, los accionantes de la segunda acción de inconstitucionalidad, previa a la descripción de los antecedentes¹³⁷⁰, fundamentaron la acción de inconstitucionalidad abstracta de los artículos 1, 3, 4 inc. a) 5, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 222 planteada ante el TCPB¹³⁷¹.

¹³⁶⁹ Por memorial presentado el 28 de febrero de 2012, cursante de fs. 7 a 13, y que forma parte del Expediente 00157–2012–01–AIA 00188–2012–01–AIA (acumulado), los accionantes manifestaban que la Ley 180, contenía artículos total y abiertamente contrarios a los artículos 7, 11.I y II, 13.I, 17, 18, 19, 20, 30, 35, 36.I, 37, 77.I y 82.I de la CPEP; XI y XII de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos; 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, 3, 4, 10 del Protocolo de San Salvador.

¹³⁷⁰ Véase el memorial presentado el 27 de febrero de 2012, cursante de fs. 264 a 281 vta. que forma parte del Expediente 00157–2012–01–AAI.

¹³⁷¹ Con la finalidad de desvirtuar la existencia de una consulta previa por parte del Gobierno hacia los pueblos del TIPNIS, los accionantes enumeraron una serie de antecedentes al efecto: 1) La Ley 3477 de 22 de septiembre de 2006, declaraba de prioridad nacional la construcción de la carretera Villa Tunari–San Ignacio de Moxos, sin que se haya cumplido con los requisitos que determinen la viabilidad o no de dicha carretera; 2) Se observó la convocatoria a licitación pública para el estudio de factibilidad de la carretera Villa Tunari–San Ignacio de Moxos, realizada por la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC), puesto que a través aquél, en marzo de 2008, se emitió el Documento Base de Contratación (DBC) para la «Contratación de Obras con Financiamiento del Proponente, bajo la modalidad de Llave en Mano, para la construcción de la carretera Villa Tunari–San Ignacio de Moxos de la Ruta F–24». Lo que llamó la atención de aquel DBC fue el trazo por el que debía pasar la

En relación a la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 222, los accionantes manifestaron que, el citado artículo al señalar el objeto de la Ley, esto es, convocar al proceso de consulta previa, libre e informada¹³⁷² de los pueblos del TIPNIS, desconocía que desde el 2006 se habían realizado actos gubernamentales, administrativos y legislativos que vulneraban lo dispuesto por el artículo 30.II.15 de la CPEP¹³⁷³, en tanto que, la Ley 222 recién fue emitida cuatro años después de haberse tomado la decisión para la construcción del tramo carretero y dos años después del inicio de la ejecución del contrato, no existiendo, por tanto, una consulta previa, es decir anterior o anticipada, pues la misma, según el artículo 4 de la referida Ley, versa sobre la construcción de toda la carretera y no sólo sobre el tramo II, en consecuencia para que la consulta de toda la carretera sea realmente previa, sostenían que el gobierno debió primero rescindir el contrato con la empresa Constructora OAS Ltda., y suspender los trabajos de los tramos I y III –que en ese entonces se encontraban en plena fase de construcción– y dar inicio a un estudio de factibilidad.

Por otra parte, señalaron también, que el artículo 1 de la Ley en cuestión incorpora como parámetro de la consulta, que la misma sea libre. Empero, al haberse inobservado aquel extremo por el Estado, ello motivó a que los indígenas del TIPNIS desarrollaran la

referida carretera, siendo un sólo tramo, sin la fragmentación de tramos, actualmente denominados I, II y III; 3) El Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, mediante Resolución Suprema (RS) de 13 de febrero de 2009, bajo el Título Ejecutorial TCO–NAL–000229, reconoce a la Subcentral del TIPNIS, como única propietaria colectiva del aludido Territorio con una superficie total de 1.091.656 ha; 4) La ABC, luego de la licitación pública internacional LPI–001/2008, adjudicó la construcción de la citada carretera, mediante Resolución RPC 0154/2008 de 1 de agosto, a la empresa Constructora OAS Ltda., suscribiendo el Contrato ABC 218/08 GCT–OBR–BNDES el 4 de agosto de 2008; y, 5) El 22 agosto de 2009 se suscribió el contrato de financiamiento de la carretera Villa Tunari–San Ignacio de Moxos, entre el Ministerio de Planificación del Gobierno de Bolivia y el Banco de Desarrollo del Brasil–BANDES, la ABC y la OAS brasilera; 6) El contrato y la construcción de la carretera se encuentran actualmente en plena ejecución de acuerdo a los informes oficiales de la ABC sobre pagos a favor de la empresa Constructora OAS Ltda., y sobre los avances de los trabajos realizados. A través de estos antecedentes, los accionantes sostuvieron la existencia de pruebas que demuestran que hubieron actos legislativos y administrativos que fueron aplicados previamente a la promulgación de la Ley 222, y a través de los cuales se desvirtuaría el carácter precedente de la consulta previa establecida en la referida norma legal.

¹³⁷² En la perspectiva de los accionantes, los artículos 1 y 6 de la Ley 222, vulneraban el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados mediante procedimientos propios y a través de sus instituciones, ya que estos artículos, al determinar que será el Estado Plurinacional el que establezca el contenido de este proceso y sus procedimientos, desconocía tal previsión. Es más, estudiando el artículo 6 de la norma impugnada, que encargaba al Órgano Ejecutivo, a través de los Ministerios de Medio Ambiente y Agua, y al Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, llevar a efecto la «consulta», con el argumento de respetar sus normas y procedimientos propios, según los accionantes, aquella determinación contrastaba con el artículo 30.II.15 de la CPEP, que claramente determina que tal consulta sólo puede realizarse mediante sus propias instituciones, por lo que, en criterio de los accionantes, la intervención de los Ministerios nombrados no era más que una intromisión que desconocía los derechos y organizaciones propias de los pueblos indígenas afectados. Enfatizando más acerca de la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 222, la parte accionante sostuvo también, que el citado artículo vulneró la regla fundamental para la realización eficaz de los procesos de consulta previa que deben enmarcarse dentro de la concertación y la buena fe del Estado, por lo que llegaron (los accionantes) a la conclusión de que la consulta debía ser concertada, previamente acordada, consensuada y convenida con los pueblos del TIPNIS y no impuesta como lo entendían en el presente caso.

¹³⁷³ El artículo 30.II.15 de la CPEP, establece que «En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos», «A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.»

denominada octava marcha en defensa del TIPNIS, que movilizó a los aborígenes desde la ciudad de Trinidad hasta la ciudad de La Paz, reivindicando su derecho a la libre determinación, y en defensa de su territorio, rechazando tenazmente la construcción de la Carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos. En aquella ocasión los integrantes del Parque, ratificaron su condición de titulares únicos y absolutos propietarios de las tierras especificadas en el Título ejecutorial TCO 00300002, demandando el reconocimiento de su derecho inalienable e imprescriptible a la libre disposición sobre aquel espacio, rechazando cualquier pretensión sobre el mismo por parte del Estado Plurinacional. En criterio de los accionantes, las manifestaciones contra la construcción de la carretera no sólo se dejaron escuchar en su territorio, sino también en toda la población boliviana, misma que brindó su apoyo y solidaridad con los marchistas conforme iban atravesando las diferentes ciudades y comunidades hasta arribar a la sede de gobierno. Empero, acusaron que aquel esfuerzo desembocó contradictoriamente en la promulgación de la Ley No. 180, en cuyo artículo 1, se declaró el carácter indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable, irreversible e intangible del TIPNIS, y con ello, no solamente no habían consultado nuevamente a los habitantes del TIPNIS a fin de adoptar aquella medida legislativa, sino que también, les prohibían realizar cualquier actividad que les permitiera vivir y desarrollarse como pueblo indígena en la zona, por lo que entendieron, se vulneró la libre determinación sobre la territorialidad consagrada en el artículo 2 de la CPEP.

En lo que toca a la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 222, que sostiene textualmente que «La Consulta Previa Libre e Informada, se realizará en el ámbito de las comunidades indígena originario campesinas Mojeño – Trinitarias, Chimanes y Yuracarés, que habitan el Territorio Indígena y Parque Nacional Isidoro Sécore – TIPNIS, en su doble categoría de Territorio Indígena y Área Protegida, respetando sus normas y procedimientos propios», los accionantes acusaron que de la disposición impugnada, se desprendería que la consulta se efectuaría a sujetos que no formaban parte de los pueblos indígenas que habitaban en el TIPNIS, y por tanto no eran propietarios de la Tierra Comunitaria de Origen (TCO). En la interpretación de los accionantes, los únicos sujetos que podían ser consultados como propietarios del territorio eran los pertenecientes a la Subcentral TIPNIS, reconocidos como dueños por la RS de 13 de febrero de 2009, por lo que la pretensión de incluir a otros actores sociales implicaba una forma de invasión del Parque Nacional y territorio indígena. Luego, aquella disposición también fue acusada de inconstitucional y atentatoria a los derechos de los verdaderos dueños de las tierras que les fueron reconocidas.

En lo que concierne a la inconstitucionalidad del artículo 4 inc. a) de la Ley 222, que establece, que para «Lograr un acuerdo entre el Estado Plurinacional de Bolivia y los pueblos indígena originario campesinos Mojeño – Trinitario, Chiman y Yuracaré, sobre los siguientes asuntos: a) Definir si el Territorio y Parque Nacional Isiboro Sécore TIPNIS debe ser zona intangible o no, para viabilizar el desarrollo de las actividades de los pueblos indígenas Mojeño – Trinitario, Chiman y Yuracaré, así como la construcción de la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos», en criterio de los accionantes, el contenido de este inciso conculcaba directamente el artículo 14.V de la CPEP, debido a que aspectos como la intangibilidad del TIPNIS y la no construcción de la carretera ya fueron definidos por la Ley 180¹³⁷⁴, por lo que

¹³⁷⁴ En la línea de razonamiento de los accionantes, el artículo 4 inc. a) de la Ley 222, lesionaba los derechos de los pueblos indígenas con relación al artículo 13 de la CPEP, que establece que los derechos reconocidos por esta Constitución, aparte de ser inviolables, universales, interdependientes e indivisibles, son

la realización de la referida consulta –según las autoridades accionantes– significaría hacerla depender de ésta, desconociendo el carácter de cumplimiento obligatorio de la Ley.

Por último, en referencia a la inconstitucionalidad de los artículos 7, 8, 9, de la Ley 222, los accionantes argumentaron que el artículo 7 de la referida Ley, al definir el papel que representará el Órgano Electoral Plurinacional, en cuanto a la observación, acompañamiento e informe de la consulta, vulneraba lo previsto en el artículo 30.II.15 de la CPE, debido a que el citado artículo constitucional determina que la consulta a los pueblos indígenas debe ser a través de sus propias instituciones, pero en la realidad los sujetos a ser consultados no habían validado tal proceso previamente al interior de sus comunidades.

En cuanto a los artículos 8, que establece el plazo y 9, que refiere a las etapas del proceso, los accionantes sostuvieron que la vulneración constitucional era flagrante, debido a que el plazo y las etapas debían estar definidas a partir de la propia institucionalidad indígena, de sus normas, sus usos y costumbres, sus formas de organización y sus autoridades naturales, tal y como lo define no solamente el artículo 2 de la CPEP, sino también, la normativa internacional, especialmente la de la OIT y la ONU, en convenios expresos¹³⁷⁵.

A lo referido, añadieron también, que existió además vulneración de preceptos constitucionales, dado que el artículo 403 de la CPEP al reconocer «...la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza...», fue vulnerada por la Ley 222, en sus artículos 4 inc. a), 5 y 9, ya que en criterio de los accionantes, los términos de la consulta no podían ser definidos unilateralmente por el Gobierno, pues correspondía a los propios pueblos indígenas definir el desarrollo que requieren, necesiten, deseen o no implementar, acorde con sus criterios culturales¹³⁷⁶.

Una vez que la acción de inconstitucionalidad abstracta fue admitida, el TCPB dispuso la notificación de la misma al personero del órgano que generó la norma impugnada, es decir al

progresivos, por lo que el carácter de intangibilidad, al haber sido reconocido como un derecho propio de los pueblos y comunidades indígenas Mojeño-Trinitario, Chiman y Yuracaré, ya fueron establecido en la Ley 180, por lo que en el argumento de los accionantes, no existía nada que definir en la referida consulta previa.

¹³⁷⁵ Los accionantes alegaron también la vulneración de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 6, y los artículos 19 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pues en su criterio, no se trató de una consulta previa, sino de una pseudo consulta absolutamente posterior a varios actos y hechos administrativos y legislativos efectuados por el Gobierno sin consulta alguna a los pueblos indígenas.

¹³⁷⁶ Otra normativa constitucional alegada vulnerada por los accionantes, se encontraba relacionada con la infracción a los principios de primacía constitucional y jerarquía normativa de la CPEP. Así, la parte accionante, citando el artículo 410.II, sostuvo que la Norma Fundamental debía aplicarse preferentemente ante cualquier otra norma legal, así como los convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, como ser el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos Indígenas, porque tales instrumentos internacionales fueron aprobados por el Estado y forman parte del bloque de constitucionalidad, reconocido por el referido artículo de la CPEP, y cuyo contenido dispone exactamente lo contrario a lo establecido por los artículos que se demandaron de inconstitucionalidad.

Vicepresidente del Estado Plurinacional y Presidente Nato de la Asamblea Legislativa Plurinacional, para que presente su informe y alegaciones correspondientes¹³⁷⁷.

En los argumentos sostenidos por el personero del órgano responsable que generó la norma impugnada¹³⁷⁸, recordó que en fecha 15 de agosto de 2011, se dio inicio a la octava marcha con participación de la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB) y la Sub Central TIPNIS, que partió de la ciudad de Trinidad y llegó a la ciudad de La Paz el 19 de octubre del mismo mes y año. Rememoró también, que tras varios días de trabajo coordinado y condicionado a la declaratoria de intangibilidad y la prohibición expresa de construcción de la carretera, el 24 de ese mes y año, se promulgó la Ley 180.

De igual modo, sostuvo que la Asamblea Legislativa Plurinacional, en estricta observancia a la CPEP y al bloque de constitucionalidad¹³⁷⁹, sancionó el 10 de febrero de 2012, la Ley 222, que en su artículo 3 determina que la consulta previa, libre e informada se realizará en el ámbito de las comunidades indígena originario campesinas Mojeño – Trinitarias, Chimanes y Yuracarés, que habitan el territorio indígena y área protegida, respetando sus normas y procedimientos propios. Enfatizó también, en ese sentido, que la mencionada Ley pone a consideración de dichos pueblos indígenas, primero la declaratoria o no de zona intangible al TIPNIS y segundo, la construcción o no de la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos, en mérito a que la declaratoria de intangibilidad sin consulta previa, al igual que la prohibición de construcción de una carretera, puede constituir una afectación a derechos sin precedentes. En la alegación de la autoridad recurrida, fue por ello, que la ALP, al aprobar la Ley 222, dio estricto cumplimiento a lo establecido en la CPEP y el bloque de constitucionalidad¹³⁸⁰ establecido por ella misma.

¹³⁷⁷ Al tratarse de dos acciones abstractas de inconstitucionalidad acumuladas, las notificaciones se practicaron en aplicación de los AC 0205/2012–CA y AC 0204/2012–CA ambos de fecha 23 de marzo, y cursantes de fs. 14 a 16 y de fs. 286 a 289, mismas que fueron diligenciadas al Presidente Nato de la ALP, Álvaro Marcelo García Linera, en fecha 13 de abril de 2012, conforme consta de la diligencia cursante a fs. 32.

¹³⁷⁸ Por memorial recibido el 7 de mayo de 2012, cursante de fs. 193 a 197, Álvaro Marcelo García Linera, Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia y Presidente Nato de la Asamblea Legislativa Plurinacional, presentó su informe y alegatos.

¹³⁷⁹ El Vicepresidente del Estado, reconoció que la consulta previa libre e informada establecida en el artículo 30.II.15 de la CPEP, condiciona al Estado a que, ante cualquier medida, sea legislativa o administrativa susceptible de afectar a las naciones y pueblos indígenas, debe realizarse una consulta, a través de procedimientos apropiados a las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Admitió también, que dicha disposición constitucional guarda absoluta coherencia con las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos, como ser, los artículos 18 y 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada mediante Ley 3760 de 7 de noviembre de 2007, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígena y Tribales, aprobado por Ley 1257 de 11 de julio de 1991.

¹³⁸⁰ En ese ámbito, el derecho a la consulta previa –resaltó el personero del Órgano que generó la norma impugnada– está reconocido en el Convenio 169 de la OIT, y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y, por tanto, –sostuvo– es un deber del Estado establecer los mecanismos de consulta previa a las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, recordando al efecto, la SC 2003/2010–R. De este modo justificó los criterios por los cuales la ALP aprobó la Ley 222, que establece el derecho a la consulta previa en el TIPNIS, y por el que se favorece a los pueblos Chiman, Yuracaré y Mojeño–Trinitario, los cuales podrán determinar o no sobre la permanencia de la declaración de intangibilidad sobre estos territorios. La autoridad accionada, aclaró que no era la intención del legislador el desconocer la declaración de intangibilidad aprobada, sino que dicha medida legislativa debería sujetarse a los resultados de la consulta previa convocada por la Ley 222.

Ya ha momento de responder específicamente a cada uno de los argumentos sostenidos en la segunda acción de inconstitucionalidad abstracta, el Vicepresidente Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, alegó¹³⁸¹ rechazando que el artículo 1 de la Ley 222, vulnere la consulta previa obligatoria establecida en la CPEP. Para ello, calificó de errado el argumento sostenido por los accionantes, quienes manifestaban que si la consulta no era previa era ineficaz y vulneradora de derechos. A partir de ello, explicó que la ALP en todo momento subordinó su actividad al mandato de la Norma Suprema y al bloque de constitucionalidad, referido a la construcción de una carretera por el TIPNIS, hecho fáctico que, sostuvo, no se dio y que no se daría sino en caso de verificarse el resultado de la consulta previa, libre e informada, y si es que así lo determinaba la misma, por lo que –enfaticó– no se podía calificar a la consulta como posterior.

Sobre la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 222, bajo el argumento presentado por los accionantes de que no se estaría tomando en cuenta a los únicos propietarios que deberían decidir sobre aquel territorio, que en criterio de los accionantes son los habitantes de la Subcentral del TIPNIS, la autoridad accionada apuntó a este extremo como inaceptable, debido a que por regla general, los consultados son los pueblos indígenas, en este caso Mojeños – Trinitarios, Chimanos y Yuracarés, que viven efectivamente en el lugar donde la medida legislativa o administrativa pueda afectarles, criterio íntimamente ligado con el artículo 11.II.1 de la CPEP, haciendo notar que la Subcentral TIPNIS no es la única con legitimidad y autoridad sobre el territorio indígena, sobre el cual se llevará adelante la consulta.

En referencia a la inconstitucionalidad del artículo 4 inc. a) de la Ley 222, alegada por los accionantes, debido a que la Ley 180, al definir la intangibilidad del TIPNIS, habría cerrado cualquier posibilidad de consulta sobre aspectos que ya fueron definidos por la citada Ley¹³⁸², en descargo presentado por el Presidente de la ALP, dicha afirmación contendría dos errores: el primero, que de lo expuesto en el artículo 14.V de la CPEP, se desprende que la Ley 180, goza de plenitud, y no había sido alterada por otra norma, aclarando que, si bien es cierto que la ley tiene aplicación obligatoria a partir de su publicación, no es menos cierto que cualquier Ley puede ser regulada, modificada o perfeccionada por otra disposición normativa que goce de igual jerarquía, en función de las determinaciones de la propia CPEP; en segundo lugar, aclaró que los accionantes no habían advertido que la Ley 222 no era suspensiva de ninguna otra ley, y para que esto no suceda, la citada Ley debería hacerlo expresamente, lo que no se habría suscitado en el presente caso.

Sobre la supuesta inexistencia de buena fe y acuerdo, como argumento para demandar la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 222, la autoridad accionada aclaró, que lo que se concierne es la consulta previa libre e informada propiamente dicha en cuanto a los mecanismos de coordinación y cooperación, siendo un contrasentido, respecto a la consulta, consensuar antes de la convocatoria si el proceso debe proceder o no, por lo que en criterio del

¹³⁸¹ Véase el memorial presentado el 2 de mayo de 2012, cursante de fs. 347 a 356.

¹³⁸² En base a aquella explicación, la autoridad accionada aclaró, que la vulneración del artículo 13 de la CPEP, por parte del artículo 4 inc. a), planteado por los accionantes, era inexistente, y que por el contrario, el Estado se encontraba cumpliendo con la obligación de promover la consulta correspondiente para evitar la vulneración de derechos constitucionales. De igual modo, en lo referente a la lesión del artículo 403 de la CPEP, manifestó que la Ley 222, es armónica con este artículo constitucional, y desarrolla los mandatos imperativos del artículo 30.II.15 y el propio artículo 403 de la Ley Fundamental, garantizando la plena vigencia de las normas constitucionales.

accionado, carece en consecuencia, de todo sustento lo alegado por la parte accionante. Luego, refiriéndose a la inconstitucionalidad de los artículos 7, 8 y 9¹³⁸³ de la Ley 222, en la perspectiva del Presidente de la ALP, los accionantes no tomaron en cuenta que el artículo 7, venía a cumplir la obligación impuesta por la Ley de Régimen Electoral respecto a la participación del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE), y que el trabajo que vendría a realizar esta institución era de acompañamiento y observación, en nombre del Estado conforme lo dispuesto por el artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por lo que en criterio de la autoridad accionada quedaba claro que la función de observador no era lo mismo que intromisión, teniendo como único objeto el que se guarden los parámetros de transparencia, libertad e información necesarios en el proceso de consulta.

Por lo mismo, a juicio de la autoridad recurrida, la constitucionalidad de la Ley 222, es patente en mérito a que, lo que se pretende consultar radica sobre dos temas en particular: Por un lado, en lo referente a la intangibilidad del TIPNIS; y por el otro, la construcción o no de la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos, constituyendo actos administrativos y legislativos que deben ser consultados a las naciones y pueblos indígenas porque tales medidas pueden afectarles, ya que una declaratoria de intangibilidad sin consulta previa al igual que la prohibición de construcción de una carretera puede devenir en una afectación de derechos sin precedentes, extremo que en criterio de la autoridad recurrida, se pretende evitar con la mencionada Ley. Asimismo, aclaró que el extremo pretendido por la parte accionante en cuanto a que la consulta debía realizarse únicamente a los habitantes de la Subcentral del TIPNIS, resultaba una demanda carente de objetividad, debido a que no era el único colectivo que habitada en el TIPNIS, sino tres, es decir, la Subcentral TIPNIS, la Subcentral Sécure, y el Consejo Indígena del Sur (CONISUR), sin dejar de lado el hecho que los únicos sujetos de consulta, a efectos de una valoración que nace de la CPEP y del bloque de constitucionalidad son los pueblos indígenas Chimanes, Mojeño – Trinitarios y Yuracarés. Por último, sostuvo que la consulta está destinada sólo y exclusivamente para la construcción del tramo II de la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos, lo que no implica el desconocimiento de parte del Estado de sus obligaciones legales, ya que respecto al tramo I y III, de conformidad a los artículos 92 y 93 de la Ley de Medio Ambiente (LMA), 72 y 73 del Reglamento General de Gestión Ambiental y, 160 y 161 del Reglamento de Prevención y Control Ambiental, el Gobierno, –manifestó– procedió a realizar las respectivas consultas públicas, como mecanismos de participación ciudadana.

Luego de recibirse los informes y alegatos¹³⁸⁴ del personero del órgano de generó la norma impugnada, el TCPB pasó a considerar cada uno de los argumentos expuestos tanto en

¹³⁸³ Puntualmente sobre la demanda de inconstitucionalidad del artículo 9 de la Ley 222, la autoridad accionada sostuvo que, toda consulta se sujeta dentro de un cronograma de actividades, al que en la referida Ley se denomina «Etapas del Proceso». Esta disposición –en el razonamiento de la autoridad accionada– por su propia naturaleza, no es una norma que pueda ser cuestionada en su constitucionalidad, puesto que lo único que hace es determinar los momentos en los que se realizará la consulta y el orden cronológico del desarrollo de la misma, V. Gr. la preparación, instalación, desarrollo y finalmente los resultados de la consulta. Dicha agenda, en opinión del Presidente de la ALP, no determina una intromisión por parte del Órgano Ejecutivo, al ser una consulta previa libre e informada de absoluto dominio de las naciones y pueblos indígenas consultados en base a sus normas y procedimientos propios.

¹³⁸⁴ De acuerdo a la facultad conferida por el artículo 57.I de la LTCP, por Acuerdo Jurisdiccional 005/2012 de 8 de junio, y previa noticia de partes, la Sala Plena del Tribunal, acordó la acumulación del expediente 00188–2012–01–AIA al expediente 00157–2012–01–AIA, al evidenciarse la conexitud entre ambas

las acciones abstractas de inconstitucionalidad, así como en los respectivos descargos de estos, teniendo especial cuidado con el tratamiento de cada una de aquellas, en atención a la acumulación de acciones dispuesta por Acuerdo Jurisdiccional 005/2012 de 8 de junio, por lo que fue preciso delimitar el análisis que se efectuó en la sentencia.

De este modo, tomando en cuenta la argumentación de los accionantes para impugnar las normas antes mencionadas, dentro de la primera acción de inconstitucionalidad, el Tribunal se centró en dos aspectos: Por un lado, en que el carácter intangible del territorio impide que se elaboren políticas, programas o proyectos de desarrollo y que la misma constituiría una negación conceptual al cumplimiento pleno y efectivo de las obligaciones del Estado para con la sociedad y en especial para con las comunidades Chimanes, Mojeño – Trinitarias y Yuracarés, al impedir por vía normativa que el Estado cumpla sus obligaciones como las de construir unidades educativas y hospitales, al interior del TIPNIS. Y, por otro lado, consideró que, entre los derechos más importantes que la CPEP y las normas internacionales reconocen a favor de los pueblos indígenas está el derecho a la consulta previa, libre e informada sobre toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectarles y, por tanto, antes de la aprobación de la Ley 180, debió haberse consultado previamente a los pueblos indígenas habitantes de ese territorio.

En ese sentido, dentro del análisis y juicio de constitucionalidad, el TCPB, asumió que la Ley 180 declara la intangibilidad del TIPNIS, es decir, que se trata de una medida legislativa que está dirigida a un territorio indígena determinado, cuyo texto puede afectar los intereses de los pueblos y naciones indígenas originarios constituidos dentro del mencionado territorio, por lo tanto, haciendo una interpretación del derecho a la consulta establecida en el artículo 30.II.15 de la CPE, el Tribunal, afirmó textualmente que: «...daría la impresión de que la consulta previa obligatoria sólo correspondería cuando se refiera a la explotación de los recursos naturales no renovables, por lo que cualquier otro procedimiento de consulta que no obedezca a este supuesto sería inconstitucional, sin embargo, la norma previamente citada contiene dos partes; la primera en la que sostiene el derecho a la consulta que tienen los indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarles, sin que se especifique a qué tipo de medidas se refiere. En la segunda parte se establece que la consulta previa se respeta y garantiza por el Estado respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables, pero sin utilizar un término que afirme que sólo en tales casos procede la consulta previa, libre e informada, por lo que dicha norma no está cerrada a tal posibilidad, además de que el propio Estado ha reconocido tal posibilidad al dictar la Ley 222, para definir si es posible o no la construcción de la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos, posibilidad que a juicio del Tribunal, es también reconocida por los propios tratados y convenios internacionales sobre esta materia y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». A partir de ello, el TCPB, dejó por sentado que la Ley 180, constituye una medida legislativa que por las características señaladas tiene que ser objeto de una consulta libre, informada y consensuada, aunque no pueda ser previa, ya que la Ley ya fue objeto de aprobación por parte del Órgano Legislativo. Empero, en criterio del Tribunal, este último aspecto no debe ni puede evitar el derecho colectivo de los pueblos y naciones indígenas a pronunciarse, ya sea por su aprobación o rechazo a dicha medida legislativa, mediante la implementación de un proceso de consulta libre concertada e informada, en el que

acciones en razón al contenido de sus demandas, situación que justificó plenamente la unidad de tramitación y decisión, pieza procesal que se encuentra de fs. 200 a 204 y 363 a 367, respectivamente.

se dará una respuesta positiva o negativa respecto al objeto de la Ley. Ello implicaba para el Tribunal, que el contenido de la Ley 180, es decir sus elementos dispositivos, debían ser definidos dentro del proceso consultivo a realizarse en cumplimiento de la Ley 222, y a los alcances de la SC. Por lo tanto, siguiendo ese orden de ideas, a juicio del TCPB, la Ley 180, – por efecto de la Ley 222—, no puede ser materializada de manera inmediata, ya que sus efectos se encuentran supeditados, a la realización de la consulta y que su naturaleza, objeto y alcance sean definidos conjuntamente el Estado y los pueblos indígena originario campesinos, en los términos de buena fe y concertación referidos. En otras palabras, para el TCPB, la consulta previa constituye un derecho colectivo fundamental, irrenunciable, inherente a los pueblos indígenas, y que la aplicación de los efectos jurídicos de la Ley 180, están supeditados a los resultados de la consulta a realizarse, que determinará si la intangibilidad es o no aplicable al TIPNIS, y los alcances de la misma producto de la concertación entre los pueblos indígenas y el Estado.

A partir de este razonamiento, el Tribunal consideró que la acción de inconstitucionalidad abstracta formulada por la parte accionante, si bien fundamentó su acción en base a la posible inconstitucionalidad de la intangibilidad por vulnerar los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo, advirtió que en realidad, los accionantes buscaban que la jurisdicción constitucional se pronuncie sobre la naturaleza jurídica y alcances de la misma, por lo que el Tribunal aclaró que esa tarea no le competía a aquella instancia de control, en tanto que tales elementos se debían definir dentro del proceso de la consulta, que tiene por especial misión el determinar precisamente tal aspecto, por lo que recalcó, que la jurisdicción constitucional no podía ni debía pronunciarse sobre ese extremo, aspecto que determinó la improcedencia de la demanda de inconstitucionalidad planteada respecto a los artículos 1.III, 3 y 4 de la Ley 180.

Ahora bien, en referencia a la segunda acción de inconstitucionalidad, el TCPB sometió al test de constitucionalidad a la Ley 222, en sus artículos impugnados de inconstitucionales.

Así, sobre la presunta inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 222, a efectos de realizar el análisis de la norma citada, el TCPB vio por pertinente referirse en forma separada a los dos elementos que la componen, es decir, a) La convocatoria al proceso de consulta previa libre e informada; y, b) La decisión de establecer el contenido de ese proceso y sus procedimientos. De este modo, respecto a la convocatoria a consulta previa, para el Tribunal, era necesario considerar lo establecido por la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el marco jurídico constitucional y el bloque de constitucionalidad, para que en base a ellos concluyera que la consulta tiene una doble naturaleza jurídica. Por un lado, aseveró que se trata de un derecho fundamental de carácter colectivo inherente a los pueblos y naciones indígenas que está directamente vinculado con el derecho de los miembros de estos pueblos a la tierra, el territorio y los recursos naturales no renovables, sin que se pueda perder de contexto que también están involucrados los derechos a la integridad física y a la vida de los miembros de los pueblos indígenas. Consecuentemente, para el Tribunal, si se establece como referencia central el hecho de que la consulta es indudablemente un derecho fundamental de los pueblos indígenas, por el otro lado, ésta se convierte en un deber de carácter obligatorio¹³⁸⁵ para el Estado el realizarlas en el marco del

¹³⁸⁵ En criterio del Tribunal, en ese orden, se infiere que si bien es obligación del Estado –en el marco de la CPEP y el Convenio 169 de la OIT– el realizar una consulta previa cada vez que se prevean medidas legislativas

cumplimiento de las obligaciones constitucionales e incluso internacionales (considerando el bloque de constitucionalidad reconocido por el artículo 410 de la CPE), con el objeto de buscar la paz social y evitar conflictos sociales que pudieran suscitarse, por lo que en criterio del TCPB, el realizar las consultas, resulta necesario en los casos en que existan proyectos a gran escala o de gran impacto, para obtener el consentimiento de las comunidades que pudieran verse afectadas. Por lo tanto el intérprete supremo de la Constitución la entendió como una obligación indelegable por parte del Estado.

Asimismo, el TCPB sostuvo, que si bien es evidente que lo ideal es que la consulta deba ser implementada previamente a la toma de una decisión, tal y como lo establece la doctrina y la jurisprudencia comparada¹³⁸⁶, también se debe tomar en cuenta que aunque existan actos y medidas legales y administrativas que pudieran afectar a los territorios de los pueblos indígenas, no es menos cierto que la obligación por parte del Estado no desaparece, es más, la consulta es aun más necesaria, debido a que efectivamente existiría una vulneración al derecho de los pueblos indígenas respecto a su territorio y al mismo derecho de la consulta. En ese entendido concluyó que el artículo 1 de la Ley 222, en cuanto a la convocatoria a la consulta previa libre e informada, no contradice los preceptos constitucionales, como tampoco las normas del bloque de constitucionalidad¹³⁸⁷, en tanto que de ellos, el Tribunal desprendió la permisión para que los pueblos ejerzan ese derecho con relación a medidas que les afectan directamente y que, por ende, cumplen con lo previsto en los artículos 30.II.15 de la CPE, 6.1 de la OIT y 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

o administrativas susceptibles de afectar a un pueblo indígena originario campesino, ello no implica que ante la omisión de la consulta previa, esa situación siga soslayándose en el tiempo, al contrario identificada dicha carencia, la consulta como tal –independientemente de que no hubiese sido previa– debe realizarse en cuanto a la materialización de un derecho de dichos pueblos que precisamente responde al alcance y finalidad de la consulta. Todo ello en virtud a que el proceso de consulta debe garantizar que los pueblos indígenas se involucren en el proceso de toma de decisiones, y que su participación sea efectiva e influyente dentro de un proceso de diálogo intercultural que garantice por encima el respeto a los principios y normas de la Constitución y los tratados internacionales.

¹³⁸⁶ Para el TCPB, era necesario además, afirmar que la propia jurisprudencia internacional apoya tal posición en mérito a que la consulta debe ser necesariamente implementada, aun en el supuesto de que los proyectos estén en pleno desarrollo, lo contrario llevaría al razonamiento erróneo de creer que una vez materializados los proyectos de desarrollo, o la explotación de recursos naturales no renovables dentro de un territorio indígena, sin el consentimiento previo de éstos, serían actos irremediables, y por lo tanto la consulta dejaría de tener relevancia, extremo que ha sido desechado por la jurisprudencia internacional, por lo que la consulta al ser un derecho de los pueblos indígena originario campesinos es irrenunciable, y por lo tanto, aunque hubieran diferendos en los hechos en que se duda si hubieron o no actos legislativos y administrativos previos, tales hechos no cambian el fondo y objeto de este derecho, que consiste en que los pueblos indígenas participen efectivamente en la toma de decisiones del Estado, dentro de la construcción colectiva del mismo, cuando los proyectos a implementarse se desarrollen en su territorio. En base a estos razonamientos, para el TCPB, el objeto de la Ley 222, en cuanto a establecer la consulta previa libre e informada como un derecho de los pueblos indígenas del TIPNIS es constitucional en cuanto se constituye en el paraguas no sólo de protección, sino de materialización de los demás derechos contenidos en el artículo 30 de la CPE.

¹³⁸⁷ En el razonamiento del Tribunal, un entendimiento contrario, en el sentido que anotan los accionantes, es decir, que la Ley 222 es inconstitucional porque no fue previa a los actos legislativos y administrativos que se iniciaron el año 2006, implicaría que la lesión a los derechos de los pueblos indígenas no podría ser reparada bajo ninguna circunstancia, llegándose al absurdo de mantener la omisión inconstitucional de manera indefinida, no siendo ese el sentido de la CPEP, tampoco del Convenio 169, ni de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y tampoco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme ampliamente se ha analizado en el Fundamento Jurídico III.4.1. del fallo.

En lo concerniente al artículo 3 de la Ley 222, el TCPB, dejó por sentado el carácter evidente e innegable que la consulta, concebida como una forma de relación entre el Estado y los pueblos indígenas debe responder al respeto y reconocimiento de la existencia de una sociedad plural. En ese sentido, para el Tribunal, el ejercicio de la consulta como derecho de los pueblos indígenas conlleva a que su realización se efectúe en el marco del consenso y de los procedimientos que el o los mismos pueblos consultados determinen, en base siempre, a su cosmovisión, costumbres y forma de vida. Luego, el garante de la primacía constitucional establece, que la consulta constituye una construcción de acuerdos, en los que si bien el Estado interviene, empero, debe hacerlo respetando y recogiendo los procedimientos establecidos por los pueblos a través de sus instituciones representativas, actuación que además –tanto estatal como indígena originario campesina– debe efectuarse en el marco de la buena fe.

Para que la construcción de acuerdos opere, en la visión del Tribunal, es preciso sostener que la relación del Estado con las comunidades indígenas debe darse en un plano de igualdad, es decir, que la relación debe ser horizontal, entre iguales, no vertical, en la que una parte ordene y disponga unilateralmente qué se va a consultar, a quiénes se va a consultar y cómo se va a realizar la consulta. Dentro de este orden de ideas, para el TCPB, la premisa central que es la concertación, es un proceso de acuerdos que permitan viabilizar la consulta en el plano del respeto mutuo y del respeto por parte del Estado a las instituciones indígenas que deben participar activamente en el proceso previo de la consulta, como en su implementación. Luego, concluyentemente el Tribunal determinó, que el proceso, sus elementos, los procedimientos, plazos y cronograma establecidos en los artículos 1 en su segunda parte, 3, 4 inc. a), y 9 de la Ley 222, son y deben ser concertados con las naciones indígenas en el plano de la igualdad, en la que no prevalezca ni uno ni otro, es decir, que debe primar la horizontalidad de actuaciones como de derechos y obligaciones para ambas partes intervinientes en la consulta (entiéndase Estado y pueblos indígena originario campesinos a ser consultados), puesto que como ya lo advertía el Tribunal, una interpretación e implementación diferentes generaría una vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, o en su caso la inviabilidad de la consulta al no existir condiciones para que el Estado ejerza su rol constitucionalmente previsto.

Del razonamiento precedente, el Tribunal concluyó que las normas objeto del presente test de constitucionalidad tenían que ser interpretadas desde y conforme a la CPEP y las normas contenidas en los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, por lo que se debía tomar en cuenta que la implementación de las normas en análisis en el presente acápite, venían condicionadas a la necesaria participación y concertación previa y conjunta entre el Estado y los pueblos indígenas originarios en la determinación del proceso en sí¹³⁸⁸, no correspondiendo que la decisión sea tomada unilateralmente por parte del Estado¹³⁸⁹, así como

¹³⁸⁸ Es en ese orden, que para el Tribunal, la consulta no tenía óbice alguno para realizarse, siempre y cuando se cumplieran con las condiciones de participación plena de los pueblos indígenas en la elaboración de los temas a consultarse, ya que la concertación y participación en igualdad de condiciones constituyen, a juicio del TCPB, el elemento trascendental dentro de la realización de la consulta, por lo que la elaboración del protocolo respecto a estos temas deben definir la participación de las naciones y pueblos indígenas originarios, ya que éstos no pueden quedar relegados en la elaboración de los temas a resolverse dentro del proceso de la consulta, al ser este un derecho fundamental inherente precisamente a ellos, su forma de vida y su territorio.

¹³⁸⁹ De igual forma, para el TCPB, el artículo 7 de la Ley impugnada, al prever un mecanismo de observación, acompañamiento e informe del proceso de consulta a través de una oficina especializada del Órgano

tampoco que los pueblos indígenas pretendan asumir la consulta sin participación alguna del Estado, por lo que, los artículos 1 en su segunda parte, 3, 4 inc. a), y 9 devenían constitucionales siempre y cuando su implementación sea de acuerdo al marco jurídico constitucional y se desarrolle en base a los principios de igualdad, de buena fe, concertación, transparencia y flexibilidad que debía primar en la relación horizontal entre el Estado y las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos¹³⁹⁰.

En base a estos fundamentos, la Sala Plena del TCPB resolvió: Declarar Improcedente la primera acción de inconstitucionalidad abstracta contra los artículos 1.III, 3 y 4 de la Ley 180. Asimismo, declaró la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 222 en cuanto señala que «La presente Ley tiene por objeto convocar al proceso de Consulta Previa Libre e Informada a los pueblos indígenas del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore – TIPNIS» y del artículo 7 de la Ley 222.

Ahora bien, en tercer lugar, la SC declaró también la «Constitucionalidad Condicionada» del artículo 1 en cuanto a la frase «...y establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos» y de los artículos 3, 4 inc. a), 6 y 9 de la Ley 222, condicionada a su concertación, y donde las partes deben observar los razonamientos de la SC.

Acá puede verse cómo el nuevo TCPB, recurrió al igual que su antecesor, esto es el TCB, al dictado de un pronunciamiento atípico, más concretamente hablando, al dictado de una sentencia desestimatoria interpretativa. En efecto, en criterio del Tribunal, el proceso de consulta establecido en los artículos impugnados de la Ley, en principio encerraban normas tanto contrastantes como conformes con la Constitución, es decir, al disponer el artículo 1 de la Ley 222 que «La presente Ley tiene por objeto convocar al proceso de Consulta Previa Libre e Informada a los pueblos indígenas del (...) TIPNIS, y establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos», albergaba una norma no conforme con la Constitución. En efecto, una interpretación contrastante con la Constitución permitiría sostener que el contenido del proceso de consulta y sus procedimientos debían realizarse desde el Estado, en una suerte de etnocentrismo paternalista, negador del carácter Plurinacional del Estado boliviano. Por ello, con base en el principio de la Plurinacionalidad, el Tribunal desprendió otra interpretación, en la que el proceso de consulta y sus procedimientos, no se establezcan única y exclusivamente desde el Estado, sino que sea consecuencia de un proceso de concertación entre el Estado y las comunidades indígena originario campesinos que se encuentran comprendidos dentro del TIPNIS. Es por ello, que el Tribunal, entendió que a raíz de aquella interpretación podía salvarse a las disposiciones contenidas en la Ley 222 de ser declaradas inconstitucionales. Precisamente, esta parte del decisorio, guarda estrecha relación con la quinta parte del fallo, en la que el TCPB, insta a los pueblos indígena originario campesinos habitantes del TIPNIS, a

Electoral Plurinacional, no evidencia que la misma interfiera de manera alguna en la concertación para el proceso de consulta, al contrario la intervención de esta instancia, según entiende el TCPB, es estrictamente en calidad de observador y en cierta medida veedor de que la consulta se desarrolle en el marco de la buena fe, sin que tampoco la emisión de un informe sobre los resultados constituya una intromisión que desvirtúe el proceso, sino que es a través de una institución especializada, que el Estado garantiza la consulta y su ejecución en el marco del proceso y procedimientos concertados. En consecuencia para el Tribunal, el artículo 7 de la Ley 222 es constitucional.

¹³⁹⁰ Ahora bien –como quedó establecido por el Tribunal– la Ley 222 de consulta, está condicionada a la concertación con los pueblos indígena originario campesinos, lo que a su vez conlleva a que la Asamblea Legislativa Plurinacional cumpla su rol y se convierta no sólo en la instancia que plasme los acuerdos asumidos, sino en coadyuvante en el diálogo entre Estado y pueblos indígena originario campesinos, viabilizándose de esa forma la concertación.

que en ejercicio de sus derechos y con el objeto de materializar los mismos, coadyuven con su participación a entablar un diálogo con el Estado, a objeto de asumir los acuerdos necesarios para efectivizar la consulta, propiciando para ello al interior de sus comunidades, un proceso de concertación en el que se establezcan sus prioridades respecto al proceso en sí de consulta, las cuales se verán reflejadas ha momento de desarrollarse el diálogo entre partes. Seguidamente, en el punto 6° del fallo, el Tribunal exhortó a la Asamblea Legislativa Plurinacional a ser coadyuvante en la facilitación de la concertación y en la configuración posterior de los acuerdos asumidos. El Tribunal no sólo se dirigió hacia la ALP, sino también hacia el Órgano Ejecutivo, así en el punto 7° del fallo, le pidió para que en cumplimiento de sus funciones constitucionales, y en resguardo de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, propicie y facilite el diálogo necesario con dichos pueblos, a objeto de que, a partir de la concertación, no sólo se desarrolle la consulta, sino que se concreten todos los planes y proyectos, a través de los cuales, no sólo se beneficie a dichos pueblos, sino también al Estado Plurinacional en su conjunto¹³⁹¹.

Volviendo al tema de la naturaleza de la sentencia, prácticamente el Tribunal, condicionó la constitucionalidad de la Ley 222 a la interpretación contenida en los considerados de la sentencia, es decir, a que el Estado (Gobierno) acuerde con los pueblos indígenas que conforman el TIPNIS, el contenido del proceso de consulta y los procedimientos a aplicar a tal fin. En ese sentido, lo primero que llama la atención del fallo del pronunciamiento, es su carácter «extra legem», y la imprevisibilidad de cumplimiento por parte de quienes se encuentran constreñidos a su observancia, es decir, que la declaración de constitucionalidad condicionada no es una modalidad de sentencia reconocida en la LTC o el CPC. La Ley No. 254 establece en el artículo 78, parágrafo II, que «La sentencia que declare: 1. La constitucionalidad de una norma contenida en una Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial, hace improcedente una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, siempre y cuando se trate del mismo objeto o causa y se argumente los mismos preceptos constitucionales impugnados.». Cabe entonces preguntarse acerca de qué sucederá si eventualmente los Órganos de Poder del Estado, exhortados a generar ese proceso de diálogo con las comunidades afectadas no se lleva adelante, y el proceso de consulta es desarrollado sin que exista ese acercamiento. Lo cierto es que las partes afectadas, es decir los pueblos y comunidades indígena originario campesinos no podrían volver a plantear otra demanda de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones de la Ley 222. Si bien es cierto que el mismo Tribunal estableció en el numeral 8° de su fallo, que de presentarse el incumplimiento de los términos desarrollados en la SC, referidos al proceso de consulta, se tendrán expeditas las acciones tutelares para activar la justicia constitucional, en defensa de los derechos fundamentales colectivos inherentes a los pueblos indígenas, es decir, que para el caso de que el proceso de concertación entre el Estado y los pueblos indígena originario campesinos no se diere, los pueblos bien podrían acudir a las acciones de defensa constitucional regulados en la CPEP, es decir, podría recurrirse a la

¹³⁹¹ Por último, el TCPB, declaró improcedente la acción de inconstitucionalidad abstracta formulada respecto al artículo 8 de la Ley 222, en atención a que la misma fue objeto de una reforma legal. Dentro del presente caso el artículo 8 de la Ley 222 ha sido expresamente modificado por la Ley 240 de 10 de mayo de 2012, por la que se modificó el plazo de ciento veinte a doscientos diez días para la realización de la consulta, situación que implica que el artículo 8 en estudio no estaba vigente, por ende la jurisdicción constitucional no podía pronunciarse sobre una norma que ya no se encontraba en vigor. En consecuencia, al no cumplirse con uno de los requisitos de procedencia para poder entrar a realizar el control de constitucionalidad, el Tribunal estableció la improcedencia de la acción presentada contra el artículo 8 de la Ley 222.

interposición de una acción de amparo constitucional¹³⁹², una acción de cumplimiento¹³⁹³, o una acción popular¹³⁹⁴. Empero, los problemas que encierra esta última fórmula adoptada por el Tribunal, son prima facie dos: Por un lado, a través de ella, se abre paso a que las partes exhortadas en el fallo, sean esquivos en su cumplimiento, y con ello, se registre un mal precedente para el TCPB en su labor de articulación del principio de la Plurinacionalidad y la seguridad jurídica. Por otro lado, la sentencia constituiría una flagrante vulneración hacia la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, esto porque precisamente, si bien, el Tribunal previendo un posible incumplimiento por parte de los Órganos de Poder, de promover el consenso entre el Estado y los pueblos indígenas, dejó expedito el camino para recurrir a las acciones tutelares para activar la justicia constitucional, no menos cierto es, que las acciones de defensa constitucional como la acción de amparo¹³⁹⁵, la de cumplimiento o la popular, difícilmente podrían accionarse, por cuanto la SC 0300/2012 declaró constitucional a las disposiciones de la Ley 222, luego la norma impugnada no podría volver a ser impugnada, salvo varíen las normas constitucionales infringidas, el objeto o la causa de inconstitucionalidad (Art. 78.II CPC). Dicho de otro modo, la declaración de constitucionalidad condicionada y las exhortaciones hechas hacia la ALP y al Órgano Ejecutivo, carecerían de exigibilidad en tanto la norma, al ser declarada conforme con la Constitución, en ningún modo vio mermada en su validez y vigencia a raíz de la sentencia, y la exigencia para el cumplimiento de la exhortación hecha por el TCPB no tendría ningún sustento normativo, puesto que como se mencionó, la constitucionalidad condicionada no es una categoría de pronunciamiento reconocida en la LTCP o el CPC¹³⁹⁶.

Sin duda, la emisión de la SC 0300/2012, fue aguardada con bastante expectativa puesto que a través de ella, el TCPB debía resolver un conflicto que emergía de la misma naturaleza plural del Estado, es decir, el Tribunal debía ser capaz de ponderar los intereses colectivos de una parte del entramado social indígena que se oponía a la construcción de la carretera que atravesaba el TIPNIS por la mitad, con los consecuentes perjuicios para el medio ambiente y la autodeterminación de los pueblos indígenas, frente a los intereses del Estado por generar mayor desarrollo en la región a partir de la construcción de una vía que uniera al oriente con el occidente del país. Desde luego, aquella tarea no representaba una empresa

¹³⁹² El artículo 128 de la CPEP establece que: «La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.»

¹³⁹³ El artículo 134 de la CPEP prevé que «La Acción de Cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida.»

¹³⁹⁴ El artículo 135 de la CPEP determina que «La Acción Popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución.»

¹³⁹⁵ En noticia de prensa «MSM sugiere un amparo contra el Gobierno» del periódico la Razón de fecha 10 de julio de 2012, la abogada del opositor partido MSM, sugirió presentar una acción de amparo constitucional frente al incumplimiento por parte del Gobierno de la SC 0300/2012, puesto que a través de dicho pronunciamiento, el TCPB declaró la constitucionalidad condicionada de la Ley 222, es decir, obligó al Gobierno a ponerse de acuerdo con las 63 correcciones del TIPNIS para desarrollar la consulta que definiría en primer lugar, el carácter intangible del TIPNIS, y a través de ella la determinación de la construcción de la carretera.

¹³⁹⁶ Frente a aquella eventualidad, lo que cabría sería recurrir al marco constitucional y legal para invocar el Art. 122 de la CPEP el cual es concordante con el Art. 143 y en específico con el Art. 144 del CPC, es decir promover un recurso directo de nulidad. Alternativamente se podría acudir a la Comisión Interamericana de DDHH para constreñir al Estado la reparación integral al Pueblo Indígena Originario Campesino.

sencilla, debido a que de por medio, se decía que el Gobierno estaba interesado en construir aquella carretera para viabilizar y facilitar la comercialización de la hoja de coca y los productos derivados ilícitos de ésta hacia el mercado externo¹³⁹⁷. Se decía también, que el Gobierno había impuesto a través de su mayoría parlamentaria una Constitución de carácter plural que entre otras cosas, promovía el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígena campesinos de Bolivia, y a su vez, haciendo referencia al discurso manejado por el Presidente del Estado en los foros internacionales de proteger a la Madre Tierra, resultaba en un contrasentido que ahora el propio gobierno pretendiera desconocer la propia Constitución y su discurso político. Es por ello que, luego de conocerse el contenido de la SC 0300/2012, las reacciones y descontentos no se dejaron esperar, sobre todo, las críticas hacia la labor desempeñada por el nuevo TCPB al que se lo calificó de ser servil al gobierno de turno. Estas críticas y desacuerdos no sólo provinieron desde la sociedad, sino también desde el mismo seno del TCPB. Es decir, uno de los Magistrados del Tribunal, el Tribuno Gualberto Cusi Mamani, criticó a la SC y a través de ella al TCPB como institución, ya que en su criterio, aquella instancia de control, teniendo el escenario y la oportunidad real para aportar con el proceso de construcción del Estado Plurinacional, no lo hizo. En ese sentido, el Magistrado, valiéndose del principio de la interpretación conforme y la articulación del principio de la Plurinacionalidad emitió su voto disidente de fecha 19 de junio de 2012, en relación a la SC 0300/2012.

En la fundamentación de su voto disidente, a manera de preámbulo, el Magistrado disidente, desarrolla un esbozo sobre el rol del TCPB en el proceso de construcción del Estado Plurinacional Comunitario¹³⁹⁸. En ese sentido, enfatiza en que, para comprender el rol del TCPB en la construcción del Estado Plurinacional, amerita establecer el entendimiento de lo que significa y representa un Estado con diversas nacionalidades en su seno¹³⁹⁹.

Así, con la promulgación de la CPEP, para el Magistrado Cusi, se ingresó a un momento fundacional y de construcción permanente del Estado Plurinacional, y a cuyas instituciones las entiende como parte de aquella construcción a la que define como sistemática y continua, donde el Constituyente otorgó al Estado la misión de construir y profundizar el pluralismo jurídico, plasmar la justicia plural y la descolonización¹⁴⁰⁰. Por lo mismo, sostiene

¹³⁹⁷ Véase en ese sentido, las publicaciones de prensa de los meses de mayo, junio y sobre todo julio, de 2012 en los que los partidos políticos opositores al Gobierno, Convergencia Nacional y Unidad Nacional, a la cabeza de sus líderes y representantes en la ALP, Samuel Doria Medina, Tomás Monasterios, Norma Piérola entre otros, acusaban al Gobierno de Evo Morales de forzar la construcción de la carretera por el TIPNIS para fomentar el comercio ilícito de la coca y el narcotráfico, como una forma de retribución del Presidente del Estado hacia los principales movimientos sociales que constituyen la base del Movimiento al Socialismo (MAS), es decir, el sector productor de la hoja de coca.

¹³⁹⁸ En la introducción sobre el Estado Plurinacional, Cusi señala que es aquel que nace del proceso constituyente a partir de la propia realidad política, económica, social, cultural y espiritual y las cosmovisiones de las distintas naciones y pueblos que eran negadas sistemáticamente por el Estado clásico colonial y liberal, reconociendo la existencia de los mismos.

¹³⁹⁹ En ese sentido, en la percepción del Magistrado Cusi, el Estado Plurinacional es una organización política «nueva» en el que conviven varias o diversas naciones y pueblos indígena originario campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas, que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano, sin que éstos fracturen territorialmente al Estado, a la vez, coexisten con sus propias «formas» y «lógicas» civilizatorias en condiciones de igualdad.

¹⁴⁰⁰ En este nuevo contexto, para Cusi, aceptar la universalidad de los derechos humanos implica aceptar la universalidad de la concepción de lo humano, que en este caso sería la concepción liberal del ser humano, y obligar a grupos con cosmovisiones distintas a acoger esta concepción, que implica en su visión, sostener la

que lo plurinacional debe implicar la voluntad de construir y participar de una forma de gobierno común, que reconozca y garantice las diferencias culturales y las incorpore en el conjunto de las instituciones.

Luego de desarrollar una glosa sobre el surgimiento del Estado Plurinacional, el Magistrado Cusi, a través del voto disidente planteado, sostuvo que en la SC en cuestión, se debió declarar la «constitucionalidad condicionada» de los artículos 1.III, 3 y 4 de la Ley 180, hasta la celebración de la consulta a la que se refiere la Ley 222 en el entendimiento establecido en el artículo 2 de la CPEP. Es decir, en el criterio particular de Cusi, era necesario que se declare la constitucionalidad condicionada, porque el artículo 1.III de la Ley 180, al referirse a la intangibilidad del TIPNIS, al igual que los artículos 3 y 4 de la citada Ley, la condición debería tenerse por cumplida, en caso de que el resultado del proceso de consulta ratifique la intangibilidad declarada en la Ley 180, en cuyo caso dicha Ley pasaría a ser plenamente constitucional.

En efecto, lo que buscó Cusi, era que la declaración de constitucionalidad del artículo 1.III de la Ley 222, esté supeditada a los resultados favorables que pudieran desprenderse luego de la consulta realizada acerca de la intangibilidad, empero, el condicionar a tal extremo la validez de la norma, no parece sensato, sobre todo, si ello puede dar paso a generar una jurisprudencia basada en meras probabilidades, que a riesgo de no cumplirse, terminen por minar la eficacia misma de la sentencia, y con ella, la propia credibilidad en la institución del TCPB.

Por otro lado, para el Magistrado disidente, no debió declararse la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 222, en cuanto a la frase «y establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos», planteando que en su lugar, debió declararse la inconstitucionalidad de manera pura y simple, porque no se observaron los procedimientos y principios que hacen a la consulta previa, conforme al Convenio 169, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la doctrina y la propia CPEP, que señalan que los pueblos indígena originario campesinos deben ser consultados y que la misma debe ser de buena fe, consensuada, libre e informada *antes* de adoptar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles, y *no después*.

Este segundo punto de la disidencia, corre el serio riesgo de ingresar en contradicción con la primera, en tanto que, si bien, en cuanto al artículo 1.III, el Magistrado planteó la declaración de constitucionalidad condicionada a una eventualidad futura como es la determinación del carácter intangible del TIPNIS, ahora, en un contrasentido, plantea que debió declararse la inconstitucionalidad del contenido del proceso y sus procedimientos, porque los mismos no fueron objeto de consulta a los pueblos indígena originario campesinos, luego, el problema está en determinar si se aceptan o no como válidas las medidas gubernamentales adoptadas previamente al proceso de consulta. Esto que se sostiene a manera de crítica, se ratifica con la tercera observación realizada por el Magistrado Cusi, quien sostuvo en cuanto al artículo 3 de la Ley 222, que debió declararse constitucional, siendo que la consulta a los

superioridad del pensamiento liberal. Luego, una conclusión provisional planteada por el Magistrado, e permite asumir que no puede haber una auténtica justicia indígena mientras se le imponga el respeto de algo (los derechos humanos) que no es parte de su cosmovisión y que no tiene un correlato en su forma de comprender al ser humano.

pueblos originarios debe ser consensuado cumpliendo sus propios procedimientos, los que también deben surgir de un consenso. Por lo mismo, no se termina de entender cómo en relación al artículo 4 de la Ley 222, el Magistrado plantea la declaración de inconstitucional, por cuanto esa disposición al establecer la finalidad de la consulta, fue definida unilateral y directamente por el Estado, sin ninguna participación y menos concertación entre éste y los pueblos indígenas afectados¹⁴⁰¹. Lo extraño es, que no se advierte objeto alguno de disidencia sobre este punto, por cuanto en la SC en cuestión, se estableció la constitucionalidad condicionada de las disposiciones de la Ley 222, esto es, que el proceso de consulta debe ser mediante procedimientos apropiados, a través de sus propias instituciones, de buena fe, concertada, libre, previa e informada, características que son las que ahora Cusi, recomienda que existan para garantizar que ninguno de los intervinientes exprese síntomas de desacuerdo con el proceso de consulta¹⁴⁰².

Por otro lado, en relación a los artículos 6 parágrafos II, III y IV y 7 de la Ley 222, Cusi entiende que los mismos gozan de plena salud frente al canon constitucional, ya sea porque recogen el principio de la concertación y que la instancia encargada de supervisar el proceso de consulta sea el Órgano Electoral Plurinacional.

Por el contrario, en el criterio particular de Cusi, se debió declarar la inconstitucionalidad de los artículos 8 y 9¹⁴⁰³ de la Ley 222, porque el plazo de la consulta no fue concertado con los pueblos indígenas, y porque la definición de las etapas del proceso de consulta debieron ser fruto del diálogo con los pueblos indígenas. Por último, en una línea para nada diferente de la contenida en la SC 0300/2012, el Magistrado Cusi, ratificó que la sentencia

¹⁴⁰¹ Contrariamente, en el FJ II.5. del voto disidente, el magistrado sostiene que el artículo 6.I de la Ley 222 debió ser declarado inconstitucional, porque quien debería llevar a cabo el proceso de consulta es el Órgano Electoral Plurinacional. En su criterio, el Órgano Ejecutivo, no puede constituirse en juez y parte, puesto que la Constitución Política del Estado, como norma suprema del ordenamiento jurídico dispone en el artículo 205 núm. 2 «La jurisdicción, competencias y atribuciones del Órgano Electoral y de sus diferentes niveles se definen, en esta Constitución y la ley». En ese marco legal, el artículo 6.2 de la Ley 018 señala el Magistrado, establece como competencia del Órgano Electoral Plurinacional la: «Supervisión de los procesos de consulta previa». Empero, el Magistrado Cusi, no tomó en cuenta que, independientemente de si sea el Órgano Ejecutivo o el Órgano Electoral quien supervise el proceso de consulta, en la SC 0300/2012, el TCPB dejó establecido, que quien intervenía era el Estado, pero que dicha intervención no debía entenderse como una imposición del Estado hacia las comunidades indígenas.

¹⁴⁰² Ya el FJ III.5.2, de la SC 0300/2012, sostenía que el Estado no puede definir unilateralmente cuál va ser la finalidad de la consulta, los puntos de la misma deben ser consensuados previamente y de ser el caso, someterlos a consulta. Que la inobservancia de este requisito vulnera lo previsto en el artículo 30.II núm. 15 de la CPEP, en cuanto a que este precepto constitucional señala expresamente que los procesos de consulta a los pueblos indígenas deben ser, entre otros aspectos, concertados. En ese sentido, es con las instituciones de los pueblos indígenas con las que deben plantearse los términos de la consulta, respecto a toda medida del Estado que les afecte directamente con la finalidad de lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, para que la voz y el voto de los indígenas tenga valor, con garantías de plena libertad, completa información y en momento previo a cualquier decisión susceptible de afectarles.

¹⁴⁰³ En consecuencia, para el magistrado disidente, admitir la constitucionalidad condicionada del artículo 9 de la Ley 222, significaría obrar en total desmedro del artículo 30.II.15 de la CPE, artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, y, artículos 18 y 19 de la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, por cuanto imponen legislativamente una serie de etapas, que no han sido precisamente concertadas con los pueblos, cuando dichos aspectos debieron ser discutidos ampliamente entre las partes, por un lado el Gobierno Plurinacional y por otra los pueblos habitantes de ese territorio. De tal manera que, tomando en cuenta estas prescripciones constitucionales, según el Magistrado disidente, no correspondía declarar en forma condicionada la constitucionalidad del citado artículo, sino más bien directamente declarar su inconstitucionalidad, a fin de dar seguridad jurídica a los pueblos indígenas.

debió exhortar a la ALP para que en todos los casos en que se deba dictar leyes, susceptibles de afectar los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, se observen los procedimientos de consulta previa, libre, informada, de buena fe y concertada, mediante procedimientos apropiados y a través de las instituciones de los consultados, como derecho colectivo fundamental del entramado social indígena previsto en los artículos 30.II.15 y 352 de la CPE, cuyo resultado deberá ser necesariamente vinculante para el Estado Plurinacional de Bolivia.

Desde luego, las connotaciones del voto disidente de Cusi, cobraron varias reacciones provenientes desde el interior del propio TCPB, así como de los restantes Órganos de Poder del Estado, pero no precisamente por el contenido del voto disidente, sino lastimosamente, porque el Magistrado Cusi, aseveró a través de los medios de comunicación, que para el dictado de la SC 0300/2012, los Magistrados del TCPB fueron objeto de presiones desde el Órgano Ejecutivo, a los que como autoridad no había cedido, y que en muestra de ello había planteado su voto disidente¹⁴⁰⁴. En ese sentido, en nota de prensa publicada en distintos medios de comunicación el Presidente del TCPB Rudy Flores Monterrey, primero pidió que el Magistrado Cusi renuncie a su cargo, y luego, el pleno del Tribunal, amenazó con procesarlo penalmente por las aseveraciones vertidas a título institucional¹⁴⁰⁵. Con este episodio, nuevamente salió a la palestra la crisis en la independencia de los Órganos de Poder del Estado, y la falta de credibilidad en la institución del TCPB¹⁴⁰⁶.

En fin, la importancia de este pronunciamiento, radica en que a través de ella, no sólo se puso en juego la protección del TIPNIS y las pretensiones por construir una carretera que la atravesase por la mitad, ni mucho menos la validez de la consulta que pretende aplicar el Gobierno hacia los pueblos y comunidades albergadas al interior del Parque, sino también, lo que puso en juego fue la materialización normativa y procedimental de la democracia intercultural y del Estado Plurinacional, y a través de ellos, el rol y funciones del propio TCPB.

¹⁴⁰⁴ En noticia publicada por el periódico La Razón de fecha 13 de agosto de 2012, Cusi denunció que la Ministra de Justicia Cecilia Ayllón y el Diputado oficialista Héctor Arce estuvieron en la ciudad de Sucre en dos oportunidades para fijar posición sobre una sentencia constitucional en torno al conflicto en el TIPNIS, aunque en ningún momento se presentaron pruebas de la denuncia.

¹⁴⁰⁵ Véanse las principales portadas de los periódicos de circulación nacional en Bolivia: La Razón, El Diario, la Prensa, Los Tiempos, de fechas 20 y 21 de junio, en los que el Magistrado Gualberto Cusi, denuncia la presión ejercida sobre los Magistrados del TCPB para dictar la constitucionalidad de las Ley 180 y 222 impugnadas. Así también, se aprecian los pedidos de renuncia e inicio de procesos penales en contra del Magistrado Cusi por parte del Presidente y Magistrados del TCPB. En ese sentido, véase las notas de prensa de fecha 13 de agosto de 2012, en los que el pleno del TCP plantearon la renuncia del Magistrado Gualberto Cusi, según la información vertida por el presidente del Tribunal Ruddy Flores. El tema entró en debate un día después de que Cusi acusara a la Ministra de Justicia, Cecilia Ayllón, y al Diputado oficialista, Héctor Arce, de presionar para la sentencia en el caso TIPNIS. Por otro parte y en forma coincidente, el Diputado del Movimiento Al Socialismo (MAS), Galo Bonifaz, se sumó el pedido de renuncia del Magistrado a quien acusó de hacer política con sus declaraciones, sosteniendo que: «Nosotros le decimos que si quiere hacer política al lado de los partidos de la oposición que renuncie a su mandato y que haga política»

¹⁴⁰⁶ Cabe recordar, empero, que las reacciones suscitadas contra el Magistrado Cusi, fueron fruto del descrédito que se forjó el mismo, a raíz que el aludido afirmó públicamente que antes de cada fallo, como autoridad del TCPB elegido en representación del sistema Indígena Originario Campesino, consultaba a la *boja coca* para dilucidar sus fallos, provocando con ello, incluso entre gente ajena al Derecho, su repudio a tal actitud en tan sensibles funciones desempeñadas por Cusi. Aunque la crítica justificó aquellas aseveraciones manifestadas por Cusi, como una consecuencia lógica de la falta de articulación del pluralismo jurídico en Bolivia.

Si hay algo que rescatar y deplorar de la SC en cuestión, es que este pronunciamiento viene a constituirse en el marco referente de la construcción democrática intercultural, sobre todo cuando obliga al Estado a consensuar el «contenido y los procesos» que se desarrollarán en la consulta previa hasta una fecha determinada, condicionando a este principio democrático (el consenso) la validez jurídica (constitucionalidad) de la Ley 222. En consecuencia, la SC 0300/2012, viene a edificarse en la piedra angular en la historia de la construcción del nuevo TCPB, cuyo principal reto consiste en plegarse en discurso y en acción, a la construcción de un nuevo paradigma de justicia constitucional en el marco de la Plurinacionalidad del Estado. Empero, lo deplorable de todo esto es que, ni la ALP, menos aún el Órgano Ejecutivo hicieron caso de la SC. Así, la ALP que debía responder a la exhortación hecha por el Tribunal, a fin de coadyuvar en la facilitación de la concertación y en la configuración posterior de los acuerdos asumidos entre el Estado y los pueblos indígena originario campesinos, simple y llanamente no lo hizo. El Órgano Ejecutivo, tampoco fue consecuente con la convocatoria realizada por el TCPB. Así, al habersele encomendado –como instancia de representación popular–, propiciar y facilitar el diálogo necesario con los pueblos indígena originario campesinos en resguardo de sus derechos colectivos, y a partir de ello, promover escenarios de concertación que permitan no sólo el desarrollo de la consulta, sino también la obtención de todos los planes y proyectos en su provecho, empero, el gobierno antes que aunar esfuerzos, se centró en dividir a los pueblos indígenas, para negociar en función a sus intereses con una parte de ellos, dejando de lado a quienes manifestaron su disconformidad con los acuerdos planteados desde el Ejecutivo gubernamental.¹⁴⁰⁷ Por lo mismo, a la fecha, la consulta se ha ejecutado sólo en aquellos pueblos en los que se aceptó el contenido y los procesos de consulta, y en aquellos en los que no se aceptó tal imposición, la consulta no se realizó. Para el caso de estos últimos, el gobierno apostó por ampliar el plazo para la ejecución de la consulta, y de este modo asegurarse de legitimar las decisiones adoptadas al hilo de sus objetivos, más no así de los pueblos indígenas del TIPNIS, quienes se oponen principalmente a la construcción de la carretera que pasa por el medio del Parque.

II. LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1. INTRODUCCIÓN.

Al hablar de los efectos de las sentencias constitucionales Garrorena Morales advierte de inicio, que un estudio y comprensión de éstos, resulta siempre complicado, y ello, porque sólo relativamente sirven en este estudio las categorías que el Derecho Procesal común suele

¹⁴⁰⁷ En noticia de prensa «Denunciarán a Evo Morales ante la CIDH» del periódico la Razón de fecha 10 de julio de 2012, el Movimiento sin Miedo (MSM) a la cabeza de su líder Juan del Granado, denunció que el gobierno, a través de prebendas clientelares dividió a los indígenas del TIPNIS, logrando el respaldo de 45 de las 63 corregimientos para llevar adelante el proceso de consulta. En la misma nota de prensa, el Ministro de Gobierno Carlos Romero, defendió la «legitimidad y representatividad» de los 45 corregidores del TIPNIS que viabilizaron la consulta. Empero, los representantes del sector que se opone a la consulta y construcción de la carretera por el TIPNIS, sostuvieron que el número de representantes que apoyan al gobierno es menor, es decir se trataría de sólo 27 corregimientos. Sostuvieron también, que independientemente del número de corregidores que habrían sido consultados por el Gobierno, alegaban que la SC obligaba a concertar con todos los pueblos del TIPNIS, y no con sólo una parte de ellos, por mucho que estos fueran la mayoría.

atribuir a los efectos que acompañan a toda sentencia. Así, en la jurisdicción constitucional el objeto del proceso «es de una condición tal que extrañamente lo resuelto en el mismo podría interesar tan sólo a quienes lo suscitaron»¹⁴⁰⁸. En ese sentido, las decisiones adoptadas por el TC se desenvuelven en una inevitable tensión entre generar una eficacia «*inter partes*» o «*extra partes*». Por ello, el TC ha intentado desplegar como un efecto propio de su jurisdicción los efectos «*erga omnes*» a sus pronunciamientos, buscando con esto que la declaración de inconstitucionalidad y consecuente nulidad de la norma, posean un alcance general. Sin embargo, a esta tensión, como apunta el propio jurista español, se suman otras que se traducen en solicitudes de eficacia ya sea en la integración del sentido en que es constitucional una norma, es decir vincular la interpretación conforme a la Constitución desarrollada por el TC, hasta pronunciamientos aditivos o las recomendaciones al legislador, buscando otorgar una fuerza de obligar a los fundamentos de sus decisiones, cualquiera sea el tipo de procedimientos en que éstas se emitan, aspectos que desde ya, complican aún más su entendimiento.

La complejidad a la que hace referencia la doctrina sobre el tratamiento de los efectos constitucionales, se hace patente también en el plano normativo. Así, a través de una primera aproximación a la legislación española, es posible sostener la inexistencia de claridad en la regulación sobre este tema, y algo similar sucede en el ordenamiento jurídico boliviano. Veamos en el primer caso, es decir, la norma española. De lo previsto en el artículo 164 de la Constitución Española (CE) se tiene un esquema «bimembre» que reduce a dos los efectos de la sentencia constitucional: eficacia «*erga omnes*» y «cosa juzgada». En el caso boliviano, la Constitución de 1967 abrogada en 2009, sostenía en el artículo 121.I y II, que «contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno», y que «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 cursiva es propia), de lo que se desprendía que la ley Fundamental reconocía la eficacia de la «cosa juzgada», así como, la eficacia «*erga omnes*»¹⁴⁰⁹, respectivamente. Empero, en la actual Constitución Política del Estado Plurinacional (CPEP), el Constituyente boliviano introdujo una regulación igual bimembre pero no tan precisa como se hubiera preferido. Así el único artículo que habla en parte sobre la eficacia de la sentencia constitucional, es el artículo 203, que prevé: «Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno». De este artículo de la CPEP podría desprenderse –con las reservas del caso– la eficacia vinculación y la eficacia de la cosa juzgada en tanto la SC es entendida como inimpugnable a través de un recurso ordinario posterior.

En un análisis preliminar de las disposiciones constitucionales citadas, es posible distinguir la eficacia de las sentencias constitucionales, donde el efecto «*erga omnes*» deviene como propio de aquellas sentencias que determinan la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley –en el caso español–; mientras en el caso boliviano, la CPEP omite hacer referencia alguna a esta eficacia¹⁴¹⁰. En lo que concierne al efecto de la «cosa juzgada», tanto en

¹⁴⁰⁸ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...* *opus cit.*, p. 333.

¹⁴⁰⁹ En ambos países, es decir España y Bolivia, es criticable desde la doctrina el hecho de que los efectos de las sentencias, sólo fueron previstos para los procedimientos de inconstitucionalidad, sin tomar en cuenta a los demás recursos, cuyos efectos difieren de los primeros.

¹⁴¹⁰ La Constitución abrogada sí prevenía la eficacia «*erga omnes*» en el artículo 121.II, al señalar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial surte plenos efectos respecto a todos.

el caso español como en el boliviano, devienen comunes a todas las sentencias emitidas por el TC.

Trasladando ahora nuestro análisis a un nivel legislativo, podrá advertirse que tanto en el caso español, como en el boliviano, las previsiones de las Leyes reguladoras de los Tribunales incorporan un panel de eficacias algo más complicado que las señaladas en las respectivas constituciones. De ese modo, si revisamos el artículo 38.1 de la LOTC, este prevé que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad «tendrán valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde su publicación...», reconociéndose de esta manera, no dos, sino tres tipos de eficacia de las sentencias constitucionales, es decir, la «cosa juzgada», los «efectos generales» y la «vinculación de los poderes públicos».

En el caso boliviano, la Ley No. 254 Código de Procesal Constitucional (CPC) reconoce en su artículo 14 (Sentencias con calidad de cosa juzgada), que «La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma del ordenamiento jurídico, no dará lugar a la revisión de sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, ni a la revisión de los actos realizados con la norma cuando se presumía constitucional.», por su parte, el artículo 15 (Carácter obligatorio, vinculante y valor jurisprudencial de las sentencias), señala que «I. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional; excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos que tienen efecto general.». Asimismo, en el parágrafo II, del precitado artículo prevé «Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares.» Y el artículo 78. II. 2 del CPC, ha momento de regular los efectos de la sentencia en las acciones de inconstitucionalidad abstracta y concreta¹⁴¹¹, establece que, «La inconstitucionalidad de una norma tendrá valor de cosa juzgada y sus fundamentos jurídicos serán de carácter vinculante y general.», de estas disposiciones se desprenden al igual que en la normativa española, las tres clases de eficacia, es decir, la eficacia de la «cosa juzgada», los «efectos generales» y la «vinculación para los órganos de poder públicos en general», así como a los particulares¹⁴¹².

Si bien, la regulación legislativa acerca de la eficacia de la sentencia es más generosa por su amplitud en relación a la previsión Constitucional en ambos países, ello no necesariamente implica que su manejo sea el correcto. A partir del análisis de la norma, mediante un enfoque

¹⁴¹¹ Ello se desprende de la previsión contenida en el artículo 84 (Efectos de la sentencia), del CPC, que prevé en su parágrafo I, que las «Las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional en Acciones de Inconstitucionalidad Concreta, surtirán los mismos efectos establecidos para la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta.»

¹⁴¹² La abrogada Ley No. 1836 del Tribunal Constitucional, reconocía en su artículo 42 (Carácter Definitivo de las Resoluciones del Tribunal) que «Las resoluciones del Tribunal Constitucional no admiten recurso alguno», y en su artículo 44.I (Vinculación y Coordinación) preveía 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». De esto se colegía que la LTC reconocía la eficacia de la «cosa juzgada» y el efecto «vinculación para los poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales», no haciendo mención expresa al efecto «erga omnes», misma que sería deducible como confusión del efecto vinculación, que desde luego resultaba errado y hasta contradictorio con lo previsto por la Constitución, también abrogada el año 2009.

doctrinal, se dejó entrever la serie de imprecisiones y manejo indistinto de los términos «cosa juzgada», «efectos generales» y «vinculación de los poderes públicos», lo que sin duda alguna, no hacen otra cosa que reflejar la insuficiencia dogmática sobre el empleo de las mencionadas categorías. Desde luego, no resulta nada fácil encontrar una distinción entre el concepto cosa juzgada y la eficacia erga omnes. Si acaso se cuenta con una idea inicial donde la cosa juzgada opera sólo y siempre respecto de las partes, y que la eficacia frente a todos posee unos efectos generales, en la práctica, la declaración de inconstitucionalidad de una ley no solo posee efectos generales, sino también inter partes o, *a contrario sensu*, que cuando se hace referencia al concepto partes, éste sólo tenga que limitarse a quienes suscitaron el recurso y no así respecto de otros. A esto debe sumarse la incorporación de la eficacia «vinculación», sobre la que no se conoce con precisión el ámbito que cubre dicho concepto, o si la misma resulta en realidad, una figura autónoma y distinta de la eficacia general¹⁴¹³.

Dadas estas imprecisiones conceptuales, intentaremos en lo que sigue de este apartado, aclarar cada una de estas instituciones, atendiendo siempre, claro está, a la nomenclatura constitucional y legal española y boliviana.

2. LA EFICACIA DE LA COSA JUZGADA.

2.1. Concepto y dimensiones.

Abordar un estudio sobre un tema tan complejo como lo es el hablar de la cosa juzgada, es una tarea quijotesca, sobre todo, si se es consciente de la literatura existente al respecto, la que se caracteriza por ser nada uniforme. Es por ello, que se comparte la afirmación hecha por Martín De la Vega, quien sostiene, en relación a la revisión de la literatura sobre la cosa juzgada, de que son muy pocos los puntos de acuerdo sobre la misma (su estrecha relación con el contenido de la sentencia, su referencia a la relación jurídica juzgada, o su función político – social) y muy profundas las diferencias en cuanto a la explicación de la figura y a su articulación técnica¹⁴¹⁴. Pero además, sostiene el profesor español, al problema de su difícil conceptualización, se une el de su relación con las concretas opciones de política legislativa y, –falencia ésta que gran parte de los países latinoamericanos de seguro comparten con su par español–, el de la escasa e insuficiente regulación legal sobre el fenómeno¹⁴¹⁵. En una postura autocrítica, Martín de la Vega sostiene también, que el problema

¹⁴¹³ Al respecto, Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 335, cita la propuesta –aunque el mismo autor no comparta la misma– de un concepto ampliado de cosa juzgada a través del cual se cubrirían los tres efectos: la de cosa juzgada propiamente dicha, la del efecto erga omnes, así como al efecto vinculación. En una observación distinta, Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como forma de creación...opus cit.*, pp. 50 y 51, advierte que la distinción de ambas fórmulas, esto es, la de efectos generales y vinculación, pueden evitarnos algunos problemas, pero empujarnos a su vez, hacia otros en forma inevitable.

¹⁴¹⁴ Martín de la Vega, Augusto, *Cosa Juzgada, eficacia prejudicial y artículo 24. CE.*, Celarayn, León – España, 2002, p. 13. Así también para Liebman, Enrico, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano 1983, III – IV, En alusión al instituto de la cosa juzgada, afirmó que se trata de una figura procesal «un poco misteriosa, un monstruo del sistema al que ya desde la Edad Media se le atribuían efectos poco menos que taumatúrgicos». De igual modo, para Serra Domínguez, «artículo 1252», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XVI, 2º, Madrid, 1981, p. 633, se trata de un concepto que «cuanto más se estudia, más se oscurece».

¹⁴¹⁵ En el caso español, Martín de la Vega, Augusto, *Cosa Juzgada, eficacia...opus cit.*, p. 15, señala que, hasta antes de la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, al interior del ordenamiento jurídico español, fueron escasas las referencias y regulaciones sobre la cosa juzgada, identificándose a cinco artículos de la antigua Ley de Enjuiciamiento (arts. 161.1, 408, 544, 2, 1479, 1617), y en tres artículos del Código Civil (1251, 1, 1252, 18169) siendo los artículos 408 LEC y 1252 CC los que constituían en realidad la única regulación general

no solamente radica en la falta de normativa que regule a la cosa juzgada (la autocrítica bien podría hacerse extensiva al caso boliviano en particular), sino también, en el descuido por parte de la doctrina en prestar atención al estudio de esta institución. Además, esta situación se ve agravada por el desarrollo de una abundantísima jurisprudencia sobre el tema, pero que la misma es severamente criticada por su carácter vacilante y su falta de rigor conceptual. Por ello, para el caso español, el grueso de la doctrina, sostuvo que con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se proyectó una nueva regulación de la cosa juzgada que vino a suplir, aunque tangencialmente la escasa regulación normativa sobre el tema¹⁴¹⁶.

Partiendo de esta reflexión introductoria, que hace referencia a un conocimiento y una regulación escasos, ya sea desde el plano doctrinal y normativo sobre la cosa juzgada, de igual modo, nuestro estudio sobre el tema, debe partir formulando, desde una perspectiva general, un concepto aproximado de la cosa juzgada, conscientes de que como categoría jurídica, pertenece al ámbito del Derecho Procesal, y que su naturaleza, contenido y alcances, bien podrían sufrir quiebros en su entendimiento ha momento abordar el estudio sobre la eficacia de la cosa juzgada como efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional.

En ese sentido, una primera aproximación conceptual de la cosa juzgada, nos permite sostener, que se trata de la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla, reconociéndole con ello a dicha decisión, la calidad especial de la inmutabilidad y definitividad. En ese sentido, aquel fallo emitido, con resguardo del derecho al debido proceso, no puede ni podrá ser atacada ni contradicha en posteriores decisiones de los órganos judiciales. En otras palabras, lo que se quiere afirmar, es que la cosa juzgada implica que los hechos que fueron objeto del proceso, en el que se dictó una sentencia, no pueden ser nuevamente objeto de controversia¹⁴¹⁷.

Por su parte, en el entendimiento de la doctrina alemana moderna, la cosa juzgada representa la declaración de certeza contenida en la sentencia, con el carácter de obligatoria e indiscutible, que impide una nueva sentencia diferente. A esta definición, habrá que añadirle el aporte de la doctrina italiana, según la cual, la cosa juzgada impide toda nueva decisión de fondo sobre el mismo litigio, y no solamente una que sea diferente¹⁴¹⁸. De igual modo, según la doctrina procesal contemporánea, la cosa juzgada sólo opera cuando la sentencia judicial decide la cuestión planteada en el proceso, esto es, sobre las pretensiones planteadas por las partes.

Desde esta perspectiva, la cosa juzgada viene a configurarse como la meta del proceso, y que su inobservancia, para Guasp¹⁴¹⁹, vendría a representar una contradicción con la esencia

del fenómeno. Desde luego, el criterio generalizado proveniente desde la doctrina, consideraba a esta regulación, como insuficiente, e inspirada en concepciones doctrinales ya superadas, cuando no directamente erróneas.

¹⁴¹⁶ En la experiencia española, se hace referencia a la regulación contenida en los artículos 207 (para la denominada cosa juzgada formal), y 222 (para la cosa juzgada material). Por supuesto, no puede dejarse de lado, la regulación normativa de los artículos 161.1 y 164 de la CE, que recoge a la cosa juzgada que se desprende de las sentencias judiciales ordinarias y, como uno de los efectos de la sentencia constitucional, respectivamente.

¹⁴¹⁷ En el razonamiento de Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 401, la autoridad de la cosa juzgada es, la calidad o atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo.

¹⁴¹⁸ Montero Aroca, *La cosa juzgada: conceptos generales*, en *Cuadernos de derecho Judicial*, C.G.P.J. Madrid, 1996, p. 69.

¹⁴¹⁹ Vid a Guasp. *Los límites de la cosa juzgada*. A.D.C., 1948, p. 6.

del mismo. Es más, para algunos procesalistas, la importancia de esta institución, es de tal magnitud, que viene a constituirse en un elemento clave dentro del concepto de jurisdicción¹⁴²⁰ y, para otros autores, en referencia a una de sus características propias de esta institución como lo es la inmutabilidad, se refieren a ella, como una categoría lógica del propio ordenamiento¹⁴²¹.

Ahora bien, todas estas conceptualizaciones que buscan caracterizar de un modo u otro a la cosa juzgada, no son suficientes como para comprender la real dimensión de esta institución, prueba de ello, es que para un considerable sector de la doctrina, la cosa juzgada no representa en rigor un efecto de la sentencia, sino más bien, se trataría de una cualidad de ella; por lo mismo, se materializaría en la aplicación del principio *non bis in idem*, es decir, en la prohibición de juzgar dos veces la misma cuestión o los mismos hechos. Empero, en contraposición a esta postura, no han faltado otras que han llegado a cuestionar el carácter y la autoridad del concepto cosa juzgada, en base a fundamentos que vienen desde la misma doctrina procesal, y que sostienen que, si bien la cosa juzgada representa un instituto propio del Derecho Procesal, a través del cual se busca resguardar la seguridad jurídica, empero, el uso muchas veces equívoco que se le dio, contribuyó a la desnaturalización del concepto, cuando se pretendió con ella, llevar a extremos el valor de la autoridad de la cosa juzgada¹⁴²². En contraposición a estas acusaciones, surgió otro frente catalogado como moderado, que plantea la necesidad de que la firmeza de un fallo judicial que conlleva la autoridad de la cosa juzgada, deba ceder en determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad. En esa línea Couture, señala que la razón natural aconseja que el crepúsculo de la verdad sea más fuerte que el crepúsculo de la certeza, y que siempre, en presencia de una nueva prueba o de un nuevo hecho fundamental antes desconocido, pudiera recorrerse de nuevo el camino andado para restablecer el imperio de la justicia¹⁴²³. En consecuencia, la cosa juzgada no debe ni puede ser tomada como un dogma, sino como un instituto procesal cuya finalidad es otorgar el sello de firmeza y certidumbre a un fallo judicial en resguardo de la seguridad jurídica, en la medida en que dicha decisión judicial sea el resultado de un proceso justo, desarrollado con resguardo y respeto de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales de las partes que intervienen en él. En similar criterio, Rivera Santivañez, plantea que, si bien es cierto que la cosa juzgada representa un límite de lo inimpugnable e inmutable, no menos cierto es, que ésta puede ser objeto de cambios o modificaciones, las que serían introducidas por la ley, y mediante la que podrá acomodarse o cercenarse las posibilidades de impugnación, en cuyo caso la cosa juzgada avanzará o retrocederá en su materialización¹⁴²⁴. Consiguientemente, si la

¹⁴²⁰ Entre otros, véase a Serra Domínguez, *La Jurisdicción*, en Estudios de derecho procesal, Barcelona, 1969, p. 50.

¹⁴²¹ Martín de la Vega, Augusto, *Cosa Juzgada, eficacia...opus cit.*, p. 13.

¹⁴²² En la percepción de Scaccia citado por Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho...opus cit.*, p. 401, señalaba que «la cosa juzgada hace de lo blanco, negro, origina y crea las cosas (...) y cambia lo falso en verdadero».

¹⁴²³ Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho...opus cit.*, p. 402.

¹⁴²⁴ Ya Guasp, *Derecho Procesal Civil*, (adap. Aragoneses). Madrid, 1998, p. 516, señalaba que el criterio generalizado de la doctrina sobre la cosa juzgada, entendía a esta, como una categoría jurídico pública de derecho positivo, que se encontraba sujeta a las modulaciones del legislador, a la par de las fácilmente constatables especialidades de la cosa juzgada en cada rama del Derecho. Completando este razonamiento, De la Oliva, *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso administrativo y penal)*, Madrid, 1991, p. 34, advertía que, no pueden hacernos olvidar, sin embargo, la existencia de una figura jurídica singular, un «*nomen iuris*», cuyos contornos no deben desfigurarse del tal forma que se caiga en un verdadero «*abuso del lenguaje*». De igual modo, para Trocker, *La Cosa juzgada civil y sus límites objetivos y subjetivos: apuntes de derecho comparado*, en *Estudios de Derecho procesal en honor a Víctor Fairén*, Valencia, p. 562, el hecho de que solamente algunas de las sentencias firmes puedan llegar a tener efectos de cosa juzgada material en los diversos ordenamientos jurídicos, es fruto únicamente de una opción legislativa concreta,

ley puede cambiar el momento en que opera la cosa juzgada, ya sea acortando o ampliando, con mayor razón podrá hacerlo la Constitución como la Ley Fundamental del Ordenamiento Jurídico del Estado, creando mecanismos o vías jurisdiccionales para la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, frente a los actos o resoluciones de las autoridades judiciales que los lesionen dentro de la tramitación de un proceso. Ello importará una postergación del momento en que debe operarse la cosa juzgada, pero no su eliminación¹⁴²⁵.

Puesto de relieve, aunque tangencialmente, estas posturas doctrinales acerca de la cosa juzgada, es posible evidenciar, la ausencia de criterios que permitan medir un real entendimiento sobre la eficacia de este instituto procesal. Es por ello, que en atención a esta inquietud particular, se entiende la necesidad de abordar un breve excursus sobre las dimensiones de la cosa juzgada, y ello, a fin de contar con una definición conceptual más precisa sobre el fenómeno objeto de estudio en esta parte de la investigación.

2.1.1. Cosa juzgada formal y cosa juzgada material: Los límites del concepto.

No es novedad que ya la doctrina procesal, desde la época clásica, supo distinguir el concepto «cosa juzgada» en sus dos dimensiones, es decir, entre la cosa «juzgada formal» y la «cosa juzgada material»¹⁴²⁶

En el análisis agudo de Guasp, establecer un concepto general de cosa juzgada, significaría asignar «la fuerza que el Derecho atribuye a los resultados procesales que se traducen en el necesario respeto y subordinación a lo hecho y dicho en el proceso», siendo propio de este instituto, la característica de la inmutabilidad¹⁴²⁷. Sin embargo, ya desde una perspectiva particular, para este mismo autor, es necesario diferenciar a la denominada «cosa juzgada formal» que se caracteriza por impedir el ataque directo a las sentencias a través de su impugnación, de un fenómeno distinto que es la «la cosa juzgada material», a través de la cual, se busca impedir el ataque indirecto, esto es, a través de la sustanciación de un nuevo proceso posterior¹⁴²⁸.

Buscando ajustar aún más el concepto de la «cosa juzgada», Pugliese construyó un entendimiento sobre la «*res iudicata*» parangonándola con aquella decisión asumida por la jurisdicción que se encuentra protegida contra la incertidumbre, y para ello, exige que concurren tres tipos de mecanismos, estos son: la imposibilidad del juez de modificar la sentencia; la limitación de las posibilidades de impugnación, y: la cosa juzgada «material»¹⁴²⁹. Por otro lado, para Heinitz, asumir un concepto real de la «cosa juzgada», pasa necesariamente

como lo demuestran los ejemplos en su momento de los ordenamientos francés o estadounidense, donde dicha cosa juzgada material se producía antes de que la sentencia sea firme, lo que hace poco menos que ininteligible para la doctrina de estos países el propio concepto de «*res iudicata formab*».

¹⁴²⁵ Rivera Santivañez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento...opus cit.*, p. 587.

¹⁴²⁶ Sobre el tema para Pugliese, voz *Giudicato civile (Diritto vigente)*, en *Enciclopedia Diritto* XVIII, Milano, 1962, p. 836, la terminología proviene probablemente de la elaboración doctrinal alemana de finales del XIX (materialle y formalle Rechtskraft) y de ahí pasa a la doctrina y a la jurisprudencia.

¹⁴²⁷ Guasp, *Derecho Procesal Civil...opus cit.*, p. 511.

¹⁴²⁸ Guasp, *Derecho Procesal Civil...opus cit.*, p. 511.

¹⁴²⁹ Pugliese, voz *Giudicato...opus cit.*, p. 804.

por distinguir entre la inmutabilidad y cosa juzgada «material», de donde se colige que la inmutabilidad, comprende en esencia a la llamada cosa juzgada «formal» y la inmodificabilidad por parte del juez de la sentencia¹⁴³⁰. Sin embargo, para Guasp, una comprensión más inteligible sobre el concepto, obligaría a hablar de firmeza frente a la «cosa juzgada material» o, lo que vendría a significar lo mismo, a la «autoridad de cosa juzgada»¹⁴³¹.

Dentro de este mismo análisis, no puede dejarse de lado, a otros planteamientos que buscaron ser más plausibles en la diferenciación de las dimensiones formal y material de la cosa juzgada. Así, postularon denominar firmeza a la llamada «cosa juzgada formal», reservando el término «*res iudicata*» para la denominada cosa juzgada «material»¹⁴³². En este nuevo paradigma, la firmeza es una característica de toda resolución judicial, en tanto que, la cosa juzgada «material», es un mero patrón común de las sentencias. En consecuencia, la firmeza viene a presentarse como una cualidad de la resolución, sin importar cuál sea su contenido, sino más bien, debe tenerse en cuenta que se trata de un elemento no desprendible de la *res iudicata* «material»¹⁴³³.

Ya desde la perspectiva de la naturaleza del efecto, un sector importante de la doctrina¹⁴³⁴, entendió que la firmeza constituye un efecto interno de la cosa juzgada, y que afecta al proceso en sí, así como a las partes que en él intervienen, mientras que de otro lado, autores como Guasp, lo consideran como un efecto del proceso, cuya naturaleza procesal, no añade nada al mismo; viniendo en consecuencia, a constituirse en una circunstancia externa, es decir, el efecto trascendente, que significa el cierre del proceso para las partes¹⁴³⁵.

En una particular apreciación sobre el tema, para Liebman, la firmeza, más que un efecto posible de la sentencia (y de todo tipo de resoluciones judiciales), es una cualidad de la misma, que responde a la necesidad de limitar las posibilidades de impugnación en aras de la seguridad jurídica y la certeza del Derecho, configurándose como uno de los presupuestos necesarios para que las sentencias puedan alcanzar los efectos de cosa juzgada propiamente dichos¹⁴³⁶.

Así también, aún hoy es posible encontrar a quienes abogan por la relación existente entre cosa juzgada formal y la firmeza e inimpugnabilidad de la resolución. Uno de estos referentes lo encontramos en De la Oliva¹⁴³⁷, quien apoya fervientemente la distinción entre ambos aspectos de la eficacia del pronunciamiento. En esta línea de pensamiento, la firmeza

¹⁴³⁰ Sin embargo, los sectores doctrinales críticos a Heintz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova, 1937, p. 3, sostendrán que entender llanamente a la cosa juzgada «formal» como el mecanismo que permite la inimpugnabilidad/inatacabilidad de las sentencias firmes, habría constituido una comprensión más afortunada.

¹⁴³¹ Guasp, *Derecho Procesal Civil...opus cit.*, p. 511. De igual modo comparten este criterio Gómez Orbaneja en Gómez Orbaneja y Herce Quemada, *Derecho Procesal civil*. Madrid, 1979.V. I, así también, Serra Domínguez, «artículo 1252», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XVI, 2º, Madrid, 1981, p. 633, y Cortes Domínguez. *Derecho Procesal Civil*, con Gimeno Sendra y Moreno Catena. Madrid, 2001, p. 335, quienes recuerdan que en Alemania se tiende a reservar la expresión «Rechtskraft» para la cosa juzgada «material» o también, «Urteilwirkung», reservándose los términos «unanfechtbarkeit» para la cosa juzgada formal.

¹⁴³² Martín de la Vega, Augusto, *Cosa Juzgada, eficacia...opus cit.*, p. 20.

¹⁴³³ Rosenberg, *Tratado de Derecho Procesal civil* (trad. Romero Vera), Buenos Aires. 1955. p. 459.

¹⁴³⁴ Gómez Orbaneja en Gómez Orbaneja y Herce Quemada, *Derecho Procesal...opus cit.*, p. 427.

¹⁴³⁵ Guasp, *Derecho Procesal Civil...opus cit.*, p. 512 – 513.

¹⁴³⁶ Liebman, Enrico, *Efficacia ed autorità...opus cit.*, p. 44.

¹⁴³⁷ De la Oliva, *Sobre la cosa juzgada...opus cit.*, p. 20.

viene a constituir un carácter tan sólo negativo, que se traduce en la imposibilidad de revocar la resolución y sustituirla por otra. De ello se desprendía la vinculación jurídica que, para el órgano jurisdiccional (con indirectos efectos sobre las partes intervinientes) produce lo dispuesto en el proceso en que se haya dictado la resolución. En consecuencia, si bien la misma dimensión negativa de la cosa juzgada, está relacionada con su carácter de inimpugnable, en contrapartida, también se cuenta con una dimensión positiva, relacionada con la efectividad u obligado respeto del tribunal a lo dispuesto en la resolución con fuerza de cosa juzgada, con la consiguiente necesidad jurídica de atenerse a lo resuelto, y no decidir ni prometer una determinación diversa o contrariamente a ella¹⁴³⁸.

Continuando con el aporte de Liebman, tampoco puede dejarse de lado, el nuevo esfuerzo que realizó para diferenciar a la cosa juzgada formal de la material. Tomando en cuenta el régimen de los efectos de las sentencias, entendió que la distinción radica en los efectos de las sentencias, que se corresponden a su naturaleza de acto de voluntad estatal y que dependerán de la concreta tipología a la que pertenezca la sentencia y la cosa juzgada que, frente a la opinión común, no se configura como un efecto de la sentencia sino como una cualidad de los efectos de la misma, su modo de ser, y su peculiar intensidad¹⁴³⁹. Desde esta perspectiva, la cosa juzgada representa la cualidad de inmutabilidad que adoptan todos los efectos de la sentencia una vez que esta pasa a tener la autoridad de «res iudicata». Sin duda, este razonamiento, permitirá al autor, diferenciar por un lado, a la eficacia de la sentencia, «que en los límites de su objeto, no sufre limitación subjetiva alguna», esto es, «vale frente a todos»; de la eficacia del instituto, reflejada en la inmutabilidad de los efectos de la sentencia, como cualidad de éstos que se encontrará limitada subjetivamente a las partes del proceso¹⁴⁴⁰.

Desde otra perspectiva, para Carnelutti, tanto la certeza como la seguridad jurídica aparecen como finalidades del instituto. A fin de conseguir este cometido, las sentencias firmes sobre el fondo, están obligadas a cumplir una doble misión: por un lado, deben evitar la posibilidad de que se promueva un nuevo proceso, o mucho más aún, una nueva sentencia sobre el fondo, en el que exista una identidad en el objeto, en relación al precedente sobre el cual ya se tuvo oportunidad de dictar sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada. En la versión de Carnelutti, es a esta función a la que se denomina como negativa o preclusiva de la cosa juzgada¹⁴⁴¹. En tanto, la otra misión radica en vincular al juez del segundo proceso para que se atenga a lo ya juzgado, cuando tenga que decidir sobre una relación o situación jurídica de la que la anterior sentencia es condicionante o prejudicial. A esta otra dimensión se la denomina función positiva o prejudicial de la cosa juzgada¹⁴⁴². Con esto, lo que se estaría procurando es, por un lado, impedir la discusión indefinida sobre la cuestión objeto del litigio,

¹⁴³⁸ De la Oliva, *Sobre la cosa juzgada...opus cit.*, p. 22.

¹⁴³⁹ Liebman, Enrico, *Efficacia ed autorità...opus cit.*, p. 44.

¹⁴⁴⁰ Liebman, Enrico, *Efficacia ed autorità...opus cit.*, p. 129.

¹⁴⁴¹ Carnelutti, *Diritto e processo*. Napoli, 1958, p. 255.

¹⁴⁴² Vid También a Guasp, *Derecho Procesal Civil...opus cit.*, p. 516. En un criterio compartido Cortes Domínguez. *Derecho Procesal...opus cit.*, p. 35, señala que los dos aspectos de la institución son también recogidos de manera expresa en el artículo 222 de LEC 1/2000. En referencia a la función negativa, el artículo 222.1 establece que «la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo». En lo concerniente a la función positiva, esta se encontraría recogida en el artículo 222.4, que señala: «Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal».

y por otro lado, evitar la posibilidad de la existencia de dos o más sentencias contradictorias, o reiterativas sobre un mismo asunto¹⁴⁴³.

Ya para ir cerrando este pequeño excurso, convengamos también, en que la doctrina contemporánea, recogió una afirmación categórica y general sobre el tema que nos ocupa, esto es, que no toda resolución judicial adquiere la eficacia de la cosa juzgada. Recordando el pensamiento de Guasp, para ello es necesario que nos encontremos en presencia de una sentencia firme, dictada al interior de un proceso donde, por su propia naturaleza no se excluya el efecto de la cosa juzgada, y a su vez el pronunciamiento resuelva sobre el fondo del asunto, esto es, sobre la pretensión procesal¹⁴⁴⁴. Complementando estas afirmaciones, Gómez Calero, añadirá otras condiciones necesarias para que la decisión asumida por la jurisdicción revista el carácter de cosa juzgada. Así, se habla de requisitos en la jurisdicción, en el proceso y en la resolución¹⁴⁴⁵. En relación al primer requisito establecido por este autor, se debe tener en cuenta la no transposición autonómica de la cosa juzgada entre distintos órdenes jurisdiccionales, debiendo considerarse la naturaleza y límites de la cosa juzgada civil en el proceso penal posterior o a la inversa, sin descontar la lógica de la cosa juzgada constitucional, aplicable a casos penales o civiles. En lo concerniente al requisito del proceso, una afirmación irrefutable permite sostener que, no todo tipo de procesos concluyen con una sentencia que tenga eficacia de cosa juzgada, aunque claro está, ello conllevará a su vez, a sostener que la no producción de la cosa juzgada en determinado tipo de procesos implica, como consecuencia lógica, la refutación del carácter jurisdiccional del proceso donde la sentencia se produce¹⁴⁴⁶.

Por último, el tercer requisito para dotar del carácter de la cosa juzgada a la decisión, se refiere a la propia naturaleza de la resolución. En ese sentido, es correcto sostener, que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo español (TSE) sostienen al unísono, que, frente a lo que ocurre con la firmeza (o «cosa juzgada formal», como se tuvo oportunidad de ver), la cosa juzgada material es solo predicable de las sentencias, como expresamente determina el antiguo artículo 1252 CC, y ahora, el artículo 222 LEC, y no de otro tipo de resoluciones¹⁴⁴⁷.

Visto hasta acá el panorama sobre la cosa juzgada desde la perspectiva del Derecho Procesal, es posible advertir la complejidad del tema, su tratamiento y dimensionamiento. Lastimosamente, estas dificultades se profundizan más aún, cuando se pretende aplicar esta

¹⁴⁴³ En opinión de De la Oliva, *Sobre la cosa juzgada...opus cit.*, p. 47, será en 1983 con el dictado de la STC 77/83 de 3 de octubre, que el Tribunal Constitucional español, luego de una serie de pronunciamientos sobre el tema, proyecte sus mejores definiciones sobre el efecto positivo y negativo de la cosa juzgada. En relación al efecto positivo sostendrá que representa «la verdad jurídica», y en referencia a la dimensión negativa afirmará que «determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema», que si bien en forma posterior, el Tribunal construirá nuevas definiciones sobre el tema, también es sabido que el que hoy se cita, es la que más influencia tendrá en el ordenamiento jurídico español.

¹⁴⁴⁴ Guasp, *Derecho Procesal Civil...opus cit.*, p. 519.

¹⁴⁴⁵ Gómez Calero, citado por Martín de la Vega, Augusto, *Cosa Juzgada, eficacia prejudicial...opus cit.*, p.56.

¹⁴⁴⁶ En forma ejemplificativa, Martín de la Vega, Augusto, *Cosa Juzgada, eficacia prejudicial...opus cit.*, p.57, recordaba que, la antigua LEC y la regulación del CC contemplaban algunos procesos donde este efecto no se producían, así en los juicios ejecutivos (artículo 1474 LEGA), que fue conformado por el Auto 516/85, de 17 de julio y STC 14/92, de 10 de febrero. Así también, los procesos de alimentos provisionales (artículo 1658 CC) o los interdictales (artículo 1658 CC reafirmado por el Auto del TC 63/83, de 16 de febrero). También advierte, que la mayor parte doctrinal se producía, sin embargo, en torno a la posible eficacia de la cosa juzgada de las sentencias emitidas en el curso de los procesos sumarios.

¹⁴⁴⁷ Serra Domínguez, «artículo 1252»...opus cit., p. 654.

categoría procesal al ámbito de las sentencias constitucionales y su eficacia, obligando a construir a quienes asumen este estudio, un razonamiento que bien podría significar un replanteamiento a la naturaleza misma de la institución. Desde luego, esta situación será merecedora de otro tipo de críticas propias que, a su vez, abrirán paso a contra argumentaciones igual de válidas que, necesariamente fomentarán a la apertura de un debate sobre su esencia y alcance en el plano de la jurisdicción constitucional, sobre las cuales, corresponde detenernos en su análisis.

2.2. La cosa juzgada constitucional: quiebro a la naturaleza procesal del concepto.

Comencemos sosteniendo que, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, la Constitución otorga la calidad de cosa juzgada constitucional a todas aquellas sentencias dictadas por el órgano *ad hoc*, encargado de ejercitar el control de constitucionalidad, sobre todo de aquellas que son emitidas al interior del control normativo, estos son, los recursos de inconstitucionalidad. De esto se desprende que, la decisión sobre la constitucionalidad o no de una disposición legal, no puede en modo alguno ser sometida nuevamente, a un nuevo control ante dicha instancia constitucional¹⁴⁴⁸.

En palabras de Rivera Santivañez, la cosa juzgada constitucional tiene su fundamento jurídico en los fines y objetivos que persigue la labor del control de constitucionalidad¹⁴⁴⁹. Por ello, no debe olvidarse que esa labor tiene por finalidad la de preservar el sistema constitucional, así como el garantizar la plena vigencia y el respeto de los derechos fundamentales, al otorgar tutela efectiva a las personas frente a los actos o decisiones que los restrinjan o supriman, por lo que para cumplir con esa finalidad, la jurisdicción constitucional procede a la verificación de la validez constitucional, tanto de las normas jurídicas cuanto de las decisiones y resoluciones de las autoridades y funcionarios públicos¹⁴⁵⁰. En consecuencia, la determinación adoptada por el Tribunal, necesariamente, debe asumir un carácter definitivo.

Ahora bien, todos estos razonamientos elaborados en relación al concepto de la «cosa juzgada», obedecen en principio y como se pudo advertir en los apartados anteriores, a una lógica propia y construida desde el Derecho Procesal, pero que sin embargo, si se pretendiese aplicar –esta noción– en la órbita de los efectos de las sentencias constitucionales, se llegaría a coincidir con las aseveraciones hechas por Rubio Llorente, al sostener las evidentes dificultades

¹⁴⁴⁸ Como bien señala Rivera Santivañez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento...opus cit.*, p. 586, la cosa juzgada constitucional está instituido en la propia Constitución, pues dada su importancia, a diferencia de la jurisdicción ordinaria en la que, como un efecto procesal de la sentencia, está consagrada en la ley procesal, en el ámbito constitucional, el Constituyente la consagra expresamente en la Ley Fundamental del Estado como un efecto inmediato de la decisión emitida por la jurisdicción constitucional y como una garantía de certeza y seguridad jurídica.

¹⁴⁴⁹ Rivera Santivañez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento...opus cit.*, p. 586.

¹⁴⁵⁰ Asimismo, en esta dimensión, huelga decir, que la cosa juzgada constitucional, constituye una prohibición en la que ninguna autoridad estatal podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inconstitucional. Y, en esta misma línea, lo lógico es pensar que el gobierno ni el Congreso pueden reproducir el contenido material jurídico del acto declarado inconstitucional en el fondo, mientras subsistan en la Constitución las mismas normas que sirvieron de parámetro y fundamento para que el Tribunal Constitucional declarase esa inconstitucionalidad.

que implica cualquier intento de construir una «dogmática» sobre las sentencias constitucionales y sus efectos, siendo el valor de la cosa juzgada del pronunciamiento sobre la norma legal, uno de aquellos conflictos sobre los que es necesario detenerse, en procura de una aproximación que nos permita una meridiana comprensión del fenómeno, en la perspectiva constitucional¹⁴⁵¹.

Dicho esto, corresponde analizar, seguidamente, el contenido, alcance y quiebras en el entendimiento de la cosa juzgada, desde una perspectiva bidimensional, estas son, la formal y la material, siendo ésta última la que más interés cobra para nuestro estudio, y sobre la que se pondrá más énfasis.

2.2.1. Dimensión de la cosa juzgada formal: inimpugnabilidad de las sentencias constitucionales.

La regla inicial que debe guiar nuestro entendimiento, es que los artículos 164.1 CE y 38.1 LOTC, para el caso español, así como los artículos 203 CPEP y 14 LTCP, para el caso boliviano, prevén que las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad producen efecto de cosa juzgada. Ahora bien, es necesario comprender, que por cosa juzgada se está haciendo referencia a dos clases de «*res iudicata*», es decir, tanto a la cosa juzgada formal como a la cosa juzgada material, y que ambas tienen como finalidad, la de hacer verdad la función pacificadora del Derecho, desde distintos ángulos no excluyentes sino complementarios, sobre los que conviene detenerse en su análisis.

En ese sentido, la cosa juzgada formal, a decir de Garrorena¹⁴⁵², comporta la «*inimpugnabilidad*» o «*irrecurribilidad*»¹⁴⁵³ de la resolución finalmente recaída, con lo cual viene a equivaler a firmeza de dicha resolución. La decisión adoptada en sí, es firme, y contra ella no cabe recurso alguno, y esta situación de firmeza deviene cuando se agotaron todos los recursos previstos, o cuando se dejaron pasar los plazos previstos para el ejercicio de los mismos, así como también, en aquellos supuestos en los que la decisión judicial, por su propia naturaleza no es recurrible, aspecto último éste que sería el caso de las decisiones adoptadas por el TC, que se derivan del monopolio de la interpretación superior de la Constitución. En base a este

¹⁴⁵¹ Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho*, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1993, p. 495.

¹⁴⁵² Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 337.

¹⁴⁵³ Ahora bien, es necesario aclarar que la irrecurrebilidad de las sentencias constitucionales no implica una prohibición para que los litigantes recaben del TC las aclaraciones que estimen convenientes sobre la sentencia, y esto se desprende del artículo 93.1 LOTC que prevé: «en el plazo de dos días a contar desde la notificación, las partes podrán solicitar la aclaración de las mismas». De igual modo en el artículo 50 de la LTC expresa que «El Tribunal Constitucional, de oficio o a petición de parte, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la resolución, podrá aclarar, enmendar o complementar algún concepto obscuro, corregir un error material o subsanar alguna omisión sin afectar el fondo de la resolución». Esta situación, ha sido precisada también por el TC español en sus ATC 115/1989, 309/1987 y 25/1990, donde señaló que este mecanismo no debía ser asumido, menos confundido con un recurso por el que se puedan variar o modificar sus sentencias. En el caso boliviano, véase la STCB 0043/2005 – R, de 14 de enero, que señala: «Al respecto, la jurisprudencia de este tribunal, aplicable al caso de autos, señala que la enmienda y complementación (...), no constituye un recurso a través del cual el juez o tribunal competente pueda sustituir o modificar lo decidido, por el contrario, es un medio mediante el cual la autoridad judicial sólo puede enmendar algún error material, aclarar un concepto oscuro o suplir alguna omisión, siempre que no altere lo sustancial...».

primer entendimiento, se considera que es así como se debe asumir la cosa juzgada formal prevista en los artículos 164.1 CE y 38.1 LOTC, así como los artículos 203 CPEP y 14 LTCP. Sin embargo, desde un agudo análisis de la norma, para Rubio Llorente, el reconocimiento de una eficacia general a la sentencia desestimatoria, que se derivaría de la lectura al artículo 38.1 LOTC, devendría como un factor meramente aparente, sobre todo si se tiene en cuenta que «... pese a la fuerza de cosa juzgada que tanto la CE como la LOTC atribuyen a las sentencias dictadas en los procedimientos de inconstitucionalidad...», será la propia LOTC la que en sus artículos 29.2 y 38.2, en España, y el artículo 78.II.1 del CPC para Bolivia, los que destruyan este entendimiento, en tanto que las mencionadas disposiciones abren la posibilidad de volver a cuestionar la constitucionalidad de aquellas normas contra las que se han interpuesto los recursos y sobre los cuales el Tribunal adoptó una decisión. Desde luego, este contrasentido genera una enorme dificultad, sobre la cual, la doctrina no ha sido capaz de dilucidar en forma unánime¹⁴⁵⁴.

Centrándonos en la normativa boliviana, la apreciación hecha por el profesor Rubio Llorente, sería aplicable también, en cierto modo, a la realidad boliviana, y ello es así, si se tiene en cuenta que, a la luz de lo dispuesto por los artículos 203 CPEP y 78.II.1 del CPC, «Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.» y que la sentencia que declare «La constitucionalidad de una norma contenida en una Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial, hace improcedente una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, siempre y cuando se trate del mismo objeto o causa y se argumente los mismos preceptos constitucionales impugnados.», se vislumbra una posibilidad para el quiebro de la cosa juzgada. Es decir, si a su vez acudimos a lo preceptuado en el artículo 78.II.4 del CPC, al sostener que «La inconstitucionalidad parcial de una norma legal impugnada tendrá efecto derogatorio de los Artículos o parte de éstos, sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad y seguirán vigentes los restantes.», en el caso boliviano, en una situación algo distinta al caso español, la posibilidad de replantear el juicio de constitucionalidad contra la Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial a las que se acuse de inconstitucional, sería factible. En efecto, en una explicación a *contrario sensu*, se tiene que, si a juicio del Tribunal, la ley impugnada sólo es inconstitucional en alguna de sus partes, en consecuencia, sólo se llegaría a anular parcialmente las interpretaciones normativas contrastantes con la Constitución, luego, al dejar subsistentes las otras normas desprendibles de la disposición, se dejaría abierta la posibilidad de replantear el control de constitucionalidad. Ergo, al declarar la inconstitucionalidad parcial de la norma y dejar subsistentes las partes conformes con la Constitución, el Tribunal estaría dejando por sentado el carácter de cosa juzgada sobre la parte declarada constitucional, sin embargo, si se tiene en cuenta al artículo 4.IV de la LTCP que sostiene: «Cuando una norma jurídica acepte más de una interpretación, el Tribunal Constitucional Plurinacional, bajo el principio de conservación de la norma, adoptará la interpretación que concuerde con el texto constitucional.», y a su vez el artículo 3 (Principios procesales de la Justicia Constitucional), numeral 1, del CPC, que establece: «En los casos en que una ley admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional Plurinacional en todo momento optará por la interpretación que sea compatible con el texto constitucional.», sin duda, estas disposiciones

¹⁴⁵⁴ Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, obra conjunta con Jiménez Campo, Javier, Madrid, 1998, p. 11.

viabilizan la posibilidad de que el accionante, sosteniendo una interpretación distinta a la asumida por el Tribunal, bien podría acusar la inconstitucionalidad de la norma que en principio, fue declarada constitucional por el TCPB, obligándolo con ello, a que el Constitucional, revise su decisión inicial.

Ahora bien, visto el panorama de la cosa juzgada formal, convengamos en que existe un criterio –por así decirlo– generalizado sobre su objeto, esto es, la prohibición de volver a acusar la inconstitucionalidad de la norma, una vez que el Tribunal Constitucional asumió una decisión contra la que en principio, no cabría mecanismo de impugnación dentro del mismo proceso, pero que sin embargo, se discute acerca de la posibilidad de replantear otro recurso posterior y posiblemente distinto en relación a la norma catalogada como constitucional desde la perspectiva interpretativa del Tribunal. En ese sentido, la discusión sobre esta posibilidad, implica realizar un análisis que rebasa a la dimensión formal de la «*res iudicata*», y compromete a la dimensión material de esta. Es por esta razón, que ahora, corresponde centrar nuestro análisis en este otro espacio del fenómeno, tomando en cuenta para ello, a la normativa española y boliviana.

2.2.2. La regulación legislativa española y boliviana sobre la compatibilidad entre las vías de impugnación de la inconstitucionalidad: El contrapunto doctrinal.

Empecemos realizando un análisis sobre la tramitación parlamentaria de los artículos 29.2 y 38.2 LOTC en España, para luego centrarnos en la regulación boliviana. En ese sentido, es posible advertir, –a través de una relación de los antecedentes de las citadas disposiciones normativas–, que el proyecto de ley que el Gobierno presentó a las Cortes a principios de mayo de 1979, mantenía, una denominación genérica en cuanto al «recurso de inconstitucionalidad». Sin embargo, en el desarrollo de este, presentaba una proyección dual del accionamiento del juicio de inconstitucionalidad, es decir, el legislador previó un recurso por la vía principal, la que actualmente viene a constituir el recurso de inconstitucionalidad propiamente dicho, y paralelamente, otra «vía incidental» que en forma posterior a su tratamiento parlamentario vendrá a constituirse en la «cuestión de inconstitucionalidad»¹⁴⁵⁵. En ese sentido, Martín de la Vega recuerda que, en lo concerniente al tema de la compatibilidad/incompatibilidad ente las dos vías, el Proyecto establecía dos artículos, estos son, el 32 y 42, que luego de ser objeto de una serie de enmiendas, concluirán siendo aprobadas bajo el actual tenor de los artículos 29.2 y 38.2 de la LOTC. Volviendo al estudio de los artículos 32 y 42, para el profesor español, el precitado artículo 32 del Proyecto, redactaba un texto más afortunado en su entendimiento al actual artículo 29.2 LOTC, ya que señalaba «...La desestimación de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley, disposición o acto con fuerza de ley promovido en vía principal no será obstáculo para que la misma ley, disposición o acto puedan ser impugnadas en vía incidental con ocasión de su aplicación en otro proceso». Ahora bien, en relación al artículo 42.2 del Proyecto, ésta contemplaba a su vez, que «Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley, disposición o acto con fuerza de ley producirán efectos generales desde su publicación en el BOE. Las sentencias desestimatorias dictadas en recurso de inconstitucionalidad promovido en vía principal

¹⁴⁵⁵ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia, 2002, p. 24 y ss.

impedirán cualquier planteamiento ulterior de cuestión en la misma vía». Con esta fórmula, el entendimiento sobre la compatibilidad o no del recurso y la cuestión, presentaba mayor nitidez en relación a la actual regulación. Así, se dejaba claro que las sentencias desestimatorias no podían desprender los efectos generales, y que dichos efectos, se encontraban reservados para los pronunciamientos que declaraban la inconstitucionalidad de la ley y, de dicha redacción debía desprenderse también, la ausencia en el artículo 42.1 de cualquier referencia al efecto de cosa juzgada en relación al artículo 164 CE. En la observación hecha por Martín de la Vega, lo que sucedió fue que el artículo 42.1 que disponía «Las sentencias recaídas en recurso de inconstitucionalidad producirán efectos una vez notificadas a las partes. Vincularán a todos los órganos del Estado y, en particular, cuando se trate de sentencias recaídas en recursos promovidos por vía incidental dentro de otros procesos, al órgano judicial competente para la decisión en este», sufrió una modificación a raíz de la enmienda No. 172 del Grupo Catalán, que solicitó se reproduzca el texto del artículo 164 de la CE en el mencionado artículo del Proyecto, rescatando sobre todo el efecto de la *vinculación* a todos los poderes públicos. A mayor explicación, la primera parte del artículo 42.2 que refiere sobre el efecto general de las sentencias estimatorias, al sostener que: «Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley, disposición o acto con fuerza de ley producirán efectos generales desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado...*», pasará a ser el párrafo primero, y con ello, quitará todo punto de referencia acerca del tipo de sentencia al que debía aludirse. En definitiva, la redacción de esta disposición quedará definitivamente plasmada en el informe de la ponencia, siendo su contenido el siguiente: artículo 42.1. «Las sentencias recaídas en recursos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularan a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado...*»¹⁴⁵⁶. Con ello, el artículo 42, que vendrá a constituirse en el artículo 38.1 de la LOTC, dará lugar a la confusa relación entre los efectos: cosa juzgada/efectos generales/ vinculación a los poderes público, alejándose definitivamente de aquella sistemática coherente que se denotaba del Proyecto de ley, de donde era más sencillo desprender, la imposibilidad normativa de la sucesión de recursos de inconstitucionalidad, situación que era de esperar si se tiene en cuenta el plazo de ejercicio de la impugnación y la conclusión del debate sobre la legitimidad de la ley, que debía ser resuelta a través del recurso de inconstitucionalidad. Asimismo, era por demás plausible la claridad con la que hacía referencia a la compatibilidad entre las dos vías fundamentales por las que se podía accionar el mecanismo de declaración de la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley. En ese mismo sentido, la posibilidad de replantear sucesivamente las cuestiones de inconstitucionalidad luego del dictado de un pronunciamiento desestimatorio del recurso directo, era un supuesto por demás viable.

El mismo Martín de la Vega, recuerda también, en otro de los pasajes sobre el tratamiento parlamentario de las disposiciones en cuestión, que el artículo del proyecto, recibirá en el Congreso sucesivas enmiendas de los grupos parlamentarios (Socialista, Catalán, y Andalucista), todas ellas tenían en común, el eliminar la posibilidad de replantear la cuestión de inconstitucionalidad luego de que se dictara un pronunciamiento desestimatorio en vía de un recurso. Se destaca sobre todo, el contenido de la enmienda No. 20 propuesta por el grupo socialista, cuya redacción será tenida como definitiva en el informe de la ponencia referida al artículo 32. En ese sentido, la propuesta buscaba incorporar los términos «por razones de forma», como parte del texto del artículo 32, llegando a plasmarse en la siguiente redacción: «la desestimación, por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley,

¹⁴⁵⁶ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 25.

disposición o acto con fuerza de ley no será obstáculo para que la misma ley, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación a otro proceso»¹⁴⁵⁷. Recordando la finalidad de esta propuesta, Martín de la Vega entiende que con ella, lo que se buscaba era «limitar esta posibilidad a las desestimaciones por razones de forma»¹⁴⁵⁸. Es decir, lo que se pretendía era impedir que luego del dictado de un pronunciamiento desestimatorio, por razones de fondo de un recurso se pudiera volver a plantear una cuestión. Lastimosamente, las propuestas de modificación, también llegarán a afectar el contenido del artículo 42.1 (actual 38.2 en vigencia), a la que se añadirá la frase final, «por idéntico motivo de inconstitucionalidad». Con ello, la doctrina mayoritaria entendió que la prohibición absoluta de impugnar por segunda vez una misma ley a través de un recurso de inconstitucionalidad, se flexibilizaba. Empero, la redacción final y definitiva del artículo 42.1 reformulará dicha flexibilidad al cambiar la frase final que sostiene: «fundado en la violación de idéntico precepto constitucional». Amén de esta modificación, el párrafo segundo del artículo 42.1 permanecerá intacto, sosteniendo que: «Las sentencias desestimatorias dictadas en recurso de inconstitucionalidad promovido en vía principal impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma vía, fundado en la infracción de idéntico precepto constitucional». De este modo, el texto del Proyecto que será remitido al Senado para su tratamiento, fue objeto de dos modificaciones que no solamente se traducían en una adición textual al texto primitivo, sino que también, implicaban un cambio de fondo a la regulación del vigente artículo 29.2 LOTC, y con ello, ensombreció el sistema de compatibilidad/incompatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad.

Ya en forma posterior al tratamiento del Proyecto en el Congreso de los Diputados, cuando el contenido del texto llegó al Senado, en esta instancia también se llegaron a formular dos enmiendas a los artículos en cuestión¹⁴⁵⁹. Desde la perspectiva de Martín de la Vega¹⁴⁶⁰, de las enmiendas planteadas en el Senado, debe resaltarse el dictamen de la comisión senatorial, que a la cabeza del Senador Calatayud Maldonado¹⁴⁶¹, propusieron la supresión de la frase «por

¹⁴⁵⁷ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 26.

¹⁴⁵⁸ Esta explicación la deduce de la motivación de las enmiendas: No. 163 del grupo Catalán y No. 218 del grupo Andalucista, las que buscaban eliminar definitivamente el contenido del artículo 38.2 del precitado documento. Los argumentos del grupo catalán sostenían que «si la sentencia del TC tiene, según el artículo 164 de la CE, el valor de cosa juzgada y producen efectos frente a todos, carece de sentido el párrafo que se propone suprimir (todo el artículo 32.2., actual 29.2) cuyo mantenimiento abriría una peligrosa puerta» a la inseguridad jurídica. Otro argumento similar era el sostenido por el grupo andaluz al plantear eliminar del artículo 32.2, «por razón del efecto de CJ que debe producir el fallo originario». Por ello, para Martín de la Vega, la cita de estos argumentos anticipaban desde ya, el surgimiento del debate doctrinal sobre la relación entre compatibilidad de vías y cosa juzgada, así como la subyacente identificación del *indicato* y los posibles efectos subjetivos generales del mismo como causa impositiva de la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad luego de emitirse un pronunciamiento desestimatorio en vía del recurso directo.

¹⁴⁵⁹ En opinión de Martín de la Vega, la propuesta más sobresaliente estará representada por el grupo centrista (No. 37), que reorganizará, al ser aceptada, el artículo 38.1, dándole su actual redacción, y que a su vez, propondrá el cambio de la expresión del ahora artículo 38.2, «fundado en la violación de idéntico precepto constitucional», expresión que no obstante será sostenida por la ponencia y permanecerá en la redacción definitiva del artículo 38.2

¹⁴⁶⁰ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 30.

¹⁴⁶¹ En representación de la Comisión, Calatayud sostenía que «Hemos aceptado el principio evolutivo de la jurisprudencia que ya, en cierta manera, está incorporado en el título preliminar del Cc y está reflejado en el artículo 29.2, tal y como ha quedado redactado con la corrección de la errata que había, y en el artículo 13. Este principio evolutivo tiene un cauce específico, porque el recurso de inconstitucionalidad no puede ser reproducido sino que sí puede introducirse por vía de cuestión, promovido por órgano, cuerpo o tribunal prejudicial, por el

razones de forma» contenida en el artículo 29.2, reasumiéndose de esta forma la redacción original del Proyecto propuesto por el Gobierno. Está claro que, lo que se pretendía con esta enmienda, era permitir el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad luego del dictado de una sentencia desestimatoria en vía de recurso, y su vez, permitir con ello la evolución de la jurisprudencia constitucional. Fundado precisamente en dicho razonamiento, es que, en la exposición de motivos que se enviara en su momento al Congreso de los Diputados, el Senado sostuvo que: «La adecuación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a las exigencias de la sociedad ha movido a esta Cámara a enmendar el artículo 29.2, suprimiendo la referencia a las razones de forma, con el fin de evitar que un requisito procesal, impida a dicho Tribunal Constitucional tener en cuenta datos normativos, sociológicos o históricos de nueva relevancia»¹⁴⁶².

Martín de la Vega, recuerda también, que la respuesta a la propuesta de modificación formulada por el Senado no será acogida por el Congreso de los Diputados, puesto que luego de ponderar la enmienda del Senado, y la oposición formulada por el Diputado Pon Irazabal, el resultado de la votación fue de 271 a favor de rechazar la enmienda del Senado, 9 a favor de mantenerla y 9 abstenciones¹⁴⁶³. En consecuencia, la redacción final del artículo 29.2. mantendrá la frase «por razones de forma», sabiendo de la exposición de motivos formulada desde el Congreso de los Diputados, que con ella, lo que se buscaba era impedir la presentación de cuestiones de inconstitucionalidad luego del dictado de una sentencia desestimatoria en vía de recurso de inconstitucionalidad, por razones de fondo.

Haciendo una breve pausa en el estudio de los antecedentes legislativos sobre la compatibilidad o no de las vías de impugnación en el caso español, corresponde ahora, ceñir nuestro estudio sobre el tema, desde la perspectiva normativa boliviana. Si bien, en el caso boliviano, se presenta aún en la actualidad, cuestionamientos acerca de posibilidad de replantear la acción concreta de inconstitucionalidad, luego de haberse planteado la acción abstracta, y el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano (TCPB) emitiera un pronunciamiento desestimatorio de la inconstitucionalidad, tal como sucede en el caso español, sin embargo, sobre el tema no se cuentan con archivos ni exposiciones de motivos o actas legislativas de los debates suscitados al interior de la Asamblea Constituyente, así como de la Asamblea Legislativa Plurinacional ha momento de tratar los artículos 203 de la Constitución Política del Estado Plurinacional (CPEP) y 14 y 78.II.1 del Código Procesal Constitucional

cauce adecuado en el que se pueda modificar esta jurisprudencia. En todo caso, cuando este hecho se produce ha de ser sometido necesariamente al pleno del Tribunal. Nunca puede conocer el órgano de menor categoría».

¹⁴⁶² Vid Santamaría, Pastor, *Tribunal Constitucional. Trabajos Parlamentarios*. Cortes Generales, Madrid, 1980. p. 470

¹⁴⁶³ Vid Santamaría, Pastor, *Tribunal Constitucional. Trabajos Parlamentarios...opus cit.*, p. 470, de donde se tiene que el Congreso de los Diputados, en la sesión de fecha 19 de septiembre de 1979, se pronunciará sobre las enmiendas planteadas por el Senado al artículo 29, por la que se suprimía la redacción «por razones de forma», contrastando dicha petición con la solicitud del diputado Pons Irazabal, quien en representación del grupo socialista, instará el rechazo a la misma, sosteniendo los siguientes argumentos: «El artículo 29.2., en su apartado 2, establece el mecanismo de cierre a la impugnación, por vía principal, de una ley o de la promoción de un recurso de inconstitucionalidad, en el supuesto de que haya sido desestimado otro recurso en vía principal. La comisión y el pleno establecieron la cautela de que fuese «por razones de forma», y al suprimirse esta cautela queda abierto el cauce para que se reproduzcan indefinidamente recursos por vía incidental, por lo que la experiencia de otros tribunales constitucionales aconseja una regulación prudente de esa posibilidad, en la que estuvieron entonces de acuerdo todos los grupos parlamentarios que en la ponencia y en la comisión hicieron su aportación para obtener en esta materia una regulación adecuada».

(CPC) que nos permita comprender con meridiana precisión, la posibilidad de replantear la acción de constitucionalidad.

Por ello, antes de ingresar en mayores precisiones conceptuales y normativas, creemos conveniente desarrollar una breve retrospectiva de la eficacia de la cosa juzgada, desde el punto de vista de la normativa boliviana.

En ese sentido, es oportuno realizar una descripción normativa sobre la forma en que se encontraba proyectada y regulada esta institución, tanto en el plano constitucional como en el legal, es decir, hasta antes de aprobarse la CPEP y promulgarse la LTCP, así como el CPC vigentes.

Partiendo nuestro estudio desde el enfoque normativo de la Constitución de 1967, abrogada en el año 2009, se tenía que, el régimen de los efectos de las sentencias del Tribunal en vía del recurso de inconstitucionalidad, se hallaban recogidos en el artículo 121 de la Constitución, que en criterio de la doctrina mayoritaria, era heredera del artículo 164 de la Constitución española, que de igual modo, regula en forma general los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional español.

De este modo, el párrafo primero de la precitada cláusula constitucional adoptaba el principio procesal de la «irrecurribilidad»¹⁴⁶⁴ de las sentencias del Tribunal, al sostener que, contra ellas no cabía recurso ulterior alguno. Sin duda, la decisión asumida por el Tribunal se encontraba dotada del valor de la cosa juzgada.

Seguidamente, el párrafo segundo de la precitada disposición constitucional, sostenía que, la sentencia que declarase la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hacía inaplicable la norma impugnada, surtiendo plenos efectos frente a todos. En esta regulación, era posible apreciar, que el legislador adoptó para el defensor de la Constitución boliviana, los efectos «erga omnes» de las sentencias que, como bien señalara Brewer – Carías, representan la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, a través de la cual, la norma tachada de inconstitucional quedaba anulada y no podía aplicarse a la resolución del caso concreto ni a ningún otro supuesto¹⁴⁶⁵. Sin duda, esta nueva característica de las sentencias del Tribunal, representaba un contrapunto, no solamente en cuanto al modelo de control de constitucionalidad, sino también en relación al carácter de la decisión asumida por el Tribunal. Recuérdese que antes de introducirse en el

¹⁴⁶⁴ Cabe recordar que sobre el tema, la Ley de Necesidad de la Reforma ampliaba la inimpugnabilidad a todos los actos del Tribunal, es decir, no solamente se hacía referencia a las sentencias asumidas por el Tribunal, sino también a tenor de los artículos 41 y 42 de la LTC, a todas las resoluciones del Tribunal teniendo en cuenta con esto a subespecies de resoluciones como, declaraciones constitucionales y autos constitucionales. Sin embargo, esta propuesta fue suprimida del texto final del precepto equivalente de la Ley de Reforma.

¹⁴⁶⁵ Brewer–Carías, Allan R. *et al.*, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado)*, *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahíta (Simposio Internacional sobre Derecho del Estado)* Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, p. 724. Similar criterio también es compartido por Asbún, Jorge. *Análisis jurídico – político...opus cit.* p. 30, para quien la adopción del principio «erga omnes» en la declaración de inconstitucionalidad, entraña dar un gran salto en el respeto de la Constitución en relación con el recurso de inaplicabilidad existente antes de la reforma. En ese sentido, Fix–Zamudio, Héctor, *La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad*, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984, p. 471, sostiene que esta característica se enmarca dentro de una relevante corriente existente entre los constitucionalistas latinoamericanos.

sistema constitucional boliviano el recurso de inconstitucionalidad, ejercida por un ente *ad hoc*, se contaba con el «recurso de inaplicabilidad», tramitada ante la Corte Suprema de Justicia, y en el que la sentencia que declaraba probada la demanda, no podía anular, revocar o modificar la disposición tachada de inconstitucional, por lo mismo, el fallo debía concretarse tan sólo a declarar su inaplicabilidad al caso concreto y particular debatido¹⁴⁶⁶.

Si bien, la disposición constitucional de referencia, recogía en su primera parte los efectos «*erga omnes*», que se desprendían de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, en una forma muy parecida a la redacción del artículo 164 de la Constitución española, la segunda parte del párrafo segundo del artículo 121 de la Constitución boliviana, preceptuaba que «La sentencia que se refiera a un derecho subjetivo controvertido se limitará a declarar su inaplicabilidad al caso concreto»¹⁴⁶⁷, sin duda, esta disposición representaba una excepción a los efectos «*erga omnes*». De todo esto era posible desprender, que las sentencias referidas a derechos subjetivos controvertidos constreñían sus efectos al órgano o autoridad que adoptó el acto objeto del recurso y al particular que fue parte en el procedimiento, esto significaba, que la sentencia desprendía también efectos «*inter partes*»¹⁴⁶⁸.

Continuando con el análisis preliminar sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional boliviano, se trae a colación también, el contenido del párrafo tercero del artículo 121 de la Constitución, en la parte que rezaba: «La sentencia de inconstitucionalidad no afectará a sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada»¹⁴⁶⁹. *Prima facie*, esta regulación merecía algunas críticas por doble partida. Por un lado, al acoger el principio general de irreversibilidad de la «cosa juzgada», no previó paralelamente salvedad alguna. Lo óptimo habría sido que la disposición constitucional, a la vez de recoger el efecto de la cosa juzgada, también hubiera establecido excepciones a la regla, como sucede en parangón con el ámbito de validez de la ley, es decir, la posibilidad de revisar aquellas causas penales¹⁴⁷⁰, contencioso –

¹⁴⁶⁶ Así lo establecía el artículo 757.II del Código de Procedimiento Civil boliviano que entró en vigencia en fecha 2 de abril de 1973.

¹⁴⁶⁷ La redacción inicial de esta disposición difiere de su antecesora prevista en la Ley No. 1473, de Necesidad de la Reforma, la que señalaba: «La sentencia que se circunscribe a la estimación subjetiva de un derecho, se limita a declarar su inaplicabilidad al caso concreto». En palabras de Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 77, este párrafo, inspirado directamente en el ya citado artículo 164 de la Norma Fundamental española, en definitiva, guarda un idéntico contenido con su par boliviano, y que independientemente de que el texto final de la Ley No. 1585 de Reforma de la Constitución, la haya sustituido por la actual redacción, es decir, cambiar la expresión «estimación subjetiva de un derecho» por la de que la sentencia se refiera a «un derecho subjetivo controvertido», no existe mayor connotación en la misma.

¹⁴⁶⁸ Ya en su momento, cuando se tuvo la oportunidad de debatir el contenido de la Ley No. 1473, de Necesidad de la Reforma, y precisamente sobre el contenido de la segunda parte del párrafo segundo del artículo 121, será el tratadista boliviano Miguel Harb, Benjamín, *Tribunal Constitucional*, Revista Boliviana de Ciencias Penales, No. 1, La Paz – Bolivia, 1994, p. 30, quien formule sus críticas, sosteniendo que tal previsión restaba fuerza al fallo y permitía ingresar a un terreno de dubitación y controversia, en torno a lo que debía entenderse por «estimación subjetiva de un derecho».

¹⁴⁶⁹ Esta disposición guardaba estrecha relación con la contenida en el artículo 51 (Sentencias con calidad de cosa juzgada) de la Ley No. 1836 del Tribunal Constitucional.

¹⁴⁷⁰ Precisamente, en forma posterior a la entrada en vigencia de la Ley No. 1836, será la Ley No. 1970 «Código de Procedimiento Penal» la que prevea un criterio contrario al artículo 51 (Sentencias con calidad de cosa juzgada) de la LTC, cuando en su Título VI Recurso de Revisión, en el artículo 421 (Procedencia), establece que procederá el recurso de revisión de las sentencias condenatorias en todo tiempo y a favor del condenado, en los siguientes casos: «(6) Cuando una sentencia del Tribunal Constitucional tenga efecto derogatorio sobre el tipo o norma penal que fundó la condena.»

administrativos, o laborales, siempre que la declaración de inconstitucionalidad excluyera, limite o reduzca la responsabilidad (*favor rei*), o favorezca al trabajador¹⁴⁷¹.

Por otro lado, al preceptuar dicha disposición, que la sentencia que declarase la inconstitucionalidad de la norma, no afectaría a sentencias anteriores que hubieran adquirido la calidad de cosa juzgada, desde la perspectiva del investigador, se estaba en presencia de una incoherencia interna de la propia Constitución. Dicho de otro modo, si se sostenía que el párrafo segundo del artículo 121 de la Constitución reconocía los efectos «*erga omnes*» a las decisiones del TCB, luego resultaba ilógico que esa misma sentencia constitucional no permitiera revisar la decisión asumida por un juez o autoridad administrativa —también laboral— que hubiera fallado al tenor de una norma declarada por el Tribunal como inconstitucional. En estos supuestos, lo lógico habría sido, que la sentencia constitucional, excepcionalmente despliegue efectos «*ex tunc*» (con carácter retroactivo), como una consecuencia lógica de la «*vis expansiva*» de la sentencia, en procura de asegurar los derechos y libertades fundamentales como la tutela judicial efectiva, la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad.

Un último elemento retrospectivo de los efectos de las sentencias del Tribunal, lo constituye el párrafo tercero del artículo 121 de la Constitución, que fue heredera del artículo 164.2 de la Constitución española. En su vertiente boliviana, dicha disposición hacía referencia a que «Salvo que la sentencia disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la norma en las partes no afectadas por la inconstitucionalidad». En ese sentido, a esta regulación le eran aplicables las mismas críticas que le fueran formuladas a su par español. Son de interés particular, las críticas realizadas por Rubio Llorente y Aragón Reyes, para quienes, la precitada cláusula constitucional no era nada afortunada, en tanto presentaba inconsistencias, toda vez que las normas legales son inconstitucionales y pierden su fuerza de obligar al ser declaradas tales, o bien no lo son en modo alguno y, en consecuencia, ni el TCB, ni ningún otro órgano podría atacar su vigencia¹⁴⁷². Empero, esta crítica bien podía ser objeto de contraargumentos como que la disposición constitucional, no cierra al Tribunal a declarar sentencias estimatorias/desestimatorias de la constitucionalidad y consiguientemente la nulidad total de la norma, sino que antes bien, permite al Tribunal modular el alcance de la declaración de inconstitucional, esto es, desprender de la disposición constitucional, interpretaciones que permitan salvar a la ley de ser declarada inconstitucional, y todo esto nos conduce a embarcarnos nuevamente en el debate acerca de las sentencias intermedias dictadas por el Tribunal¹⁴⁷³, sobre las cuales ya se tuvo oportunidad de analizar en los apartados anteriores.

¹⁴⁷¹ Sobre los antecedentes de esta regulación, Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 79, recuerda que esta omisión en la disposición constitucional, pudo ser salvada de haberse conservado la propuesta de regulación contenida en el Anteproyecto de Ley del Tribunal, concretamente el artículo 51.III del citado documento, en la que el legislador previó la posibilidad de que las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad permitieran revisar procesos fenecidos mediante sentencias que tuvieran la calidad de cosa juzgada en procesos en materia social (cuando la sentencia lo determinara expresamente), y en los procesos penales o administrativos sancionatorios (en los que como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte un beneficio para el encausado o administrado). Lastimosamente, esta previsión sería suprimida del texto del Anteproyecto tras su paso por los servicios jurídicos de la Presidencia de la República, no llegando a ser contempladas por el legislador en la Ley No. 1836 del Tribunal Constitucional.

¹⁴⁷² Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel, *Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad*, Revista de Estudios Políticos, No. 7 (nueva época), enero-febrero de 1979, p. 168.

¹⁴⁷³ Sobre el tema, recuérdese los estudios de Martín de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, p. 391 y ss.

Ahora bien, una vez hecha la primera retrospcción sobre el tema desde la perspectiva del texto constitucional abrogado, corresponde ahora, desarrollar una similar labor, pero esta vez, en su vertiente legislativa, es decir, la LTC, igualmente abrogada. Así, en el caso concreto, se debe partir afirmando que los efectos de las sentencias constitucionales devenían idénticas¹⁴⁷⁴ en ambas modalidades de recursos, es decir, el directo o abstracto, y el indirecto o incidental¹⁴⁷⁵.

En la primera modalidad, es por demás conocido que, como consecuencia lógica de la aplicación del procedimiento de control de constitucional, a través del cual, se enjuiciaba a la norma acusada de inconstitucional, el Tribunal debía pronunciarse declarando la constitucionalidad o no de la ley, decreto o resolución de alcance general impugnada, ya sea en todo o en parte. Para el caso de que la sentencia declarara la inconstitucionalidad total de la norma legal impugnada, la decisión del Tribunal debía desprender efectos abrogatorios sobre la norma. Distinta era la consecuencia en aquellos supuestos en los que la sentencia determinaba la inconstitucionalidad parcial de la disposición legal, llegando a operar sobre ésta, el efecto derogatorio, es decir, sobre los preceptos en los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad, conservándose vigentes los restantes sentidos normativos de la misma. Asimismo, el legislador previó la posibilidad de que la sentencia declarase la inconstitucionalidad de otros preceptos que, no habiendo sido impugnados, por conexión o concordancia, podían ser tachados de inconstitucionales, con idénticos efectos que en lo principal.

Concentrémonos sobre el artículo 58.V de la LTC abrogado, dada su pertinencia sobre el tema, y porque constituye el antecedente directo de la disposición contenida en el artículo 78.II.1 del CPC. El artículo 58.V de la LTC sostenía que: «La sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier demanda de inconstitucionalidad en contra de ella», de esta forma, dicha disposición no hacía más que recoger lo que disponía el artículo 121.I de la Constitución boliviana, que establecía genéricamente: «Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno.» Esta regulación taxativa de la norma, no representaba otra cosa que una fórmula que desnaturalizaba la coexistencia de los dos tipos de recursos, es decir, el directo y el indirecto de inconstitucionalidad. En efecto, al establecerse que «La sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella.», se impedía la posibilidad de que el recurrente frente a una sentencia que desestime la tacha de inconstitucionalidad formulada contra una norma, pueda nuevamente impugnar dicha norma a través de un recurso indirecto o incidental. Sin duda, esa

¹⁴⁷⁴ Aunque como ya tempranamente advirtiera Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 90, la existencia de un vacío en el texto de la Ley No. 1836 del Tribunal Constitucional. Dicha omisión radicaba en la ausencia de un plazo de interposición del recurso directo de inconstitucionalidad. Revisando los antecedentes y documentos del texto final del Anteproyecto de la Comisión redactora, recordaba que el artículo 61 de dicho documento, establecía el plazo de tres meses dentro de los cuales, la autoridad legitimada podía impugnar la norma. Ahora bien, el plazo en cuestión, debía computarse a partir de la publicación de la ley (o norma) impugnada en la Gaceta Oficial. Lastimosamente, una vez más, el texto del Anteproyecto remitido por la Presidencia de la República al Congreso Nacional obvió este punto y otro tanto hizo el legislador boliviano con escasísima fortuna¹⁴⁷⁴. Esta situación, bien podía entenderse como contrario al principio de la seguridad jurídica.

¹⁴⁷⁵ La previsión del artículo 65 de la LTC, ha momento de determinar los efectos de las sentencias dictadas al interior de un recurso indirecto o incidental, se remitía a lo dispuesto por el artículo 58 de la misma Ley, que contemplaba los efectos de las sentencias dictadas en los recursos directos.

redacción difería en mucho, de la establecida en el texto del Anteproyecto de LTC aprobado por la Comisión redactora, cuando en su artículo 65.III, preveía que: «La declaración de constitucionalidad de la ley o de alguno de sus títulos, capítulos o artículos impugnados, impedirá la interposición de un nuevo recurso abstracto fundado en violación de idéntico precepto constitucional. Sin embargo, tal fallo no impedirá que la misma norma pueda ser impugnada mediante un recurso concreto de inconstitucionalidad». Empero, como sucedió con otras previsiones legales, el texto del Anteproyecto finalmente remitido al Congreso por la Presidencia de la República, excluyó esta última determinación. Habría sido bastante fructífera que se aprobara la versión del Anteproyecto, puesto que ello habría permitido, que luego de dictarse una sentencia declaratoria de la constitucionalidad dentro de un recurso de inconstitucionalidad, podía interponerse una nueva demanda en contra de la norma, pero esta vez, por medio de un recurso incidental. Para Fernández Segado, la compatibilidad entre ambas vías de impugnación habría permitido al Tribunal Constitucional, la dinamización de la interpretación constitucional y su acomodo a las nuevas realidades sociales, y mucho más aún, si se tiene en cuenta que el Tribunal no estaba vinculado por su propia jurisprudencia, siendo posible en consecuencia, la rectificación de su doctrina y entendimiento sobre la inconstitucionalidad de una norma, sobre la cual, con anterioridad, entendió que era acorde con la Constitución¹⁴⁷⁶. Empero, esta última afirmación, merece algunas consideraciones que giran en torno a la tendencia que adoptó el sistema constitucional boliviano en relación a la aplicación de la regla del precedente (*the rule of precedent*), que como se tuvo oportunidad de anotar, fundamenta la obligación que pesa sobre el juez de atenerse en sus fallos a los precedentes judiciales (*stare decisis et quita non movere*) como un elemento central para dar pie al desarrollo y cumplimiento de la Constitución. La vigencia de esta regla, podía encontrarse por ejemplo, en el dictado de sentencias constitucionales, donde el propio Tribunal sostuvo, que las decisiones asumidas por esta instancia «...responden a la uniforme jurisprudencia establecida, pues el Tribunal Constitucional también está obligado a la vinculatoriedad de sus propios fallos, vale decir, está sujeto a sus precedentes»¹⁴⁷⁷. Desde luego, esta afirmación sostenida por el Tribunal no era definitiva ni absoluta, puesto que, a través de nuevos pronunciamientos, —que reflejaron una ambivalencia sobre el tema—, abrieron la posibilidad de dejar de lado el principio del «*stare decisis*», en cuanto entendía que «...cualquier Tribunal, como lo es el Constitucional, está sujeto a sus precedentes; pero un entendimiento jurisprudencial puede variar cuando conforme a derecho, existen razones y motivos debidamente fundamentados, a través de los cuales se considera la necesidad de modificar una línea jurisprudencial»¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷⁶ Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción...opus cit.* p. 84, recuerda que esta previsión ya figuraba en el texto del Anteproyecto de la LTC aprobado por la Comisión redactora del mismo, y que si lastimosamente ésta fue suprimida por el legislador, el silencio de la actual legislación no debía considerarse en lo más mínimo como impedimento alguno para seguir entendiendo que el Tribunal no quedaba vinculado por su propia doctrina jurisprudencial.

¹⁴⁷⁷ Vid por todas, el AC 0023/2003–ECA como consecuencia a la emisión de la SC 0479/2003 – R. Asimismo, véase la SC 1318/2005 – R, en cuya ratio decidendi sostiene «... pues la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en ocasión de los fallos que emite es de carácter vinculante para todos los tribunales, jueces y autoridades de la República, incluido claro está, el Tribunal Constitucional...».

¹⁴⁷⁸ Vid por todos, el AC 0014/2003 – ECA, emergente de la SC 129/2003 – R. De donde es posible inferir, que la generalidad de las normas, entre ellas, también las constitucionales, han de adaptarse a la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas, y para el caso de la Constitución, esa adaptación es, en realidad, una verdadera «recreación» que corresponde realizar a su máximo intérprete, es decir, al Tribunal Constitucional.

En el actual contexto constitucional, si bien el constituyente introdujo un nuevo paradigma en lo concerniente al control de constitucionalidad de la ley, luego de haber operado el proceso de desarticulación del TCB, esto no significó un cambio radical en el sistema de efectos de los pronunciamientos emitidos por el TCPB. Si bien es de lamentar que el Constituyente haya introducido un solo artículo –el 203– en la Constitución, para a través de él, referirse genéricamente al sistema de efectos de las sentencias del TCPB, dicha disposición no nos permite dilucidar la viabilidad del replanteamiento de la acción de inconstitucionalidad. La disposición constitucional, sólo se limita a establecer, que «Las decisiones y sentencias del TCPB son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.», por lo que no es posible inferir acerca de la posibilidad del replanteo de la acción de inconstitucionalidad, es más, una lectura textual de la disposición constitucional, arrojaría un no como respuesta¹⁴⁷⁹.

Sin embargo, como se había anticipado, repasando las disposiciones del CPC, el contenido de éstas en lo que concierne a los efectos de las sentencias, no presenta cambios sustanciales, en relación a su antecesora, es decir, la LTC abrogada, por cuanto artículo 14 (Sentencias con calidad de cosa juzgada), de la Ley No. 254, reproduce, sino en forma fiel, sí en cuanto a sustancia, el tenor del abrogado artículo 51 de la LTC, puesto que la actual disposición establece: «La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma del ordenamiento jurídico, no dará lugar a la revisión de sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, ni a la revisión de los actos realizados con la norma cuando se presumía constitucional.» Asimismo, el artículo 78.II.1 del CPC, precisa la redacción contenida en el artículo 58.V de la abrogada LTC al establecer que, la sentencia que declare: «La constitucionalidad de una norma contenida en una Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial, hace improcedente una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, siempre y cuando se trate del mismo objeto o causa y se argumente los mismos preceptos constitucionales impugnados.» De ello se desprende que, si no concurrieran algunos de los elementos de la cosa juzgada, estos son: la identidad del objeto, de la causa, o se alegue los mismos preceptos constitucionales, la posibilidad de replantear la acción de inconstitucionalidad quedaría expedita. Claro está, que esta conclusión es desprendida a través de una interpretación de la última parte de la disposición, y no así de una interpretación taxativa de la norma.

Siguiendo con el razonamiento, en el caso español, apenas se aprobó el texto definitivo de los artículos 29.2 y 38.2 de la LOTC, empezaron a exponerse, desde la doctrina, los criterios acerca de las mencionadas disposiciones legales, abriendo con ello, un escenario de debate vigente hasta el día de hoy, y que ya en su momento, sirvió para influir sobre el posicionamiento inicial que debía asumir el Tribunal Constitucional respecto al tema en

¹⁴⁷⁹ Sobre este razonamiento, Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales...opus cit.*, p. 9, discrepa y encuentra poco convincente que una sentencia del Tribunal Constitucional desestimatoria de inconstitucionalidad no pueda ser intentada en vía directa y abstracta ya que la sentencia desestimatoria se pronuncia solo sobre la cuestión y no sobre el precepto normativo vigente (precepto legal u otro), como ocurre con la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad que se pronuncia sobre la cuestión y sobre el precepto normativo, posibilitando que la misma cuestión pueda ser elevada a la consideración del Tribunal Constitucional, en otras circunstancias, en las cuales el Tribunal pueda acoger la estimación de inconstitucionalidad del precepto normativo. Esta perspectiva posibilitaría la capacidad del Tribunal Constitucional para evaluar cambios en el parámetro constitucional o en el significado de la norma legal atendiendo a la diferenciación entre regla y norma jurídica o simplemente en el poder de rectificación del Tribunal Constitucional estableciendo las razones para ello.

concreto. Uno de los trabajos doctrinales que, desde una perspectiva aguda criticó el contenido y alcances de las citadas disposiciones, fue el expuesto por los profesores Rubio Llorente y Aragón Reyes¹⁴⁸⁰, quienes no dudaron en catalogar de incoherente y absurda una lectura que afirme que las sentencias desestimatorias suponen la imposibilidad de impugnar la norma en el futuro, esto es, luego del dictado de un pronunciamiento desestimatorio en vía del recurso de inconstitucionalidad. En criterio de los maestros españoles, esta situación buscaría impedir al Tribunal Constitucional la posibilidad de recrear la Constitución, y obligaría a tener que forzar, innecesariamente, reformas constitucionales que bien podían ser salvadas a través de la interpretación constitucional realizada por el Tribunal, pese a haberse pronunciado desestimando la inconstitucionalidad de la norma previamente impugnada. Ante la imposibilidad de aceptar el sentido de los preceptos en cuestión, los profesores españoles serán partidarios de llevar a cabo una interpretación distinta de las mismas, siendo este planteamiento una salida menos complicada que solicitar la derogación o reforma de la ley. Es precisamente en este particular entendimiento de las disposiciones, sobre la que recae la importancia del aporte de los juristas españoles. En ese sentido, los autores asumen que el artículo 38.2 recoge el principio general de compatibilidad entre las dos vías, es decir, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, pero que además, esta compatibilidad se hallaría reforzada por lo dispuesto en el artículo 29.2 «como una garantía de este último precepto o, mejor dicho, como una garantía absoluta de la compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad»¹⁴⁸¹. Para sostener esta interpretación, los autores entienden que cuando el artículo 29.2 emplea el término «desestimación por razones de forma», debe asumirse que el legislador quiso hacer referencia a la desestimación de una impugnación de la ley basada en vicios de inconstitucionalidad formal de esa misma ley. En opinión de Martín de la Vega, esta interpretación del artículo 29.2 en relación al artículo 38.2, implicaría forzar sutilmente la intención del legislador¹⁴⁸².

Por otro lado, al igual que las críticas suscitadas en el caso boliviano, para García de Enterría, la fórmula expresada en los artículos 29.2 y 38.2 de la LOTC, supondría gravísimas consecuencias para el ordenamiento jurídico, debido a que la prohibición de compatibilidad entre el recurso y la cuestión, sólo contribuiría al posicionamiento del principio del «*stare decisis*», con la que se impediría una de las funciones más importantes del Tribunal Constitucional, que radica en la interpretación evolutiva de la Constitución¹⁴⁸³.

Para García de Enterría –en una perspectiva más incisiva y aplicable como crítica al rechazo de la compatibilidad entre el recurso y la cuestión, tanto en el caso español como boliviano– sostiene que, de admitirse la incompatibilidad entre el control abstracto y el concreto de inconstitucionalidad, no sólo se produciría la petrificación de la doctrina, sino que además, se dotaría a las sentencias de un valor superlegislativo y se equipararía la doctrina del Tribunal Constitucional a la Constitución misma¹⁴⁸⁴. Continuando con la crítica, para el

¹⁴⁸⁰ Rubio Llorente y Aragón Reyes, *La justicia constitucional*, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1980, p. 829 y ss.

¹⁴⁸¹ Rubio Llorente y Aragón Reyes, *La justicia constitucional...opus cit.*, p. 871.

¹⁴⁸² Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 36.

¹⁴⁸³ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 136.

¹⁴⁸⁴ García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3ra edición, Madrid, 1980, p. 153. De igual modo, en otra de sus obras García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 136, desprende este razonamiento, en parangón, con lo que él considera «...un error ya superado hace tiempo en el

profesor español, la redacción de los artículos sujetos a crítica, no haría otra cosa que desconocer las evidentes diferencias entre control abstracto y concreto, pero además, primigeniamente plantearía una crítica sobre la que antes no se había reparado desde la doctrina, esto es, la imposibilidad de «aplicar a las sentencias desestimatorias la fuerza de la cosa juzgada, que no se refiere a situaciones concretas sino a la interpretación de la ley, materia en la que nunca una sentencia cierra el paso a una posterior interpretación distinta de la misma»¹⁴⁸⁵. En ese sentido, huelga decir que para García de Enterría la fórmula de incompatibilidad entre el recurso y la cuestión previstos en los artículos 29.2 y 38.2, constituían situaciones «manifestamente inconstitucionales». Este mismo razonamiento, es aplicable al caso boliviano, donde si bien, la Constitución no menciona nada sobre la compatibilidad entre la acción abstracta y la concreta de inconstitucionalidad, otro tanto hace el CPC, al sostener que la declaración de constitucionalidad hace improcedente la interposición de otro recurso, salvo que el objeto, la causa, o la invocación del precepto constitucional sean distintos. Si bien es posible desprender vía interpretación del artículo 78.II. 1 del CPC, que de no concurrir alguno de los presupuestos establecidos en la última parte de la disposición precitada, es posible replantear la acción de inconstitucionalidad concreta, sin embargo, considero que esta última exigencia establecida por el artículo 78.II.1, esto es, que no «...se argumente los mismos preceptos constitucionales impugnados», devendría inconstitucional. Este razonamiento que aquí se plantea, encuentra su fundamento en que los preceptos de la Constitución al ser objeto de constantes interpretaciones, sus disposiciones pueden ser objeto de diversos entendimientos, y en uno de ellos, entender que la disposición normativa legal impugnada es contrastante con la Constitución, por lo que también, bajo este presupuesto, sería válida la posibilidad de replantear la acción de inconstitucionalidad, mucho más aún cuando el canon constitucional, en lo referente a la regulación sobre los efectos de las sentencias constitucionales, nada dice al respecto, operándose de este modo, para nuestro caso, el mandato de reserva.

Es recién en forma posterior a las aportaciones realizadas por los profesores Rubio Llorente, Aragón Reyes y García de Enterría, que se estructurarán otros argumentos, pero esta vez los mismos provendrán desde la perspectiva procesal. En esta dimensión, es de nuestro interés resaltar los planteamientos de Almagro Nosete, quien al desarrollar un estudio de los artículos 29.2 y 38.2 de la LOTC, a la luz de los efectos de la eficacia de la «cosa juzgada», sostiene que el artículo 29.2 de la LOTC, hace referencia a las sentencias desestimatorias debido a un vicio formal en el planteamiento del recurso, y no debiendo entenderse por un vicio de inconstitucionalidad formal de la ley¹⁴⁸⁶, contraponiéndose de este modo, al planteamiento formulado por Rubio Llorente y Aragón Reyes, y que esta posibilidad, también sería predicable de las sentencias desestimatorias por razones de forma en vía de una cuestión

recurso contencioso – administrativo contra reglamentos», del que el artículo 29.2, sería una mala copia, es inviable ante la imposibilidad de convalidar la nulidad de pleno derecho de las leyes institucionales.

¹⁴⁸⁵ García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho...opus cit.*, p. 157.

¹⁴⁸⁶ Almagro Nosete, *Justicia Constitucional (Comentarios a la LOTC)*, Madrid, 1980, p. 170. Quizá convenga traer a colación acá, la anotación realizada por Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 65, sobre la postura por menos ambivalente del TC acerca de la reiteración de similares cuestiones de inconstitucionalidad. Según el profesor salmantino, excede del estricto ámbito de la compatibilidad entre las dos vías de acceso al control de la ley, pero hay que señalar aquí que en determinados autos del Tribunal, este, al inadmitir por «notoriamente infundadas» (vía artículo 37.1 LOTC) cuestiones idénticas a otras ya resueltas en sentido negativo, si bien tras el auto de planteamiento del juez *a quo*, emplea como uno de sus argumentos el hecho de que «la reiteración de procesos con el mismo objeto y por las mismas razones solo está vedada en el caso de los recursos de inconstitucionalidad (artículo 38.2 de la LOTC)».

de inconstitucionalidad. Desde esta interpretación, el único límite que vendría a imponer el artículo 29.2 de la LOTC, sería, la imposibilidad «de un nuevo proceso donde se repitan las causas obstativas de naturaleza procesal» que no permitieron ingresar la primera vez en el fondo del problema de constitucionalidad. Dentro de esta lógica, los pronunciamientos desestimatorios desprenderán una eficacia de cosa juzgada limitada a impedir esta repetición de la causa obstativa (defecto formal), no siéndoles extensivo la eficacia de la *iudicato erga omnes*, de la que se encuentran dotadas sólo las sentencias desestimatorias sobre el fondo. Para Martín de la Vega, desde la perspectiva de esta nueva interpretación que se hace del artículo 29.2 de la LOTC, procesalmente no existiría contradicción alguna con el artículo 38.2 de la LOTC, al contrario, la finalidad del artículo 38.2, reforzaría el efecto impeditivo de las sentencias desestimatorias del recurso de inconstitucionalidad frente a un recurso posterior, que devendría como una consecuencia natural de la eficacia de cosa juzgada *erga omnes* de los pronunciamientos desestimatorios de fondo, siéndole extensiva esta eficacia, a aquellos supuestos de sucesión entre cuestiones de inconstitucionalidad¹⁴⁸⁷. Desde luego, si bien desde la hermenéutica procesal, se abría la posibilidad de replantear el juicio de constitucionalidad en la misma vía, luego de la existencia de un pronunciamiento desestimatorio, sin embargo, esta posibilidad traería como consecuencia forzosa la lesión a la eficacia de la cosa juzgada *erga omnes* de las sentencias. Concluyendo su aportación, para la perspectiva procesalista, no se justificaba el debate en cuestión sobre la compatibilidad o no entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, cuando desde la concepción del *iudicato* –por demás laxa– no reconocía de límites que impidiesen tal sucesión de vías.

Sin duda, al igual que como sucedió con los primeros planteamientos acerca del entendimiento sobre los artículos 29.2 y 38.2 de la LOTC, las críticas contra las posturas procesalistas, no se harán esperar. Intentando construir una interpretación de la *ratio legis* próxima a la *ratio legislatoris*, Arozamena, sostiene que entre el artículo 29.2 y 38.2, no existe una relación armoniosa, sobre todo cuando entiende que de la primera disposición, se desprende el supuesto de la desestimación de la impugnación por razones de forma y no así como sostienen los procesalistas, por vicios formales de la ley. Es más, el autor es partidario de no trasladar mecánicamente categorías procesales civiles al proceso constitucional, pues ello implicaría desconocer la diferencia ontológica entre el *dictum civil* y el *dictum de la jurisdicción constitucional*.¹⁴⁸⁸ Enviando un mensaje contundente a la facción doctrinal procesalista, es defensor de un trabajo reinterpretativo que optimice los fines del proceso sobre la función preclusiva de la cosa juzgada, sin que ello implique impedir el proceso evolutivo de la jurisprudencia del Tribunal.

Otra de las propuestas interpretativas que trabajan en la línea de no forzar la voluntad del legislador, lo constituye el trabajo del profesor López Guerra, para quien, el artículo 38.2 de la LTC, prevé como límite de su efecto impeditivo de nuevos recursos de inconstitucionalidad, «la infracción de un precepto idéntico»¹⁴⁸⁹, es decir, reafirma la imposibilidad de plantear una cuestión sobre puntos ya resueltos y mencionados en la motivación de la sentencia, más no así sobre hechos nuevos. Para Martín de la Vega, el planteamiento de López Guerra, es próximo al formulado por la corriente procesalista, en tanto entiende como posible la formulación de una nueva cuestión de inconstitucionalidad luego del dictado de un pronunciamiento

¹⁴⁸⁷ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 40.

¹⁴⁸⁸ Arozamena Sierra, *El recurso de inconstitucionalidad*, en *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Madrid, 1981, p. 173.

¹⁴⁸⁹ López Guerra, Luis, *El Tribunal Constitucional y el principio del stare decisis*, en *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Madrid, 1981, p.1473.

desestimatorio de una primera cuestión, que dependerá de la existencia de una nueva duda, en relación a otra interpretación del precepto legal o del artículo constitucional que motive el replanteamiento de la impugnación, más aún si se sostiene que, «si la cuestión en una pregunta concreta, la sentencia es siempre una respuesta concreta»¹⁴⁹⁰. Entonces, la única diferencia con el planteamiento procesal, es que el autor, no asume expresamente un criterio acerca de los supuestos teóricos particulares de los que las *mens procesalis* parten: la eficacia general de las sentencias desestimatorias y la consiguiente cosa juzgada *erga omnes* de la sentencia constitucional¹⁴⁹¹.

Otro planteamiento, cercano también a la línea procesalista, fue el sostenido por Garrorena Morales¹⁴⁹², para quien la cosa juzgada material, a diferencia de la formal, no opera dentro del mismo proceso buscando evitar su revisión (irrecurribilidad) en nuevas instancias, sino antes bien, respecto de ulteriores procesos, impidiendo en ellos el replanteamiento de la misma cuestión litigiosa, finalizada ya en un proceso a través de una sentencia firme. En esta dimensión, el fundamento de la cosa juzgada material descansa en el principio del «non bis in idem» que prohíbe llevar a cabo un nuevo proceso sobre el mismo asunto (*eadem res*), con el mismo contenido (*eadem causa petendi*) y entre las mismas partes (*eadem persona*)¹⁴⁹³. Luego, la cosa juzgada material presupone la existencia de una cosa juzgada formal en la que exista una decisión de fondo y no de forma.

Visto de este modo, las perspectivas procesalistas sobre la cosa juzgada y el análisis en torno a la posibilidad del replanteamiento del juicio de constitucionalidad, es necesario aclarar, que, si bien es cierto que de los artículos 164.1 CE y 38.1 LOTC para el caso español, así como los artículos 203 CPEP y 14 y 78.II.1 del CPC¹⁴⁹⁴ para el caso boliviano, es desprendible la

¹⁴⁹⁰ La crítica del profesor López Guerra, Luis, *El Tribunal Constitucional y el principio...opus cit.*, p. 1474, es aplicable a la crítica sostenida en relación al artículo 78.II.1 del CPC en el caso boliviano.

¹⁴⁹¹ De igual modo, Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 42, resalta el estudio de Elizalde y Aymerich, *El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia*, en *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, 1981, pp. 863 y ss., cuyo entendimiento acerca del artículo 29.2 de la LOTC sostiene la plena «replantabilidad» de los problemas de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, dentro de un amplio margen en el que no solamente es posible la sucesión entre el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, sino que a su vez, es posible la compatibilidad entre las cuestiones sustancialmente idénticas. En este escenario, lógico es pensar, que en aquellos pronunciamientos desestimatorios por defecto formal de la impugnación, no es posible reconocerles la eficacia de la cosa juzgada. Visto de otro modo, para la sentencia desestimatoria de los recursos de inconstitucionalidad se establecerá un efecto de cosa juzgada, pero con un nuevo límite: que el proceso se inicie por la misma vía de impugnación, abriendo paso con ello, para volver a impugnar en la misma vía de cuestiones sucesivas e idénticas al tema resuelto en el recurso de inconstitucionalidad. Por lo mismo, el pronunciamiento desestimatorio de la inconstitucionalidad por razones de fondo, sólo desprenderá la eficacia de la cosa juzgada «para el juez y las partes del proceso *a quo*» (límite subjetivo), más no impedirá el replanteamiento de cuestiones sucesivas en el tiempo, al interior de otros procesos de impugnación.

¹⁴⁹² Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 337.

¹⁴⁹³ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 338, ve que en contraposición a la necesidad de que intervengan las tres identidades, esto es sujeto, objeto y causa, en la cosa juzgada material se encuentran presentes tan solo dos identidades: «de un lado, su valor como excepción que oponer a procesos de clara condición reiterante; y de otro, su entidad como mandato público que vincula al juez ulterior a no reabrir cuestiones cerradas con firmeza (función negativa de la cosa juzgada) o , en su caso, a atenderse a lo ya fallado, cuando ello tenga carácter prejudicial para el proceso del que él está conociendo (función positiva de este instituto)».

¹⁴⁹⁴ En adelante, dado que en las acciones de inconstitucionalidad en Bolivia, es decir, tanto la acción abstracta como la concreta de inconstitucionalidad poseen mismos alcances y efectos en lo concerniente a la

eficacia de la cosa juzgada material, no menos cierto es que la «*res iudicata*», en esta dimensión, se encuentra sujeta a continuas modificaciones, quiebros y retrocesos sobre su naturaleza, que implican una ruptura con el instituto de la teoría general del proceso. Esta situación se patentó en el caso español de la relación que la doctrina desprendió desde siempre a las dos vías de impugnación de la constitucionalidad de la norma y su correspondencia con la eficacia de la cosa juzgada derivada de dicho pronunciamiento. En ese sentido, ya Martín de la Vega advertía para el caso español, que el establecimiento conjunto de un recurso y una cuestión inconstitucional, aun guardando una «identidad teleológica» presentan sin embargo importantes diferencias en cuanto a su sentido y función dentro del control de constitucionalidad, y esta situación forzaría a cuestionarnos nuevamente, sobre su posible compatibilidad, o cuando no, sobre la posibilidad de emplearse sucesivamente. Por lo mismo, el centro del debate todavía continúa girando no sólo en España y Bolivia, sino en todos aquellos países que acogieron el modelo concentrado del control de la constitucionalidad, en torno a la posibilidad de plantear ya sea un recurso, o bien una cuestión de inconstitucionalidad, como consecuencia del surgimiento de una duda o una impugnación de inconstitucionalidad sobre un mismo texto legal, cuando de por medio se tiene a la eficacia impeditiva de una sentencia desestimatoria.

La doctrina ha identificado también a esta posibilidad, como un riesgo que se presentaría dentro del proceso del control de constitucionalidad, es decir, el conflicto radica en si el empleo sin resultados positivos de una vía de impugnación tornaría imposible la eventualidad de acudir luego a otro tipo de procedimiento para intentar impugnar nuevamente la constitucionalidad de la norma. Para la doctrina, de aceptarse la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad luego de que el Tribunal haya emitido un pronunciamiento desestimatorio en vía de recurso, esta situación, implicaría una afectación a la naturaleza de la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia constitucional. Dicho de otro modo, si se aceptase que la voluntad del legislador ha momento de proyectar la norma, no fue reconocer una compatibilidad absoluta entre los dos procedimientos, la pregunta acerca de la posibilidad de replantear una cuestión luego del pronunciamiento desestimatorio en la vía del recurso, sería parte de un debate estéril¹⁴⁹⁵, en tanto que la decisión asumida por el Tribunal, estaría cubierta por la característica de la inmutabilidad frente al planteamiento de una posterior cuestión de inconstitucionalidad.

Pero, si se asume que la decisión del legislador orgánico se decantó por reconocer la compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, este entendimiento abriría paso a otro tipo de interrogantes como el relacionado al alcance de dicha compatibilidad. Es decir, si la misma fuera de carácter absoluto, esto nos llevaría a afirmar que luego del dictado de una sentencia desestimatoria en vía de un recurso, no existiría

sentencia que declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, los mismos serán abordados en forma conjunta e indistinta.

¹⁴⁹⁵ Buscando evitar una discusión estéril, Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 16, advierte preliminarmente que, la hipótesis del planteamiento de un recurso tras la emisión de una sentencia desestimatoria de una cuestión de inconstitucionalidad se convierte en meramente académica, debiéndose en consecuencia, aunar esfuerzos para el debate sobre la posibilidad de un supuesto inverso, es decir, interponer una cuestión de inconstitucionalidad en forma posterior al pronunciamiento desestimatorio previo de un recurso de inconstitucionalidad. Es necesario señalar también, que el mismo autor trae a colación el problema de la posibilidad de plantear sucesivas cuestiones de inconstitucionalidad sobre una misma norma legal, pero que dada la lejanía con el tema de la compatibilidad entre las dos vías de impugnación, insiste en la riqueza del debate sobre este último punto.

impedimento alguno que nos permita plantear una duda de inconstitucionalidad sobre la misma disposición, esta vez en vía de la cuestión de inconstitucionalidad. Desde luego, las dificultades que de este razonamiento se desprenden a decir de Martín de la Vega, son que, o bien la primera sentencia carece de fuerza de cosa juzgada, o que a los límites tradicionales del *iudicatio* habría que añadir, para el control de las leyes, uno específico, el de que no nos encontraríamos ante el ejercicio de una vía procesal distinta¹⁴⁹⁶.

Frente a estas posibilidades, no debe descartarse también, aquel supuesto que entiende que la voluntad del legislador fue reconocer una simple compatibilidad genérica entre las dos vías. En este escenario, el legislador respetuoso de la respectiva función en el control de constitucionalidad, y que ante la elevación de una cuestión tras la sentencia desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad, entiende que deben operar los efectos previstos por la Constitución y la misma LOTC respecto a las sentencias constitucionales, que para el caso concreto es la eficacia de la de cosa juzgada, y ello siempre que se presenten los límites objetivos y subjetivos que la definen. Desde luego, como en los anteriores supuestos, esta nueva posibilidad, abrirá también paso a otro debate, esta vez, en relación a los límites desde la dogmática de la jurisdicción constitucional, situación ésta que desde ya, no es una tarea sencilla, sobre todo, si se tiene en cuenta que la doctrina sobre la cosa juzgada, como se tuvo oportunidad de advertir en los apartados anteriores, no necesariamente son coherentes con la posibilidad del replanteamiento, previsto expresamente por la ley. Además, si bien desde la doctrina se pudieron desprender posibilidades de compatibilización entre las dos vías de impugnación, en los hechos, la regulación adoptada por el legislador no es nada afortunada, al contrario, peca de ser una redacción fragmentaria y confusa¹⁴⁹⁷. En efecto, el primer escollo con el que se tendrá que lidiar de la lectura al artículo 29.2 LOTC, es que si bien, la norma establece que la sentencia desestimatoria por razones de forma de un recurso de inconstitucionalidad no será obstáculo para la interposición de una cuestión sobre la misma disposición, luego será improbable plantear la cuestión de inconstitucionalidad después de haberse dictado una sentencia desestimatoria por razones de fondo en vía del recurso. Sin embargo, de la lectura atenta al artículo 38.2 LOTC es posible desprender que las sentencias desestimatorias de los recursos impedirán cualquier planteamiento ulterior en la misma vía, fundado en la infracción de un idéntico precepto, daría a entender que el planteamiento de la cuestión, en forma posterior al dictado de una sentencia desestimatoria en vía del recurso y por razones de fondo, sería una posibilidad abierta y permitida.

A mayor explicación, el artículo 38.2 LOTC admitiría la sucesión de procedimientos idénticos cuando ésta se produce en un recurso, y una cuestión posterior, previendo que «Las sentencias desestimatorias dictadas en recurso de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma, fundado en la infracción de idéntico precepto constitucional», de esto se desprende, que en efecto, es imposible reiterar el planteamiento de un nuevo recurso de inconstitucionalidad, más no así de una cuestión de inconstitucionalidad por constituir esta una distinta vía al recurso inicial. Empero, si se toma en cuenta el artículo 29.2 de la misma LOTC, se apreciará una aparente contradicción en relación al artículo 38.2 LOTC, pues el enunciado de la primera establece que «la desestimación, por

¹⁴⁹⁶ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 18.

¹⁴⁹⁷ Al igual que Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 18, la opinión en torno al artículo 29.2 LOTC, por parte de autores como Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes Manuel, *La justicia constitucional*, en *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980 p. 87, es que se trata de una redacción incompleta y confusa.

razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad (...) no será obstáculo para que la misma ley (...) pueda ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad», lo que daría a entender que si la desestimación del recurso se dio por razones de fondo, haría imposible el replanteamiento de la misma en la vía de la cuestión de inconstitucionalidad¹⁴⁹⁸. Empero, Garrorena, con la perspicacia que le caracteriza, explica que en realidad no existe una contradicción entre los artículos 38.2 y 29.2 de la LOTC, pues el artículo 29.2 sólo recuerda, que las sentencias que resuelven el caso por razones de forma, y dejan el fondo del litigio sin resolver, no pueden producir jamás efectos de cosa juzgada material. En lo demás, es deducible que la excepción de cosa juzgada material puede oponerse cuando la sucesión de procesos idénticos se intenta en la misma vía¹⁴⁹⁹.

Por otro lado, resulta también de interés sobre el tema la interpretación realizada por Bocanegra Sierra, para quien la eficacia de la cosa juzgada constituye el eje del sistema de efectos de la sentencia constitucional. Desde su particular perspectiva, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, independientemente de la interpretación que se pueda desprender de la previsión del artículo 38.1 LOTC para el caso español, y artículo 78.II.1 del CPC para el caso boliviano, no se encuentran dotados de los efectos generales. Para este autor, la posibilidad de revisar los pronunciamientos desestimatorios ya sea en la vía del recurso o de la cuestión, se encuentra supeditada a los límites del efecto de cosa juzgada de este tipo de sentencias, más que de la previsión desprendible de los artículos 29.2 y 38.2 de la LOTC en España, y el artículo 14 del CPC para Bolivia. Así, lo que importa es la «norma concreta de la decisión» sobre la que recae la eficacia de la cosa juzgada como requisito objetivo, y los efectos hacia los posibles participantes en el proceso ante el Tribunal Constitucional en su vertiente subjetiva. Por lo mismo, sólo en la medida en que los intervinientes no se encuentren afectados por los límites subjetivos de la *res iudicata*, estará abierta la posibilidad de replantear sucesivas cuestiones de inconstitucionalidad luego del dictado de un pronunciamiento desestimatorio de cualquier tipo¹⁵⁰⁰.

Algo más contemporánea será la interpretación de Marín Pageo, quien continuando el razonamiento de García de Enterría, terminará afirmando la inutilidad de la aplicación del concepto de cosa juzgada para explicar las sentencias desestimatorias, y con ello, culminará aceptando la compatibilidad entre las distintas vías de acceso, así como el principio general de la inexistencia de un efecto de cosa juzgada en las sentencias desestimatorias de la cuestión de inconstitucionalidad. Es decir, la prohibición de sustanciación de un nuevo juicio de constitucionalidad, a la luz de los artículos 38.2 de la LOTC, ó 78.II.1 del CPC, sólo es predicable de aquellos supuestos en los que se esté en presencia de un pronunciamiento desestimatorio en vía de recurso, más no así para la de la cuestión¹⁵⁰¹. El influjo de esta

¹⁴⁹⁸ En relación a la sentencia desestimatoria de una cuestión de inconstitucionalidad, la doctrina sostiene que si bien la misma es imperativa, más no es definitiva ni inmutable como la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, de lo cual se debiera deducir la posibilidad de volverse a elevar la cuestión de inconstitucionalidad, aunque en otra fase del proceso ordinario, ya que la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad produce un efecto preclusivo en el juez «*a quo*», posición en que se sitúan autores como Cappelletti, Pizzorusso, Crisafulli y Sandulli, entre otros.

¹⁴⁹⁹ Sobre la posibilidad de replantear la impugnación del precepto en la misma vía, es decir a través de un mismo recurso de inconstitucionalidad, luego de que en la primera fuera desestimada, Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 230, considera a este planteamiento como imposible, tomando en cuenta la brevedad del plazo para interponer el recurso.

¹⁵⁰⁰ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias...opus cit.*, p. 262.

¹⁵⁰¹ Marín Pageo, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1990, p. 312.

perspectiva se patentará en una nueva línea reflexiva que reafirmará la inexistencia de la eficacia cosa juzgada en todos los pronunciamientos desestimatorios emitidos por el Tribunal Constitucional, independientemente de la vía de impugnación. Este razonamiento será ratificado por Rubio Llorente, para quien, «la naturaleza propia de la jurisdicción constitucional lleva inevitablemente a la conclusión, coincidente con la práctica del Tribunal Constitucional, que las sentencias desestimatorias carecen de la eficacia propia de la cosa juzgada, en cuanto no impiden el planteamiento de nuevas cuestiones frente a los mismos preceptos constitucionales»¹⁵⁰². Un razonamiento *–a contrario sensu–* según este autor, condenaría a la doctrina creada en un determinado momento por el Tribunal Constitucional, a una suerte de petrificación, ahogando con ello, cualquier posibilidad de evolución que permita vía interpretación, la adecuación de la Constitución al contexto social y temporal en el que debe ser aplicada.

Luego de haber expuesto los puntos de vista doctrinales y las variadas opiniones interpretativas acerca de los artículos 29.2 y 38.2 de la LOTC, y aplicables en torno a los artículos 14 y 78.II.1 del CPC en Bolivia, se comulga con Martín de la Vega¹⁵⁰³ sobre la aceptación generalizada que entiende en la actualidad, la permisón al Tribunal de conocer una cuestión de inconstitucionalidad luego del pronunciamiento desestimatorio en vía del recurso de inconstitucionalidad. De esta forma, la cobertura de los artículos 38.2 LOTC y 78.II.1 CPC, terminan por absorber el contenido del artículo 29.2 de la LOTC y 14 del CPC respectivamente, abriéndose con ello también, el margen para la compatibilidad entre cuestiones de inconstitucionalidad sucesivas, relegando toda referencia sobre los efectos de la *res indicata*, lo que no debiera entenderse como una negación de la aplicación de su definición y límites desprendibles de las disposiciones en cuestión.

Prueba de este consenso mayoritario, es que Jiménez Campo, expresa en el extenso repertorio de sus obras¹⁵⁰⁴, un entendimiento acerca del artículo 38.2 de la LOTC, *–válido y aplicable también en torno al artículo 78.II.1 del CPC en Bolivia–*, en el que es un presupuesto por sentado el «sentido permisivo o de apertura» por el cual se faculta implícitamente el planteamiento de una cuestión luego del dictado de un pronunciamiento desestimatorio del recurso de inconstitucionalidad. Luego, como una consecuencia lógica de este razonamiento, el artículo 38.2 también patentaría un sentido «impeditivo o de cierre» que se traduce en «la imposibilidad de plantear un recurso de inconstitucionalidad tras una sentencia desestimatoria de otro inicial recurso, y que haría, en su interpretación, este sentido literal menos fútil, dados los plazos actuales de resolución de los recursos por el Tribunal»¹⁵⁰⁵. Aplicando el

¹⁵⁰² Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, en *Estudios sobre la Jurisdicción constitucional*, (con Jiménez Campo), Madrid, 1998, pp. 11 y 12.

¹⁵⁰³ Para Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 67, desde un primer momento, una corriente mayoritaria de la doctrina se opuso frontalmente a esta solución. El grueso de las críticas se centró en el artículo 29.2, de cuya redacción se desprendía una prohibición absoluta de replanteamiento de la inconstitucionalidad de la ley a través de la cuestión, prohibición que parecía contradecir a los criterios mínimos de funcionalidad de la jurisdicción constitucional y de la evolución de su doctrina. En consecuencia, se remarcó la oposición del artículo 29.2 a aquello que parecía deducirse de una interpretación *a contrario* del artículo 38.2, y se señalaron distintas interpretaciones de ambos preceptos, buscando su concordancia sobre la base, en la mayoría de los casos, de la compatibilidad entre las dos vías de acceso.

¹⁵⁰⁴ Vid por todos Jiménez Campo, Javier, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la Ley en el Derecho español*, en VV.AA., *La jurisdicción constitucional en España. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979 – 1994*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

¹⁵⁰⁵ Jiménez Campo, Javier, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad...opus cit.*, p. 104.

razonamiento de Jiménez Campo, en relación a los artículos 38.2 LOTC y 78.II.1 CPC, estas disposiciones vendrían a constituir un límite desprendible de la eficacia de la cosa juzgada, por la que se impide –en consecuencia– la presentación de recursos, fundados en la infracción de idéntico precepto constitucional, siendo condición necesaria para ello, que se trate de una disposición que reproduzca exactamente la «norma» declarada constitucional por el Tribunal en el primer pronunciamiento desestimatorio¹⁵⁰⁶.

Dada –al parecer– la contradictoria regulación normativa que presentan tanto la ley reguladora del TCE, así como la ley reguladora del TCPB, sobre la compatibilidad del recurso y la cuestión, o la acción abstracta y la concreta de inconstitucionalidad, que en una especie de sinsentido, parecen prohibir y permitir a la vez, la compatibilidad entre ambos mecanismos de impugnación, era sabido que una de las consecuencias lógicas, se traduciría en el surgimiento de una amplia discusión doctrinal, en procura por esclarecer desde la categorías dogmáticas, el alcance y significado real de ambos artículos, aunque claro está, la polémica se verá servida por la confrontación entre la voluntad del legislador ha momento de formular la regulación de la compatibilidad entre las vías de impugnación, frente a los criterios elaborados desde la doctrina, que entienden en forma distinta, los mínimos sistemáticos para un funcionamiento coherente y adecuado a los fines del mecanismo de control de las leyes. Empero, curiosamente, la doctrina, más allá de empeñarse en denunciar la tacha de inconstitucionalidad de los artículos 29.2 y 38.2 de la LOTC, –artículo 78.II.1 en su vertiente boliviana– ha preferido canalizar alternativas de solución desde las más radicales como el buscar interpretaciones realmente forzadas de las mismas, hasta, en un afán conciliador, aceptar implícitamente su contenido potencial intentando su explicación a través del fenómeno de la cosa juzgada, a resolver el problema de la compatibilidad en una *communis opinio* favorable a la misma, entendida por otra parte en su sentido más amplio¹⁵⁰⁷. Desde luego, dicho tránsito no ha sido fácil, y tuvieron que transcurrir casi dos décadas de discusiones teórico – doctrinales para llegar a intentar comprender el tema en su versión actual. Sin duda alguna, a este debate se sumará también en forma posterior, la jurisprudencia del Tribunal acerca del entendimiento del artículo 38.2, (78.II.1 en el caso del CPC y el entendimiento de la misma por parte del TCPB) que pese a ser escasa en un principio, en forma posterior a la entrada en vigor de la LOTC, los razonamientos sobre su contenido y alcance, serán mucho más matizadas que las construidas desde el enfoque doctrinal.

¹⁵⁰⁶ Con ello, para Jiménez Campo, Javier, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad...opus cit.*, p. 104, se estaría alcanzando el «fin político» del recurso de inconstitucionalidad, que se traduce en el cierre de la permanente disputa política sobre la legitimidad constitucional de la ley, impidiéndose a su vez, para el caso de que se trate de un auténtico «conflicto de competencias legislativas (...) que el Tribunal Constitucional tuviera que suspender automáticamente una norma idéntica a la antes declarada, no contraria a la Constitución».

¹⁵⁰⁷ Aunque en la observación hecha por Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 51, la *vis expansiva* no sólo hacía referencia a la compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, sino también, entre sucesivas cuestiones o entre disposiciones idénticas de recursos consecutivos.

2.2.3. La concepción del TCE y el TCPB sobre la compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad: *El dictum* de la jurisdicción constitucional.

Partamos afirmando, que en el ámbito de la jurisdicción constitucional, la Constitución reconoce la calidad de cosa juzgada constitucional a los pronunciamientos emitidos por el órgano encargado del control de constitucionalidad, sobre todo, de aquellas que son pronunciadas al interior del ámbito del control normativo, es decir, en oportunidad de resolver los recursos (acciones en Bolivia) de inconstitucionalidad. Esto denota que la decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición legal no pueden ser, nuevamente, objeto de controversia.

Recuérdese, que la cosa juzgada constitucional encuentra su fundamento jurídico en los fines y objetivos que encierra la labor del control de constitucionalidad, que no son otras que la preservación del sistema constitucional, y el Estado social y democrático constitucional de Derecho, así como el garantizar la plena vigencia y el respeto de los derechos fundamentales, concediendo la tutela judicial efectiva a quienes ven vulnerados sus derechos a través de actos o decisiones que los restrinjan o supriman. Para alcanzar estos fines, la jurisdicción constitucional necesariamente debe verificar la validez constitucional, no sólo de las normas jurídicas, sino también de las decisiones y resoluciones de las autoridades y funcionarios públicos. Como consecuencia de este proceso de verificación, la jurisdicción constitucional, en cumplimiento de su labor, dicta pronunciamientos que despliegan efectos universales, de carácter obligatorio y vinculante, y a través de ellos, las decisiones, se dotan de la calidad de cosa juzgada constitucional.

En ese sentido, la eficacia de la cosa juzgada constitucional, desprende un subsecuente efecto impeditivo que se traduce en la prohibición hacia toda autoridad estatal, de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inconstitucional por razones de fondo. El fundamento de este razonamiento, es que ni el gobierno ni el Congreso pueden reproducir el contenido material jurídico del acto declarado inconstitucional en el fondo, en tanto subsistan en la Constitución las mismas normas que sirvieron de parámetro y fundamento para que el Tribunal Constitucional declarase esa inconstitucionalidad.

Bajo este entendimiento, huelga señalar, que la cosa juzgada constitucional –por regla general– se encuentra recogida en los textos constitucionales, y esto es así, porque en atención a su preponderancia, a diferencia de lo que sucede en la jurisdicción ordinaria en la que, como un efecto procesal de la sentencia, dicha figura se encuentra consagrada en la ley procesal, por el contrario, en el ámbito constitucional el legislador Constituyente la consagró expresamente en la Norma Fundamental del Estado como un efecto inmediato de la decisión emitida por la jurisdicción constitucional y como una garantía de certeza y seguridad jurídica.

Ahora bien, la doctrina, a partir de un análisis de las regulaciones normativas acerca de la eficacia de los pronunciamientos constitucionales, aportó con un considerable –aunque no del todo esclarecedor– debate, a partir del cual, se han estructurado hipótesis sobre la compatibilidad o no entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, es decir, determinar si los pronunciamientos desestimatorios de la inconstitucionalidad en vía del recurso, se encontraban revestidos de la calidad de la cosa juzgada y, a partir de aquella determinación,

cuestionarse acerca de la posibilidad de replantear el recurso, pero esta vez, en vía de la cuestión de inconstitucionalidad. En ese sentido, habiéndose revisado los puntos de vista doctrinales sobre el tema, corresponde ahora centrarse a revisar el punto de vista asumido por el máximo intérprete de la Constitución.

Una primera aproximación sobre la forma en que el Tribunal Constitucional español abordó el entendimiento sobre el artículo 38.2 de la LOTC, nos permite advertir un escenario que se caracteriza por el escaso número de pronunciamientos sobre el tema. Amén de la escasa jurisprudencia sobre la compatibilidad entre el recurso y la acción de inconstitucionalidad, el Tribunal optó por no emitir una opinión oficial en relación al entendimiento del artículo 29.2 de la LOTC. En ese sentido, la comprensión sobre el mencionado artículo debía deducirse de una interpretación *–a contrario sensu–* del artículo 38.2 de la LOTC¹⁵⁰⁸, puesto que desde la comprensión de la doctrina mayoritaria, su entendimiento viene a representar la antípoda del artículo 29.2 de la LOTC. Por ello mismo, es que se entiende que en este episodio, también le tocó recrear al Tribunal sus propias normas procesales de funcionamiento a través de una «modulación interpretativa». Sin duda, fue esta iniciativa sustentada desde sectores mayoritarios de la doctrina, referentes al tema, la que motivó al Tribunal a configurar su propia norma reguladora, sin que tenga que ser por ello, el blanco de críticas sobre la adopción de esa determinación.

Consciente de la importancia que significaba el clarificar la posible compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se pronunciará tempranamente sobre el tema, en la STC 4/81, de 12 de febrero, suscitado a raíz de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en contra de algunos artículos de la Ley de Bases de Régimen Local de 1945. En aquella ocasión, el Tribunal patentó el entendimiento *–implícito–* que se tenía del artículo 38.2 de la LOTC, es decir, la compatibilidad entre la sentencia desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad y la posible promoción de cuestiones de inconstitucionalidad futuras, siendo rescatable el razonamiento esbozado en el fundamento jurídico No. 15 que sostenía «Mientras tanto, si en el futuro se plantearan casos concretos que permitieran apreciar nuevos matices en orden a justificar la oposición *–o la disconformidad–* a la CE de alguno de los preceptos cuya inconstitucionalidad no se declara ahora, el juez o tribunal correspondiente podría proponer la cuestión de inconstitucionalidad con relación al precepto que le suscitara la duda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.2 de la LOTC».

Desde la observación hecha por Martín de la Vega, el razonamiento expresado en la STC 4/81 por parte del Tribunal, amerita algunas precisiones en orden a las posibles implicancias que de esta puede desprenderse: Luego, la primera cuestión a tratar se encuentra en la particularidad del objeto de control, esto es, que el TCE, asume como inconstitucionales, no solamente las disposiciones impugnadas sino la totalidad de la norma legal, empero, entiende que a fin de evitar situaciones de inconstitucionalidad a través del dictado de una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad por conexitud, se decanta por un criterio contrario, pero que a la luz de la interpretación hecha del artículo 38.2 de la LOTC, la misma vino a constituir una exhortación al legislador para que sea ésta la instancia encargada de

¹⁵⁰⁸ Desde la observación de Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 53, si bien el Tribunal *–plausiblemente–* logró salvar la aparente antinomia entre los contenidos «deducibles» de ambos artículos reforzando el que se deriva de manera implícita de la redacción del artículo 38.2 de la LOTC, no puede ser ajeno a este «silencio» del Tribunal sobre el polémico artículo 29.2 objeto preferente de críticas por parte de la doctrina.

adecuar la norma a los cánones constitucionales, y que de no hacerlo, quedaba abierta la vía para la interposición futura de una cuestión de inconstitucionalidad¹⁵⁰⁹. Inteligentemente el Tribunal, no sólo hizo extensiva la invitación al legislador, sino que a su vez, también convocó a los jueces ordinarios a canalizar a través de la cuestión, cualquier duda interpretativa en la que se entienda que la norma sobre la que se pronunció el Tribunal sea disconforme con la Constitución, sobre todo teniendo en cuenta los supuestos en que el objeto de control recaiga sobre una norma preconstitucional, y así, paliar la inactividad del legislador.¹⁵¹⁰ Está claro que, el Tribunal, comenzó su labor dejando por sentado que, las sentencias recaídas al interior de los recursos de inconstitucionalidad no sacralizaban a la ley al punto de impedir su revisión a la luz de las nuevas interpretaciones deducibles de ésta, y que la ubicarían en situación de contraste con la Constitución –o al menos se suscitaría la duda sobre su constitucionalidad– y sobre las cuales el Tribunal no se pronunció en atención al principio de congruencia procesal de la sentencia. De la consecuencia lógica de este planteamiento, el Tribunal dejó claramente establecido que, para el replanteamiento de la impugnación en la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, es necesario que el recurrente formule «nuevos matices en orden a justificar la oposición –o la disconformidad– a la CE»¹⁵¹¹, pues sería éste el presupuesto necesario para que el Tribunal pueda variar el fundamento de su decisión en relación a la norma impugnada sobre la que el Tribunal entendió su conformidad con la Constitución previamente.

Habrà que aguardar aproximadamente siete años desde el dictado de la STC 4/81, para que el Tribunal vuelva a pronunciarse sobre el tema. En esta oportunidad lo hará a través de la STC 20/88, suscitado a raíz de la impugnación del artículo 15.2 de la Ley del Proceso Autonómico de 1983, que fue interpuesto por el gobierno Catalán. Al abordar el tratamiento de este caso, dada su peculiaridad, el Tribunal entendió que el limite obstativo desprendible del artículo 38.2 de la LOTC hacía referencia, a la hipotética oposición entre el pronunciamiento desestimatorio y el nuevo planteamiento, y que esta limitación no se produce por la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad luego del dictado de un pronunciamiento desestimatorio del recurso, sino más bien, por la presentación de un recurso de inconstitucionalidad que –desde una perspectiva técnica–, dejaba suponer la reiteración del examen de constitucionalidad realizado en la sentencia desestimatoria de un procedimiento de

¹⁵⁰⁹ Dada la naturaleza preconstitucional de la norma impugnada el Tribunal entendió que, «una vez declarada la inconstitucionalidad y la derogación de tales preceptos, no por ello podrá afirmarse que la legislación de régimen local se ajusta de forma positiva a los principios inspiradores de la CE, ya que ha sido dictada con anterioridad a la misma y, por consiguiente, sin poder tener en cuenta tales principios ni, en especial, la nueva distribución territorial del poder prevista en el título VIII de la CE [...] Por ello debe afirmarse que tal ajuste se producirá cuando el legislador dicte una nueva legislación de régimen local, de acuerdo con el mandato implícito que puede deducirse de los artículos 148.1.2 y 149.1.18 de la propia CE. Mientras tanto si en el futuro...».

¹⁵¹⁰ Puntualizando sobre el tema, Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 55, sostiene que, en este contexto, la «invitación» del TC al planteamiento de cuestiones por parte de los órganos judiciales no puede entenderse más que como una sugerencia a los mismos de que forzaran, elevando la cuestión, pronunciamientos de inconstitucionalidad sobre la materia que, dado su origen, tendrían efectos *erga omnes* con lo que ello implicaría de mejora de la seguridad jurídica frente a la opción de múltiples sentencias parciales de derogación por parte de la jurisdicción ordinaria, de valor tan solo *inter partes*.

¹⁵¹¹ Como se podrá advertir, ya en la STC 9/93, el Tribunal Constitucional entiende que la compatibilidad o no de ambas vías de acceso, se encuentra sujeta al prisma de posibilidad o no de enjuiciamiento de problemas «idénticos». Por lo mismo, de una lectura atenta al FJ1 de dicha resolución, se entiende que el Tribunal deja abierta la puerta, a que el órgano judicial replantee su duda acerca de la constitucionalidad de la norma sobre la que el Tribunal previamente entendió conforme con la Constitución, pero que dicho replanteamiento de la duda debía fundarse «desde una perspectiva o enfoque no considerado».

control previo de constitucionalidad. Lo que pretendió hacer el abogado del Estado en aquella oportunidad, fue dejar por sentado una interpretación sobre el artículo 38.2 de la LOTC, en la que –fundándose en la exégesis analógica– sostuvo que el caso en cuestión, ya había sido sujeto de un pronunciamiento por parte del Tribunal –esto es, a través de la STC 76/83 del caso LOAPA–, como consecuencia de la interposición de un control previo de inconstitucionalidad, lo que impediría ahora a los recurrentes, volver a plantear un recurso de inconstitucionalidad. Es decir, lo que buscó el abogado del Estado, era asignar al control previo una naturaleza igual al recurso de inconstitucionalidad.

Desde luego, a juicio del Tribunal la interpretación del artículo 38.2 propuesta por el abogado del Estado era inaceptable, en tanto que por vía de la analogía, no podía pretenderse asemejar al recurso previo y el recurso de inconstitucionalidad, dadas las diferencias teleológicas y funciones básicas que cumplen cada una en el control de constitucionalidad. Así, mientras se hallaba en vigencia el control previo de constitucionalidad y convivía con el recurso de inconstitucionalidad, no debía dejarse de lado que, como mecanismos del control de constitucionalidad, no contemplaban una naturaleza común ni en su objeto, ni en su tramitación, y menos aún en los efectos previstos en el artículo 38 de la LOTC¹⁵¹². En ese sentido, el Tribunal se encargó de corregir aquella interpretación al sostener que «debe afirmarse que el artículo 38.2 de la LOTC, se refiere solo a las sentencias desestimatorias dictadas en recursos directos de inconstitucionalidad, quedando fuera del efecto impeditivo que dicho precepto consagra, tanto las sentencias dictadas en el recurso previo de inconstitucionalidad, que es, como queda dicho, un proceso distinto al del recurso directo como la vía indirecta de la cuestión de inconstitucionalidad que los órganos judiciales pueden plantear ante este Tribunal cuando alberguen dudas acerca de la validez de la norma legal aplicable al caso y de la cual dependa el fallo que haya de dictar». De este modo, refirmará que el límite obstativo desprendible del artículo 38.2 de la LOTC, hace referencia a la imposibilidad de interponer en la «misma vía» de control, esto es, la vía del recurso directo de inconstitucionalidad frente a leyes publicadas y en vigor¹⁵¹³.

Años más tarde, el Tribunal volverá a incidir –esta vez– con una interpretación más precisa sobre el artículo 38.2 de la LOTC, la compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Así, será con la STC 9/93, suscitada a raíz de un cuestión de inconstitucionalidad formulada en contra del artículo 19.1 de la Ley de Reforma Agraria de Andalucía de 1984, en la que se pedía al Tribunal pronunciarse sobre la denominada expropiación – sanción establecida en la norma impugnada, es decir, determinar si constituía o no una sanción dentro del canon establecido por el artículo 25.1 de la CE. Pese a que el

¹⁵¹² Asimismo, se entiende que la diferencia de tratamiento legal sobre los mecanismos de control previo y el recurso de inconstitucionalidad, se deriva de una consecuencia lógica atribuible a la naturaleza dispar de uno y otro tipo de proceso constitucional, contenidas en los respectivos artículos 38.2 y 79.5 de la LOTC. Ha sido este precisamente el razonamiento expresado en el FJ 2 de la STC 20/88, donde el Tribunal apunta una diferencia central entre el recurso previo y el recurso de inconstitucionalidad. Mientras que en el control previo, advertida la inconstitucionalidad, el pronunciamiento del Tribunal no podía excluir la norma impugnada, esta situación es imperativa en el dictado de una sentencia estimatoria en los procedimientos del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, en atención a lo dispuesto por los artículos 161.1.a) y 163 de la CE.

¹⁵¹³ Si bien en la STC 20/88 el Tribunal lleva a cabo una interpretación explícita del artículo 38.2 de la LOTC, para Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 57, la sentencia, no llega a ingresar a pronunciarse acerca de los límites concretos de los pronunciamientos desestimatorios y configurando la compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad como una «posibilidad de planteamiento» de la cuestión por parte del juez ordinario.

resultado de la cuestión fue un pronunciamiento desestimatorio, el Tribunal, aprovechó la oportunidad para responder a las objeciones formuladas por el abogado del Estado que sostenían que el Tribunal ya se había pronunciado sobre las premisas que fundamentaban en último extremo la duda de constitucionalidad en la STC 37/87 que rechazó un anterior recurso. En ese sentido, el Tribunal reiteró y con ello consolidó la compatibilidad entre los mecanismos de control de constitucionalidad, al sostener que «a este respecto basta decir que la existencia de aquel pronunciamiento anterior del Tribunal no hace inviable, sin más, la presente cuestión, pues el artículo 38.2 de la LOTC permite la sucesión entre recurso desestimado y cuestión de inconstitucionalidad sobre igual objeto, esto es, frente al mismo precepto legal y con fundamento en la infracción de idéntico precepto constitucional...»¹⁵¹⁴.

En el análisis de Martín de la Vega, la importancia de esta sentencia, radica en la determinación explícita de los supuestos en los que se hace viable la compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Una primera precisión está referida a que es el propio Tribunal el que admite que las objeciones de admisibilidad presentadas, y más concretamente el «fundamento de la duda de inconstitucionalidad» en cuanto a la naturaleza de la «expropiación – sanción» son de tal identidad, que se desprende «una imposibilidad de separar estas objeciones del fondo de la cuestión misma», lo que conllevará a que «la respuesta específica a dichos alegatos se haga con ocasión del examen de cada uno de los reproches de inconstitucionalidad de que ha sido objeto el precepto cuestionado...». Lo que se quiere afirmar, es que no se está frente a posibles causas de inadmisión de esta cuestión, sino más bien, ante argumentos que forzarían a un pronunciamiento desestimatorio, si contase con un basamento jurídico. En ese entendido, el Tribunal es consciente de que la «sustancialidad» del argumento de constitucionalidad sostenido por el órgano judicial y su consideración diferente al estudiado en la STC 37/87, vendrán a constituir los aspectos posteriores de juicio para determinar el fondo de la resolución, no siendo válido –en consecuencia– sostener la existencia de un obstáculo de admisión basado en una identidad de motivos que será uno de los temas de fondo de la sentencia¹⁵¹⁵. Este razonamiento que vendrá a constituirse en una línea jurisprudencial sobre la compatibilidad de las vías de impugnación desprendible del artículo 38.2 de la LOTC, se verá reproducida en la STC 55/96 sobre la Ley Orgánica de Regulación de los recursos sobre la objeción de conciencia de 1984. La explicación del Tribunal sobre el fenómeno señalaba que en ocasión de la impugnación de la regulación en vía del recurso de inconstitucionalidad suscitado por el Defensor del Pueblo, que se derivó en el dictado de la STC 160/87, «ya figuraba un motivo parcialmente coincidente con el contenido de las cuestiones de inconstitucionalidad que ahora abordamos». Independientemente de aquel antecedente, el Tribunal justificó su legitimación para pronunciarse sobre la cuestión, advirtiendo que «el nuevo cuestionamiento del artículo 2.3 [...] se produce por vía distinta de la resuelta en la STC 160/87; el que los motivos de incompatibilidad alegada no son totalmente coincidentes; y, por último, que las cuestiones objeto del presente proceso Constitucional no adolecen, por reiterativas, de notoria falta de fundamento, ya que resulta relevante el lapso de tiempo transcurrido desde que se dictó la STC 160/87, a la vista de la actividad normativa y del intenso debate político y social que han tenido por objeto la institución de la prestación social sustitutoria y la respuesta jurídica anudada a la negativa a realizarla».

¹⁵¹⁴ En este su razonamiento, al Tribunal le fue indiferente que el juez *a quo*, haya argumentado que plantea su duda desde un enfoque o perspectiva no considerado en su momento, por la STC 37/87.

¹⁵¹⁵ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 59.

Partiendo del análisis sobre este pronunciamiento, es posible desprender algunas conclusiones básicas sobre el entendimiento del artículo 38.2 de la LOTC por parte del Tribunal. Así, la jurisprudencia constitucional da por supuesto que el artículo 38.2 sólo impide el replanteamiento del recurso de inconstitucionalidad, siendo plenamente viable el replanteamiento en vía distinta, es decir a través de la cuestión de inconstitucionalidad. Ahora bien, el Tribunal deja establecido también, que no basta para que esta instancia ingrese a considerar la nueva impugnación de la norma, en el fundamento de la existencia de una vía distinta que le permita pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, sino que es necesario a su vez, justificar la existencia de argumentos sobre la inconstitucionalidad, distintos a los que motivaron en su momento, la interposición del recurso. Cabe recordar también, que este aspecto se encuentra relacionado con el supuesto de mutabilidad de la interpretación realizada por el Tribunal sobre la norma impugnada, debido al cambio de circunstancias atribuibles ya sea a la actividad normativa que modifica el «contexto legal», o al «intenso debate político y social» que modifica el «contexto social» en el que debe interpretarse el primero. Estas variables sin duda, son los elementos que justifican su criterio de no encontrarnos ante cuestiones «reiterativas».

De la revisión de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional en los que esta instancia se refiere a la compatibilidad entre las distintas vías de impugnación de la ley, es posible afirmar concluyentemente, que el entendimiento expresado por el Tribunal en relación al artículo 38.2 de la LOTC surgido con ocasión de la STC 4/81, permite la posibilidad de plantear la cuestión luego del dictado de un pronunciamiento desestimatorio en vía del recurso de inconstitucionalidad, y ello a fuerza de realizar una «reducción interpretativa» del sentido normativo contenido en el artículo 29.2 de la LOTC. Empero, sobre el supuesto de reiteración de la impugnación en la misma vía, es un tema sobre el cual el Tribunal no reflexionó, y continúa aún un cierto oscurecimiento en el alcance del artículo 38.2. Como bien señalara Martín de la Vega, esta toma de posición implica «obviar» la *ratio legislatoris* del artículo 29.2 de la LOTC, artículo que ciertamente no hace referencia a esta prohibición. Sin embargo, es deducible la intención del Tribunal al decantarse por esta fórmula en la que el contenido normativo del artículo 29.2, no es incompatible con la voluntad atribuida al artículo 38.2, esto es, comprender literalmente, que la desestimación por razones de forma del recurso permite siempre el planteamiento de la cuestión.

Sumiéndonos ahora en la experiencia jurisprudencial constitucional boliviana, es necesario recordar, que en el sistema constitucional boliviano, la cosa juzgada constitucional se encontraba recogida ya, con carácter expreso en la Constitución de 1967 abrogada en el 2009, año en el que se abre paso a una reforma profunda del Estado y de sus instituciones, entre ellas, el control de constitucionalidad de la norma. En efecto, luego de haber vivido un proceso de desarticulación del TCB, y tras operarse un «estado de transición constitucional», la nueva Norma Fundamental, si bien recogió también en forma expresa la eficacia de la cosa juzgada a las sentencias constitucionales, el entendimiento sobre esta eficacia por parte del TCPB actual, es aún incipiente, a tal punto que, —como se recordará— de por medio debe considerarse, a que como institución, recién acaba de iniciar sus actividades el 3 de enero de 2012, y que su ley reguladora fue derogada por la Ley No. 254 (Código de Procedimiento Constitucional CPC), que acaba de entrar de vigencia el 6 de agosto también del año 2012, por lo que la comprensión sobre el instituto de la cosa juzgada por parte del TCPB, tiene su fuente en la comprensión de dicha eficacia, construida por el anterior TCB.

Hecha esta aclaración, se justifica la pertinencia de citar la previsión contenida en el artículo 121.I de la Constitución de 1967 abrogada, la que de manera expresa disponía que «contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno». A su vez, se tiene que la cláusula constitucional de referencia, fue desarrollada por la ley reguladora del TCB, es decir la LTCB (Ley N° 1836), entre cuyas disposiciones, el artículo 42 (Carácter definitivo de las resoluciones del Tribunal), recogía a la eficacia de la cosa juzgada constitucional, al sostener que «las resoluciones del Tribunal Constitucional no admiten recurso alguno». Precisamente, con base en estas disposiciones de orden constitucional y legal, el TCB, construyó al igual que su par español, una escasa jurisprudencia sobre el tema, de la cual, se resalta a la Sentencia del Tribunal Constitucional boliviano STCB 1249/01–R de 23 de noviembre, a través de la cual, el TCB dejó por sentado que «...las normas citadas precedentemente tienen su fundamento en el hecho de que Bolivia, como Estado Democrático de Derecho basado, entre otros, en los principios fundamentales de la soberanía popular, la separación de funciones, la independencia y coordinación de los poderes públicos y la supremacía constitucional, adopta un sistema constitucional en el que la labor del control concentrado de constitucionalidad está encomendada al Tribunal Constitucional, por lo que éste se convierte en el máximo Tribunal de justicia constitucional e intérprete de la Constitución, guardián de la supremacía e integridad de la Constitución; por lo que el Poder Constituyente, a través de la citada norma constitucional instituyó el principio de la cosa juzgada constitucional, que otorga a las sentencias del Tribunal Constitucional un especialísimo nivel dentro del sistema jurídico». Plasmada así, la comprensión del TCB sobre esta eficacia, concluyó sosteniendo que «...el sistema procesal constitucional adoptado por la Constitución y la Ley N° 1836 para el ejercicio del control de constitucionalidad, en resguardo del principio de la seguridad jurídica, instituye la cosa juzgada constitucional, lo que significa que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional tienen carácter definitivo, absoluto e incontrovertible, de manera tal que sobre el tema resuelto no puede volver a plantearse nuevo litigio a través de recurso alguno». Este razonamiento sobre la cosa juzgada, que pasó a ser parte de la doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia constitucional boliviana, fue reiterada en forma posterior, en las sentencias constitucionales STCB 1387/2001–R, de 19 de diciembre, y STCB 047/2003–R, de 9 de abril.

Como podrá advertirse, a través del razonamiento esbozado en la STCB 1249/01–R, para el TCB, la posibilidad de replantear nuevamente el juicio de constitucionalidad contra una norma que previamente fue declarada constitucional a través de un recurso de inconstitucionalidad, era nula. En efecto, cuando el TCB sostiene que «...las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional tienen carácter definitivo, absoluto e incontrovertible, de manera tal que sobre el tema resuelto no puede volver a plantearse nuevo litigio a través de recurso alguno», lo que hace es dotar de la calidad de la cosa juzgada, a todas las decisiones asumidas por el TCB, incluso a las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad. En otras palabras, el Tribunal al sostener la incompatibilidad absoluta entre el recurso y la cuestión de constitucionalidad, introduce en la jurisprudencia, una extensión de la cosa juzgada «*erga omnes*», que desde luego se critica por ser inadmisibles. Una de las críticas construidas desde la experiencia jurisprudencial constitucional comparada que se cita aquí, por su pertinencia y aplicación al caso boliviano, es el planteado por García de Enterría, para quien, en atención a la concepción de rechazo a la compatibilidad entre el recurso y la cuestión sostenido por el TC, manifiesta que, de admitirse la incompatibilidad entre el control abstracto y el concreto de inconstitucionalidad, no sólo se produciría la petrificación de la doctrina, sino que además, se

conferiría a las sentencias de un valor superlegislativo, equiparándose inevitablemente a la doctrina del Tribunal Constitucional a la Constitución misma¹⁵¹⁶.

Un segundo dato a considerar de la línea jurisprudencial asentada por el TCB, en relación a la concepción de la cosa juzgada constitucional, es su vigencia actual a la luz de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional (CPEP), la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP o Ley No. 027) y el Código de Procedimiento Constitucional (CPC o Ley No. 254). A fin de responder a esta inquietud, es necesario referirnos al AC No. 0377/12 – CA, de 16 de abril de 2012, donde la Comisión de Admisión del TCPB, ha momento de conocer en grado de revisión, el rechazo a la solicitud de la parte accionante por instar la acción de inconstitucionalidad concreta en contra del artículo 11 de la Resolución Normativa de Directorio 10–0037–07 de 14 de diciembre de 2007, por considerar que contravenía lo expresado en el artículo 156 de la Ley 2492 de 2 de agosto de 2003 y por presuntamente vulnerar los artículos 109.II, 116.II, 232, 306.III, 311.I y II.5, 323.I y II, y 410.I y II de la CPEP, la Comisión manifestó, haciendo referencia a lo dispuesto por la SC 0026/2007 de 04 de junio, concordante con la SC 0101/2004 de 14 de septiembre, que: «...cuando una norma legal ha sido sometida a un examen de su constitucionalidad por medio de un recurso de inconstitucionalidad que ha concluido con una Sentencia Constitucional que declara su conformidad con el texto constitucional, existe cosa juzgada constitucional y esa norma legal ya no puede ser sometida a una nueva comprobación de su sometimiento a la Ley Fundamental del Estado por los mismos argumentos ya resueltos, pudiendo ser analizada en base a nuevos cuestionamientos que emergen producto de nuevas realidades sociales, o de nuevas aplicaciones de la norma cuestionada», por lo que concluyó que el incidente, al versar sobre los mismos extremos y argumentos ya resueltos por las SSCC 0085/2006 y 0010/2007, no podía volver a enjuiciarse la norma impugnada.

Desde luego, cabe un análisis al respecto. Si bien el TCPB, toma en cuenta la jurisprudencia constitucional a través de la cual, el anterior TCB dejó por sentado su entendimiento acerca de la eficacia de la cosa juzgada, no menos cierto es, que el TCPB, corrige aquella concepción de rechazo a la compatibilidad entre las vías de impugnación de la inconstitucionalidad, cuando señala textualmente que «...esa norma legal ya no puede ser sometida a una nueva comprobación de su sometimiento a la Ley Fundamental del Estado por los mismos argumentos ya resueltos, pudiendo ser analizada en base a nuevos cuestionamientos que emergen producto de nuevas realidades sociales, o de nuevas aplicaciones de la norma cuestionada», esta última parte, guarda estrecha relación con el mandato contenido en el artículo 78.II.1 del CPC que prevé, que la sentencia que declare «La constitucionalidad de una norma contenida en una Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial, hace improcedente una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, siempre y cuando se trate del mismo objeto o causa y se argumente los mismos preceptos constitucionales impugnados». Sin duda, la comprensión inicial por parte del TCB en relación a la eficacia de la cosa juzgada constitucional, cambió radicalmente en la perspectiva del actual TCPB, y ello debido a la regulación del CPC, al que se hizo referencia.

¹⁵¹⁶ En criterio de García de Enterría, Eduardo, *Curso...opus cit.*, 153, además, este rechazo hacia la compatibilidad entre el recurso y la cuestión, denotaría por parte del Tribunal, un desconocimiento acerca de las marcadas diferencias entre control abstracto y concreto.

En consecuencia, bajo esta nueva concepción de la eficacia de la cosa juzgada en el *díctum constitucional*, no sólo abre la posibilidad de replantear la acción de inconstitucionalidad concreta luego de haberse emitido un pronunciamiento desestimatorio de la inconstitucionalidad a través de una acción de inconstitucionalidad abstracta, sino que también, que queda abierta la posibilidad de replantear la cuestión de inconstitucionalidad en la misma vía, siempre que los argumentos sobre la infracción de la Constitución sean distintos a su antecesor.

Esta nueva concepción sobre la eficacia de la cosa juzgada y la compatibilidad dentro las vías de impugnación de la inconstitucionalidad, será replicada posteriormente en otros Autos Constitucionales¹⁵¹⁷, como el AC 0546/2012–CA de fecha 8 de mayo de 2012¹⁵¹⁸, en la que la Comisión de Admisión, al recordar que la sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier intento de formular nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella, manifestó que «Cuando el Tribunal Constitucional hubiera desestimado anteriormente en el fondo un recurso de naturaleza y con objeto sustancialmente análogos», ello implica, que «...la sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma, siempre y cuando se trate de igual fundamento con el que se impugnó y con análogo objeto, dado que si el fundamento en el que se basa el análisis es distinto y con nuevos elementos jurídicos, no existe impedimento para someter a la disposición a un nuevo examen sobre su constitucionalidad». A partir de este entendimiento, el enfoque sobre la compatibilidad entre las vías de impugnación de la inconstitucionalidad, pareciera presentarse más diáfano en el caso boliviano, en relación a su par español, sobre el que nos toca volver a incidir a fin de precisar su dimensionamiento.

2.2.3.1. Breve excursio sobre la dimensión de la cosa juzgada material: límite al replanteamiento de procesos idénticos.

A lo largo de nuestro estudio sobre la cosa juzgada, se pudo evidenciar que, aunque en un reducido número de pronunciamientos, el TCE abordó el tema de la compatibilidad entre las dos vías de impugnación de la inconstitucionalidad, sin embargo, se han presentado también, casos en los que mismo Tribunal, sin hacer referencia alguna al artículo 38.2 de la LOTC –quizá porque supuso la tantas veces aludida compatibilidad–, se centró en dilucidar la existencia o no de la eficacia de la cosa juzgada en este tipo de situaciones. V. Gr., en la STCE 166/86 y 6/91, resultado del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, dentro del denominado «Caso Rumasa» (Ley 7/83, de 29 de junio). A raíz de aquellos pronunciamientos, el Tribunal se abocó de lleno a estudiar la existencia de una identidad entre el «objeto» de las impugnaciones, o bien entre los preceptos constitucionales alegados, para concluir, previa comprobación de que tales identidades no se producen, que «no puede apreciarse ningún obstáculo estrictamente procesal que se oponga al análisis de los temas ahora suscitados» (STC

¹⁵¹⁷ Véase los AACC 0559/2012–CA de fecha, 8 de mayo de 2012, 0593/2012–CA, de fecha, 11 de junio de 2012, y 300/2002 – CA de fecha 21 de junio de 2002, entre otros más.

¹⁵¹⁸ En aquella oportunidad, los accionantes demandaron la inconstitucionalidad de los artículos 42 y 49 de la Ley de Abreviación Procesal Civil y Asistencia Familiar (LAPCAF), manifestando que las referidas disposiciones no preveían ningún mecanismo de defensa que debía asistir al adquirente de un bien hipotecado, vulnerando así los derechos a la defensa, al debido proceso, «seguridad jurídica», a la propiedad privada y a la dignidad de las personas.

6/91). Con esta interpretación, el Tribunal introdujo, además de los anteriores presupuestos de compatibilidad, otra que implica tener en cuenta cualquier posibilidad de eliminar la eficacia de la cosa juzgada de un pronunciamiento anterior. A la luz de este nuevo requisito exigido por el Tribunal, resulta de interés nuestro detenernos sobre el mismo, a fin de dimensionar su naturaleza. En ese sentido, para Garrorena, quien preliminarmente explica que, en aquellos procesos en los cuales el problema radica sobre intereses muy directos de las partes (estimación subjetiva de un derecho), los efectos de la cosa juzgada material serán iguales a la matriz procesal, es decir, desprenderá su eficacia «inter partes», que evitará la reapertura sobre un mismo asunto, por la misma causa y entre los mismos sujetos, de un nuevo proceso ante el Tribunal Constitucional. Aunque sobre el punto, Garrorena plantea una duda referida a saber, si en los supuestos en los que cambiase la identidad de los sujetos (sujetos distintos) también podría oponerse la excepción de cosa juzgada material¹⁵¹⁹. El punto de vista del señalado autor, es que pese a no ser el mismo particular lesionado en su derecho, valdría ante él la excepción de cosa juzgada material, cerrándose en consecuencia para el recurrente la posibilidad de dar estado procesal a sus pretensiones. Con todo, se denota que el tema merece de algunas puntualizaciones. Así cuando el proceso trate de intereses directos tal el caso de la estimación subjetiva de un derecho, el efecto de dicha sentencia será necesariamente «inter partes» cubriendo sólo la lesión causada a quien la demandó. En ese sentido, las nuevas lesiones idénticas que se susciten en sujetos distintos, requerirán ineludiblemente de otros pronunciamientos igual de reparatorios, no siendo aplicable la extensión de la cosa juzgada material a terceros, pues en realidad no se trata de un tercero conectado a la litis, sino de un supuesto similar.

Como se tendrá oportunidad de ver más adelante, –para aclarar el tema–, el TCE a través de los ATC 48/1981, 354/1986, 48/1991 y 83/1992, establecerá que la identidad aquí requerida «no es la identidad subjetiva, ni la identidad objetiva o causales propias de la cosa juzgada, sino la «identidad de situaciones normativas» entre un supuesto y el otro, muy distinto de las anteriores, y única sobre la cual incide la capacidad de vincular que posee la doctrina emanada del juez de la constitucionalidad». Partiendo de estos razonamientos, se puede concluir en este caso, que la excepción de la cosa juzgada material solo es oponible entre partes idénticas dentro de un mismo proceso, y no así para impedir que otro sujeto ajeno al litigio anterior pueda ver admitida su demanda, abriéndose la posibilidad de obtener un pronunciamiento del Tribunal.

En ese sentido, para este autor, el concepto de cosa juzgada material corre una suerte ineludible, de sufrir un quiebro en relación a las condiciones que definen en Derecho Procesal común a la cosa juzgada material, es decir, que el contenido y alcance de la eficacia cosa juzgada, necesariamente se verá variada en los procedimientos de inconstitucionalidad, según se trate de un pronunciamiento estimatorio o desestimatorio de la inconstitucionalidad¹⁵²⁰. Desde la interpretación de Garrorena, es necesario establecer un presupuesto general, en el cual, la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad no goza de los efectos de la cosa juzgada material, pues al anularse la ley inconstitucional, ya no es preciso hacer referencia a dicha categoría, lo que no significa que la misma no exista¹⁵²¹. Lo contrario implicaría asumir

¹⁵¹⁹ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 336.

¹⁵²⁰ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 337.

¹⁵²¹ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 338, cita un supuesto en el que la cosa juzgada material puede ser opuesta a raíz de una sentencia estimatoria, y son casos en

un absurdo en el cual la norma declarada inconstitucional sería pasible a ser sometida a nuevos procesos, aspecto inconcebible sobre todo si se conoce que la estimación de la inconstitucionalidad al expulsar el precepto del ordenamiento jurídico desprende un efecto anterior y contundente: la nulidad erga omnes que precede a la cosa juzgada dejando sin sentido a esta última¹⁵²².

Ahora bien, para Garrarena, es preciso asumir una particularidad en las sentencias estimatorias, que también representan un quiebro a la dimensión general de la eficacia de la cosa juzgada material. Dicha particularidad se encuentra en las sentencias interpretativas o de mera inconstitucionalidad, donde el instituto de la cosa juzgada material queda en suspenso hasta que se declare la nulidad de la misma, y mientras esto sucede, la posibilidad de plantearse nuevos recursos o cuestiones sobre el mismo tema quedan abiertas¹⁵²³.

En lo que se refiere a la sentencia desestimatoria, la regla antes vista se invierte, pues en ésta sí se produce el efecto de la cosa juzgada material, aunque también con algunas salvedades. El fundamento para que una sentencia desestimatoria despliegue efectos de cosa juzgada material, se encuentra en el principio de economía procesal, así como en la lógica que busca evitar que el TC tenga que declarar en reiteradas ocasiones la constitucionalidad de una norma ya impugnada anteriormente, y sobre la que el TC entendió su conformidad con la Constitución. En efecto, en los procesos de inconstitucionalidad, el objeto de la litis es una norma que rige con carácter general, y los destinatarios de los efectos de tales sentencias son todos, y por ello, en este caso, la cosa juzgada material opera sin que sea necesaria la mediación de la identidad de sujetos. Por ello, la excepción de cosa juzgada material puede operar no sólo respecto de procesos intentados de nuevo por las mismas partes, sino también, respecto de procesos idénticos cualquiera sea el sujeto que los suscite.

Para Gómez Montoro, resulta difícil predicar que de las sentencias desestimatorias pueda derivarse la eficacia de la cosa juzgada, y ello lo hace tomando en cuenta que tras la sentencia desestimatoria recaída en un recurso de inconstitucionalidad sigue abierta todavía la vía incidental de la cuestión de inconstitucionalidad para reiterar la impugnación de la norma. Pero además, este autor se cuestiona sobre si el recurso de inconstitucionalidad desestimado hace que el TC quede vinculado a su decisión, pues de ser así, la cuestión de inconstitucionalidad también sería desestimada en razón al inicial pronunciamiento previsto para rechazar el recurso.¹⁵²⁴

Ahora bien, trasladándonos al escenario normativo y jurisprudencial constitucional boliviano, es necesario recordar, que las abrogadas disposiciones constitucionales y legales que regulaban la eficacia de la cosa juzgada constitucional, impedían en principio, la posibilidad de replantear la impugnación de la norma a través de la cuestión de inconstitucionalidad (o en la

los que el legislador decidió reproducir la norma declarada inconstitucional por el TC, siendo posible en este ámbito, solicitar un nuevo pronunciamiento en ese sentido.

¹⁵²² Será éste precisamente el entendimiento asumido por el Tribunal Constitucional español en su STC 166/1994, donde señala que «En definitiva, una vez que nuestras sentencias dejan sin efecto uno o varios preceptos legales, cualquier otro proceso paralelo o posterior queda desprovisto automáticamente de su objeto propio».

¹⁵²³ Garrarena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 344.

¹⁵²⁴ Gómez Montoro, Ángel, *Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional*, en Caamaño, Francisco, y otros, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw – Hill, Madrid, 1997.

misma vía del recurso), luego de que el TCB declarase la desestimación del recurso. En ese sentido, se citó también el criterio esbozado por el TCB en su temprana STCB 1249/01–R, donde sostuvo que «...las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional tienen carácter definitivo, absoluto e incontrovertible, de manera tal que sobre el tema resuelto no puede volver a plantearse nuevo litigio a través de recurso alguno». Sin embargo, cabe resaltar en esta parte de nuestro estudio, que la jurisprudencia constitucional emanada del anterior TCB, no fue coherente con este razonamiento en todos los casos, y un ejemplo de ello lo constituye la STCB 066/2005 de 22 de septiembre de 2005, donde el Tribunal, en ocasión de resolver un recurso abstracto de inconstitucionalidad, volvió a enjuiciar el artículo 88 del Código Electoral, y declaró inconstitucional a dicha disposición, cuando previamente, a través de una consulta sobre la constitucionalidad o no del citado artículo, el mismo TC mediante la Declaración 04/2001 de 12 de noviembre afirmó que evidentemente era constitucional. Quizá acá, se observe que el Tribunal previamente se pronunció, no a través de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad, sino a través de una consulta acerca de la constitucionalidad o no del citado artículo 88 del Código Electoral, empero, conviene aclarar, que la «Declaración Constitucional», al igual que una Sentencia Constitucional, por determinación de los artículos 41 y 42 de la abrogada LTC, constituía una «resolución», y se encontraba revestida del carácter definitivo, por lo que no admitía recurso alguno. Ahora bien, en aquella oportunidad, el Tribunal admitió y resolvió el recurso, consciente de que previamente, como instancia de control ya había asumido un juicio de constitucionalidad sobre la disposición impugnada, pero valoró que los sujetos que interpusieron la consulta¹⁵²⁵, eran distintos de quienes en forma posterior, interpusieron el recurso abstracto de inconstitucionalidad¹⁵²⁶, además de que los otros presupuestos como la identidad del objeto y la causa, también diferían de la demanda inicial.

Si bien la SC citada, operaba una eficacia ex artículo 58.V de la LTC, la doctrina boliviana consideró que se trataba de un error legislativo el otorgar un efecto «erga omnes» a la sentencia declarativa de constitucionalidad de la norma legal impugnada, pues dejó entrever que la sentencia de constitucionalidad no podía estar sujeta a un régimen de inmutabilidad, porque el entendimiento acerca de la conformidad o no de una norma con la Constitución, bien podría cambiar en el tiempo como consecuencia de un proceso de reforma constitucional, dando lugar con ello a una inconstitucionalidad sobrevenida, o que opere un cambio en los criterios de interpretación de la Constitución por parte del TCB sobre cuya base se dictó la constitucionalidad de la norma legal impugnada, y asigne un nuevo significado a la norma constitucional, a cuya consecuencia la disposición legal podría convertirse en incompatible con la Constitución, que es lo que habría sucedido con el ejemplo citado anteriormente¹⁵²⁷. A partir del razonamiento doctrinal señalado, la posibilidad de replantear el incidente de inconstitucionalidad, no exigía de la existencia de una ajenidad en cuanto al sujeto con relación al primer recurso. Luego, para Durán Rivera, inclusive el accionante que planteó un recurso de

¹⁵²⁵ La interpretación precedente, ya fue realizada por el Tribunal en la Declaración Constitucional 004/2001 de 12 de noviembre, pronunciada en la Consulta formulada por el Presidente en ejercicio del Congreso Nacional, Enrique Toro Tejada, sobre la constitucionalidad del artículo único del Proyecto de Ley sobre la aplicación del artículo 60 de la CPE al proceso electoral del año 2002, teniendo en cuenta el artículo 88 de la Ley Electoral

¹⁵²⁶ Los que interpusieron el recurso abstracto de inconstitucionalidad, fueron los diputados nacionales, Napoleón Ardaya, Guido Añez y Gerardo Rosado, quienes demandaron la inconstitucionalidad del artículo 88 de la Ley Electoral, debido a que la misma, infringía el artículo 60.VI de la CPE.

¹⁵²⁷ Durán Rivera, Willman R, *La fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 24.

inconstitucionalidad, podía luego, en base a nuevos entendimientos de la Constitución, impugnar la constitucionalidad de una norma¹⁵²⁸. Entendemos que este último razonamiento, es el que fue asumido por el Constituyente que aprobó la Constitución de 2009, y la que inspiró la regulación contenida en el artículo 78.II.1 del CPC, que no exige la diferenciación del sujeto accionante como requisito para hacer viable el replanteo de la acción de inconstitucionalidad, más que la diferencia en el objeto, la causa y se argumenten distintos preceptos constitucionales infringidos.

Ahora bien, a manera de concluir este epígrafe, es menester dejar por sentado que, tanto en la práctica jurisprudencial española como en la boliviana, los artículos 164.1 CE y 38.1 LOTC, así como los artículos 203 CPEP y 14, 15 del CPC, prevén que la sentencia desestimatoria dentro de un procedimiento de inconstitucionalidad produce efecto de cosa juzgada material, –en principio– respecto del juez «a quo», en cuyo proceso despliega una eficacia prejudicial innegable que le obliga a aplicar lo resuelto en el pronunciamiento constitucional sobre la ley (función positiva de la cosa juzgada): por otra parte, también desprende la misma eficacia respecto de los demás jueces, quienes se verán impedidos de plantear a futuro la impugnación del precepto declarado constitucional por el TC, y como no podía ser de otra manera, la eficacia también alcanza al propio TC quien no podrá admitir en la misma vía solicitudes de procesos ya conocidos y fenecidos por él, aunque éstas limitaciones impliquen una necesaria petrificación del Derecho. Aunque claro está, estas conclusiones a las que se las puede tener como reglas en cuanto a la eficacia de la cosa juzgada material constitucional, bien pueden admitir excepciones que posibiliten el replanteamiento de la cuestión, a través de otra vía que no sea la que se utilizó previamente para impugnar la misma norma declarada como conforme con la Constitución por el Tribunal, salvando la excepción en el caso boliviano, donde la disposición contenida en el artículo 78.II.1 del CPC, no impide el replanteamiento en la misma vía, es decir, la acción abstracta de inconstitucionalidad, siempre que no concurra –desde luego– una identidad en el objeto o la causa para el caso boliviano, y que se alegue la vulneración de un distinto precepto constitucional. Asimismo, sobre este último punto, es necesario también aclarar que el TC, no se encuentra vinculado de forma irreversible a los precedentes sentados en sus pronunciamientos¹⁵²⁹. En ese sentido, Garrorena sostiene, que la cosa juzgada material recae sobre la norma ordinaria objeto del recurso, de la cual –afirma– el Tribunal revisó ya con firmeza su compatibilidad con la Constitución. Luego, la decisión del TC de reconsiderar su propia jurisprudencia sobre la regla de constitucionalidad, y no sobre una norma como tal, implica que la reconsideración se realizará en relación a la regla de Derecho empleada para resolver dicho recurso, y esto lo lleva a cabo para dar cuenta de que existen indicios que hacen sostener que esa regla pudo cambiar, razón suficiente que amerita la reapertura de un nuevo proceso, no para duplicar o revisar otro anterior con fuerza de cosa juzgada material, sino porque este proceso –nuevo en sí– no se celebró como tal con anterioridad.

¹⁵²⁸ Durán Rivera, Willman R, *La fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 27.

¹⁵²⁹ El TCE, ya en su STC 199/1987 señalaba que «...la vinculación de este Tribunal a la doctrina establecida en sus anteriores decisiones, por importante que sea, no puede producir el efecto de invariabilidad o inmutabilidad de su propia jurisprudencia», colocando de este modo al principio de reversibilidad de la jurisprudencia por sobre el principio del «stare decisis».

2.2.4. Dificultades en la determinación de los límites de la cosa juzgada desde la perspectiva del Tribunal Constitucional.

Como ya se tuvo oportunidad de advertir en los apartados anteriores, el tratamiento conceptual de la cosa juzgada por parte de la doctrina española, no pudo encumbrar en la construcción de una dogmática que permita esclarecer y dimensionar su contenido y alcance dentro del ámbito de las sentencias constitucionales¹⁵³⁰. Sin duda, los avances habrían sido distintos, de haberse dado la importancia que actualmente continúa teniendo el estudio de la tipología de los pronunciamientos y la modulación de sus efectos en el tiempo. Desde luego, como acertadamente apunta Martín de la Vega, la insuficiencia doctrinal en el tratamiento sobre el tema, es un dato que se agrava, no solamente porque no se tiene en cuenta el valor que adquiere la sentencia constitucional en un escenario donde el actor principal –esto es el Tribunal Constitucional– asume la última palabra¹⁵³¹, sino también, porque la regulación normativa sobre los efectos de las sentencias constitucionales, lamentablemente como lo señala Cascajo, no es del todo satisfactoria¹⁵³². Basta con recordar que la voluntad inicial del legislador ha momento de proyectar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, fue aprobar el texto definitivo de los artículos 29.2 y 38.2, no sin antes operar en estos, modificaciones sustanciales en relación al contenido del Proyecto de Ley presentado en su momento por el Gobierno, donde se preveía una compatibilidad entre las dos vías de impugnación de la inconstitucionalidad de la ley, estructurada en el marco de la prohibición absoluta de la reiteración de recursos de inconstitucionalidad, pero a su vez, abría la posibilidad del planteamiento posterior sucesivo de cuestiones de inconstitucionalidad, luego del dictado de un pronunciamiento desestimatorio en la vía del recurso de inconstitucionalidad. Desafortunadamente, este esquema inicial fue alterado en el Congreso, previéndose en su lugar, por un lado, la prohibición de plantear recursos sucesivos fundados en la infracción de idéntico precepto constitucional, y por el otro, tampoco permitía el planteamiento de cualquier cuestión de inconstitucionalidad, luego del dictado de una sentencia desestimatoria del recurso sobre la misma ley, fundado en «razones de forma», según se contraste con el artículo 29.2 de la LOTC. Recuérdese también, que esta interpretación deducible del texto definitivo de los artículos de la LOTC aprobado con sus reformas en el Congreso, donde se preveía la prohibición «ad limine» de cualquier cuestión tras el recurso, fue rechazada inmediatamente por la doctrina mayoritaria, ya sea alegando los criterios de funcionalidad de la jurisdicción constitucional, o porque la misma no condecía con el significado teleológico de la cuestión de inconstitucionalidad, o porque la incompatibilidad absoluta entre recursos o entre el recurso y la cuestión, promovían una innecesaria petrificación de la jurisprudencia constitucional. Por ello, la doctrina no dudó en construir un abanico de críticas que exponían un común denominador: la antinomia entre los artículos 29.2 y 38.2 de la LOTC, y, a fin de salvar esta

¹⁵³⁰ No en vano, autores como Cruz Villalón, Pedro en su obra, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad* (1918–1939), CEC, Madrid 1987, pp. 37 y ss., o Jiménez Campo, Javier, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la Ley...opus cit.*, pp. 72–73, y Díez Picazo, Ignacio, *Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo*, en *La sentencia de amparo constitucional*. Madrid, 1996, pp. 18–19, hacen referencia a la necesidad de construir categorías dogmáticas que respondan al paradigma del control de constitucionalidad, más allá del mero estudio empírico del funcionamiento del Tribunal.

¹⁵³¹ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 71.

¹⁵³² En efecto, para Cascajo Castro, *Artículo 164*, en *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, 1988, pp. 283 y ss., la existencia de dos vías principales de impugnación de la ley, estos son, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, se hallan inmersas dentro de una confusa regulación acerca de su compatibilidad, situación que servirá para aperturar el espacio del debate doctrinal en torno a los artículos 29.2 y 38.2 de la LOTC.

situación, se elaboraron propuestas interpretativas de los artículos en cuestión que permitieran albergar un margen para la compatibilidad entre las dos vías de impugnación de la inconstitucionalidad de la ley.

Como era de suponer, en un criterio por demás acertado, el propio TCE, comulgará con el criterio generalizado de la doctrina mayoritaria, cuyo razonamiento se verá expresado en la STC 4/81. Inicialmente, la interpretación del Tribunal se centró en el artículo 38.2 de la LOTC, de donde desprendía la prohibición de repetición de recursos de inconstitucionalidad luego de un primer pronunciamiento desestimatorio en la misma vía, dejando en consecuencia, abierta la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad tras una primera sentencia desestimatoria del recurso. Aunque claro está, que para llegar a tamaña interpretación, el Tribunal tuvo que asumir un silencio cómplice en el dictado de su jurisprudencia, sobre el sentido y la propia funcionalidad del artículo 29.2. Si bien, con esta serie de interpretaciones, se salvó la compatibilidad entre los mecanismos de impugnación de la inconstitucionalidad de la ley, lamentablemente, tanto la doctrina como la propia jurisprudencia del Tribunal, descuidaron realizar cualquier referencia a la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia constitucional, es más, se obvió debatir sobre la existencia de este tipo de eficacia en las sentencias constitucionales¹⁵³³.

Amén de este silencio u omisión con el que operó el Tribunal para desprender de los artículos 38.2 y 29.2 de la LOTC, la posibilidad de replantear la cuestión luego de la desestimación de un recurso, en criterio de Rubio Llorente, no puede dejarse pasar por alto, que «el hecho de que la propia LOTC abra la posibilidad de que sea cuestionada de nuevo la constitucionalidad de aquellas leyes frente a las que ya se han presentado sin éxito recursos, suscita problemas que la doctrina aún no ha resuelto de manera generalmente aceptada»¹⁵³⁴. Esto, en la perspectiva de Martín de la Vega, implica que la compatibilidad abre, y no cierra, la cuestión de los límites de la cosa juzgada en la sentencia constitucional¹⁵³⁵.

En efecto, si bien el Tribunal –a través del dictado de sus primeras sentencias– asumió la fórmula que alberga la compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, no reparó en dimensionar el alcance de dicha compatibilidad. Así, si se tuviera que suponer la existencia de una compatibilidad absoluta entre las dos vías de impugnación de la inconstitucionalidad de la ley, es decir, que luego del pronunciamiento desestimatorio de un recurso se abre la posibilidad de plantearse nuevamente la duda constitucional idéntica a la ya resuelta desfavorablemente, esta situación implicaría desconocer la calidad del efecto de la cosa juzgada del primer pronunciamiento¹⁵³⁶. De no ser posible esta interpretación, la doctrina

¹⁵³³ En el criterio sostenido por García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...opus cit.*, p. 136, «Es imposible aplicar a las sentencias desestimatorias la fuerza de cosa juzgada, que no se refiere a actuaciones concretas, sino a la interpretación de la ley, materia en la que nunca una sentencia cierra el paso a una posterior interpretación distinta de la misma».

¹⁵³⁴ Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España...opus cit.*, p. 11.

¹⁵³⁵ Acertadamente Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 79, sostiene que una interpretación del artículo 29.2 LOTC por parte del Tribunal a través de la cual hubiera establecido una incompatibilidad absoluta entre ambos procedimientos, habría vanificado, «*ope legis*», al menos el problema de los límites subjetivos de la cosa juzgada del primer pronunciamiento constitucional.

¹⁵³⁶ Aunque para el mismo, Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 79, es posible entender también que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al artículo 38.2 de la LOTC, tan sólo se deduce la compatibilidad genérica entre las dos vías de acceso, tomando en cuenta su respectiva función dentro del control de constitucionalidad. Así, ante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad

tendría que encargarse de asumir una labor constructiva compleja, que se traduce en afianzar a la cosa juzgada constitucional, más allá de los límites tradicionales que se le reconocen a las decisiones en la órbita del Derecho Procesal, para pasar a sostener, que nos encontraríamos ante el ejercicio de un mecanismo procesal distinto.

Frente a esta insuficiencia doctrinal y normativa, el camino más sencillo era entender que los artículos 164 de la Constitución española y 38.1 de la LOTC, reconocían sin más, el valor de la cosa juzgada a las sentencias constitucionales, y con ello se pretendió trasladar mecánicamente conceptos y categorías propias del Derecho Procesal, sin considerar la autonomía del Derecho Procesal Constitucional, que en palabras de Bocanegra Sierra, venía a constituirse en un «Derecho Constitucional concretizado»¹⁵³⁷ y con sus peculiaridades, situación ésta, que debía motivar a reflexionar acerca de los efectos de las sentencias constitucionales desde una perspectiva de su funcionamiento práctico.

En este escenario donde se pretendió aplicar –preliminarmente– las categorías conceptuales del Derecho Procesal al ámbito de los pronunciamientos constitucionales, no hubo tiempo o interés en construir un concepto acerca de la eficacia de la cosa juzgada constitucional desprendible de las sentencias constitucionales dictadas al interior de los procesos de control de constitucionalidad de la ley. Luego, al no contar con un concepto propio sobre la cosa juzgada constitucional, era lógico que se desconocieran los límites desprendibles de dicha eficacia.

En lo que concierne al TCPB, si bien la regulación legal más que la constitucional, permiten –como se vio– la compatibilidad de las acciones de inconstitucionalidad, es decir, el replanteamiento de la acción a través de la misma vía o, por medio de una vía distinta, esta es, la acción de inconstitucionalidad concreta, luego de un pronunciamiento desestimatorio en vía de la acción de inconstitucionalidad abstracta, no puede dejarse de lado, que estas posibilidades han sido estructuradas por el TCPB a partir de una interpretación las disposiciones constitucionales y legales (LTCP y CPC), sin que exista un correlato desde la doctrina hacia este tipo de construcciones acerca del entendimiento de la eficacia de la cosa juzgada. Más allá de los contados artículos como el perteneciente al ex Magistrado del TCB, Rivera Santivañez¹⁵³⁸, la doctrina no acompañó, menos aún guió la concepción del TCPB acerca de la eficacia de la cosa juzgada constitucional y la compatibilidad en torno a las vías de impugnación de la inconstitucionalidad. En consecuencia, en la experiencia jurisprudencial constitucional boliviana, lastimosamente, no sólo no se cuenta con un concepto propio sobre la cosa juzgada constitucional, sino que además, lo que se ha hecho, desde el TCPB, es recurrir a las categorías propias del Derecho Procesal, y partir de ello, edificar una concepción precaria sobre los efectos de las sentencias constitucionales, al punto de no ser conscientes sobre los límites objetivos y subjetivos que gobiernan a la eficacia de la cosa juzgada.

sucesiva a una sentencia desestimatoria de un recurso, o de otra cuestión, deberían producirse los efectos previstos por la Constitución y la LOTC para toda sentencia constitucional. En este caso, el de su fuerza de cosa juzgada. Cosa juzgada que sería eficaz, como es lógico, siempre que se den los límites objetivos y subjetivos que la definen.

¹⁵³⁷ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 17.

¹⁵³⁸ Véase el artículo de Rivera Santivañez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento...opus cit.*

2.3. La cosa juzgada constitucional: Lineamientos para la construcción de una teoría general de los efectos de las sentencias constitucionales y la necesidad del replanteamiento de los límites objetivos.

Llevar a cabo una reflexión sobre los intentos por construir una dogmática sobre el sistema de efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, prevista en un principio en la Constitución y, posteriormente en la Ley reguladora del Tribunal, implica necesariamente, hacer referencia a uno de los primeros estudios doctrinales serios en la literatura española sobre el tema, a partir del cual se desarrollará y consolidará una suerte de entendimiento – aunque con posturas encontrada– sobre la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional. La obra en cuestión intitulada *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*¹⁵³⁹, cuya autoría pertenece al profesor español Raúl Bocanegra Sierra, centrará su análisis en el concepto de cosa juzgada para, a partir de éste, intentar explicar el complejo sistema de efectos, que posteriormente será objeto de una atención, si bien no de manera prioritaria por parte de la doctrina, pero sí lo será, –aunque confusamente– interpretada en la jurisprudencia del TCE¹⁵⁴⁰.

En ese sentido, para Bocanegra Sierra, la construcción de una dogmática sobre los efectos de las sentencias constitucionales, requiere tener en cuenta algo más que las categorías conceptuales sobre el tema, estructuradas desde la esfera del Derecho Procesal. Así, el dimensionamiento de la eficacia de los pronunciamientos adoptados por el Tribunal Constitucional, no debe dejar de lado la posición y funciones de este alto Tribunal que responde a una lógica mayor contenida en el «derecho material constitucional». A partir de este paradigma constitucional se obliga al Tribunal, a desenvolverse dentro de un escenario regido por la «concordancia práctica», que le permite mantener un equilibrio entre seguridad jurídica y el dinamismo hermenéutico, entre vinculatoriedad y apertura al cambio, siendo estos valores los cánones sobre los que debe girar cualquier propuesta sobre la eficacia de las sentencias constitucionales¹⁵⁴¹.

Salta a la vista, en el análisis de Bocanegra, la influencia de la regulación alemana respecto el tema, –sobre todo si se tiene en cuenta que asume como correctas las críticas que a la construcción mayoritaria realiza Vogel–, y esta situación se desprende de la atenta mirada realizada por el autor al artículo 3.1 BVerGG, de donde desprende tres aspectos a tener en cuenta: la posible existencia de una cosa juzgada no reconocida expresamente en la normativa constitucional o legal; la delimitación de los conceptos de vinculación, fuerza de ley y cosa

¹⁵³⁹ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*

¹⁵⁴⁰ Sin embargo, Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 80, entiende que, a pesar de todos los inconvenientes con los que partía el esfuerzo sistematizador de Bocanegra Sierra, debido en parte a la ausencia de cualquier jurisprudencia sobre el artículo 164 CE y 38 LOTC, falta de tradición dogmática o imposibilidad de prever cambios en la regulación como la del artículo 5 de la LOPJ, más su construcción doctrinal merece destacarse como un punto importante en la reflexión sobre el efecto de la cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional, y sobre el esquema general de eficacia de estos mismos pronunciamientos.

¹⁵⁴¹ A partir de estos valores, Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 16 y 17, entiende que la labor del Tribunal Constitucional debe centrarse en su función pacificadora y hermenéutica, que se verá plasmada en el equilibrio entre la capacidad de cambio que el Tribunal deberá siempre disponer, y la necesidad de que través de sus decisiones se resuelvan definitivamente los conflictos constitucionales a los que se hace referencia. Todo ello, para el autor, no desemboca necesariamente en (o es consecuencia directa de) un modelo estructural único para la jurisdicción constitucional.

juzgada; y por último, la posible fuerza de ley de las sentencias desestimatorias¹⁵⁴². A partir del análisis de estos elementos y las críticas formuladas al enfoque mayoritario, permitirán a Bocanegra definir su postura sobre el sistema de efectos español, y aplicables al sistema de efectos boliviano.

En ese sentido, Bocanegra parte su estudio, afirmando la existencia unánime en la doctrina, que afirma el principio básico de que las sentencias constitucionales provienen de un auténtico Tribunal y deben, por tanto, desplegar tales decisiones, los mismos efectos que las de los jueces ordinarios, es decir, que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos de cosa juzgada. En base a este entendimiento, y en atención a la consideración del rol del Tribunal Constitucional, no se le puede negar en ningún caso que posee de modo inequívoco las competencias, cualidades y características de un auténtico Tribunal, situación ésta que permite sostener, sin lugar a dudas, que las sentencias constitucionales entran en fuerza de cosa juzgada. Ha momento de realizar esta afirmación, Bocanegra es consciente de las marcadas diferencias que existen entre los diversos procedimientos constitucionales que forman parte de las competencias del Tribunal, y cuyo tratamiento no es posible desde una perspectiva única y uniforme. La generalidad y la concreción de los objetos del procedimiento son una muestra de ello. Así, mientras que en los procedimientos de control de constitucionalidad de la norma, lo que se enjuicia es una Ley, no sucede lo mismo en los procedimientos ordinarios en los que, —a diferencia del primero—, lo que se enjuicia es un concreto «*sachverhalt*»¹⁵⁴³. A partir de estas observaciones, surgieron importantes posturas doctrinales, que han negado la capacidad de desprender los efectos propios de la cosa juzgada a las sentencias constitucionales en todos los casos en los que los intervinientes en el proceso constitucional no son partes individuales o físicas, sobre todo, fundado en razones atendibles, en los casos en los que las sentencias deciden procedimientos de control de constitucionalidad¹⁵⁴⁴. Sin embargo, Bocanegra no tardará en responder a estas posturas negadoras, afirmando que el carácter rigurosamente objetivo de la mayor parte de los procesos constitucionales, no se contraponen en modo alguno, al instituto de la cosa juzgada, es más, la objetividad representa más bien, una parte esencial de todo proceso judicial, del cual, el Tribunal no puede sustraerse en tanto se entienda a su naturaleza jurídica, como a un auténtico Tribunal, y la necesidad consecuente de dotar a sus sentencias, de valores propios que son impartidos sólo en el paradigma de un Estado de Derecho, estos son, la paz y seguridad jurídica. Desde luego, para Bocanegra, negar los efectos de la cosa juzgada a las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, fundado en que la naturaleza de la cosa juzgada material requiere la aplicación de una norma a un

¹⁵⁴² En relación al primer aspecto, Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 43 y ss., tomando como fuente a la jurisprudencia del TCFA, así como la opinión del sector mayoritario de la doctrina, sostiene la existencia de una cosa juzgada material como independiente del resto de los efectos de la sentencia. Como un segundo aspecto, toma en cuenta al efecto vinculación o «*Bindungswirkung*» que en el entendimiento doctrinal y jurisprudencial alemán, implica dar paso a una eficacia más allá del caso concreto, vinculación a los órganos constitucionales y tribunales, centralidad de las «*tragende Gründe*» como objeto de la vinculación y no autovinculación del Tribunal de Karlsruhe. Y un último aspecto a tener en cuenta en la perspectiva del autor, se centrará en la «*Gesetzeskraft*» como una eficacia que busca reforzar la vinculación, al extenderse a todas las personas físicas y jurídicas produciendo directamente para todos derechos y obligaciones. Sin duda, esta eficacia parangonable con la fuerza «semejante a la ley», se predicará no sólo de las sentencias estimatorias sino también de las sentencias desestimatorias, convirtiéndolas en verdaderas «declaraciones de constitucionalidad» de la ley, e impidiendo que la ley objeto de tal pronunciamiento, pueda ser reexaminada por la Corte.

¹⁵⁴³ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 50.

¹⁵⁴⁴ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 52.

concreto estado de cosas, representa un sinsentido¹⁵⁴⁵. La incoherencia que advierte este autor, es que el concreto «*sachverhalt*», lo constituye la determinación de la validez o no de la norma enjuiciada¹⁵⁴⁶. Además, si se asume que en realidad, tanto los procedimientos de inconstitucionalidad y los procedimientos ordinarios –desde una perspectiva de su estructura interna–, no son distintos, sí lo son, si se atiende a las funciones que cada instancia procesal despliega. La diferencia es en esencia cualitativa, esto es, que las sentencias en los procedimientos de inconstitucionalidad, no vienen a representar el ejercicio de actividad jurisdiccional alguna, sino antes bien, de una actividad legislativa. Desde luego, Bocanegra comparte el criterio esgrimido por Vogel, para quien esta cuestión no puede ser replanteada en la actualidad, y se deja establecido la consideración esencial del Tribunal como una auténtica instancia jurisdiccional a la que la Constitución le atribuyó las facultades para determinar acerca de la constitucionalidad o no de las leyes, llegándose a sostener más ampliamente –en forma posterior– que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cuanto decisiones de un auténtico Tribunal, adquieren fuerza de cosa juzgada, independientemente del procedimiento en el que recaigan¹⁵⁴⁷, y con ello, lo que pretende el autor, es asegurar un grado de estabilidad a la sentencia constitucional a fin de evitar la repetición de actos. Para lograr esta finalidad, en principio, se sostiene la suficiencia del concepto procesal de cosa juzgada, evitándose con ello, los múltiples inconvenientes que conlleva la aplicación de la «*Bindungswirkung*».

Ahora bien, sostener la necesidad conceptual de la cosa juzgada procesal –*prima facie*– no implica dejar de lado, la necesidad de realizar un «ajuste constitucional» de dicho concepto, siendo necesario para este fin, la redefinición de su ámbito objetivo¹⁵⁴⁸. Llevar a cabo esta redefinición conceptual de la cosa juzgada constitucional, implica tener en cuenta que, si bien la cosa juzgada está limitada subjetivamente a las partes procesales que intervinieron en la sustanciación del procedimiento constitucional, la determinación de los límites objetivos de la cosa juzgada, se entenderá establecido por lo que los alemanes denominan la concreta norma de la sentencia (*konkrete Entscheidungsnorm*), que en la acuñación semántica del término realizada por Vogel, se entiende como «aquella consideración o afirmación jurídica que fundamenta el fallo, y que está formulada exactamente de tal modo general, que fuera de la decisión adoptada en el caso concreto, resultaría de ella una decisión igual en casos iguales»¹⁵⁴⁹. Será a raíz de este nuevo dimensionamiento de la «extensión objetiva» del concepto clásico de cosa juzgada predicable de todo tipo de sentencias constitucionales, que se logrará la tan anhelada «concordancia práctica» y estabilidad de la decisión, es decir prohibición de la repetición de juicios idénticos, y apertura de la jurisprudencia a nuevos cambios, reduciendo así el excesivo ámbito objetivo y subjetivo del concepto de «*Bindungswirkung*»¹⁵⁵⁰.

Para emprender tamaña empresa como la que representa la redefinición de la cosa juzgada constitucional, Bocanegra bosquejó un sistema general explicativo de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, partiendo por delimitar un

¹⁵⁴⁵ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 53.

¹⁵⁴⁶ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 55.

¹⁵⁴⁷ Vogel, Klaus, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, I, Tübingen, 1976, p. 575.

¹⁵⁴⁸ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 112.

¹⁵⁴⁹ Vogel, Klaus, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen...opus cit.*, p. 152 y 153.

¹⁵⁵⁰ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 108.

esquema conceptual sobre los conflictos constitucionales, prosiguiendo con los procedimientos de inconstitucionalidad de la ley¹⁵⁵¹.

Según entiende de Otto¹⁵⁵², herederos de la visión contramayoritaria de Vogel —en referencia a las tendencias doctrinales en Alemania—, este paradigma interpretativo de los efectos de las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional Federal Alemán, pasará a ser replicado en su vertiente española en el contexto de la LOTC, sobre las que Bocanegra hará un esfuerzo no meramente comparativo, sino tratando de resaltar las singularidades de la regulación española. El emprendimiento realizado por Bocanegra, tendrá un principal punto de análisis referido a la búsqueda de una dogmática de los efectos de las sentencias, a partir de la cual, se abra la posibilidad al Tribunal Constitucional de volver a revisar sus pronunciamientos, y permitirle a su vez, evolucionar su jurisprudencia, cumpliendo de esta forma con una de las características comunes a todo sistema concentrado de control de constitucionalidad. Y esta labor, pasa precisamente, por definir la eficacia de las sentencias constitucionales dictadas al interior del recurso, o bien, de la cuestión de inconstitucionalidad, de modo tal que, a futuro, no se cierre la posibilidad de volver a cuestionar la constitucionalidad de la ley luego del dictado de una primera sentencia por parte del Tribunal Constitucional. Ahora bien, esta búsqueda de apertura a la posibilidad de revisión de las decisiones del Tribunal, deberá preservar un mínimo de estabilidad que a su vez, nos evite realizar inútiles repeticiones de juicios sobre el que el pronunciamiento del Tribunal no merece mayores razonamientos. Para llegar a concretar esta labor, Bocanegra advierte la necesidad de reconocer a las decisiones del Tribunal Constitucional un sistema de efectos que van más allá de las que se reconoce de común a las sentencias ordinarias. Así, la estructura principal de este nuevo paradigma de efectos, se construirá alrededor del concepto cosa juzgada¹⁵⁵³. Con esta determinación, se ratificaría así la configuración de la «res iudicata» como elemento absolutamente «central» en la regulación constitucional española de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional¹⁵⁵⁴.

Como es de lógica, Bocanegra empieza su análisis asumiendo que los efectos generales desprendibles de los artículos 164 CE y 38.1 LOTC, tan sólo son predicables de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de la ley¹⁵⁵⁵. En consecuencia, el rechazo del

¹⁵⁵¹ Su análisis se completará con un estudio sobre las sentencias de los recursos de amparo, del control de constitucionalidad de los tratados internacionales y, a los pronunciamientos del entonces vigente recurso previo de inconstitucionalidad.

¹⁵⁵² De Otto, Ignacio, *El Valor de las sentencias del Tribunal Constitucional de Raúl Bocanegra*, en REDC, 1982, p. 334 y 335.

¹⁵⁵³ La articulación del nuevo sistema de efectos que plantea Bocanegra, como advierte Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 89, implica, «ad radice», una descalificación de la posible aplicación al sistema español del concepto de «Bindungswirkung» alemán, puesto que, tal concepto no sólo es dudosamente constitucional, sino que es totalmente innecesario en cuanto sus efectos pueden ser perfectamente cubiertos con la eficacia de la cosa juzgada ampliada objetivamente.

¹⁵⁵⁴ Sin duda, para Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 90 y 91, será el concepto de cosa juzgada el que permitirá a Bocanegra construir un sistema de efectos que responda a la necesidad del dinamismo en la interpretación constitucional. Es este sin duda, uno de los elementos centrales de su teoría, aun cuando la relativa novedad en la ampliación del elemento objetivo de la cosa juzgada haya generalmente oscurecido la relevancia de la aportación en este aspecto.

¹⁵⁵⁵ Aunque en la versión de Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 253, desde una perspectiva crítica hecha al artículo 164 de la CE, reduce los efectos generales sólo a las sentencias estimatorias, o de mera inconstitucionalidad, de los procedimientos de inconstitucionalidad de las leyes, y a aquellas sentencias de los conflictos de competencias o de atribuciones que puedan implicar la anulación de una

reconocimiento de la eficacia «*erga omnes*» a los pronunciamientos desestimatorios, adquiere una importancia en el planteamiento del autor, en la medida en que esta afecta «a un aspecto sustancial de este trabajo, como es la más genérica cuestión de la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda volver a dictar una sentencia, (incluso anulatoria) examinando una norma cuya conformidad con la Constitución ha sido precisamente afirmada»¹⁵⁵⁶. Así, según este autor, si se aceptara reconocer la eficacia general a las sentencias desestimatorias, esto nos conllevaría a un serio riesgo: «que una ley confirmada en su constitucionalidad por una sentencia del Tribunal Constitucional no podría volver nunca a ser puesta en cuestión —salvo por el legislador— y esa sentencia dispondría de un valor superior al de las leyes mismas, un valor constitucional totalmente inaceptable»¹⁵⁵⁷. Por lo mismo, para Bocanegra, es posible desprender de los artículos 38.2 y 29.2 de la LOTC, una eficacia de la cosa juzgada atribuibles a los pronunciamientos que desestimen el recurso o la cuestión, sin ningún tipo de límites, y así, en este escenario, si las sentencias desestimatorias no pueden producir efectos generales, luego «los límites subjetivos que habrán de ser atendidos serán los derivados de los efectos de la cosa juzgada»¹⁵⁵⁸. En otras palabras, se encontrarán sometidos al efecto vinculante de la cosa juzgada del pronunciamiento, sólo los legitimados, o aquellos que pudieron participar en el juicio «a quo» si lo hubieran deseado. Entre tanto, ni la magistratura ni el resto de los ciudadanos, pueden ser considerados como partes en el procedimiento constitucional, y en consecuencia, al encontrarse sustraídos del primer proceso les queda abierta la posibilidad de activar «el control constante y permanente de la constitucionalidad de las leyes, que, como una de sus más destacadas funciones, debe cumplir el órgano de justicia constitucional»¹⁵⁵⁹. Este razonamiento, es el que concuerda plenamente con la regulación boliviana sobre los artículos 14 y 78.II.1 del CPC. Por lo mismo, a través de esta interpretación de los artículos 38.2 y 29.2 de la LOTC para el caso español, y artículos 14 y 78.II.1 del CPC para el caso boliviano, las posibilidades de volver a impugnar la inconstitucionalidad quedan abiertas, sin que ello represente una desnaturalización del concepto de cosa juzgada¹⁵⁶⁰, que dicho sea de paso, en esta dimensión, determinará el sistema de efectos de los pronunciamientos constitucionales.

norma de carácter general. Así, en el esquema de efectos previsto en el ordenamiento jurídico español, queda reducido a la cosa juzgada y a la «consecuencia lógica del sistema»: las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de normas con fuerza de ley tendrán efectos «*erga omnes*». Quedando totalmente descartada la «*Bindungswirkung*».

¹⁵⁵⁶ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 231.

¹⁵⁵⁷ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 254 y 257–258. Asimismo, los argumentos del autor giran en torno a su disconformidad con el artículo 164.1 CE, que debería reservar claramente el efecto «*erga omnes*» para las sentencias «que declaren la inconstitucionalidad de una ley», o cuando subraya que en todo caso «este valor cuasi legislativo» correspondería, en una interpretación estricta, tan sólo a las sentencias desestimatorias de los recursos de inconstitucionalidad, y ello, únicamente en relación con una eventual segunda cuestión de inconstitucionalidad y no de otros recursos de inconstitucionalidad.

¹⁵⁵⁸ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 261.

¹⁵⁵⁹ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 267. En un justo reconocimiento, De Otto, Ignacio, *El Valor de las sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 333, sostiene que la consideración material de las funciones del Tribunal, aquí de su función pacificadora, ha momento de configurar la cosa juzgada constitucional, viene a constituir el principal rasgo que contribuye a afianzar la obra de Bocanegra en la órbita del Derecho Constitucional «también desde el punto de vista metodológico».

¹⁵⁶⁰ En forma coincidente con las afirmaciones de Bocanegra, Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 93, también asume que el razonamiento del profesor de Derecho Administrativo, representa una de las aportaciones claves sobre el tema, contribuyendo con la concreción de la finalidad del instituto de la «*res iudicata*» en la prohibición de repetición de juicios idénticos.

De este modo, si bien no se puede negar el aporte que representa la obra de Bocanegra, sin embargo, como cualquier otra tesis, esta no se encuentra ausente de críticas. Así, una de las observaciones realizadas por Martín de la Vega, apunta a que, «si bien es cierto que la cosa juzgada es un efecto importante de la sentencia constitucional, no parece necesario reducir en la práctica su complejo sistema de efectos a la cosa juzgada»¹⁵⁶¹. Es decir, si la finalidad que se pretendía dar al «giudicato» constitucional, era garantizar la función pacificadora, y en consecuencia la «prohibición de repetición», esta intención acarrea un serio peligro para las funciones del Tribunal, pues se estaría reduciendo su ámbito de acción al dictado de un pronunciamiento cuyo objetivo prioritario y casi único del órgano, sería el desprender el efecto de cosa juzgada. Sin duda, esta determinación dejaría sin sentido, o peor aún, vaciaría el contenido de la eficacia vinculación a los poderes públicos o «*Bindungswirkung*», restándole al Tribunal en su rol de intérprete de la Constitución, la importancia que debiera conocerse frente a la magistratura¹⁵⁶².

En ese sentido, Bocanegra es un ferviente defensor de la función de intérprete supremo de la Constitución que le asiste al Tribunal Constitucional, y en virtud a la cual, entiende que la decisión adoptada por esta instancia, es definitiva y representa objetivamente, la culminación del concreto litigio constitucional. Ahora bien, dado el carácter de la cosa juzgada, Bocanegra entiende que toda sentencia estimatoria, también estaría cubierta por el efecto general, lo que no sucedería en el caso de las sentencias desestimatorias sobre las que afirma que: «no necesita a mi juicio ningún mecanismo jurídico especial (como la «vinculación de los poderes públicos» incluidos los tribunales y los jueces) que vaya más allá de entender que los tribunales y los jueces deben considerar la sentencia constitucional confirmatoria como vinculante u obligatoria entre aquellos a quienes subjetivamente alcanza su eficacia» (las partes en el juicio «a quo»). Sin duda alguna, para el autor «este es justamente un efecto de la cosa juzgada, el efecto de «*Tatbestandswirkung*»¹⁵⁶³.

Como es de suponer, el razonamiento inicial sostenido por Bocanegra, le permitirá realizar agudas observaciones al concepto de «*Bindungswirkung*», puesto que la ampliación de su cobertura hacia los «*tragende Gründe*» y la eficacia vinculación a los poderes públicos, representan para el autor, una inadmisibles «petrificación» del sistema de justicia constitucional¹⁵⁶⁴. A fin de paliar este riesgo, apostará por conceder a esta eficacia una finalidad

¹⁵⁶¹ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 94.

¹⁵⁶² Según Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 95, esta situación es advertida por Bocanegra, cuando se refiere al problema de los efectos de los pronunciamientos constitucionales, en torno a «los criterios materiales para la determinación del grado de fijación o de definitividad de los mismos», es decir en torno a un juego entre fijeza y cambio. En consecuencia, responde mucho más a la determinación de una eficacia correcta en su labor pacificadora que a su función de intérprete constitucional. En cierto modo, se produce una reducción del problema interpretativo al mero problema pacificador. Una vez que se ha reducido la función interpretativa a la «definitiva terminación del litigio», es decir, a la función pacificadora, todo el problema parece reconducirse a encontrar el grado de «*Festschreibung*» que cumpla tal finalidad. Para ello será necesario construir institutos jurídicos que al limitarse a la prohibición de repetición de la actuación «*widerholungsverbotem*» cumplan a la vez las exigencias de estabilidad y de apertura necesarias, puesto que más allá de la prohibición de repetición «se pone en cuestión la capacidad de cambio de la Constitución».

¹⁵⁶³ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 111.

¹⁵⁶⁴ Empero, ya Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 96 y 97, advierte críticamente, que a través de este razonamiento, parece que el autor, olvidó precisamente que, en la doctrina alemana, la finalidad de la «*Bindungswirkung*» no es tan sólo pacificadora sino ante todo interpretativa, esto es, en cuanto instrumento para asegurar la conformidad de los poderes públicos a los dictados constitucionales a través

concreta que se traduce en la prohibición de replanteo de la impugnación, y a partir de esta opción, se buscará asimilar la finalidad de la «*Bindungswirkung*», esto es, la eliminación de los concretos conflictos jurídico – constitucionales planteados, con la función del valor de cosa juzgada. En esta misma línea, Bocanegra terminará afirmando de que la eficacia de la «*Bindungswirkung*» no es aplicable al caso español «porque la Constitución no lo permite y porque buena parte de los efectos que este concepto describe pueden ser perfectamente cubiertos (...) justamente por el concepto de cosa juzgada»¹⁵⁶⁵. Ahora bien, las razones que motivaron al autor a sostener esta conclusión sobre el sistema de efectos de las sentencias constitucionales, se entienden por doble partida. Por un lado, no puede negarse la necesidad de contar con un concepto amplio de la cosa juzgada constitucional, que permita canalizar –en parangón con la eficacia de la «*Bindungswirkung*»– una finalidad pacificadora. Pero, por otro lado, una vez que el autor demostró a través de su análisis, que el concepto «*Bindungswirkung*» resulta ineficaz, dado el carácter excesivo, para cumplir aquella función pacificadora, por lo mismo, las razones son abundantes para catalogar a esta figura como «innecesaria» cuando de por medio se tiene a la eficacia de la cosa juzgada¹⁵⁶⁶. Huelga señalar entonces, que en la interpretación de Bocanegra, el diseño constitucional español que se ve reflejado en el artículo 164 de la Constitución, toma a la cosa juzgada como al elemento central del sistema de efectos, constituyéndose en un sistema cerrado y suficiente, donde es casi imposible concebir cualquier otra figura jurídica fuera de las señaladas: estas son, la cosa juzgada y los efectos generales. En este escenario, se rechaza de plano posibilidad alguna sobre el encaje de un efecto vinculante para los poderes públicos. A ello se debe que su incorporación sea posterior, es decir, con la regulación normativa de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y posteriormente, a través de la jurisprudencia del Tribunal. Dado el rechazo inicial sobre la cabida del efecto vinculación a los poderes públicos en el ordenamiento jurídico español, la doctrina no se ocupará de estudiar a esta eficacia recogida en la Ley, dejando con ello, pasar una importante oportunidad para analizar otro de los rasgos propios del Tribunal Constitucional, esto es su condición de «intérprete supremo» de la Constitución.

De este modo, el estado de la cuestión está servido, es decir, a raíz del análisis hecho por Bocanegra, salta a la vista la necesidad de articular una teoría de la cosa juzgada que, por una parte, posibilite evitar la repetición de juicios idénticos, pero a su vez, por otra parte, no impida que lleguen al Tribunal dudas de inconstitucionalidad que permitan al propio órgano decidir cuándo se encuentra ante un nuevo problema constitucional. Uno de los caminos viables para alcanzar este fin, exige de un proceso de construcción dogmático que vaya a compatibilizar la eficacia de la cosa juzgada con el de la vinculación a los poderes públicos, que se desprendan de la regulación contenida en el artículo 38.1 de la LOTC. Empero, si bien esta propuesta brinda una alternativa para salvar conceptualmente la compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, permitiendo así el necesario dinamismo en el ordenamiento, no menos cierto es, que la búsqueda de este dinamismo, estuvo presente en la

de su vinculación a la interpretación que realiza el Tribunal de Karlsruhe, consagrando con ello una «supremacía hermenéutica» a cuyo objetivo responde la especial configuración del instituto.

¹⁵⁶⁵ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 112.

¹⁵⁶⁶ Si bien el lineamiento doctrinal establecido por Bocanegra Sierra, sostiene el carácter innecesario de la eficacia de la «*Bindungswirkung*» construido en la perspectiva alemana, esto no impedirá a que en el caso español, se introduzca la regulación del efecto «vinculante» para los poderes públicos, instituida en el artículo 38.1 de la LOTC. Y sobre la relación de identidad existente entre estas figuras, Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 98, asegurará categóricamente que, desde un punto de vista dogmático la exacta equiparación entre ambos conceptos no es una estricta exigencia lógica.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando se dio modos para permitir la compatibilidad entre las dos vías de impugnación de la inconstitucionalidad, siendo su principal instrumento la interpretación literal y aislada del artículo 38.1 de la LOTC. Quizá por ello, autores como Martín de la Vega, en atención a la disposición contenida en el artículo 164 de la Constitución señalen que hoy, «ya no es necesario elaborar una teoría de la cosa juzgada para hacer compatibles recurso y cuestión, sino, por el contrario, encontrar una teoría de la cosa juzgada que no resulte contradictoria con esa misma compatibilidad»¹⁵⁶⁷. Y con ello, el autor invita a debatir, otra de las dimensiones de la cosa juzgada en la que también, se presentan supuestos que nuevamente abren el debate sobre la compatibilidad o no de las vías de impugnación de la inconstitucionalidad.

2.3.1. El rechazo de los límites subjetivos de la cosa juzgada en los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional.

De la lectura hecha al artículo 164 de la Constitución, la doctrina mayoritaria entendió que, en él, se halla recogido lo que vendrá a constituir el elemento central del sistema de efectos de las sentencias constitucionales, esto es, la eficacia de la cosa juzgada, sobre la que se articulará a su vez, la otra eficacia, es decir, la de los efectos generales, propios de los pronunciamientos adoptados por el Tribunal Constitucional al dictarse una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, así como en todas aquellas en las que no se limiten a la «estimación subjetiva de un derecho», aspectos estos que también se verán plasmados en el artículo 38.1 de la LOTC. En consecuencia, dentro de esta lógica interpretativa, resultaba algo consustancial el sostener la no existencia de límites subjetivos de la cosa juzgada constitucional. Sin embargo, surgió también una postura doctrinal¹⁵⁶⁸ que, en oposición a la corriente mayoritaria, entiende que es posible desprender de las sentencias desestimatorias, los efectos generales «erga omnes» y la eficacia de la cosa juzgada.

Uno de los aportes doctrinales que plantea esta nueva postura, contemporáneamente hablando, se encuentra en la obra de Garrorena Morales¹⁵⁶⁹, quien en su comentario sobre el artículo 164 de la Constitución, asume la existencia de un nuevo límite, el de la vía de acceso, para la prohibición de replantear la duda constitucional, y su distinto enfoque general. Sin duda, para contar con una mejor comprensión sobre el tema, es necesario realizar un tratamiento diferenciado de ambas posturas.

Ahora bien, uno de los estudios previos que servirán como base para el planteamiento de Garrorena, se encuentra en la obra de González Pérez, quien ya sostenía la existencia de una cosa juzgada sin límites subjetivos para la sentencia desestimatoria del control de leyes. Desde luego, el abordaje que realizó el autor español, lo hizo desde una perspectiva estrictamente procesal, aplicando las categorías comunes de los efectos de las sentencias, a partir de las cuales, el profesor Martín de la Vega, entendió que la «cosa juzgada» viene a constituir el efecto jurídico – procesal por excelencia del pronunciamiento del Tribunal¹⁵⁷⁰. En el criterio de

¹⁵⁶⁷ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 102.

¹⁵⁶⁸ Vid por todos a González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid 1980, y Almagro Nosete, *Justicia Constitucional*. Valencia, 1981 (y 1992).

¹⁵⁶⁹ Se hace referencia a la obra de Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, en VV.AA. Comentarios a la Constitución española de 1978, Cortes Generales – Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999.

¹⁵⁷⁰ González Pérez, *Derecho Procesal...opus cit.*, p. 165.

Martín de la Vega, el razonamiento esbozado por González Pérez ayuda a precisar la naturaleza jurídico – material de los «efectos frente a todos» previstos en el artículo 164 de la Constitución, y algo más importante aún, permitirá diferenciar el problema de la eficacia de la anulación del de la determinación del ámbito subjetivo de la cosa juzgada¹⁵⁷¹. En ese sentido, el autor sostiene que «Dada la amplitud de efectos que se reconocen a la sentencia en el proceso constitucional (artículo 164), aquel principio procesal (la vinculación a las partes de la cosa juzgada) sólo se aplicará a los supuestos en que la sentencia se limite a la estimación subjetiva de un derecho, en todos los demás supuestos, la sentencia del Tribunal Constitucional, sea estimatoria o desestimatoria, producirá efectos (jurídico – materiales y jurídico – procesales) erga omnes»¹⁵⁷². De este modo, la eficacia de la «cosa juzgada» sólo operará en relación al «fallo» de la sentencia, y las posibilidades de replantear la duda constitucional, quedará sujeta a la variación del límite objetivo, «ante la imposibilidad de replantear que se dará respecto a cualquier sujeto»¹⁵⁷³.

Otro de los trabajos encaminados en este sentido, es el propuesto por Almagro Nosete, quien en su análisis sobre el artículo 38 de la LOTC, afirma que si bien todos los pronunciamientos asumidos por el Tribunal Constitucional desprenden efectos generales, sin embargo, «ni la materialidad de los efectos, ni las limitaciones que impone la cosa juzgada dejan de ofrecer importantes matices que, apuntados en la LOTC, dependen de una riqueza de soluciones concretas del Tribunal Constitucional»¹⁵⁷⁴. Desde la perspectiva de este planteamiento, la determinación del efecto general que irrumpirá los límites subjetivos de la «res iudicata» está dado por la naturaleza del objeto del proceso, mientras que los límites objetivos quedan incólumes y concretados en la motivación específica de la duda. En consecuencia, es de esperar que las sentencias desestimatorias desprendan efectos generales en los límites de la desestimación, pero no impiden el planteamiento de la inconstitucionalidad de la misma norma legal fundado en distintos motivos.

En esta perspectiva doctrinal minoritaria, se predica un común denominador que se ve reflejado en la desaparición de los límites subjetivos de la cosa juzgada, debiendo meditar en los límites objetivos como punto de análisis de la evolución de la jurisprudencia constitucional. Esto quiere decir, que si la sentencia desestimatoria se funda en una interpretación de las normas constitucional y legal, es lógico pensar, que con el transcurso del tiempo el «estado de hecho» cambie a tal punto que ya no nos encontremos ante la misma cuestión.

Ahora bien, si se deja por sentado la inexistencia de los límites subjetivos de la cosa juzgada constitucional, cuando se aborde el tema de la compatibilidad entre el recurso y cuestión de inconstitucionalidad, Almagro entiende que, de mantenerse la identidad del objeto, el «admitir un nuevo planteamiento de la misma cuestión (duda de inconstitucionalidad), aunque fuera en otra vía, equivale a desconocer el efecto general de todas las sentencias reconocido en el artículo 38.1 de la LOTC»¹⁵⁷⁵. En otras palabras, si se sostuviera la incompatibilidad absoluta entre el recurso y la cuestión de constitucionalidad, esta situación equivaldría a sostener una extensión de la cosa juzgada «erga omnes», que desde luego se critica

¹⁵⁷¹ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 104.

¹⁵⁷² González Pérez, *Derecho Procesal...opus cit.*, p. 169.

¹⁵⁷³ González Pérez, *Derecho Procesal...opus cit.*, p. 170.

¹⁵⁷⁴ Almagro Nosete, *Justicia...opus cit.*, p. 113.

¹⁵⁷⁵ Almagro Nosete, *Justicia...opus cit.*, p. 98.

por ser inadmisibles. Y precisamente, será el propio Garrarena Morales¹⁵⁷⁶ y Elizalde y Aymerich¹⁵⁷⁷ quienes, además de rechazar la incompatibilidad entre el recurso y la cuestión, propondrán articular la eficacia de la cosa juzgada «erga omnes» y autorización de una cuestión de inconstitucionalidad tras la sentencia desestimatoria de un recurso directo.

Para Elizalde los efectos generales son predicables tanto en las sentencias estimatorias como en las desestimatorias de la inconstitucionalidad, y ello puesto que desde su interpretación, no es posible distinguir entre ambos tipos de pronunciamiento, dado el silencio sobre el tema por parte del artículo 38.1 de la LOTC. Así, para Elizalde, sólo los pronunciamientos estimatorios deberían gozar de efectos generales puesto que sólo a través de ellas es que se «innova el ordenamiento», mientras que los pronunciamientos desestimatorios, no producen en modo alguno el efecto innovador «e incluso la debida defensa de la Constitución exigía negarles tales efectos generales»¹⁵⁷⁸.

Para intentar reducir aquel exceso, Elizalde se valdrá de una particular interpretación del artículo 38.2 de la LOTC, que le permitirá –aún a riesgo de forzar su sentido literal– sostener que el pronunciamiento desestimatorio del recurso de inconstitucionalidad desprenderá un efecto de cosa juzgada sin imposición de límite subjetivo alguno, y con base en ello, su aporte consistirá en construir la existencia de dos límites «especiales» que devienen implícitos del artículo en cuestión. Así, un primer límite especial adquiere una dimensión «objetiva», que se traduce en la prohibición de no volver sobre idéntico precepto constitucional¹⁵⁷⁹; y otro límite de carácter procesal, por el que no se permite utilizar la «misma vía»¹⁵⁸⁰. Empero, la relación de compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad viabilizada desde este nuevo «límite procesal» operada sobre la eficacia de la cosa juzgada, abre un nuevo margen para el debate sobre la validez conceptual de los efectos de las sentencias constitucionales. Y una de esas críticas se encuentra enfocada en la imposibilidad de configurar «ad hoc» límites nuevos a una institución de dogmática ya muy consolidada, y en palabras de Martín de la Vega, la prescripción de compatibilidad entre los dos procedimientos puede entenderse, no tanto como un límite «intrínseco» de la cosa juzgada, cuanto como un elemento normativo y por tanto «ad extra» que incide en la configuración de sus concretos efectos en un determinado procedimiento¹⁵⁸¹. Pero además, se le critica también, la ausencia de fundamento que le permita justificar el reconocimiento restringido del efecto «erga omnes» de la cosa juzgada, con los dos límites señalados, para la sentencia desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad, no siendo comprensible el por qué en la sentencia

¹⁵⁷⁶ Garrarena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos...opus cit.*

¹⁵⁷⁷ Elizalde y Aymerich, Pedro, *El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia*, en *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981, p. 861 y ss.

¹⁵⁷⁸ Desde luego, para Elizalde y Aymerich, Pedro, *El Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 861, esta situación no constituye obstáculo alguno para considerar que semejante atribución «incurre así en un evidente exceso respecto a la Constitución, que sólo atribuye efectos generales a las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley».

¹⁵⁷⁹ Para Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 108, la referencia al primer límite está relacionado «al mantenimiento de la identidad objetiva entre «res iudicata» y «res iudicanda», y es obvio que, junto al límite subjetivo inamovible, la variación en el objeto permitirá una desaparición de la sujeción, en la línea de los procesalistas analizados anteriormente».

¹⁵⁸⁰ El aporte central en la teoría de Elizalde y Aymerich, Pedro, *El Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 862, radica en el establecimiento de aquel «límite procesal» a través del cual, se busca reducir aún más los efectos de una cosa juzgada que entiende a la vez general y excesiva.

¹⁵⁸¹ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 108.

desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad, no se pueda aplicar el mismo razonamiento que para el pronunciamiento desestimatorio en vía del recurso. Sin duda, este tratamiento diferenciado al sistema de efectos de las sentencias constitucionales, derivará en una falta de armonía entre los efectos del pronunciamiento desestimatorio según éste lo sea del recurso o de la cuestión. V. gr. Se debe entender que mientras en el pronunciamiento desestimatorio en vía de recurso opera una eficacia «erga omnes», no sucede lo mismo cuando se trata de una sentencia desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad, pues en este, el efecto de cosa juzgada se limitará «al juez y a las partes de ese proceso»¹⁵⁸², y esto permitirá la posibilidad de volver a plantear otras cuestiones sucesivas, siendo estas necesarias para salvar el dinamismo de la jurisprudencia constitucional, gravemente amenazado por la dicción literal del artículo 38.1 de la LOTC¹⁵⁸³.

Habiendo atendido hasta aquí, una visión procesalista del sistema de efectos de las sentencias dictadas por parte del Tribunal Constitucional, conviene ahora, recordar y resaltar nuevamente, el aporte sobre el tema realizado por el profesor Garrorena Morales. La importancia de su obra, radica en la construcción de un nuevo razonamiento acerca de la fuerza «erga omnes» de las sentencias desestimatorias en general. Esta labor es asumida a través de un agudo análisis de los efectos del universo de sentencias del Tribunal Constitucional, a partir de la cual, advierte sobre la necesidad de concretar una dogmática del artículo 164 de la Constitución, a la que la concibe como «insuficiente», pese al transcurso de la praxis y experiencia jurisprudencial¹⁵⁸⁴.

La idea central que plantea Garrorena, es asignar a la eficacia de la cosa juzgada en general un carácter «obstativo», es decir, busca impedir la reiteración o sucesión de procesos idénticos. Y este su razonamiento, se complementa con otro, en el que sostiene categóricamente que, para todo tipo de procesos constitucionales es posible afirmar el valor de cosa juzgada. Esta finalidad es atribuible, no solamente por la prescripción constitucional contenida en el artículo 164 de la Constitución española, sino también, porque se entiende que es un elemento consustancial a la jurisdicción constitucional¹⁵⁸⁵, y por ello, sostiene que una dogmática sobre la eficacia de la cosa juzgada constitucional, no debiera asumir criterios estrictamente procesales, sino también, asumir las peculiaridades que adopta esta figura dentro del proceso constitucional¹⁵⁸⁶.

Partiendo de la afirmación, de que es precisamente en los pronunciamientos dictados al interior de un proceso de control de constitucionalidad, donde la eficacia de la cosa juzgada requiere de un tratamiento conceptual y dogmático que va más allá de la nomenclatura procesal, Garrorena sostiene también, que para el caso de los pronunciamientos desestimatorios en el control de leyes, éstos desprenderán también el efecto de la cosa juzgada, teniendo como fundamento que «la reiteración de procesos por el juez de la constitucionalidad

¹⁵⁸² Elizalde y Aymerich, Pedro, *El Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 879.

¹⁵⁸³ Para asumir semejante afirmación, Elizalde y Aymerich, Pedro, *El Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 878, propone «prescindir del art 38 LOTC e ir directamente al artículo 164 de la Constitución».

¹⁵⁸⁴ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 333.

¹⁵⁸⁵ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 338.

¹⁵⁸⁶ En efecto, Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 342, sostiene que es precisamente en el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley donde se produce «una modificación bastante profunda de las condiciones que definen en Derecho Procesal común a la cosa juzgada material».

debe tener un freno, y ese freno, en puro respeto a las categorías ya acuñadas, no puede ser otro que la cosa juzgada material»¹⁵⁸⁷.

Ahora bien, continuando con la matriz reflexiva de Garrorena, este autor, rechaza la posibilidad de considerar la existencia de límites subjetivos de la cosa juzgada que se puedan desprender de las sentencias desestimatorias. Desde luego, esta afirmación no es compartida por la doctrina mayoritaria, quienes consideran a esta posibilidad, como antitética con los postulados básicos de la jurisdicción constitucional. Frente a esta férrea oposición, Garrorena, antes que claudicar, reafirmará su postura, al señalar que la extensión subjetiva se deriva directamente de la generalidad de los destinatarios de la sentencia, y sólo de manera indirecta del carácter general de la norma enjuiciada¹⁵⁸⁸. En consecuencia, la eficacia de la cosa juzgada, cerrará la posibilidad de la reiteración de procesos idénticos «cualquiera que sea el supuesto (demandante o juez «a quo») que los inste»¹⁵⁸⁹, y con ella, se fomentará a empantanar el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.

Recapitulando, habiéndose negado la existencia de los límites subjetivos de las sentencias constitucionales, para el caso de la sentencia desestimatoria, ésta desprenderá un efecto vinculante y obstativo en relación al juez «a quo» que la propuso, viéndose plasmada de este modo, su carácter prejudicial. En lo concerniente al resto de la magistratura, éstos «deberán considerar impedido para el futuro el planteamiento ante el Tribunal Constitucional de cuestiones idénticas», excepto en aquellos supuestos en los que la reproponibilidad de la duda sobre la constitucionalidad de la norma se base «en la concreta causa de la modificación del sentido y alcance de la norma utilizada como parámetro». Y en lo referente al Tribunal Constitucional «se veda admitir en la misma vía solicitudes de procesos ya zanjados por él «salvo que se dé la misma circunstancia que se señaló para la magistratura»¹⁵⁹⁰.

Si bien el planteamiento de Garrorena, representa una situación extrema a las formulaciones doctrinales mayoritarias, será el mismo autor quien reconozca que su teoría admite dos excepciones o, como lo él los denomina la «retracción lógica del instituto»¹⁵⁹¹. Por un lado, a raíz de la interpretación de los artículos 28.2 y 38.2 de la LOTC, incide en el estudio sobre la compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, lo que le permitirá afirmar la existencia de una compatibilidad sustancial entre recurso y cuestión de inconstitucionalidad, que encuentra su fundamento en la naturaleza y fines de la cuestión de inconstitucionalidad, que se entiende representa una vía abierta a las exigencias que se derivan de la aplicación concreta del derecho¹⁵⁹².

Desde esta óptica, la incompatibilidad entre la cosa juzgada y la regulación prevista en la LOTC no serían ciertas. Esto es así, si se tiene en cuenta, que el aporte de Garrorena, no busca contrastar el sistema de efectos previstos en el artículo 164 de la Constitución con las disposiciones pertinentes sobre el tema, previstas en la LOTC. En ese sentido, para el autor, no habría disposición normativa que permita sostener fundadamente la exclusión de la cosa juzgada en los casos de repetición de acceso por la misma vía, y en consecuencia, en estos

¹⁵⁸⁷ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 344.

¹⁵⁸⁸ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 344 y 345.

¹⁵⁸⁹ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 345.

¹⁵⁹⁰ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 347.

¹⁵⁹¹ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 346.

¹⁵⁹² Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 346.

supuestos (recurso más recurso de inconstitucionalidad y cuestión más cuestión de inconstitucionalidad) el planteamiento de una idéntica duda constitucional¹⁵⁹³, sobre todo, si toma en cuenta que en este planteamiento se rechaza la existencia de los límites subjetivos de la «res iudicata», lo que a su vez, impediría al Tribunal Constitucional ingresar a conocer el fondo del asunto¹⁵⁹⁴. Avanzando en sus aportaciones, para Garrorena, otra «retracción del instituto», lo constituye la «no vinculación del Tribunal Constitucional a sus precedentes», y en base a este postulado, se entiende que será posible garantizar la evolución jurisprudencial. En otras palabras, con esta retracción se abre espacio al libre juego del principio de la reversibilidad de los precedentes judiciales, sin que ello implique repercutir en el ámbito de la eficacia de la cosa juzgada, esto es, si lo que se pretendía a través de la cosa juzgada, era evitar la repetición de procesos idénticos, a partir de la no vinculación se promoverá el normal desarrollo de la jurisprudencia constitucional. Luego, el objeto de la cosa juzgada y el de la aplicación de la regla del precedente no será el mismo, sobre todo si se deja por sentado que «la cosa juzgada material versa efectivamente sobre la norma ordinaria objeto del recurso, de la cual se afirma que ha revisado ya con firmeza su compatibilidad con la Constitución. La decisión del Tribunal que reconsidera su propia jurisprudencia recae, en cambio, sobre la regla constitucional, esto es, sobre la regla de Derecho utilizada para resolver tal recurso»¹⁵⁹⁵. Dada esta interpretación, se abre un margen para que el juez ordinario, en uso de sus legítimas

¹⁵⁹³ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 347.

¹⁵⁹⁴ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 347. Pero, para Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 117, en atención a la determinación específica de los límites de la cosa juzgada, discrepa con el razonamiento sostenido por Garrorena, sobre todo si se toma en cuenta que, en la actualidad, el entendimiento doctrinal y jurisprudencial desprendido de los artículos 28.2 y 38.2 de la LOTC consagran, un sistema de compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Pero además, no parece del todo exacto entender esta compatibilidad como una «retracción» de la cosa juzgada para el caso. Por ello, se entiende que esta conclusión requiere de una demostración acerca de su entendimiento, cosa que al no ser una consecuencia necesaria, sólo podrá ser tenida vía interpretación jurisprudencial. El autor recalca también, que en principio es lógicamente posible que se permita una cuestión de inconstitucionalidad tras un recurso de inconstitucionalidad y que a la vez subsista una posible cosa juzgada que, como siempre, deberá apreciar el Alto Tribunal. Pero esta «doble compatibilidad» entre la cosa juzgada y la regulación legal y entre recurso y cuestión de inconstitucionalidad, tiene que partir de un concepto de cosa juzgada que lo permita. Por lo mismo, aceptar la existencia de una supuesta eficacia «erga omnes» del «giudicato» implica lógicamente que, consolidada la fórmula de la posibilidad del recurso y la cuestión sucesiva, ésta deba necesariamente configurarse como regla legal que excluye la cosa juzgada en este supuesto. Empero, esta excepción al sistema de efectos que se desprende del artículo 164 de la Constitución española, así como del 38.1 de la LOTC debe asumirse conscientemente como consecuencia directa de una concepción «erga omnes» de la cosa juzgada. Sin embargo, de la *ratio decidendi* de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no parece posible extraer una aceptación expresa del conocimiento de «dudas constitucionales» iguales, vía cuestión de inconstitucionalidad tras el recurso de inconstitucionalidad, por lo que puede resultar más adecuado a la regulación constitucional, una determinación subjetiva del instituto que permita su subsistencia aún dentro del marco de la compatibilidad entre recurso y cuestión.

¹⁵⁹⁵ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 349. En ese sentido, para Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 114–115, la actuación del principio de reversibilidad, o no vinculación, es un indicio claro de que la norma–parámetro se ha transformado, y por ello de que es posible abrir un nuevo proceso. En definitiva, el principio expresa la posibilidad de un cambio de parámetro que disuelve la identidad objetiva entre «res iudicata» y «res iudicanda», o, como expresivamente señala el autor, el proceso se celebra «porque este proceso (...) no se ha celebrado nunca antes de ahora». Es esta vía de cambio la que permitiría la admisión de una cuestión tras una sentencia desestimatoria de otra cuestión de inconstitucionalidad anterior sobre la misma norma (o bien de dos improbables recursos de inconstitucionalidad sucesivos) sin por ello significar que no rija para estos supuestos el efecto de la cosa juzgada.

facultades, pueda volver a elevar la cuestión de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional podría admitirla a trámite¹⁵⁹⁶.

En efecto, la consideración de la eficacia de la vinculación como un elemento consustancial a la eficacia de la cosa juzgada, en el razonamiento de Garrorena, afecta también al propio Tribunal Constitucional. Por ello, el autor llama a reflexionar sobre una omisión no menor por parte de la doctrina, en cuanto no se tuvo en cuenta que uno de los efectos inmediatos de la cosa juzgada, es la vinculación que en primer lugar opera en relación al propio Tribunal Constitucional, sobre aquella norma juzgada o por juzgar¹⁵⁹⁷.

Lo que llama la atención en el planteamiento de Garrorena, y lo que le permite canalizar la posibilidad de la reproponibilidad de la duda sobre la constitucionalidad de la ley, radica en la movilidad del parámetro constitucional, a partir de la cual, será viable distinguir entre la «res iudicata» y la «res iudicanda». Ergo, dada la posibilidad del cambio de parámetro constitucional como elemento «objetivo» y «externo», es plenamente válido entender la no producción de la cosa juzgada, y dejar abierta la posibilidad para que el Tribunal Constitucional ingrese a conocer del asunto. En ese sentido, cuando Garrorena se refiere a que el Tribunal no se halla vinculado al precedente, lo que pretende es enmarcar constitucionalmente, y en términos más o menos jurídicos, la innegable capacidad del Tribunal para modificar el propio parámetro. Sin embargo, si bien este razonamiento podría responder cabalmente a la lógica planteada por el autor, empero, para Martín de la Vega, también resulta complicado el «no reconocer la existencia de una obligación jurídica para el Tribunal Constitucional en base al efecto de cosa juzgada, y su capacidad simultánea para en cierto modo alterar él mismo el parámetro constitucional, y por lo tanto el límite objetivo y, al fin, la propia existencia de ese efecto al que se le dice vinculado, relativiza cualquier construcción doctrinal sobre la efectividad de la vinculación del instituto»¹⁵⁹⁸.

Asimismo, para Martín de la Vega, no puede olvidarse que la existencia de una cosa juzgada «erga omnes» resulta desde ya, una excepción al régimen general de la figura, tal como se la entiende en su vertiente procesal, por lo que al conceder a la sentencia desestimatoria tamaño ámbito subjetivo, significa rebasar el «mínimo respeto al Derecho Procesal» que el Derecho Procesal Constitucional debe guardar. Si bien la incidencia de las críticas que se le hicieron a la eficacia de la cosa juzgada, radican en que con la misma se contribuía a la «petrificación» de la jurisprudencia constitucional, no menos cierto es, que la misma es absuelto

¹⁵⁹⁶ Por ello, Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 115, reconoce el aporte de Garrorena, en cuanto contribuye a «desbrozar» el ya amplio y confuso panorama doctrinal sobre el efecto de cosa juzgada en las sentencias constitucionales, siendo desprendibles dos consecuencias lógicas de este planteamiento. Por un lado, se tiene a la reafirmación de la validez del concepto para describir la eficacia de los pronunciamientos; y por el otro, la importancia que adquiere su significado en un momento en que empiezan a predominar las voces que cuestionan la existencia de la cosa juzgada en el proceso constitucional. La referencia a la necesidad de tener en cuenta un ordenamiento que por dos veces, y una a nivel constitucional, consagra expresamente la figura, se enlaza sólidamente con la consideración de la idoneidad de su finalidad, la prohibición de repetición de procesos idénticos, en el marco de la jurisdicción constitucional.

¹⁵⁹⁷ Es en este contexto en el que Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 116, encuentra plena justificación a las continuas referencias de Garrorena al carácter «no potestativo» del conocimiento de la causa por el Alto Tribunal. Y por ello, coincide con él en que si el efecto de cosa juzgada se da, mucho más si se tiene en cuenta que, en este razonamiento, el Tribunal Constitucional es la única y permanente instancia afectada, el órgano no puede jurídicamente entrar a conocer.

¹⁵⁹⁸ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 117.

en el planteamiento de Garrorena, en base a la previsión legal de la compatibilidad entre recurso de inconstitucionalidad/cuestión de inconstitucionalidad y el principio de no vinculación del Tribunal a sus propios precedentes. Sin embargo, el planteamiento también merece una observación, en tanto se requiere demostrar la razón de la excepcionalidad de un efecto que no encuentra más apoyo que la ambigua regulación normativa desprendible de los artículos 164 de la Constitución y 38.1 de la LOTC, y con ello, la necesidad de justificar en la «generalidad» de los destinatarios de la decisión. Amén de estas observaciones, tampoco queda claro el fundamento que permite ampliar la eficacia general de una norma, que habiendo sido sometido al juicio de constitucionalidad, no fue anulada, pero no por ello, deja de desprender la eficacia «erga omnes» de la cosa juzgada, en relación a quienes no fueron parte del proceso constitucional. Por ello mismo, para Martín de la Vega, existe la imperiosa necesidad de invertir los términos, para hallar un principio que justifique esto que viene a significar una excepción al régimen casi «consustancial» del instituto de la cosa juzgada. Y dicha justificación no se hará esperar, en tanto se entienda desde la doctrina, que la justificación deviene de una genérica utilidad de la extensión en relación con los fines propios de la cosa juzgada, estos son: la prohibición de repetición, y estar en consonancia con las especiales características del control de leyes, aunque claro está, hallar esa utilidad no es una labor fácil¹⁵⁹⁹. El primer obstáculo con el que se tropezaría, está relacionado con la vinculación del Tribunal a su precedente, aunque por otra parte, también es posible entender que esta vinculación, viene a representar el elemento consustancial al concepto de la res iudicata, así como en el monopolio sobre el control de las leyes que ejerce el Tribunal Constitucional. Una lógica derivación de estas dos variables, permitirán atender una «concreción del funcionamiento real del instituto, por lo que el objetivo se conseguiría con sólo aceptar el efecto de cosa juzgada, sean cuales fueren los límites subjetivos que se le quieran reconocer»¹⁶⁰⁰. A su vez, otro de los obstáculos que se desprende del planteamiento de Garrorena, está relacionada con que la extensión de la eficacia, también afectaría al juez del proceso «a quo», quien se encontrará vinculado, ya sea como consecuencia de una cuestión preclusiva o como consecuencia de la vis expansiva de la cosa juzgada, aspectos estos que se entienden, no pueden dejar de lado la prescripción del artículo 38.3 de la LOTC. Desde luego, el elemento que más problemas desencadena aún, es la referida a la vinculación que ejerce la determinación asumida por el Tribunal en relación al resto de los jueces. Sin duda, este supuesto implica la única justificación posible a tal excepcional extensión del límite subjetivo de la cosa juzgada¹⁶⁰¹. En respuesta a este planteamiento, se entiende que es mejor desenvolvemos en el ámbito de otros efectos de la sentencia mucho más relacionados con la labor hermenéutica de la Constitución y de la ley, que la decisión sobre la proposición de la cuestión de inconstitucionalidad implica¹⁶⁰².

Ahora bien, si lo que se pretende es que el juez ordinario se encuentre impedido de proponer la cuestión de inconstitucionalidad, mientras éste «no aprecie que se ha producido un

¹⁵⁹⁹ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 119.

¹⁶⁰⁰ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 119.

¹⁶⁰¹ Para Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 119, la sujeción en términos de «giudicato» de un juez, extraño al primer proceso, y que debe decidir la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal, supone, una difícil equiparación con la situación en que se encuentra el juez que resuelve una cuestión prejudicial devolutiva, y ni aún en esta situación se admite siempre tal vinculación en términos teóricos de cosa juzgada.

¹⁶⁰² Aunque para Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 119, no puede olvidarse tampoco que, ante un efecto tan «extraordinario» en un juicio no incidentalmente prejudicial, la expresa mención del artículo 38.3 tan sólo al juez «a quo» no parece añadir argumentos a favor de una posible vinculación de «res iudicata» frente al resto de los jueces.

cambio de circunstancias suficientes para modificar el sentido y el alcance de la norma constitucional utilizada como parámetro»¹⁶⁰³, con ello, lo que se está haciendo, es asumir «que la modificación del campo normativo infraconstitucional, cuya apreciación correspondería en exclusiva aquí al juez ordinario, podría suponer en buena lógica una mutación en el sentido de la ley objeto del juicio anterior, e implicar en consecuencia una falta de identidad entre «res iudicata» y «res iudicanda»», a partir de este presupuesto, se abriría la posibilidad de permitir el replanteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o, al menos, serviría como fundamento para que el juez «a quo» elevara su duda acerca de la constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional»¹⁶⁰⁴.

Si acaso sirve como punto de reflexión, debemos comprender acerca de la necesidad de una configuración del efecto de las sentencias que no traspole el núcleo conceptual del instituto, pero que sí nos permita hacer compatible la reproponibilidad de recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, y encontrando un mayor equilibrio entre prohibición de repetición y apertura a la evolución jurisprudencial. En definitiva, para Martín de la Vega, es necesario que se lleve adelante un proceso de explicación dogmática a partir del cual «se entienda por qué con determinados límites el juez ordinario puede replantear la duda constitucional, dentro de su genérica vinculación a la jurisprudencia constitucional, y por qué, en caso de considerar que existe identidad, el Tribunal Constitucional debe rechazar entrar a conocer del asunto al estar impedido para ello por el efecto de cosa juzgada de la sentencia anterior»¹⁶⁰⁵.

Las reflexiones acerca de la necesidad de contar con una configuración de los efectos de las sentencias constitucionales, también son aspectos que atañen a la realidad normativa y jurisprudencial constitucional boliviana. Sobre todo, en lo concerniente a la construcción de un núcleo conceptual del instituto, a partir del cual sea posible erigir un equilibrio entre la prohibición de repetición de las vías de impugnación de la ley, y la apertura a la evolución jurisprudencial. Dicho de otro modo, la cuestión de la compatibilidad acerca de la reproponibilidad de la acción abstracta y la acción concreta de inconstitucionalidad, es un elemento poco difundido y tratado desde la doctrina y la jurisprudencia del TCPB. En este escenario, cobra particular importancia la reflexión realizada por el profesor Martín de la Vega, en relación a la necesidad de desarrollar desde el marco normativo constitucional y legal, un proceso de explicación dogmática, que permita comprender «por qué con determinados límites el juez ordinario puede replantear la duda constitucional, dentro de su genérica vinculación a la jurisprudencia constitucional, y por qué, en caso de considerar que existe identidad, el Tribunal Constitucional debe rechazar entrar a conocer del asunto al estar impedido para ello por el efecto de cosa juzgada de la sentencia anterior».¹⁶⁰⁶

En efecto, de una lectura realizada al artículo 203 de la CPEP, que prevé: «Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.», Garrorena asumiría que la Constitución boliviana asignó a las sentencias del TCPB la eficacia de la cosa juzgada constitucional dotada de un carácter «obstativo», que impediría la reiteración o sucesión de procesos idénticos. Desde luego, para Garrorena, esta característica de la cosa

¹⁶⁰³ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 119.

¹⁶⁰⁴ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 120.

¹⁶⁰⁵ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 120 – 121.

¹⁶⁰⁶ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 120 – 121.

juzgada constitucional prevista en la Constitución boliviana, no sería un factor extraño, sino al contrario, se trataría de un elemento consustancial a la jurisdicción constitucional¹⁶⁰⁷, aunque repararía en señalar, que una dogmática sobre la eficacia de la cosa juzgada constitucional, no tendría por qué guiarse bajo parámetros estrictamente procesales, cuando de por medio debían tomarse en cuenta las particularidades que adopta esta figura dentro del proceso constitucional. En ese sentido, si bien es cierto que la cláusula constitucional precitada refleja el carácter de la eficacia de la cosa juzgada para la generalidad de los pronunciamientos del TCPB, y con ello, la incompatibilidad absoluta entre las vías de impugnación de la inconstitucionalidad y su reproponibilidad, no menos cierto es, que el legislador ha insertado en el marco de las leyes de desarrollo de la Norma Fundamental, un abanico de posibilidades que distan mucho del canon constitucional.

Así, de este modo, no puede dejarse de lado, que el artículo 14 (Sentencias con calidad de cosa juzgada) del CPC, al establecer que «La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma del ordenamiento jurídico, no dará lugar a la revisión de sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, ni a la revisión de los actos realizados con la norma cuando se presumía constitucional», cierra aquel espectro general con el que la Constitución dota de la eficacia de la cosa juzgada a todas las sentencias del TCPB, sin distinción alguna. Luego, en la regulación del artículo 14 del CPC, la eficacia de la cosa juzgada sólo es predicable de los pronunciamientos estimatorios de la inconstitucionalidad, más no así para las sentencias que desestiman la inconstitucionalidad de la norma impugnada. A partir de esta constatación, la reproponibilidad de la acción de inconstitucionalidad abstracta o concreta en la misma vía, sería –en principio–, viable. Por lo mismo, la compatibilidad entre la acción de inconstitucionalidad abstracta y la concreta devendría como una alternativa más que corriente, luego de que a través de una primera acción de inconstitucionalidad abstracta, el TCPB desestimara la inconstitucionalidad, quedaría abierta de posibilidad de volver a impugnar la norma a través de la cuestión de inconstitucionalidad concreta.

Prosiguiendo con el estudio de las disposiciones del CPC, es necesario referirnos ahora a los artículos 15 (Carácter obligatorio, vinculante y valor jurisprudencial de las sentencias) y 78 (Efectos de la sentencia) El primer artículo prevé, en su párrafo I, que «Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional; excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos que tienen efecto general». Asimismo, el párrafo II, establece que «Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares». En lo que concierne al segundo artículo, el mismo establece en su párrafo II, núm. 1, que «La constitucionalidad de una norma contenida en una Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial, hace improcedente una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, siempre y cuando se trate del mismo objeto o causa y se argumente los mismos preceptos constitucionales impugnados». Luego, el núm. 2, del precitado artículo establece que, «La inconstitucionalidad de una norma tendrá valor de cosa juzgada y sus fundamentos jurídicos serán de carácter vinculante y general.» Ahora bien, si conjugamos el contenido de estas disposiciones, podremos proponer algunos lineamientos en cuanto al contenido y alcance de la

¹⁶⁰⁷ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 338.

eficacia de la cosa juzgada y la posibilidad de la repropionibilidad de la acción de inconstitucionalidad.

De este modo, si se toma en cuenta la primera parte del artículo 78.II.2 del CPC, se ratifica la aseveración realizada a partir de la lectura hecha al artículo 14 del CPC, esto es, que la eficacia de la cosa juzgada sólo es predicable de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, más no así de las sentencias desestimatorias, como pareció desprenderse a través de una lectura del artículo 203 de la CPEP. Por lo mismo, nada impediría que luego de dictarse una sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad, pueda volver a plantearse una nueva acción de inconstitucionalidad, siempre y cuando, en atención a la previsión del artículo 78.II.1, no se trate del mismo objeto, causa, o que no se argumenten los mismos preceptos constitucionales impugnados. Adviértase de este modo, que el artículo 78.II.1, no exige la diferenciación en la identidad del sujeto, por lo que en principio, la norma no establecería ningún límite subjetivo a la cosa juzgada constitucional en las SSCC¹⁶⁰⁸, es decir, la misma persona que activó la acción de inconstitucionalidad abstracta, fundado en un nuevo objeto, causa, y presentando un argumento distinto del precepto constitucional impugnado, bien podría replantear el juicio de constitucionalidad, ya sea en la misma vía o a través de la acción de inconstitucionalidad concreta. Aplicando el razonamiento de Schlaich, en consecuencia, al desprenderse del pronunciamiento desestimatorio la eficacia de la «fuerza de ley», sería lógico entender que, la cosa juzgada, solamente operará en relación a quienes fueron parte en el proceso. Por lo mismo, en aquellos casos en los que se presenten nuevos elementos fácticos, la transformación en el Derecho, o en las condiciones jurídicas generales, estos conllevarán inevitablemente a que la identidad entre *res indicata* y *res iudicanda* desaparezca, y a través de ella, el efecto impeditivo del iudicato¹⁶⁰⁹ también. Sin embargo, si se toma en cuenta el párrafo I del artículo 15 del CPC, esta disposición ingresaría en contradicción con el artículo 78.II.1, al introducir un límite subjetivo en la dimensión de la cosa juzgada. Es decir, el párrafo I del artículo 15, al señalar que la sentencia constitucional –independientemente de su naturaleza– es de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional, la eficacia de la cosa juzgada sólo tendría que alcanzar a las partes en concreto, más no así a terceros ajenos al mismo. Sin embargo, al establecerse la excepción, esto es, que las sentencias dictadas en las acciones de inconstitucionalidad tienen efecto general, esto cambia radicalmente la comprensión inicial a la que se hacía referencia, es decir, la desestimación de una acción de inconstitucionalidad, no sólo vincularía a las partes, sino también a todos, a través de la eficacia «erga omnes». Luego, a partir de este límite subjetivo general, la eficacia de la cosa juzgada impediría volver a impugnar la norma declarada constitucional por el TCPB. Acá se aplicaría la lógica planteada por Pestalozza, para quien la eficacia de la cosa juzgada también sería desprendible de la sentencia desestimatoria, y como tal, sería predicable «frente al Tribunal Constitucional, a jueces posteriores y frente a terceros en el sentido de que la decisión que los vincula tiene carácter decisivo o definitivo»¹⁶¹⁰. Desde luego, nuestra postura discrepa con el planteamiento de Pestalozza, y comulga con el criterio doctrinal mayoritario representado por Schlaich, que entiende la admisión de una «obligación general» de las sentencias sobre normas como elemento de la cosa juzgada es innecesaria, ya que esta eficacia se activa a través de su

¹⁶⁰⁸ Ya Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 342, en uno de sus razonamientos, rechaza la posibilidad de considerar la existencia de límites subjetivos de cosa juzgada que se puedan desprender de las sentencias desestimatorias.

¹⁶⁰⁹ Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgerichts...opus cit.*, p. 273.

¹⁶¹⁰ Pestalozza, C., *Verfassungsprozessrecht...opus cit.*, p. 307

«fuerza de ley»¹⁶¹¹. Por otro lado, el legislador, al prever en el artículo 15, con carácter general, que las sentencias dictadas en las acciones de inconstitucionalidad, tienen efecto general, no tomó en cuenta, la diferencia en cuanto a la naturaleza y finalidad de las acciones de inconstitucionalidad. En efecto, mientras en el juicio de constitucionalidad abstracto, el Tribunal busca desprender una eficacia general, en el juicio de constitucionalidad concreto, se entiende representa una vía abierta a las exigencias que se derivan de la aplicación concreta del derecho¹⁶¹², por lo mismo, la posibilidad de reproponibilidad, debió limitarse sólo para el caso de las sentencias dictadas al interior de una acción de inconstitucionalidad concreta, y no así abstracta.

Ahora bien, un segundo punto de reflexión, pasa por analizar nuevamente el artículo 78.II.1 del CPC. Como se conoce, dicha disposición, al prever que la sentencia que declare la constitucionalidad de una norma contenida en una Ley, hace improcedente una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, siempre y cuando se trate del mismo objeto o causa y se argumente los mismos preceptos constitucionales impugnados, nos permite entender, a la luz del razonamiento de Garrorena, que la posibilidad de la reproponibilidad de la duda sobre la constitucionalidad de la ley, podía hacerse efectiva, siempre y cuando, cambie no sólo la identidad del objeto y la causa, sino sobre todo, el parámetro constitucional, a partir de la cual, es viable distinguir entre la «res iudicata» y la «res iudicanda». A mayor explicación, al admitirse la posibilidad del cambio de parámetro constitucional como elemento «objetivo» de la cosa juzgada, luego resulta plenamente válido entender la no producción de la cosa juzgada, y dejar abierta la posibilidad para que el Tribunal Constitucional boliviano ingrese a conocer del asunto.

Empero, si el TCPB emite un pronunciamiento desestimatorio de la inconstitucionalidad, el fallo no contiene a los motivos o razones jurídicas que impulsaron al Tribunal a desestimar la misma. La valoración de la interpretación formulada por el recurrente tanto de la norma constitucional como legal, y la realizada por el propio Tribunal que fundamentó su fallo, se encuentran contemplados dentro de los fundamentos de la sentencia, sobre el cual, el artículo 15.II del CPC establece: «Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares.» luego, la interpretación tanto de la ley como de la Constitución, que hace constitucional a la primera en relación a la última, al vincular no sólo a los Órganos de poder del Estado, sino también a los particulares, impediría replantear la acción de inconstitucionalidad fundado en otra interpretación distinta de la sostenida por el Tribunal, y desde esta perspectiva contrastante con el TCPB, en esta nueva interpretación, la norma devendría como inconstitucional.

Compartiendo el planteamiento de Martín de la Vega, lo lógico sería aplicar, para el caso boliviano, el principio de la reversibilidad, o no vinculación de los fundamentos hacia las partes, a partir de los cuales, se entendería que la norma – parámetro (Constitución) se ha transformado, y partir de ello, debía entenderse posible abrir un nuevo proceso. En

¹⁶¹¹ Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgerichts...opus cit.*, p. 274.

¹⁶¹² Por ello, el artículo 164.1 de la CE, preveía, «Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.»

consecuencia, estos principios harían viable la posibilidad de un cambio en el parámetro, a partir del cual, se disolvería la identidad objetiva entre «res iudicata» y «res iudicanda»¹⁶¹³, o, como manifiesta el profesor español, el nuevo proceso no vendría a constituir un replanteamiento como tal de la norma impugnada, sino uno completamente nuevo. En esta perspectiva, es esta vía de cambio la que haría viable la admisión de una acción de inconstitucionalidad concreta tras una sentencia desestimatoria de otra acción de constitucionalidad abstracta, sin que ello implique la infracción al efecto de la cosa juzgada constitucional. En esta misma dimensión, cabe cuestionarse también ahora, si la vinculación de los razonamientos jurídicos alcanza también al propio TCPB. La norma señala la vinculación hacia los «tribunales», sin embargo, queremos entender que se está haciendo referencia a los tribunales ordinarios, más no así, tomar también entre ellos, al TCPB. Siguiendo en la línea de razonamiento de Garrorena, afirmar que el Tribunal no se halla vinculado al precedente, implica ratificar la innegable capacidad del Tribunal para modificar el propio parámetro¹⁶¹⁴. Un razonamiento contrario, como lo sostendría Martín de la Vega, equivaldría a desconocer la capacidad del TCPB de buscar un equilibrio entre la eficacia de la cosa juzgada, y su capacidad simultánea para alterar él mismo, el parámetro constitucional, y por lo tanto el límite objetivo y, al fin, la propia existencia de ese efecto al que se le dice vinculado.¹⁶¹⁵

Por lo mismo, a fin de ensayar algunas ecuaciones acerca de los límites subjetivos de la cosa juzgada constitucional en Bolivia, consideramos oportuno aplicar el razonamiento formulado por el profesor Martín de la Vega, quien con la claridad que lo caracteriza, sostiene que los límites subjetivos de la cosa juzgada, no necesariamente tendrían que constituirse en un límite absoluto en el sistema de control constitucional, más aún si se asume sus particularidades ha momento de determinar las identidades que hacen a la eficacia de la cosa juzgada. Sobre todo, si se toma en cuenta la acción de inconstitucionalidad abstracta, en la que los que cuentan con la legitimación procesal son los mismos sujetos procesales¹⁶¹⁶. En ese sentido, cabe preguntarse si ante la posible intervención de cualquiera de los sujetos legitimados en una acción de inconstitucionalidad concreta¹⁶¹⁷, posterior a la sustanciación de una acción de inconstitucionalidad abstracta, implica una modificación del ámbito subjetivo, o lo que es lo mismo, nos preguntamos si en el supuesto, habrá operado un cambio en la identidad de los sujetos¹⁶¹⁸. Si la respuesta inmediata a este cuestionamiento fuera un no, la situación se vería agravada desde la perspectiva de Martín del Vega, en tanto que «si una ligera variación en los participantes posteriores no parece cambiar en forma sustancial una cosa juzgada ya delimitada objetivamente, el hecho de que el Tribunal Constitucional sea único en su orden corrobora, y oscurece aún más el razonamiento»¹⁶¹⁹. Para poder salir de este límite absoluto, que impediría

¹⁶¹³ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 114.

¹⁶¹⁴ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 343.

¹⁶¹⁵ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 116.

¹⁶¹⁶ El artículo 74 (Legitimación activa), establece que «Están legitimadas y legitimados para interponer la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta, la Presidenta o Presidente del Estado Plurinacional, cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional o de los Órganos Legislativos de las Entidades Territoriales Autónomas, las máximas autoridades ejecutivas de las Entidades Territoriales Autónomas, así como la Defensora o el Defensor del Pueblo.»

¹⁶¹⁷ El artículo 79 (Legitimación activa) sostiene que «Tienen legitimación activa para interponer Acción de Inconstitucionalidad Concreta, la Jueza, Juez, Tribunal o Autoridad Administrativa que, de oficio o a instancia de una de las partes, entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo, depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción.»

¹⁶¹⁸ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 165.

¹⁶¹⁹ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 165.

el replanteamiento de la duda de constitucionalidad, Garrorena propone construir un tratamiento relativizado del límite subjetivo. Para tal fin, propone diferenciar la vinculación del TCPB a la cosa juzgada que le impediría jurídicamente conocer de un problema de constitucionalidad idéntico, en tanto considere que lo es; de aquella vinculación del Tribunal Constitucional no sujeta a sus precedentes. Este último aspecto, es el que ha sido asumido por la doctrina alemana al negar cualquier *autovinculación* absoluta del Tribunal en el ámbito de la «*Bindungswirkung*». Desde esta perspectiva, el juez que plantea la acción de inconstitucionalidad concreta, no tendría por qué ser considerado como parte del proceso. Lo contrario, como ya se dijo, implicaría sostener, que el cambio en la identidad del juez que eleva la cuestión, o de quienes fueron parte en el juicio a quo, no desvirtuaría la identidad subjetiva de la cosa juzgada y con ello, el Tribunal se encontraría imposibilitado de volver a conocer de una duda «objetivamente» idéntica. Sin duda, Como lo sostuviera Bocanegra Sierra, de aplicarse esta interpretación, se estaría cerrando en el caso boliviano, cualquier posibilidad de plantear la acción de inconstitucionalidad concreta luego del dictado de un pronunciamiento desestimatorio de una acción de inconstitucionalidad abstracta¹⁶²⁰. En ese sentido, consideramos innecesaria la aplicación de la dimensión subjetiva de la cosa juzgada desde la perspectiva alemana, pues consideramos injustificado reconocer a la eficacia de la cosa juzgada, una extensión *erga omnes*.

Recapitulando, del esbozo conceptual tratado, se puede llegar a concluir que, nos encontramos frente a la construcción dogmática sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada no del todo completa. Esto es así, si se tiene en cuenta que, cuando se hace referencia a los pronunciamientos estimatorios de la inconstitucionalidad, se hace alusión también, a los efectos generales, que dentro del razonamiento estudiado, implica sostener una cosa juzgada privada de límites subjetivos, o en otras palabras, prevista de límites subjetivos «*erga omnes*». Sin duda, esta relación entre la eficacia general y los límites subjetivos «*erga omnes*» de la cosa juzgada, como se tuvo oportunidad de observar, conllevan un grave riesgo, cual es, el de dificultar la comprensión sobre su significado en la regulación constitucional de estos efectos generales, máxime, cuando de la dimensión jurídico – material de la sentencia se refiere. Pero además, esta relación no sólo oscurece la comprensión acerca del concepto, sino también, técnicamente resulta estéril. Amén de estas apreciaciones, por otro lado, es oportuno resaltar también, que el planteamiento de referencia, si bien refleja la concepción mayoritaria sobre el tema, sin embargo, ésta no es unánime, lo que no quiere decir que la diferenciación entre efectos jurídico – materiales de anulación, y por tanto «*erga omnes*» si se trata de una norma general, y límites subjetivos de la cosa juzgada «*inter partes*» en este tipo de sentencias, no resulte de utilidad ha momento de tratar –entre otros aspectos–, el relacionado a la cosa juzgada en las sentencias estimatorias que no contemplen la nulidad de la norma¹⁶²¹. A partir de estas explicaciones, se arriba al núcleo central del planteamiento estudiado. Esto es, si se tiene en cuenta que la posibilidad de revisión jurisprudencial será viable en la práctica, por el

¹⁶²⁰ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 262.

¹⁶²¹ Empero, para Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 119, es sin embargo, en el campo de la sentencia desestimatoria donde los límites subjetivos del efecto de cosa juzgada se convierten «indicativos» de una cierta indefinición de fondo sobre el concepto de «juicio constitucional». Por ello se afirma que no sólo el resto de los ciudadanos, sino el propio juez que elevó la cuestión de inconstitucionalidad podría, si las partes del juicio «a quo» son distintas, elevar de nuevo la cuestión, aunque «otra cosa es, como también se ha anotado, que el Tribunal Constitucional puede no admitirlas a trámite por notoriamente infundadas (artículo 37 LOTC)». En definitiva el Alto Tribunal podrá admitir o no la cuestión, pero no se encontrará sujeto a la obligación jurídica de rechazar la misma por existir una excepción de cosa juzgada.

planteamiento de cuestiones sucesivas a un recurso o a una primera cuestión, esto hará que la delimitación subjetiva del efecto de cosa juzgada a las partes del juicio «a quo» en la cuestión permita el replanteamiento de la duda constitucional. Empero, con ello bastará con que se suscite un mero cambio en la identidad de los legitimados en un concreto juicio ordinario para deshacer la identidad subjetiva de la cosa juzgada constitucional y, en consecuencia, anular así su eficacia, aun cuando permanezca la identidad objetiva entre «res iudicata» y «res iudicanda». Y he aquí, el curioso supuesto en el que, al plantearse una nueva cuestión de inconstitucionalidad sobre una duda idéntica, ésta sea aceptada por el Tribunal Constitucional, que no está obligado a rechazarla, puesto que no concurre la identidad subjetiva, y así, se permite la apertura al trámite de alegaciones donde las «partes» de este juicio «ad quem» sean exactamente idénticas a las «partes» del primer juicio que terminó con un pronunciamiento desestimatorio del recurso, o de la primera cuestión. Así, desde ya, con la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad por alguien que, sin duda alguna no forma parte del juicio «ad quem», puede provocar, en el entendimiento de este planteamiento, una reiteración del juicio, donde el límite objetivo y las partes procesales, que deben constituir en buena lógica el límite subjetivo, sean exactamente idénticas. Y todo ello por la identificación entre juicio «ad quem» y juicio «a quo», entre «juicio constitucional» y posibilidad de elevar la duda de inconstitucionalidad.

2.4. La posición y relacionamiento del Tribunal Constitucional en el paradigma del Estado de Derecho: Un análisis desde el sistema de efectos de las Sentencias Constitucionales.

Partamos recordando la aguda reflexión hecha sobre el tema por el profesor Martín de la Vega, para quien el sistema de efectos de la sentencia constitucional, no representa desde ningún punto de vista, un tema menor dentro de lo que hace a la teoría del control de constitucionalidad de las leyes¹⁶²². En efecto, el estudio sobre la eficacia de las sentencias constitucionales, viene a constituirse en uno de los elementos centrales ha momento de dimensionar la capacidad con la que cuenta el Tribunal para cumplir sus funciones constitucionales, así como también, para determinar con precisión el «estatus» que adquiere esta instancia «ad hoc» dentro del esquema de los órganos de poder y, en consecuencia, dentro del sistema político en el que se desenvuelve. Para tal efecto, es necesario realizar un estudio que nos permita caer en cuenta acerca del grado de vinculación que se desprenden de sus decisiones, así como de la construcción de aquella compleja y hasta controversial tipología de sentencias, que le permitieron al Tribunal Constitucional, posicionarse dentro del concierto Estatal, y articular su relacionamiento con los órganos de poder del Estado, al ejecutar aquello que dentro de la nomenclatura constitucional se ha llegado a denominar como una «política constitucional», que dicho sea de paso, en algunos casos, ayudó a legitimar a esta institución, y en otros, sólo contribuyó a su desinstitucionalización, dada su excesiva incursión en el activismo político¹⁶²³.

¹⁶²² Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 125.

¹⁶²³ Como se tuvo oportunidad de ver en el capítulo anterior, es este el caso de Bolivia, donde los pronunciamientos constitucionales asumidos por el Tribunal, en un principio, sirvieron para legitimar su «status» como guardián de la Constitución y, en consecuencia, del cumplimiento de los derechos fundamentales. Sin embargo, en el último tiempo, su deber lo llevó a conocer de cuestiones cuyas implicancias políticas advertían desde ya, un desenlace fatal para la institucionalidad del Tribunal, que no tardó en concretarse con la parálisis de la misma como institución, a raíz de una renuncia colectiva por parte de los Magistrados del Tribunal, como único mecanismo frente a las amenazas de procesamientos contra dichos personeros por parte del Gobierno de turno.

Ahora bien, para asumir un estudio sobre la eficacia del pronunciamiento constitucional, es necesario tener en cuenta que, como bien lo advirtiera Cascajo Castro¹⁶²⁴, no resulta una labor sencilla el pretender construir una dogmática sobre el valor de la sentencia constitucional, y más aún, cuando se pretende desarrollar un análisis de dicha eficacia desde la perspectiva comparada. Así lo entiende Biscaretti, para quien un estudio sobre la justicia constitucional, debe ser cuidadosa de no sobreponer o forzar la aplicación de instituciones y principios propios de un ordenamiento hacia otro.¹⁶²⁵ Complementando este razonamiento, De Vergottini, explica que los modelos de justicia constitucional responden a un determinado paradigma de sistema y, responden por tanto, a una lógica propia, sin embargo, este dato no siempre es tomado en cuenta por quienes pretenden aplicar principios y categorías del derecho positivo, que no necesariamente deben entenderse como la determinación de reglas jurídicas comunes al fenómeno del control de constitucionalidad de las leyes¹⁶²⁶. Salvando estas precisiones, desde luego, en este escenario, la determinación precisa del sistema de efectos de las sentencias constitucionales, estará condicionada a las concretas decisiones que asuma el Tribunal, y, como ya lo advirtiera oportunamente Garrorena, la determinación final del sistema de efectos de las sentencias constitucionales, no depende tanto de la prescripción normativa de éste, sino más bien, de una variable controvertida desde cualquier enfoque, es decir, de la vinculación que las decisiones asumidas por el Tribunal puedan desprender en relación a los demás poderes, es decir, «...su efectividad (...) en el plano de su entidad como acto de poder»¹⁶²⁷.

En ese sentido, resulta de gran interés centrar nuestra atención en los criterios esbozados sobre el tema por parte de la literatura española, la que ha momento de definir a su sistema de justicia constitucional, hará énfasis en sostener como característica principal del sistema de efectos de las sentencias constitucionales, a la combinación de intereses. Así, por un lado, Garrorena, entiende que existe un interés por ahondar en el análisis de los aspectos más dogmáticos de cada efecto en concreto¹⁶²⁸, frente a aquel interés por definir los límites y alcances de la labor interpretativa y creadora de derecho desarrollada por el Tribunal Constitucional a la que ya se refirieron destacados autores como López Guerra y Rubio Llorente¹⁶²⁹.

¹⁶²⁴ Cascajo Castro, José Luis, *Art. 164*, en *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, 1988, p. 283.

¹⁶²⁵ Biscaretti Di Ruffia, *Introducción al derecho comparado*, Mexico, 1975, p. 29.

¹⁶²⁶ Vergottini, Giuseppe, *Balance y perspectivas del derecho constitucional comparado*, REDC, NO. 19, 1987, pp. 169 y ss.

¹⁶²⁷ Garrorena Morales Ángel, *La sentencia constitucional*, en *Revista de Derecho Público RDP*, 1981, p. 22.

¹⁶²⁸ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 333, de igual modo González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 1, quien sostiene que «...casi todos los debates que se suscitan en torno al Tribunal Constitucional ponen de manifiesto un hecho: la inadecuación del marco teórico y conceptual utilizado tradicionalmente para referirse al mismo. La ausencia de una concepción clara de lo que es, en términos positivos, la jurisdicción constitucional y la utilización, a pesar de su reconocida insuficiencia, de categorías clásicas como la del legislador negativo o contra posiciones simplistas entre la política y el derecho, la legislación y la jurisdicción o la interpretación y la creación del Derecho no hacen más que incrementar la incertidumbre que suele acompañar a la ya de por sí difícil labor del Tribunal Constitucional».

¹⁶²⁹ Vid por todos, los trabajos de López Guerra, Luis, *Tribunal Constitucional y creación judicial del derecho*, en *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, 2.000, y Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como forma de creación...opus cit.* De igual manera, Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 128, recuerda que, a partir de la propia conciencia del papel que cumplió el Tribunal en las primeras fases de desarrollo constitucional deriva, también sin duda, el escaso eco que tradicionalmente han encontrado en España las actitudes doctrinales más críticas ante la imposición de los criterios interpretativos del

En ese sentido, no puede negarse que el material de estudio proporcionado hacia el sector doctrinal por parte del Tribunal Constitucional español, emerge en gran parte, del dictado de las sentencias constitucionales al interior de la sustanciación de los recursos de amparo constitucional, a través de los cuales, el Tribunal buscó la defensa de los derechos fundamentales¹⁶³⁰. Por lo mismo, resulta por demás lógico sostener, que la doctrina se abocó de lleno al estudio de los recursos de amparo constitucional, resultando en la actualidad, una bibliografía inabarcable sobre el tema¹⁶³¹, lo que no quiere decir que a través de ella, se hayan resuelto problemas de dimensión mayor como la determinación de la posición institucional del Tribunal Constitucional. En efecto, como ya lo apuntara Lucas Murillo, a raíz del conocimiento de los recursos de amparo, el Tribunal, inevitablemente se convertía «no tanto en el juez de las leyes y los derechos fundamentales sino en el juez de los jueces, cuyas decisiones acaba revisando de un modo casi sistemático»¹⁶³². Sin duda, es este el escenario en el que el Tribunal asumirá y enfrentará los principales conflictos que se desprenden del dictado de sus pronunciamientos y la eficacia vinculante de estos.¹⁶³³

Pero además, tengamos en cuenta también, que la proyección del sistema de efectos de las sentencias constitucionales, tal cual se encuentra regulada en la normativa española, cobra importancia en aquello que Martín de la Vega denomina la naturaleza «poliédrica», en tanto que el pronunciamiento constitucional asume variadas dimensiones, es decir, ya sea como acto procesal, como acto de poder normativo, y así como una forma de creación del Derecho¹⁶³⁴. Sin duda, esta compleja naturaleza del sistema de efectos, se desprende, en primer término, de la prescripción establecida en el artículo 164 de la Constitución y, en segundo lugar y de manera más específica, de la previsión legal contenida en el artículo 38 de la LOCT, de cuya conjunción interpretativa, la doctrina mayoritaria y el entendimiento jurisprudencial, –heredera

TC o el uso flexible por el mismo de toda una gama jurisprudencial de pronunciamientos, entre los que no se excluyen aquellos que modulan la eficacia temporal de la nulidad o simplemente prescinden de ella a la hora de declarar inconstitucional la norma legal.

¹⁶³⁰ De los datos estadísticos reflejados por Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España...opus cit.* p. 25, de los asuntos que llegan a conocimiento de Tribunal Constitucional, el 95% está relacionado con el recurso de amparo constitucional.

¹⁶³¹ A manera de ejemplo, es posible hacer referencia a obras como las de Cascajo Castro y Gimeno Sendra, *El recurso de amparo*, Madrid, 1988, o la de Fernández Farreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1994, u obras más reciente como las de Cruz Villalón, Pedro, *Problemas actuales del recurso de amparo*, en *Annuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n° 2, pp. 193 y ss., así también, Figueruelo Burrieza Ángela, *Veintitrés años de recurso de amparo*, en *Revista de Derecho Político*, núms. 58 – 59, 2003 – 2004, pp. 329–353.

¹⁶³² Lucas Murillo, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Ruiz Rico (coord.), Valencia 1997, p. 12.3.

¹⁶³³ De igual forma, son variadas las obras que estudian las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria, V. Gr. Santos Vijande, Jesús María, *Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto...*opus cit. y Serra Cristóbal, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal...*opus cit.

¹⁶³⁴ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...*opus cit., p. 130. Idéntico razonamiento sostiene Garrarena Morales, Ángel, *La sentencia constitucional*, en *Revista de Derecho Público*, 1981, p. 14, cuando sostiene que la sentencia adopta en primer lugar una dimensión eminentemente jurisdiccional en la medida en que su objeto radica en la resolución de un determinado asunto. Pero a su vez, el pronunciamiento, necesariamente representa una forma de creación de Derecho ya sea en un sentido positivo o negativo, y que esta última dimensión guarda correspondencia con la otra característica central de la decisión, esto es, el acto poder cuya posición constitucional le permite decidir sobre la validez o validez de las actuaciones de los demás poderes.

de una fuerte influencia alemana¹⁶³⁵—, derivaron la existencia de tres efectos desprendibles de las sentencias constitucionales, estas son: la cosa juzgada, la eficacia general, y la vinculación a los poderes públicos, y son precisamente sobre estas que se plantean las dudas centrales sobre el valor del pronunciamiento constitucional en todos aquellos sistemas de control de constitucionalidad europeos. Por ello, convengamos en que de un modo u otro, resulta de nuestro interés generar un debate general —sobre todo— desde la perspectiva comparada acerca del contenido y alcance atribuible a los efectos: cosa juzgada, *erga omnes* y vinculación.

En esta perspectiva, se debe resaltar que, a diferencia de países como Alemania e Italia, donde el sistema de justicia constitucional se consolidó, resulta por demás interesante el caso español, donde además, el sistema de efectos de las sentencias constitucionales, cuenta con una expresa regulación a nivel constitucional, esto es, la previsión contenida en el artículo 164 que acoge a la eficacia de la cosa juzgada y a los efectos generales. Como no podía ser de otra manera, en forma posterior, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, mantendrá en su artículo 38.1, junto a la eficacia de la cosa juzgada, a los efectos generales, pero además, introducirá un tercer efecto, esto es, la vinculación a los poderes públicos. De toda esta regulación, Martín de la Vega, entiende que a través de ella, se incorporan un aspecto plausible y otro curioso a la vez. Así, lo plausible radica en que se da paso en primer lugar, a la «constitucionalización» de uno de los efectos tradicionales de la sentencia judicial, pero lo curioso radica en que esta, se encuentra regulada en relación al pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional, cuando debiera estar regulada como tal, dentro del capítulo dedicado al poder judicial¹⁶³⁶. Desde luego, esta situación permitirá a la doctrina formularse cuestionamientos acerca de la autonomía del derecho procesal constitucional, en la medida en que como rama del derecho, se vale de conceptos construidos desde la dogmática del derecho procesal, lo que a su vez abrirá margen para el debate sobre la necesidad de transponer dichos conceptos al ámbito de la justicia constitucional, o construir conceptos que redefinan su entendimiento inicial, dada la naturaleza del sistema de control de constitucionalidad de la ley.

En base a esta previa aclaración conceptual, es necesario ahora, hacer énfasis en precisar lo que conceptualmente representa la eficacia «cosa juzgada formal» contenida en el artículo 164 CE. De este modo, un primer entendimiento sobre el concepto, nos indica que la resolución deviene firme al ser inimpugnable, ya sea porque no existen recursos contra la misma, o porque precluyó la posibilidad de utilizarlos¹⁶³⁷. Si pretendiéramos emplear este concepto al ámbito de la justicia constitucional, no podemos dejar de lado el modelo del control de constitucionalidad concentrado o de jurisdicción única que se desprende del artículo 1.2. de la LOTC, que prevé la inexistencia de recursos materiales frente a la sentencia constitucional. Realizando una matización conceptual, la eficacia de la cosa juzgada como construcción propia de la «teoría procesalista», en el razonamiento de la STS 23 (de marzo de 1990), implica una condición necesaria de ciertas resoluciones firmes consistente en vincular en otros procesos a cualquier órgano jurisdiccional del mismo orden respecto del contenido de

¹⁶³⁵ En parangón con la normativa española, véase en el caso alemán al artículo 94.2. de la Ley Fundamental y concretamente el artículo 3 I.1 y 2 de la BverfGG., sobre las que Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, lleva a cabo un análisis comparativo con el caso español.

¹⁶³⁶ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 134.

¹⁶³⁷ Para Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 135, en referencia a la «cosa juzgada formal», deben distinguirse dos supuestos: el primero de ellos al que el derecho alemán denomina *unwiderruflichkeit*, es decir, la imposibilidad del juez de modificar la sentencia emitida; del otro supuesto *unafechtbarkeit*, o lo que es lo mismo, de la imposibilidad de las partes para impugnarla.

dicha resolución. Ahora bien, si recordamos los elementos introductorios del presente capítulo, la eficacia de la cosa juzgada, desde la perspectiva de Guasp, pueden clasificarse en: efectos de naturaleza jurídico – material (directos, como los típicos de las sentencias constitutivas, o indirectos, en la consideración de la sentencia como «hecho jurídico») y de naturaleza jurídico – procesal, entre los que se destaca el efecto de cosa juzgada. Por lo tanto, un elemento central en el planteamiento de Guasp, permite sostener que la sentencia no es por sí misma tan solo la cosa juzgada, ni la cosa juzgada, por tanto, agota todos los posibles efectos de la misma¹⁶³⁸. Para ello, el autor exige la concurrencia de un presupuesto, esto es, que debemos contar con una decisión firme que resuelva sobre el fondo del asunto, es decir, sobre la pretensión procesal¹⁶³⁹. Por su parte, Segni, exige además, que la eficacia procesal debe precisar las «zonas acotadas» a la fuerza expansiva del fallo, y esta debe actuar dentro de un ámbito limitado, y su fijación viene a constituir como un elemento determinante de la propia configuración del instituto, que se define no solo por su naturaleza, efectos, o condiciones de nacimiento, sino también, por las respuestas a las preguntas sobre qué es lo que vincula y a quiénes vincula. En ese sentido, emerge como algo consustancial a la eficacia de la cosa juzgada la determinación de los límites objetivos y subjetivos, y cuya problemática, así como su resolución, estarán definidas en atención a las distintas opciones legislativas de cada ordenamiento o incluso de cada sector del mismo¹⁶⁴⁰.

Quizá desde una perspectiva más general, como apuntara Cortes Domínguez, la eficacia de la cosa juzgada dota a la sentencia de un elemento de invariabilidad que garantiza su permanencia en el tiempo, y a su vez, responde a la búsqueda de seguridad y la certeza jurídicas¹⁶⁴¹. En otras palabras, para De la Oliva, a través de la eficacia de la cosa juzgada, se trata de impedir la discusión indefinida sobre la cuestión objeto de litigio y, a la vez, evitar la posibilidad de la existencia de dos o más pronunciamientos contradictorios, o repetidos sobre el mismo asunto¹⁶⁴².

El entendimiento del Tribunal Constitucional sobre la cosa juzgada de la sentencia judicial ordinaria, ha sido expresado a lo largo diversas sentencias pronunciadas con ocasión de resolver recursos de amparo constitucional, siendo el común denominador, asumir a la cosa juzgada como una institución de derecho positivo y naturaleza procesal, de cuya esencia es posible reconducir a un vínculo jurídico – positivo en virtud al cual, se patenta la prohibición para los jueces, de volver a pronunciarse sobre lo ya decidido, siendo necesario para ello, la concurrencia de determinadas condiciones y dentro de los límites de la institución, para así de este modo, garantizar la seguridad jurídica¹⁶⁴³ que se encuentra estrechamente vinculada a la función pacificadora propia de la actividad jurisdiccional, al punto de llegarla a considerar como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, dotándola de este modo, de un rango constitucional¹⁶⁴⁴.

¹⁶³⁸ Guasp, *Derecho Procesal Civil...opus cit.*, p. 492.

¹⁶³⁹ Guasp, *Los límites de la cosa juzgada...opus cit.*, p. 519.

¹⁶⁴⁰ Segni, *Scritti giuridici*, Torino, 1965, p. 627.

¹⁶⁴¹ Cortes Domínguez, Gimeno Sendra y Moreno Catena, *Derecho procesal civil...opus cit.*, p. 257.

¹⁶⁴² De la Oliva, *Sobre la cosa juzgada...opus cit.*, p. 13.

¹⁶⁴³ V. gr. el Auto 96/82 del 17 de febrero, en el que el custodio de la Constitución hace referencia a las «exigencias de seguridad y certidumbre jurídica, valor que esta proclamado en el título preliminar de la Constitución (artículo 9.3)», o también la STC 15/86 del 31 de enero, donde se hace referencia a «dos valores de justicia y seguridad jurídica que la cosa juzgada comporta».

¹⁶⁴⁴ A manera de ejemplo, baste citar la STC 159/87, en el que se menciona a la cosa juzgada como *manifestación indirecta* del artículo 24, o más completo aún, resulta el razonamiento expresado en la STC 12/89,

Desde esta perspectiva, para Serra Domínguez, es innegable la vinculación existente entre la eficacia de la cosa juzgada y la actividad jurisdiccional¹⁶⁴⁵, lo que no implica negar, que este criterio no necesariamente es compartido ni por el Tribunal Constitucional, menos aún por aquella gran doctrina mayoritaria que rechaza cualquier intento que busque asimilar el efecto de la cosa juzgada con la naturaleza jurisdiccional o no de un procedimiento¹⁶⁴⁶. Frente a estas dos posturas extremas, es posible desprender una tercera vía de equilibrio explicada por Pugliese, en el que asumiendo la naturaleza de derecho positivo al que pertenece el instituto, no resulta incompatible al concepto de jurisdicción, afirmar la existencia de sentencias con valor de cosa juzgada *erga omnes*, o rechazar la existencia de procedimientos que carezcan de la eficacia de la cosa juzgada¹⁶⁴⁷. En ese sentido, y a partir de estos razonamientos, resulta discutible sostener aquella postura –construida desde la perspectiva comparada– que niega la naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad, en atención a la posibilidad de que la eficacia de cosa juzgada, no sea predicable en algún tipo de sentencia constitucional.

El criterio expresado previamente, es ratificado por Cappelletti, para quien, la configuración y consolidación de los diversos sistemas de justicia constitucional son desarrollados en la perspectiva de auténticas jurisdicciones sobre la ley, siendo por tanto, un elemento consustancial a la naturaleza jurisdiccional de este tipo de procesos, aunque no de un modo estrictamente necesario, la atribución de la eficacia de la cosa juzgada, independientemente de la previsión normativa que, en la mayor de las veces, no gozó de una redacción afortunada que permita sostener lo que aquí se señala¹⁶⁴⁸. Sin embargo, más allá de la pretendida equiparación de la eficacia de la cosa juzgada con la naturaleza jurisdiccional del proceso sobre la constitucionalidad de la ley, no puede negarse la necesidad de contar con una eficacia como la «res iudicata», pues el Tribunal Constitucional, lo que busca alcanzar a través de la sustanciación de un control de constitucionalidad de la norma, es afianzar un cierto grado de seguridad jurídica. Dicha finalidad será alcanzada al determinarse la prohibición de volver a conocer de nuevo sobre lo ya conocido, y con ello, se evitará a su vez, que el Tribunal emita sentencias contradictorias, y en su lugar, promoverá el cumplimiento de aquella ansiada función pacificadora¹⁶⁴⁹. Así, es lógico pensar, que al Tribunal Constitucional, le asiste la obligación no solo de absolver la duda acerca de la constitucionalidad o no de la norma, sino

donde se sostiene que «la intangibilidad de la sentencia firme es una *manifestación* de la seguridad jurídica en relación con la tutela judicial efectiva».

¹⁶⁴⁵ Serra Domínguez, *La jurisdicción*, en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1967, p. 519, en esa misma línea se encuentra Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1966, p. 298.

¹⁶⁴⁶ El texto de consulta necesaria sobre el tema se encuentra en Segni, *Comentario del Codice Civile*, Torino, 1964, p. 297, en el que sostiene que la cosa juzgada no es necesaria en el estricto orden lógico jurídico, pero que como los ordenamientos modernos tienden a la seguridad y certeza en el derecho, la institución aparece como elemento necesario del proceso.

¹⁶⁴⁷ Pugliese, voces *Giudicato civile (diritto vigente)* y *Giudicato costituzionale*, en *Enciclopedia del Diritto*, V y XVIII, Milano, 1962, p. 1032.

¹⁶⁴⁸ Para Cappelletti, Mauro, *La Giurisdizione costituzionale della liberta*, Milán, 1955, p. 11, así también en la obra del mismo autor, *La pregiudizialita costituzionale nel processo civile*, Milán, 1957, p. 43, nos presenta un razonamiento doctrinal que busca fundamentar la inexistencia de la eficacia cosa juzgada a partir del cuestionamiento que se hace de la naturaleza litigiosa del juicio sobre la ley. En esta línea, se defiende la concepción de la jurisdicción voluntaria, es decir, nos encontraríamos ante un proceso de «status», el de la sujeción de los ciudadanos a la ley.

¹⁶⁴⁹ Es el criterio expresado también, por Jiménez Campo, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley...opus cit.*, p. 26, cuando hace mención a las tres funciones esenciales de la jurisdicción constitucional sobre la ley, estas son: la función de valoración, la pacificadora y la ordenadora.

también, de emitir una decisión definitiva y, cerrando en consecuencia, cualquier margen de posibilidad para replantear a futuro una idéntica cuestión. Esta exigencia hecha al Tribunal no solo se fundamenta en criterios de economía procesal, o de la creación de claridad jurídica, que permitan garantizar la paz y seguridad jurídicas, como parte esencial del principio del Estado de Derecho, sino también, como lo señalara Bocanegra Sierra, porque a través de ella, se busca generar la «estabilidad constitucional», y esta finalidad esencial implica reconocer un cierto grado de firmeza en el *dictum* constitucional, alcanzable sólo a través de la cosa juzgada material¹⁶⁵⁰.

Empero, para asumir el real despliegue de la eficacia de la cosa juzgada, antes es necesario detenerse en la resolución de un problema para nada menor, que radica en la determinación de sus límites. De hecho, delimitar el núcleo central de la «res iudicata», implica desarrollar un punto de balance entre procurar la firmeza y seguridad jurídicas que garantiza la cosa juzgada, frente a la necesidad de asegurar otros valores como los de apertura, cambio y flexibilidad que son consustanciales a la naturaleza ontológica de la Constitución. Dicho de otra forma, Hesse entiende que, cuando el Tribunal Constitucional emite un pronunciamiento constitucional, a través de este dictado, no solo busca alcanzar la función pacificadora y de control, sino que también, ha momento de interpretar la Constitución con miras a su concreción, dicha labor hermenéutica, no debe cerrarse a sí misma, a la posibilidad de cambios y adaptaciones a través de las cuales, se posibilita reafirmar la fuerza normativa de la Constitución a lo largo del tiempo¹⁶⁵¹. Así las cosas, el péndulo de la determinación de la eficacia de la cosa juzgada se mece entre sostener la permanencia del *dictum* constitucional y la posibilidad de permitir la apertura de un nuevo juicio sobre la constitucionalidad de la ley. Es por ello que, al hilo de este razonamiento, resulta de interés centrar nuestro análisis en los estudios doctrinales que buscaron zanjar la concreta eficacia de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria¹⁶⁵², en tanto surge la cuestionante, de si es posible volver a replantear la duda sobre la constitucionalidad de la ley.

Desde luego, la contraposición entre la eficacia de la cosa juzgada y la posibilidad de volver a impugnar el pronunciamiento desestimatorio de la inconstitucionalidad, mereció en la legislación comparada, respuestas en ambos sentidos. Así, se cuenta con países que al permitir

¹⁶⁵⁰ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 27.

¹⁶⁵¹ Hesse, Konrad, *La interpretación constitucional...opus cit.*, p. 31.

¹⁶⁵² Ya Gómez Montoro, Ángel, *Art. 38.2, en Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Requejo Pagés (coord.), Madrid 2001, p. 562, sostenía la inutilidad del instituto en los pronunciamientos estimatorios de la inconstitucionalidad, al grado de negar su existencia, en tanto que al declarar la nulidad de la norma, no podía replantearse nuevamente la duda sobre la constitucionalidad. Semejante criterio es compartido también por autores como Jiménez Campo, Javier, voz *Sentencia Constitucional*, en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Aragón Reyes, Manuel (coord.) Madrid, 2001, p. 97. Dicho de otro modo, en el supuesto de la sentencia estimatoria a través de la cual se expulsa a la norma legal, «la fuerza de esa expulsión y su no previsibilidad no es sino una manifestación de la cosa juzgada material», y este criterio fue asumido en su momento, en la vasta jurisprudencia del TCE en la que se entiende que, con el dictado del pronunciamiento estimatorio, ha operado también, «la desaparición sobrevenida del objeto». Conviene traer a colación acá, otra postura que si bien, no comulga con la postura dominante previamente explicada, resulta de interés para nuestro estudio. Así, en el planteamiento de Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 342, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad goza de la eficacia de la cosa juzgada, aunque reconoce también, que la misma es de escasa relevancia, la que sólo es predicable de aquellos pronunciamientos desestimatorios que contengan un pronunciamiento interpretativo o de «mera inconstitucionalidad», donde se abre la posibilidad de que el enunciado de la ley, en estos casos la cosa juzgada podría actuar ante una posible nueva impugnación de la «norma» ya declarada inconstitucional.

el replanteamiento de la duda sobre la constitucionalidad de la ley, hicieron que la doctrina, así como la propia jurisprudencia constitucional negaran rotundamente la posibilidad de desprender la eficacia de la cosa juzgada en aquellos pronunciamientos desestimatorios de la inconstitucionalidad, ya sea porque como institución se entiende restringida a través de unos límites, o porque a su vez, servirán para permitir el dinamismo constitucional. Este precisamente es el caso de Bolivia, en el contexto de la nueva Constitución del Estado Plurinacional y la reconfiguración del TCPB.

Para que un Estado asuma una u otra postura, esto es, entre sostener la eficacia de la cosa juzgada y la posibilidad del replanteamiento de la duda sobre la constitucionalidad de la ley, tuvo que partir de una reflexión previa en la que su análisis, no represente en modo alguno, un mero planteamiento dogmático sin ninguna repercusión práctica para la eficacia del control de constitucionalidad. En ese sentido, además de comprenderse que la determinación y diferenciación entre la *res indicanda* y la *res indicata*, es una labor que le pertenece en esencia al Tribunal Constitucional, es necesario también recalcar que, la aceptación o el rechazo de una eficacia de cosa juzgada para la sentencia desestimatoria, repercutirán en la configuración general del sistema de efectos de los pronunciamientos y, en consecuencia, en la emergencia de un abanico de sentencias que vendrán a constituirse en mecanismos idóneos y pertinentes para la concreción de los fines que busca alcanzar el Tribunal Constitucional. Por lo mismo, no está por demás señalar, que en la necesidad de concretar los efectos de la cosa juzgada, emerge el interés por definir con mayor precisión el resto de efectos normativamente previstos. Aunque, claro está, el triangular la eficacia de los efectos generales con una posible cosa juzgada *erga omnes*, o la combinación de ésta con la vinculación a los poderes públicos, no representa una labor para nada esclarecedora acerca de las concretas determinaciones del sistema de efectos de las sentencias constitucionales.

Precisamente, una de las legislaciones que rechaza considerar cualquier efecto de la cosa juzgada en la sentencia desestimatoria, es Italia, y ello en atención a que, por un lado, la Corte debe sopesar con la ausencia de previsiones normativas específicas, esto es, tomar en cuenta tan solo la previsión constitucional contenida en el artículo 136 CI, en la que se hace una referencia genérica a efectos generales a la sentencia estimatoria¹⁶⁵³. A esta situación, según Martín de la Vega, debe sumarse otra, relacionada con la «falta de consenso acerca de la naturaleza del órgano de control y del procedimiento incidental que domina la práctica de la Corte, así como el retraso en la entrada en funcionamiento de esta. En este contexto, la polémica suscitada en los años cincuenta acerca de la eficacia del pronunciamiento de desestimación adquirirá una alta relevancia para el futuro diseño de los efectos de la sentencia constitucional»¹⁶⁵⁴.

De inicio, el razonamiento preliminar formulado por Calamandrei, presenta a la jurisdicción constitucional italiana parangonada a la labor desempeñada por el Órgano Legislativo. Es decir, el pronunciamiento desestimatorio emitido por la Corte Constitucional, desprendería una eficacia próxima a la desprendible de la interpretación auténtica de la ley, en tanto que dicha decisión era asumida como dogma¹⁶⁵⁵. Claro está, que Calamandrei, no se

¹⁶⁵³ Véase sobre el tema a Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, en *La Costituzione Italiana, Saggi*, Padova, 1954.

¹⁶⁵⁴ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 145.

¹⁶⁵⁵ Calamandrei, Piero, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel proceso civile*, Padova, 1950 p. 94, entiende que al asimilar el dictado de un pronunciamiento desestimatorio con la respuesta que pudiera ofrecer el Constituyente

refirió específicamente a la eficacia de la cosa juzgada. Más bien, en su planteamiento, la cuestión de inconstitucionalidad viene a constituir un canal de consulta, es decir, cuando al juez le quepa alguna duda acerca de la constitucionalidad de la ley, éste difícilmente podrá acudir ante el órgano constituyente en procura de absolver dicha incertidumbre. Por lo mismo, al no tener otra instancia de consulta, tendrá que acudir ante la Corte, y ésta, asumiendo su rol de guardián y supremo intérprete de la Constitución, será la que termine de absolver la duda, asimilándose esta respuesta al dictado del propio Poder Constituyente. Claro está, que un grueso sector doctrinal en Italia, no comulgará con este planteamiento, y en su lugar sostendrán que los efectos generales contenidos en el artículo 136 de Constitución italiana, deben entenderse como una eficacia extraordinaria y, en consecuencia, añadida a los efectos comunes de la sentencia estimatoria, que se desprende naturalmente de su esencia declarativo – constitutiva y, como nos recordara Martín de la Vega, en absoluto, aplicables a los pronunciamientos desestimatorios¹⁶⁵⁶. Es por esta razón, que a un principio, se afirmaba el rechazo rotundo por parte de la literatura italiana, en considerar cualquier efecto de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria, puesto que en este tipo de pronunciamientos, la Corte no se ocupaba de declarar la constitucionalidad de la norma sino algo mucho más tangencial, es decir, la no concurrencia del vicio de inconstitucionalidad que se acusaba. Desde luego, a partir de esta comprensión, quedaba abierta la posibilidad de que cualquier juez pueda volver a replantear la duda sobre la constitucionalidad de la norma, aun cuando –en palabras de Martín de la Vega– «el anterior pronunciamiento deba ejercer una notable «influencia de hecho» en su valoración de la «no manifiesta falta de fundamento» de la duda constitucional que se va a elevar al Tribunal»¹⁶⁵⁷. En consecuencia, la decisión de la Corte, sólo alcanzaba a vincular al primer juez *a quo* dentro del juicio concreto, y el efecto de dicha determinación asumía una dimensión eminentemente preclusiva¹⁶⁵⁸. Por lo mismo, aquel entendimiento formulado por Calamandrei, sobre la eficacia de la interpretación auténtica, que venía a representar la sentencia desestimatoria, será rechazada de plano, al punto de negar cualquier pretendida eficacia general con la incontestabilidad de la legitimidad de la ley y, provocando con ello, impedir el desarrollo evolutivo de la jurisprudencia constitucional¹⁶⁵⁹. Más allá de las aportaciones hechas por la doctrina minoritaria muy bien representada por Calamandrei, será la

frente a la duda de constitucionalidad de la norma, lo que se está haciendo, es atribuir a la resolución un carácter general, lo que viene a ser lo mismo, «que si declara que la ley es legítima, tendrá la eficacia de una interpretación auténtica», por ello «y no porque puedan verse aquí efectos de cosa juzgada», es por lo que la cuestión no podrá ser repropuesta en otros procesos.

¹⁶⁵⁶ El criterio expresado por Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 147, es recogido de uno de los pasajes de la obra de Azzariti, *Il sindacato di costituzionalità delle leggi*, en *Rivista di Diritto Procesuale*, 1950, p. 97 y 98. Este razonamiento es reiterado también la obra del mismo autor *Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi*, en *Rivista di diritto procesuale*, 1950, pp. 184 y 193 y ss., a partir de cuyos trabajos, provocarán un cambio de postura en el razonamiento de Azzariti, y que se verá plasmado en su trabajo *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, en *Rivista di diritto procesuale*, 1956, en el que reafirmará la autoridad de hecho de la sentencia desestimatoria.

¹⁶⁵⁷ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 147. Similar argumento es recogido en Liebman, Enrico, *Contenuto ed efficacia delle decision della Corte Costituzionale*, en *Rivista di Diritto Procesuale*, 1957, pp. 412 y ss.

¹⁶⁵⁸ Será con Sandulli, en su obra *El giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte Costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, pp. 54 y ss., donde se plantea sustituir el concepto de cosa juzgada por el de preclusión.

¹⁶⁵⁹ Ya autores como Esposito, en su obra *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, en *La Costituzione Italiana*, Saggi, Pádova, 1954, pp. 279 y ss., o Cappelletti Mauro, en su trabajo, *Pronunzie di ripetto nell processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, en *Rivista de diritto procesuale*, 1956, pp. 155 y ss., sostienen que, dentro de esta postura, se rechazará así implícitamente también, cualquier efecto de cosa juzgada en cuanto este *indicato* se presuponia con eficacia *erga omnes*.

corriente mayoritaria la que predomine e influya en la Corte Constitucional italiana, la que no reparará en considerar posturas que, además de defender una eficacia de la cosa juzgada con límites objetivos o subjetivos, supo fundamentar también, la posibilidad de garantizar no solo la eficacia de la res iudicata, sino también, la posibilidad del replanteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad y el consiguiente dinamismo constitucional¹⁶⁶⁰. De este modo, como ya se tuvo oportunidad de apuntar, en la perspectiva de Pizzorusso, era de suponerse que en el concierto normativo italiano se impondría un modelo «bipolar» entre el sentido del fallo y los efectos de la sentencia¹⁶⁶¹. Es precisamente en este escenario, en el que la doctrina mayoritaria rechazó cualquier eficacia externa de la sentencia desestimatoria, y negó a su vez, la facultad interpretativa general de la Corte, a partir de la cual, emergerán al concierto jurisprudencial italiano, las sentencias desestimatorias interpretativas. En efecto, desde sus inicios, la Corte Constitucional, no dudó en recurrir a la fórmula de la *sentencia desestimatoria interpretativa*, debido a la insuficiencia de las sentencias de estimación y desestimación simples para hacer frente a las cuestiones de inconstitucionalidad que se le planteaban. Empero, a partir de la interpretación sobre los alcances del artículo 163 de la Constitución italiana, la doctrina y la jurisprudencia ordinaria, planteó un inamovible rechazo a cualquier eficacia ya sea en relación al juez «a quo», o en general frente a la magistratura, que derivasen de las sentencias desestimatorias interpretativas¹⁶⁶². Luego de suscitarse una serie de críticas, reacciones e intensos debates en relación a este tipo de pronunciamientos, la Corte Constitucional, antes de abandonar esta categoría de pronunciamientos, optó por aplicar la técnica de la «*doppie pronuncie*», propuesta en su momento por Crisafulli, a partir de la cual se buscará conferir fuerza vinculante a las sentencias desestimatorias, introduciendo expresamente en el fallo, tanto la estimación de la inconstitucionalidad de una interpretación, como la desestimación de la cuestión en función a la norma considerada constitucional por la Corte, dotando al dispositivo de una naturaleza bastante compleja. Como no podía ser de otra manera, esta categoría de pronunciamientos también causó una serie de críticas y debates que obligaron al final a la Corte, esto es, a inicios de la década de los setenta, se decantara por la aplicación de sentencias estimatorias, pero de carácter interpretativo, que servirán de base para la posterior introducción de las sentencias de estimación parcial o manipulativas, a través de las cuales, la Corte continuará modulando los efectos de las sentencias.

Pasando al análisis de otra realidad normativa, se tiene que, uno de los modelos que mejor ha sabido articular la estabilidad constitucional frente a la necesaria apertura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la evolución interpretativa, dentro del concierto de la legislación comparada, se encuentra correctamente representada en el modelo de control de constitucionalidad alemán. Como ya se tuviera oportunidad de advertir en capítulos anteriores, en el sistema normativo alemán, al contrario de lo que sucediera en el caso italiano, este sí cuenta con una previsión sobre los efectos para la sentencia constitucional. Así, reconoce la

¹⁶⁶⁰ Véase los aportes de Lignola, *Il tema di sindacato dell' autorità giudiziaria sulla costituzionalità delle leggi*, o Favara, *Res iudicata sulla costituzionalità delle leggi?*, las dos obras fueron expuestas en *Foro Padano*, 1950, y en donde se propugnaba la eficacia de la cosa juzgada *erga omnes* dentro del marco de los límites objetivos para la sentencia desestimatoria.

¹⁶⁶¹ Pizzorusso, Alessandro, *La motivazione delle decisioni della Corte...opus cit.*, p. 346.

¹⁶⁶² Como aprecia Martín de la Vega, *La sentenza costituzionale in Italia...opus cit.*, p. 391, esta polémica que data de la década de los cincuenta sobre la ausencia de eficacia de las sentencias desestimatorias en relación al juez a quo, así como a la magistratura ordinaria en general, «condicionará el sistema de efectos de los pronunciamientos constitucionales y determinará decisivamente el posterior desarrollo de nuevos instrumentos de decisión por parte de la Corte.»

eficacia de la fuerza de ley (*Gesetzeskraft*) que, criticado por la doctrina en cuanto se la busca equiparar con un efecto general, también recoge una eficacia de vinculación para los poderes públicos (*Bindungswirkung*).

Más allá de la importancia que representa un estudio sobre ambas figuras, por la pertinencia del tema, nos detendremos a analizar la eficacia de la cosa juzgada proyectada en este sistema. Así, un primer elemento a considerar, se encuentra relacionado con la importancia que adquiere para el sistema de efectos del pronunciamiento constitucional en Alemania, el concepto de vinculación y su relación con la sentencia desestimatoria. Desde esta perspectiva, la doctrina alemana entiende la complejidad que representa la asignación del valor de fuerza de ley a las sentencias del Tribunal, independientemente de que se trate de un pronunciamiento desestimatorio. En ese sentido, autores como Maunz y otros, sostendrán que en aquellos pronunciamientos en los que el Tribunal desestima la inconstitucionalidad de la norma, esta fuerza de ley que se desprende de la misma, adquiere un significado distinto de lo que viene a constituir una «calidad de ley», de cuya cualidad ya se encontraba dotada la norma, luego, lógico es pensar que la declaración de constitucionalidad de la ley, ratifica el carácter vinculante para todos¹⁶⁶³. A partir de la diferenciación hecha entre la «calidad de ley» y «la fuerza de ley», para Maunz, el pronunciamiento desestimatorio de la inconstitucionalidad, también adquiere fuerza obligatoria, a través de la cual, se entiende es posible desprender una vinculación que se extiende más allá de los participantes en el juicio de constitucionalidad, llegando a alcanzar a todos los órganos estatales, entendiéndose por tales, a las autoridades y a los tribunales. Así, de este modo, estaríamos en presencia de una eficacia de derecho material con límites objetivos, en la que solo generarían el efecto vinculación las concepciones del Tribunal Constitucional sobre la interpretación constitucional, así como las consideraciones en relación a la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones de la ley, siempre que dicha interpretación de la ley, se desprenda de la Constitución. En consecuencia, la eficacia de la vinculación sólo podría desprenderse de los pronunciamientos de fondo, y a través de ella, emergería la obligación que asiste a los poderes públicos de adecuar su comportamiento general en los casos futuros, tomando en cuenta el sentido asumido por el Tribunal Constitucional en ocasión de resolver «una cuestión litigiosa de derecho constitucional». Claro está, que en este entendimiento, la eficacia de la vinculación no alcanza al Tribunal Constitucional, quedando en consecuencia, abierta la posibilidad de redefinir sus concepciones del derecho. Ahora bien, no está por demás señalar que, bajo este paradigma, la eficacia de la *Bindungswirkung*, se verá regulada dentro de un marco cuyos límites temporales, harán que la misma desaparezca, si a criterio del Tribunal Constitucional, operaran modificaciones trascendentales en los hechos, en las leyes o en el concepto de derecho que ha sido la base del pronunciamiento constitucional¹⁶⁶⁴. Y desde luego, la eficacia de la vinculación, también alcanzará hasta los fundamentos jurídicos del fallo (*tragende Gründe*), lo que vendrá a significar, una autodefinición por parte del Tribunal como «intérprete definitivo» del derecho constitucional¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶³ Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Art. 31...*opus cit.*, p. 13.

¹⁶⁶⁴ Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Art. 31...*opus cit.*, p. 14 y ss.

¹⁶⁶⁵ Es este el criterio sostenido por Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Art. 31...*opus cit.*, p. 15, cuando manifiestan que es así como vincularía «las causas de la decisión cuando el propio Tribunal quiere abiertamente conceder a ciertos razonamientos un concreto carácter regulativo y los fundamenta detalladamente». Así, se hace referencia, en atención a la vinculación, a que en ocasiones, se requieren de aquellas afirmaciones «con las que el fallo se encuentra en una relación de tal modo intrínseca y estrecha que, al ser imprescindibles en el razonamiento, el fallo no puede mantenerse si una de ellas

Ahora bien, otro de los aspectos de interés que puede destacarse de la experiencia alemana, es que a diferencia del caso italiano, donde sólo se reconocía el desprendimiento de una eficacia general a la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, más no así para los pronunciamientos desestimatorios, o de non fondatezza, distinto es el tratamiento alemán, esto es, que existe un consenso en el plano normativo y el jurisprudencial de parangonar el sistema de efectos de las sentencias constitucionales, ya se trate de un pronunciamiento estimatorio o desestimatorio de la inconstitucionalidad, salvando claro está, la presencia de aquellos supuestos en los que se determine prescindir de la anulación de la norma, o como ha venido a denominar la doctrina, la emisión de pronunciamientos de mera declaración de inconstitucionalidad, siendo predicable en ambos casos el desprendimiento de la eficacia vinculación, así como de los efectos generales. Sin duda, la aplicación de este despliegue de efectos, debe en buena parte su construcción, a la tan criticada labor interpretativa, desarrollada por el Tribunal¹⁶⁶⁶. Asimismo, se tiene que en Alemania, no se presenta la problemática dicotomía entre garantizar la estabilidad constitucional frente a la necesaria apertura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que le sea atribuible a la institución de la cosa juzgada. Esta situación se explica, si se pone atención en el dimensionamiento que se le ha reconocido a este concepto, que denota fuertes rasgos clásicos y restrictivos de la institución, enmarcada dentro de la previsión de límites tanto objetivos como subjetivos, así como temporales, que dejan abierta la posibilidad de replantear la duda de constitucionalidad y el cambio jurisprudencial. En ese sentido, la posibilidad de que este supuesto se presente, es mucho más viable, si se tiene en cuenta que, no existe un plazo fatal para la interposición del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad. Asimismo, no está por demás señalar también, que la posibilidad de replantear la duda sobre la constitucionalidad, no se cierra bajo el fundamento de la vinculación que ejerciera la jurisprudencia constitucional en relación a los tribunales ordinarios. En todo caso, como señalara Schlaich, «la vinculación sólo es exigible a la interpretación que deba darse a la Constitución y a las interpretaciones de la norma legal que hayan sido consideradas contrarias a la Ley Fundamental por el TC»¹⁶⁶⁷.

En esa misma línea de pensamiento, y pese a no formar parte de la previsión normativa, ya sea desde la perspectiva doctrinal, así como desde el entendimiento esbozado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no resulta incompatible el reconocimiento de que la sentencia desestimatoria esté dotada de la eficacia de la cosa juzgada¹⁶⁶⁸, en tanto terminó de comprenderse la naturaleza objetiva del juicio a la ley¹⁶⁶⁹. Claro está, que para asumir esta

no es tenida en cuenta», pero también, pueden suscitarse situaciones en las que «el tribunal tiene por necesarias para justificar su sentencia, y que por tanto son consideradas a fondo (...), y así constituyen los elementos fundamentales de la motivación».

¹⁶⁶⁶ Como ya lo advirtiera Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 155, el reconocimiento de la eficacia de la vinculación no sólo para el fallo de la sentencia, sino también para la parte de la motivación y, junto a ellos, el reconocimiento de los efectos generales a la sentencia de rechazo, plantean riesgos a los que no es ajena la literatura jurídica más reciente. Es más, aquella predicada no vinculación del Tribunal a su doctrina como una respuesta dogmática, ya empezaba a considerarse como insuficiente.

¹⁶⁶⁷ Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgerichts*, München, 1994, p 254.

¹⁶⁶⁸ Véase en ese sentido, el trabajo de Pestalozza, C., *Verfassungsprozessrecht*, München, 1991, p. 304.

¹⁶⁶⁹ Véase el aporte de Kriele, en su *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, 1976, pp. 2.95 y ss., para quien no podía reconocerse la eficacia de la cosa juzgada en aquellos procesos donde los ciudadanos no intervenían como partes procesales *strictu sensu*. En idéntico sentido, Friesenhanh, *Zum inhalt und zur wirkung der Entscheidungen des deutschen Bundesver – fassungsgerichtes*, en *Scritti in Onore di Gaspare Ambrosini*, I, Milán, 1970, p. 698, sostenía que en el

comprensión, también se tuvo que asimilar las complicaciones que representaban la delimitación de los efectos vinculación y efectos generales o, en atención al mayor nivel de fijeza que desprendían estos efectos, de principio en el sector doctrinal mayoritario alemán, lo que sin duda, terminó por proyectar a la cosa juzgada en una dimensión eminentemente procesal¹⁶⁷⁰.

En esta conjugación de los efectos, la eficacia de la res iudicata, adoptará un límite objetivo en relación al efecto vinculación, que se traduce en su identificación con el contenido concreto del «fallo», independientemente de que la motivación permita su mejor comprensión sobre el tenor de la decisión. En consecuencia, al desprenderse del pronunciamiento la eficacia de la «fuerza de ley», es lógico entender que, la cosa juzgada, solamente operará en relación a quienes fueron parte en el proceso¹⁶⁷¹. Por lo mismo, de la configuración entre la eficacia vinculación y la fuerza de ley, la cosa juzgada estará enmarcada dentro de un límite temporal, *lato sensu*, esto quiere decir, en aquellos supuestos en los que se susciten «nuevos hechos, transformaciones en el derecho o en las condiciones jurídicas generales» necesariamente la identidad entre *res iudicata* y *res iudicanda* desaparece, y con él, el efecto obstativo del instituto¹⁶⁷².

Desde este modo, la posibilidad de volver a impugnar la constitucionalidad de la norma queda abierta, y con ella, se apertura también la posibilidad de reformulación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permitiendo su desarrollo evolutivo. Sin embargo, esta situación, debe tener en cuenta, que el Tribunal, normativamente, se encuentra impedido de conocer nuevamente una duda idéntica sobre la que se pronunció a través de una sentencia desestimatoria. De todo esto se colige, que a partir de la consideración de los límites objetivos, subjetivos y temporales de la cosa juzgada, es que se podrá determinar si se está en presencia de una misma concurrencia sobre la identidad y si la sentencia desestimatoria anterior despliega frente al caso su eficacia de *indicato*. Ergo, en palabras de Martín de la Vega, se hace referencia a un pronunciamiento desestimatorio, que sólo en el horizonte hermenéutico, más no así en el procesal de la cosa juzgada, sí se encuentra siempre dotada de fuerza vinculante¹⁶⁷³. Sin duda, fue esta situación la que suscitó en el sistema alemán, que la discusión acerca de la naturaleza desestimatoria o estimatoria del pronunciamiento interpretativo no adquiriera la misma dimensión e importancia como sucedió en la experiencia italiana, por lo que bien podría afirmarse, que el dictado de las sentencias desestimatorias fueron aceptadas sin mayores complicaciones, y ello posiblemente, porque se comprendió en su real dimensión el principio de interpretación conforme a la Constitución¹⁶⁷⁴. Conscientes de que el pronunciamiento

control de constitucionalidad de la ley, estaba ausente una «controversia concreta sobre la concreta relación jurídica entre las partes procesales».

¹⁶⁷⁰ Vid por todos a Benda/Klein, *Jahrbuch der Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, 1991, pp. 501 y ss.; así también Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31*, München, 1995, pp. 13 y ss.

¹⁶⁷¹ Sobre el tema, Pestalozza, C., *Verfassungsprozessrecht...opus cit.*, p. 307, hace referencia a la eficacia de la cosa juzgada predicable «frente al Tribunal Constitucional, a jueces posteriores y frente a terceros en el sentido de que la decisión que los vincula tiene carácter decisivo o definitivo». Empero, este criterio no es compartido por la doctrina mayoritaria representada por Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgerichts...opus cit.*, p. 273, que aclara que la admisión de una «obligación general» de las sentencias sobre normas como elemento de la cosa juzgada es innecesaria, ya que esta obligación se produce a través de su «fuerza de ley», vía artículo 31.2 BverfGG.

¹⁶⁷² Así se tiene de Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgerichts...opus cit.*, p. 273.

¹⁶⁷³ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 158.

¹⁶⁷⁴ Sobre el amplio consenso doctrinal en relación a las sentencias desestimatorias interpretativas, véase a Löwer, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts* en *Handbuch des Staats Rechts*, II, Isensee/Kirchhof

desestimatorio parcial implicaba una implícita declaración de inconstitucionalidad con alcance general de la norma contenida en el pronunciamiento, pronto la doctrina mayoritaria fue reacia al recurso por parte del Tribunal Constitucional por aplicar sentencias con fórmulas de «estimación parcial cualitativa», así como la reparación de la desigualdad normativa a través de la ruptura del binomio inconstitucionalidad/nulidad, en las sentencias de «inconstitucionalidad sin nulidad» o de «mera inconstitucionalidad»¹⁶⁷⁵.

Llegados a este punto, y siempre desde la perspectiva comparada, desarrollaremos ahora algunas ideas centrales sobre el tema en cuestión, a partir del enfoque normativo, doctrinal y jurisprudencial de España.

Una de las características del sistema de efectos del pronunciamiento constitucional español, radica en que se constituye en heredera en buena parte del modelo alemán, con la única diferencia de que en el caso de España, existe una fuerte corriente mayoritaria que rechaza el reconocimiento de cualquier eficacia general para la sentencia desestimatoria y, claro está, que dicha eficacia no resulta parangonable con el concepto de «fuerza de ley» alemán. Pero, por otro lado, no puede negarse la importancia que adquiere para el caso español, la eficacia alemana de la vinculación a los poderes públicos de la labor hermenéutica desarrollada por el Tribunal, a raíz precisamente de las facultades conferidas a través de los artículos 11, 38.1 y 40.2 de la LOTC, así como también en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si bien es cierto que esta instancia no supo desarrollar a plenitud esta facultad como sucediera con su par alemán, no menos cierto es, que su empeño y dinamismo interpretativo lo catalogan dentro de un sitial preferencial en relación a sus pares europeos. Además, la importancia que representa el efecto vinculación para el caso español, es tal, que de un modo u otro, coadyuvó junto a otras causas, a salvar la dicotomía entre el dictado de pronunciamientos estimatorios y desestimatorios bajo la fórmula del principio de interpretación conforme a la Constitución, y a partir de ello, sentar unánimemente, la eficacia de la sentencia desestimatoria interpretativa¹⁶⁷⁶. Ahora bien, lo afirmado anteriormente, no implica negar el surgimiento de

(Hrsg.), Heidelberg, 1987, p. 799, quien se refiere a las mismas como un «veredicto de inconstitucionalidad relativo a una variante normativa concreta de la interpretación». Así también Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31...opus cit.*, p. 19, señala que la vinculación de este tipo de sentencias implica, por una parte, que el TC debe determinar las normas o límites que se desprenden del Derecho Constitucional a la hora de interpretar la ley ordinaria y, por otra, que si el Tribunal decide en este marco que una posible interpretación de la ley no es compatible con la Constitución, la magistratura ordinaria no puede considerar jurídicamente fundada dicha interpretación en su labor jurisdiccional posterior. Cuestión distinta es la vinculatoriedad de la interpretación que el TC considera constitucional. Respecto a ello, la mayoría de la doctrina entiende que el juez, si bien no puede considerar inconstitucional la interpretación acogida por el Tribunal (salvo que los límites temporales difuminaran dicha vinculación), sí puede, en cambio, considerar una tercera interpretación de la norma como constitucional y aplicable.

¹⁶⁷⁵ Es de capital importancia sobre el punto, el estudio González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, pp. 194 a 204 y 237 y ss.

¹⁶⁷⁶ En la perspectiva de Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 160, advierte que es prácticamente unánime la concepción de que la superioridad interpretativa del Tribunal Constitucional se traduce en una vinculación general de sus pronunciamientos sobre la Constitución y sobre la constitucionalidad de la ley, independiente del tipo de sentencia en que se plasmen. Así también, como se tuvo oportunidad de apreciar en capítulos anteriores, Santos Vijande, Jesús María, *Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 38, es partidario de limitar la eficacia propiamente vinculante de las sentencias sobre la ley a los pronunciamientos interpretativos con fallo expreso de tal carácter, a los que sólo se referiría el artículo 40.2 LOTC. En ese sentido, el artículo 5.1 LOPJ quedaría diluido en un deber general de interpretación conforme a la Constitución, que reconduciría la primacía exegética del Tribunal al marco en cuanto a su naturaleza y efectos del artículo 1.6 CC (valor de la jurisprudencia ordinaria en el ordenamiento). En consecuencia, la determinación final de la eficacia de

sectores doctrinales que se opusieron rotundamente al dictado de sentencias constitucionales «manipulativas», en tanto constituían una inobservancia hacia los límites funcionales de la jurisdicción constitucional, empero, esta situación no significó en modo alguno, cuestionar la eficacia frente a la magistratura de la creación normativa que representan estos pronunciamientos¹⁶⁷⁷. Sin duda, la perspectiva doctrinal española, se irá acercando de a poco a su par italiano, en la medida en que se llegue a aceptar la permanencia del *dictum* constitucional, en plena consonancia con la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esta afirmación se desprende luego de haberse constatado la consolidación de aquella corriente doctrinal que, como se tuvo oportunidad de apreciar, rechaza de plano la existencia de una eficacia de la cosa juzgada desprendible de los pronunciamientos desestimatorios, y procurándose evitar con ello, los riesgos de «petrificación» de la jurisprudencia y el peligro de consagrar una «interpretación auténtica» de la Constitución.

Partiendo de estas premisas, Martín de la Vega, nos plantea una primera síntesis del sistema de efectos de las sentencias constitucionales en España, en el que entiende una clara tendencia por concebir a la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia constitucional sobre la ley próxima al modelo alemán. Consecuentemente, entiende que esta tendencia en la concepción sobre la cosa juzgada, que se desprende tanto de la previsión constitucional, como de su ley reguladora, se configura como el efecto procesal típico de la sentencia como acto de jurisdicción. Desde luego, se entiende también que como efecto de la sentencia, no es la única, más al contrario, debe conjugar su ámbito de eficacia con otras similares en su naturaleza, estas son, la vinculación y el posible efecto general del pronunciamiento, «pero que despliega tan sólo una eficacia obstativa frente al resto de los tribunales del mismo orden y, por tanto aquí frente al Tribunal Constitucional, lejos de cualquier efecto jurídico material»¹⁶⁷⁸.

Desde una perspectiva autocrítica de la realidad española, Martín de la Vega, entiende que el instituto de la cosa juzgada, bien pudo haber sido configurada ya sea en el texto de la propia Constitución o, a través de su Ley reguladora. Empero, al omitirse tal modulación, se pecó por doble partida, puesto que el legislador, sólo se limitó a regular el régimen de compatibilidad entre las dos vías de impugnación de la ley, vía artículos 28.1 y 38.2 de la LOTC. Por lo mismo, el aporte jurisprudencial del Tribunal Constitucional para salvar esta omisión fue de gran importancia, en tanto permitieron desprender aspectos desde todo de vista esclarecedores sobre el contenido y alcance de este instituto. Así, se dejó por sentada la interpretación en la que se acepta plenamente la compatibilidad entre el recurso y la cuestión, independientemente de que esta conclusión hermenéutica no recoja la intención inicial del legislador orgánico. Asimismo, se rechazó taxativamente, la posibilidad de replantear dudas idénticas sobre la constitucionalidad de la norma legal. A partir de esta comprensión del instituto, resultaba defendible el reconocimiento de la eficacia de la cosa juzgada en la sentencia desestimatoria, aunque en su tratamiento debiera tenerse especial cuidado ha momento de

la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional estará supeditada, al concreto discernimiento del Tribunal Supremo, salvando claro está, la esfera de acción del recurso de amparo.

¹⁶⁷⁷ Sobre el tema de límites funcionales en el control de constitucionalidad, véase a González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, así también, a Jiménez Campo, Javier, *Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley*, en Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markuz. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador...opus cit.*

¹⁶⁷⁸ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 162.

determinar sus límites, y permitir la apertura, cumpliendo determinados presupuestos, a la posibilidad del replanteamiento de la duda sobre la constitucionalidad de la norma¹⁶⁷⁹.

En lo que concierne a la delimitación de la eficacia de la cosa juzgada, Martín de la Vega, en alusión al planteamiento de Bocanegra Sierra, aboga por el establecimiento de un límite objetivo flexible de la cosa juzgada en los procesos de control de constitucionalidad. Con esto, lo que observa es que no se puede limitar dicha eficacia al tenor literal del fallo, puesto que con ello, no se contribuye en modo alguno al entendimiento del sentido concreto de la decisión del Tribunal, y mucho más aún, cuando esta objeción es compartida y aceptada unánimemente en cualquier estudio sobre la cosa juzgada en general¹⁶⁸⁰, sobre todo, cuando su aplicación conceptual se encuentra dentro del marco del juicio de la ley. En ese sentido, la necesidad de contar con una eficacia de la cosa juzgada dotada de un límite objetivo flexible, adquiere importancia, sobre todo si se es consciente del surgimiento de una nueva tipología de sentencias como instrumentos necesarios para hacer frente a los inconvenientes que acarrea para el Tribunal, dictar sentencias dentro de la insuficiente dicotomía entre la inconstitucionalidad y nulidad de la norma. Dado estos inconvenientes, es innegable la necesidad del Tribunal de desechar aquel planteamiento inicial que caracterizó en sus inicios a la generalidad de los sistemas europeos de jurisdicción constitucional, esto es, su configuración en torno al pronunciamiento sobre el texto legal, y sobre el que recaía la sanción de la nulidad/anulabilidad. En estos nuevos escenarios, a decir de Jiménez Campo, el Tribunal Constitucional, requiere hacer énfasis en la distinción entre el objeto de la impugnación, el objeto del juicio y un objeto del pronunciamiento¹⁶⁸¹. La razón de esta distinción, radica en que a través de la determinación de la eficacia de cosa juzgada de un pronunciamiento, es posible diferenciar la *res iudicata* de la *res indicandi*. En la explicación de Martín de la Vega, se establece que, «Si la segunda vendría determinada por la que puede considerarse, en propiedad, el *objeto de la impugnación* del nuevo recurso o cuestión, no cabe olvidar que para determinar la *res iudicata*, para precisar lo efectiva y previamente juzgado, hay que tener en cuenta este carácter mixto del objeto del pronunciamiento anterior»¹⁶⁸². Y así, de este modo, viene a justificarse la insuficiencia del mero tenor literal del fallo, lo que no quiere decir, que el *decisum* de la sentencia no desempeñe también ese factor formal que define el *petitum* y la *causa petendi*. Luego, para Martín de la Vega, el pretender aplicar conceptos como el de la «concreta norma de decisión» adoptado por Bocanegra Sierra y Vogel, conllevan graves dificultades, en cuanto exceden su finalidad, sin centrarse en aquellos elementos que lo definen más perfectamente¹⁶⁸³. Con base en este razonamiento, se entiende que la eficacia de la vinculación se encuentra enteramente referida, no tanto al fallo de la sentencia, sino más bien, a la «norma interpretativa» contenida en los fundamentos de la sentencia, y a partir de estas variables será

¹⁶⁷⁹ Con esto, a juicio de Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 163, la tensión entre la finalidad de la cosa juzgada, que permite cumplir con los principios de seguridad y certeza, frente a las especiales características de flexibilidad y apertura del Derecho constitucional, aún están vigentes. Por lo mismo, entiende que esta tensión, bien podría adaptarse con la aplicación de concepto de *res iudicata* próximo al entendimiento clásico que del mismo se tiene en la teoría procesal alemana.

¹⁶⁸⁰ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 163.

¹⁶⁸¹ Para Jiménez Campo, Javier, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la Ley...opus cit.*, p. 92, es en esta última distinción en la que la tensión entre una impugnación textual y un juicio de carácter predominantemente material o sobre la «norma» encuentra, en ocasiones, formulas mixtas que van más allá del clásico supuesto de la sentencia interpretativa.

¹⁶⁸² Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 164.

¹⁶⁸³ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 164.

posible distinguir la *res iudicata* de la *res iudicandi*, con lo que se sostiene que es este el concepto más adecuado para quien pretende prescindir del efecto vinculante.

En principio, parece coherente la identificación entre límites subjetivos de la cosa juzgada y participantes en el proceso constitucional que realiza la doctrina alemana, sobre todo, cuando el concepto de parte procesal representa particularidades de relevancia y consideración en los procesos de constitucionalidad, todo ello, desde una perspectiva de la teoría general procesalista. Empero, si lo que se pretende es determinar la existencia de un efecto de cosa juzgada emanada de un primer pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, las particularidades a las que se hacía referencia, sumadas a las de por sí problemáticas determinaciones en torno a los límites subjetivos de la cosa juzgada, la identificación sostenida inicialmente tiende a relativizarse. Es por ello, que Martín de la Vega, sostiene contundentemente que, los límites subjetivos de la cosa juzgada no necesariamente vienen a representar un absoluto límite obstativo en el sistema de control constitucional, sobre todo si se entiende que sus potencialidades a la hora de determinar la identidad de la duda constitucional son prácticamente irrelevantes¹⁶⁸⁴. De la regulación contenida en los artículos 162 de la Constitución española y 32 – 33 y 37 de la LOTC, podremos desprender, que la legitimación procesal en el recurso y en la cuestión de inconstitucionalidad son los mismos sujetos procesales¹⁶⁸⁵. La hipótesis en la que se aborda el límite subjetivo de la cosa juzgada constitucional, parte del cuestionamiento de si, ante la posible intervención de cualquiera de los sujetos legitimados en una cuestión de inconstitucionalidad, posterior a la sustanciación de un recurso, implica una modificación del ámbito subjetivo, o lo que es lo mismo, nos preguntamos si en el supuesto, habrá operado un cambio en la identidad de los sujetos. Ahora bien, una primera aproximación al fenómeno en cuestión, respondería a nuestros cuestionamientos, bajo los siguientes argumentos, es decir, como lo apuntara Martín de la Vega, «si una ligera variación en los participantes posteriores no parece cambiar en forma sustancial una cosa juzgada ya delimitada objetivamente, el hecho de que el Tribunal Constitucional sea único en su orden corrobora aún más el razonamiento»¹⁶⁸⁶. Partiendo de esta afirmación, el autor advierte una paradoja en la eficacia de la *res iudicata* constitucional, que viene dada por una interpretación literal de la norma en la que el verdadero sujeto de la vinculación, no resulta ser quienes cuentan con la legitimación activa, sino el Tribunal Constitucional, con lo que emerge la necesidad de otorgar un tratamiento relativizado del límite subjetivo. Para trabajar una dimensión flexible del límite subjetivo de la cosa juzgada, requiere según Garrorena, diferenciar la vinculación del Tribunal Constitucional a la cosa juzgada que le «impide jurídicamente conocer de un problema de constitucionalidad idéntico, mientras considere que lo es, de aquella vinculación del Tribunal Constitucional rechazable a sus precedentes, criterio último éste que es el asumido por la doctrina alemana al rechazar la *autovinculación* del Tribunal en el ámbito de la *Bindungswirkung*»¹⁶⁸⁷.

De adoptarse el criterio alemán que identifica el límite subjetivo con las partes procesales, se proporciona grandes réditos en la medida en que se ahorra un debate teórico doctrinal que aún se considera pendiente de resolución. En ese sentido, si asumimos que son partes quienes intervienen en el juicio *ad quem*, sería lógico pensar que el juez que eleva la

¹⁶⁸⁴ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 165.

¹⁶⁸⁵ Quienes poseen la legitimación activa son: a) El Presidente del Gobierno, b) El Defensor del Pueblo, c) Cincuenta Diputados y d) Cincuenta Senadores.

¹⁶⁸⁶ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 165.

¹⁶⁸⁷ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 348.

cuestión de constitucionalidad, no tendría por qué ser considerado como parte del proceso. A través de este razonamiento, el cambio en la identidad del juez que eleva la cuestión, o de quienes fueron parte en el juicio aquo, no desvirtuaría la identidad subjetiva de la cosa juzgada y por tanto, el Tribunal estaría impedido de volver a conocer de una duda «objetivamente» idéntica. La consecuencia directa de este planteamiento, es que importará cerrar aquel margen de extrema relativización defendida por Bocanegra, y a partir de la cual se sostenía, la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad luego del dictado de un pronunciamiento desestimatorio de un recurso¹⁶⁸⁸. Otra de las consecuencias de asumir la dimensión subjetiva de la cosa juzgada en la perspectiva alemana, evita predicar una innecesaria extensión *erga omnes* de la cosa juzgada, con fundamento en que al contarse con un sistema de justicia constitucional concentrado y donde la vinculación opera en relación al Tribunal, como identidad, carece de interés. Empero, esta interpretación también conlleva algunos inconvenientes, en cuanto supone como parte de la vinculación subjetiva, al resto de la magistratura, excediendo con ello, la previsión contenida en el artículo 38.3 de la LOTC, que hace referencia a la vinculación del juez *a quo* que promueva la cuestión de inconstitucionalidad como prejudicialidad devolutiva. Además, querer desprender una eficacia de la cosa juzgada frente al resto de los jueces, no resulta una fórmula afortunada para comprender la eficacia de la sentencia desestimatoria, y ello, porque la cosa juzgada desprendería una vinculación por doble sentido, es decir, vincularía no sólo al juez ordinario, sino también al Tribunal Constitucional. La complicación que presenta esta doble vinculación, reside en que tras haber alcanzado el efecto hacia el Tribunal, luego, esta instancia de control –desde una perspectiva funcional– ya no se encontraría facultada para determinar la identidad de la duda Constitucional formulada. Asimismo, para Martín de la Vega, esta situación provoca una suerte de rigidez ha momento de promover el replanteamiento de cuestiones y, «...por tanto, de la garantía de la apertura de la interpretación Constitucional, que encuentra una definición más dúctil y adecuada en el concepto de vinculación. Esta parece ser, por otra parte, la solución que mejor se corresponde con el entendimiento flexible que el propio TC hace del artículo 5.3 de la LOPJ a la hora de admitir cuestiones de inconstitucionalidad»¹⁶⁸⁹.

Ya en lo que concierne al límite temporal, se entiende que este viene a constituir también, un elemento trascendental ha momento de determinar la existencia de la cosa juzgada constitucional. Si bien, el tratamiento sobre el tema, en materia civil fue ampliamente abordado con la diligencia y acuciosidad necesarias, que permitieron asumir la importancia del instituto¹⁶⁹⁰, no puede afirmarse lo mismo en el ámbito del proceso constitucional, y esto quizá se deba en parte a la necesaria pero a la vez excesiva relativización de las objeciones que contra el *indicato* se formularon en este campo. Paradójicamente, este descuido en el tratamiento de la cosa juzgada, no condice con la utilidad e importancia que adquiere este límite para garantizar la apertura evolutiva de la jurisprudencia constitucional, sobre todo, si de ella se desprende una redefinición de lo que es constitucional e inconstitucional, en sintonía con la nueva tipología de sentencias emitidas por el Tribunal.

Llegados a este punto, es posible afirmar vehementemente, que aún está pendiente de construcción una dogmática acerca de la eficacia de la cosa juzgada constitucional, no solamente desde la perspectiva de la regulación normativa y jurisprudencial constitucional

¹⁶⁸⁸ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal...opus cit.*, p. 262.

¹⁶⁸⁹ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 167.

¹⁶⁹⁰ Véase sobre todo, la obra de Guasp, *Los límites de la cosa juzgada*, Madrid, 1948.

española, sino también, otro tanto atañe a la regulación y entendimiento jurisprudencial constitucional boliviano, puesto que la relativización sobre sus efectos, no necesariamente responden al común denominador establecido para el instituto desde el Derecho Procesal. Pero, –como se vio– esta falta de determinación de los límites de la cosa juzgada, y la posibilidad de replantear la duda de la inconstitucionalidad, para garantizar la evolución de la jurisprudencia, no es una deficiencia atribuible solamente a la doctrina –sobre todo en el caso boliviano dada la escasa importancia brindada desde este sector hacia el fenómeno objeto de estudio–, sino también al propio Tribunal, que en lugar de asumir una postura coherente y cerrada sobre el tema, como ya advirtiera Martín de la Vega, se limitó a la aceptación de dudas idénticas, aun con «matizaciones» siempre equívocas, o a reafirmar la posibilidad genérica del replanteamiento¹⁶⁹¹. Quizá por ello, sobren argumentos para acusar a la construcción realizada por la doctrina sobre los límites de la cosa juzgada, como una gran ficción retórica. Por ello, en aquellos ordenamientos donde se rechazó este marco delimitativo del instituto, lo realizaron con base en distintos fundamentos, aunque en algunos casos incongruentes y contradictorios como en la regulación normativa boliviana. Por el contrario, en aquellos ordenamientos en los que existe un consenso mayoritario, el entendimiento doctrinal asume un presupuesto básico, esto es, como correctamente apunta Martín de la Vega, «que en último término está definiendo un efecto vinculante cuya apreciación real en el caso concreto está lejos de poder fijarse con criterios objetivos y, en todo caso, le corresponde hacerlo al propio Tribunal del que se afirma la vinculación»¹⁶⁹². Empero, mientras la discusión en el plano doctrinal permita contribuir con la determinación de criterios mucho más precisos sobre este capítulo de la justicia constitucional (es lo que se espera sobre todo de la doctrina boliviana: una atención hacia la determinación de esta eficacia del pronunciamiento constitucional), se estará aportando ya sea a la fundamentación u observación de aquellos entendimientos asumidos por parte del Tribunal Constitucional sobre este instituto, lo que a su vez, favorecerá a que en el mediano plazo, el Tribunal, cualitativamente optimice su labor como máximo intérprete y custodio de la Constitución.

3. LA EFICACIA «ERGA OMNES» DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES.

Como lo señalara Blasco, de corriente, la eficacia «erga omnes» de la sentencia halla su fundamento en razón del objeto o del interés público de lo fallado¹⁶⁹³. En consecuencia, nadie, ya se halle o no relacionado (física o jurídicamente) con lo resuelto en el juicio, puede modificar, variar o impugnar nuevamente lo definido. Luego, la consecuencia inmediata de los efectos *erga omnes* consiste en irrumpir los límites subjetivos de la cosa juzgada.

Desde el enfoque procesalista, el tema en cuestión no resulta para nada novedoso, al contrario, constituye uno de los capítulos que más discusión ha causado. Así, el núcleo del debate viró en torno a la relación existente entre la eficacia *erga omnes* de las sentencias, y la extensión subjetiva de la cosa juzgada. Uno de los máximos exponentes desde la perspectiva del *ius privatista*, Savigny, dejó servida la polémica en torno al contenido y alcance de los límites

¹⁶⁹¹ Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 168.

¹⁶⁹² Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia...opus cit.*, p. 169.

¹⁶⁹³ Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de...opus cit.*, p. 254.

subjetivos de la cosa juzgada, con especial atención en el ámbito del proceso civil.¹⁶⁹⁴ En comunión con este planteamiento, para Chiovenda, la eficacia de la cosa juzgada implicaba una vinculación hacia «a todos» en tanto que la naturaleza de la sentencia constituía un acto del Estado. De este modo, la tutela jurídica concedida o rechazada desprendía la eficacia *erga omnes*, y como tal, venía a constituirse como un efecto propio de la cosa juzgada.¹⁶⁹⁵ Sin embargo, uno de los críticos con este planteamiento, Monteleone, no dudará en calificar a esta concepción que extiende la cosa juzgada a todos, como producto del desconocimiento.¹⁶⁹⁶ Para este autor, el planteamiento de la cosa juzgada con eficacia general, era consecuencia de la adjudicación a este instituto de un concepto material. Es decir, sólo tomaba en cuenta la eficacia del pronunciamiento desde la dimensión del efecto que se desprendía en la relación jurídico material que constituye su objeto. La consecuencia negativa que trae aparejada este planteamiento, según Cortes, es la exagerada importancia que se le asigna al elemento lógico de la sentencia, dejando en un plano accesorio o secundario, la declaración misma de esa sentencia.¹⁶⁹⁷ Refiriéndose a la doctrinal actual, para Blasco, la eficacia de la cosa juzgada se limita sólo a la declaración que el órgano judicial hace en su sentencia, dejando atrás aquella exigencia clásica que predicaba la misma eficacia en relación a los fundamentos de hecho y derecho del pronunciamiento. Asimismo, para Blasco, la extensión subjetiva de la cosa juzgada, sólo contribuía a confundir los términos de la eficacia de la sentencia y la eficacia de la cosa juzgada.¹⁶⁹⁸ Aunque claro está, las críticas apuntadas por la autora no eran las únicas, pues también debía considerarse, que la sentencia como acto jurídico, desprendía efectos sustanciales respecto de terceros. En base a este presupuesto, podían diferenciarse tres categorías en lo concerniente a la extensión subjetiva de la cosa juzgada, estas son: la eficacia «*erga omnes*», «*inter alios*» e «*inter partes*». La primera categoría significaba que el pronunciamiento vinculaba a toda la sociedad, o lo que es lo mismo señalar, que nadie, esté directamente o no vinculado con lo resuelto en el juicio, podía impugnar o rebatir nuevamente lo definido. Si bien esta primera categoría es llana en su entendimiento, no ocurre lo propio con las otras dos, en las que la perspectiva doctrinal se ha detenido a trabajar la distinción entre la «eficacia refleja» y la «eficacia directa» de la cosa juzgada. Uno de los trabajos que se centró en esclarecer aquella diferencia, corresponde a uno de los grandes maestros italianos, es decir Carnelutti, quien parte su estudio sosteniendo que toda la doctrina de la eficacia refleja de la cosa juzgada nos presenta dos aspectos a tomar en cuenta. Por un lado, que la sentencia como cosa juzgada se limita a las partes del proceso, esto es, al objeto del «giudicato», que se encuentra limitado por ellas. Por otro lado, la sentencia como suceso corriente, que puede influir en las situaciones jurídicas de terceras personas. A esta dimensión la denominó el efecto del «giudicato»¹⁶⁹⁹. Lo que interesa de esta dimensión del *giudicato*, es que la misma tenga interés jurídico reconocido por el Derecho. Ahora bien, el problema de este planteamiento, radica en la dificultad por precisar hasta qué punto lo juzgado se extiende también a esos terceros y les afecta la inmutabilidad de la sentencia¹⁷⁰⁰. A fin de brindar una mejor comprensión sobre esta dimensión del *giudicato*, la

¹⁶⁹⁴ Adviértase cómo, en el criterio de Savigny, M.C.F., *Sistema de Derecho...opus cit.*, 196, la eficacia *erga omnes* se halla relacionada más con la manifestación de la voluntad de un órgano estatal, que con la lógica del juicio.

¹⁶⁹⁵ Chiovenda, Giuseppe, *Sulla cosa giudicata*, en *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1931, p. 408–409.

¹⁶⁹⁶ Monteleone, Girolamo A., *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978, p. 10.

¹⁶⁹⁷ Cortes Domínguez, Valentín, *La cosa juzgada penal*, Bolonia, 1975, p. 174.

¹⁶⁹⁸ Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de...opus cit.*, p. 255.

¹⁶⁹⁹ Carnelutti, Francesco, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, en *Studi di diritto processuale*, Padova 1925, p. 431.

¹⁷⁰⁰ Carnelutti, Francesco, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa...opus cit.*, p. 432.

doctrina mayoritaria separó la explicación a fin de una mejor comprensión. De este modo, el efecto de la cosa juzgada sólo es oponible en relación a las partes del proceso. Mientras que la refleja, vincula a terceros. Dicho de otro modo, los terceros alcanzados por el pronunciamiento, y reflejamente por la eficacia de la cosa juzgada, sólo se encuentran cubiertos por dicha eficacia de forma aparente, en tanto que su posición es distinta en relación a las partes dentro del proceso, de modo tal, que la cosa juzgada, siempre que se la vaya a hacer valer, su tramitación será como un asunto prejudicial, más no así como un aspecto principal o autónomo, sino condicionada a aquélla¹⁷⁰¹. Aportando con este razonamiento, para Allorio, no debe confundirse a la parte a la que el pronunciamiento le viene imputado como cosa juzgada suya y propia, que a los terceros que les viene imputada la cosa juzgada como ajeno, y cuya eficacia les alcanza en la medida que exista una conexión de relaciones jurídicas¹⁷⁰². De igual modo, en criterio de Liebman, no se debe dejar de lado, que para una comprensión cabal de la ampliación subjetiva de la cosa juzgada, es necesario analizar el problema «no tanto en relación con una mayor amplitud o eficacia del instituto de la cosa juzgada, cuanto en relación con la ampliación del concepto de parte»¹⁷⁰³. Para terminar de aclarar el panorama, Guasp Delgado, sostiene que para que opere la eficacia de la cosa juzgada, la identidad subjetiva exige, desde un enfoque eminentemente teórico sobre el iudicato, una identidad física y jurídica, sin embargo, con frecuencia, la ley flexibiliza este presupuesto, dando paso a una identidad jurídica en lugar de una identidad física. Luego, lo que se amplía, no es el concepto de cosa juzgada, sino el de sujeto, abarcando de esta manera a todos aquellos que sin haber litigado materialmente se hallan cubiertos por la eficacia de la sentencia.¹⁷⁰⁴ Hecha esta explicación, se sostiene que es otra la dimensión que presenta la eficacia *erga omnes* de las sentencias, donde la vinculación general de la misma emerge por la carencia de límites subjetivos de la cosa juzgada. Partidario de esta hipótesis es el maestro italiano Crisafulli, quien ha sostenido que la eficacia *erga omnes* que se desprende de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad produce, absorbe y trasciende, por lo menos desde la perspectiva práctica, toda cuestión sobre los efectos de la cosa juzgada¹⁷⁰⁵.

En la magistral obra de Bocanegra Sierra, se colocó en tela juicio, si todas las sentencias del Tribunal Constitucional desprendían el efecto de cosa juzgada, y de ser así, se preguntaba el cómo conjugar aquella eficacia con las otras, es decir la *Bindungswirkung* y la *Gesetzeskraft*.¹⁷⁰⁶ En consecuencia, dentro de este paradigma, para Bocanegra, era necesario trabajar en la

¹⁷⁰¹ Carnelutti, Francesco, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa...opus cit.*, p. 433.

¹⁷⁰² Allorio, Enrico, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 47.

¹⁷⁰³ Para Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza...opus cit.*, p. 45, en varios casos de cosa juzgada *inter alios* lo que se amplía no es la cosa juzgada, sino el concepto de parte procesal.

¹⁷⁰⁴ Guasp Delgado, Jaime, *Los límites temporales de la cosa juzgada*, Madrid, 1948, p. 13, los terceros son alcanzados por la eficacia de la cosa juzgada, por una participación fundada en los principios de solidaridad, indivisibilidad, o transmisión de las correspondientes situaciones jurídicas.

¹⁷⁰⁵ Crisafulli, Vezio, *Le funzioni delle Corte Costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, en *Rivista di Diritto Procesuale*, 1966, p. 226.

¹⁷⁰⁶ Desde la perspectiva del derecho alemán, a través del análisis realizado al parágrafo 31 de la BVerfGG, Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 46, sostiene que aquella disposición no limita a que las decisiones constitucionales entren en fuerza de cosa juzgada, sino que también, tomando en cuenta la especial naturaleza y posición constitucional que el Tribunal posee, junto al hecho de que los procesos constitucionales en general presentan grandes diferencias con los procesos ordinarios, no podrían conducir a que las decisiones producidas por un Tribunal con tan singulares características en el seno de un también singular proceso, incorporaran, a su vez, un conjunto de efectos diversos de aquellos que normalmente se adjuntan a las sentencias del juez ordinario.

delimitación no sólo de la eficacia de la cosa juzgada, sino también de los efectos de vinculación (*Bindungswirkung*) y de fuerza de Ley (*Gesetzeskraft*), así como la interacción entre estos efectos. Por lo mismo, para este autor, el cómo sean comprendidos cada uno de ellos y como puedan distinguirse entre sí en cuanto portadores de un contenido diverso, constituye un problema capital, abierto aún hoy al debate teórico doctrinal, y para ello se considera la particularidad de la actividad desarrollada por el Tribunal Constitucional, sumada a la necesidad de que los mismos sean coherentemente aplicados, requiere que los pronunciamientos constitucionales desprendan un abanico de efectos más amplio en general, pero en todo caso diferente de los propios de la cosa juzgada. Para emprender esta labor, Bocanegra plantea abarcar tres núcleos problemáticos y que deberían resolver equilibradamente las tensiones entre la seguridad jurídica y una necesaria y flexible capacidad de cambio y de adaptación constitucional, siendo imperioso determinar a tal fin, a quiénes obligan las decisiones del Tribunal Constitucional, qué es lo que obliga de sus sentencias y durante cuánto tiempo deben ser obligatorias o vinculantes estas decisiones¹⁷⁰⁷.

Consciente de que el resultado de los procesos constitucionales son procesos objetivos que reflejan una mayor trascendencia pública que los procesos ordinarios, Bocanegra entiende que la fuerza de obligar de las sentencias en ellos dictadas, no debería limitarse exclusivamente a los intervinientes, sino que la extensión de sus efectos debería ser mayor¹⁷⁰⁸.

En ese sentido, se ha sostenido desde la doctrina alemana, que para que las decisiones correctivas del TC sean eficaces, es necesario dotar a las mismas de una fuerza de obligar cual se tratase del mismo Derecho, esto es, con una eficacia idéntica a la que posee la norma sobre la cual recae el pronunciamiento del Tribunal. Sólo con esa contundencia general es que la sentencia constitucional podría incidir sobre el Derecho contrario a la Constitución. En consecuencia, es importante tomar en cuenta que si las sentencias del TC, se limitaran a resolver sobre actos concretos, o a ratificar la conformidad de la norma impugnada con la Constitución, bastaría con tener al instituto de la cosa juzgada para explicar toda la eficacia que cabe atribuir a dichos pronunciamientos, pero la realidad es otra, la eficacia de la cosa juzgada resulta insuficiente, ya que las sentencias constitucionales no sólo se limitan a zanjar la situación de las partes en un caso concreto, u otros a los que pudiera quedar extendida. Por ello dentro del ámbito de la jurisdicción constitucional surge la ineludible necesidad de abrir a sus pronunciamientos hacia una nueva forma de eficacia, que no se limite al mero ámbito «inter partes», o al escueto ámbito procesal. Esta nueva forma de eficacia se ve representada en la «eficacia erga omnes», a partir de la cual, los pronunciamientos que la posean desprenderán «efectos generales» o «plenos efectos frente a todos», es decir dotar a las sentencias constitucionales de una «fuerza de ley»¹⁷⁰⁹, con alcance general idéntico al de las propias normas. En ese sentido, lo que se busca es que las sentencias constitucionales del TC, al igual que una ley puedan afectar el ordenamiento jurídico.

Véase entonces, cómo la cuestión de la atribución de fuerza de ley a las sentencias del Tribunal Constitucional, no es una cosa novedosa en Alemania, al contrario, su práctica denota una antiquísima tradición que se inicia con aquella comprensión, que buscaba advertir en el

¹⁷⁰⁷ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 48.

¹⁷⁰⁸ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 255.

¹⁷⁰⁹ Dentro de la doctrina alemana Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 210, encuentra a la fuente de la eficacia «erga omnes» en la figura de la «*Gesetzeskraft*».

control de normas, en el juicio de constitucionalidad sobre las leyes, el ejercicio no de una función jurisdiccional, sino de una actividad legislativa, y es este escenario en el que se acuña correctamente el concepto «fuerza de ley» que se traduce en su literalidad, como el vigor propio de las leyes, dada la inexistencia, por aquel entonces, de la potestad judicial de enjuiciamiento previo de las leyes¹⁷¹⁰.

Ahora bien, en la explicación de Maunz, el entendimiento actual generalizado que se le atribuye a este concepto, es uno que se conjuga y a la vez, busca diferenciarse con el de la «vinculación». De este modo, la fuerza de ley implica «un reforzamiento de la vinculación»¹⁷¹¹, es decir, si a través de la vinculación se llega a ampliar los efectos de las sentencias constitucionales hacia todos los órganos constitucionales, autoridades y Tribunales; en tanto que, como lo apuntara Leibholz, a través de la eficacia erga omnes esta extensión va todavía más allá, es decir, hacia todas las personas físicas y jurídicas, que bien podrían invocar en su beneficio estos precedentes, y por lo mismo, desprendería inmediatamente para todos derechos y obligaciones¹⁷¹², asumiéndose que la generalidad de una ley obliga a todos por igual, no limitándose a las partes intervinientes en el proceso, como sucede con la eficacia de la cosa juzgada, o sólo hacia los órganos del Estado, como ocurre con los efectos de vinculación, explicado ampliamente por Maunz¹⁷¹³.

Ya Maunz se encargó de explicar que la eficacia erga omnes que se asigna a los pronunciamientos recaídas en los procesos de inconstitucionalidad de las leyes, no significa aceptar que sus efectos sean exactamente los mismos que los de las leyes. Basado en la postura doctrinal mayoritaria¹⁷¹⁴, Maunz aclara que, la eficacia erga omnes sería «semejante» a la eficacia general de la ley, y ello porque una sentencia del Tribunal Constitucional difícilmente podría considerarse como una ley ya sea en su dimensión formal –puesto que la decisión del Tribunal no constituye un acto legislativo– menos aún en su sentido material, ya que la decisión del intérprete supremo de la Constitución, no crea normas jurídicas, sino que solamente a través de un enjuiciamiento previo determina su conformidad o no con la Constitución. En consecuencia, el patrón básico de esta figura sería, el de su « semejanza de ley », arropada en clave de sentencia¹⁷¹⁵, quedando luego habilitada para desprender una vinculación general, que excede al núcleo de quienes fueron partes en el correspondiente proceso, así como también, a la esfera de los órganos y Tribunales que son cubiertos por la eficacia de la *Bindungswirkung*. Por ello, Maunz, entiende que la eficacia erga omnes constituye una vinculación a favor y en contra de todos, y que como concepto habría sido más afortunado en su empleo que el término *Gesetzeskraft*, puesto que habría permitido ahorrar a la doctrina y jurisprudencia alemana un sinnón de equívocos inadmisibles dado sus connotaciones¹⁷¹⁶.

¹⁷¹⁰ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 68.

¹⁷¹¹ Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31...opus cit.*, p. 31.

¹⁷¹² Leibholz/Rupprecht, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Köln–Marienburg, 1968, p. 101.

¹⁷¹³ Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31...opus cit.*

¹⁷¹⁴ Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31...opus cit.* p. 31.

¹⁷¹⁵ Leibholz/Rupprecht, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...opus. cit.*, p. 100.

¹⁷¹⁶ Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31...opus cit.* p. 31, resalta que como consecuencias de esta «semejanza de ley», que no es lo mismo que identidad, impide el planteamiento de la *Verfassungsbeschwerden* contra las mismas, al extremo que el propio TCFA puede eliminarlas, como sucedería con el legislador que en ejercicio de su función podría en cualquier momento suprimir las normas por el dictadas.

Partiendo de este inicial análisis, se debe dejar por sentado, que la eficacia «erga omnes» es la consecuencia lógica y, por lo tanto imprescindible de toda sentencia que estime la inconstitucionalidad de un precepto. A través de ella, el TC declara que la norma en cuestión ha dejado de ser conforme a la Constitución, y al declarar la nulidad de la misma lo hace con un alcance general, encuadrando su actuar dentro del paradigma del legislador negativo previsto en su momento por Kelsen.

En criterio de autores como Rubio Llorente, la afirmación de que toda la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad desprenda la reconocida eficacia erga omnes, se encuentra plenamente justificada en el objeto del proceso, esto es, la norma, que en principio goza de la generalidad, hasta que es declarada inconstitucional y nula por el Tribunal, por lo que para este autor español, la desaparición de la norma también debe revestir este carácter¹⁷¹⁷. Consecuentemente, la declaración de inconstitucionalidad al eliminar una norma del ordenamiento jurídico dicha supresión no puede, de modo alguno, limitarse a las *partes* del proceso¹⁷¹⁸. Precisamente por ello, la teoría de la jurisdicción constitucional de Kelsen se justifica en estos principios, es decir, la anulación de la ley tiene el mismo carácter general que la promulgación, o lo que es igual a decir, la anulación es promulgación precedida del signo negativo.¹⁷¹⁹

En base a estas explicaciones, Blasco entiende que los efectos generales de la sentencia constitucional constituyen la naturaleza objetiva del juicio de constitucionalidad de las leyes. Ahora bien, a través de este juicio, el Tribunal instrumentaliza la voluntad de la norma constitucional, y no sólo eso, sino que también, en relación a los efectos, éstos se traducen en un acto normativo¹⁷²⁰, en tanto importan la transformación del orden jurídico producido por el dictado de la sentencia estimatoria. En consecuencia, el efecto general pone de relieve el rasgo del Tribunal como legislador negativo. En definitiva la capacidad de vincular al resto de órganos del Estado, es producto de la eficacia *erga omnes*, o eficacia general que se circunscribe en la sentencia como hecho jurídico material, debido a que desprende sus efectos en relación con la Constitución, o lo que es lo mismo señalar, considerar a la eficacia de la sentencia en su dimensión material, caracterizada, concretamente, por la ausencia de límites subjetivos. En ese

¹⁷¹⁷ Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como forma de creación...opus cit.*, p. 26.

¹⁷¹⁸ En la concepción de Maunz, Theodor, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, marzo 1992, núm. marginal 15 al comentario del párrafo 31, p. 14 y 15, los efectos *erga omnes* contienen a los efectos jurídicos materiales del pronunciamiento, esto es, asumir como efectos propios a la desaparición de una norma del ordenamiento jurídico, tomando en cuenta el objeto del proceso. En ese sentido, lo que no debe dejarse de lado, es que así como la cosa juzgada es efecto procesal de la sentencia, el efecto *erga omnes*, traduce el material del pronunciamiento. Esto quiere decir, en palabras de Maunz, «otro elemento decisivo que diferencia a la cosa juzgada y al efecto vinculante, se advierte en que la cosa juzgada tiene efectos procesales y el efecto vinculante, por el contrario, sitúa sus efectos más en el campo del derecho material». Luego, el resultado material de la sentencia se adscribe en la eficacia *erga omnes*, es decir, en la sentencia como «hecho» jurídico material, más no así en la «declaración» que viene a constituir en la sentencia como acto jurídico. En consecuencia, el pronunciamiento, viene a constituir un acto jurídico procesal, por lo que debe guardar estrecha relación con la lógica del proceso constitucional, es decir, que las consecuencias de la decisión del TC deben ser estudiadas de conformidad con el proceso donde se dicta la decisión. Independientemente de lo señalado, para Blasco, el pronunciamiento adquiere una doble «dimensión», que denota la complejidad de la naturaleza de la sentencia, que se traduce en una esencia procesal y a la vez material. Razones sobran luego, para sostener que la sentencia no sólo es un acto jurídico, sino también un hecho jurídico.

¹⁷¹⁹ Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de...opus cit.*, p. 254.

¹⁷²⁰ Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de...opus cit.*, p. 255.

sentido, resulta de interés citar la perspectiva de Calamandrei sobre el tema. Para el tratadista italiano, la sentencia aparejada con la eficacia de la cosa juzgada, *inter partes*, despliega como hecho jurídico, «unos efectos de carácter general, formulado de manera hipotética como aquellos que son propios de la ley. En los casos en que la ley reconoce a la voluntad de la declaración contenidos efectos de alcance general, exceden al singular caso decidido, de naturaleza aparentemente legislativa (...), sólo se entienden si la sentencia vale como hecho jurídico, del cual la ley hace derivar, para toda una serie de casos pertenecientes a una cierta categoría, efectos jurídicos conforme a aquellos fijados en la declaración (...) Se verifica el fenómeno de una sentencia que, mientras, en relación al singular caso decidido, tiene valor de un acto jurídico, vale también de manera general para toda una serie de casos hipotéticamente previstos en la ley, como hecho jurídico en sentido estricto.»¹⁷²¹

Ahora bien, en el caso Español, el artículo 164.1 CE reconoce la eficacia «erga omnes» a las sentencias que estimen la inconstitucionalidad de una norma, al afirmar que «...las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho»¹⁷²², tienen plenos efectos frente a todos». De igual modo el artículo 39.1 LOTC señala que «cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...», esta última disposición refleja claramente la conexión que debe existir entre la declaración de la inconstitucionalidad y la nulidad para desprender los efectos «erga omnes», y ello se justifica porque, si la finalidad de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad es cumplir una función reparadora¹⁷²³, es necesario que la eliminación del precepto inconstitucional se produzca con la eficacia «erga omnes», es decir con efectos generales¹⁷²⁴.

Por el contrario, carecen de eficacia «erga omnes» las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad. Si bien de la interpretación del artículo 38.1 LOTC se desprende que

¹⁷²¹ Calamandrei, Piero, *Génesis lógica de la sentencia civil*, en Estudios sobre el Proceso Civil, Buenos Aires, 1945, p. 371.

¹⁷²² Sobre el tema, Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 356, sostiene que en el caso del recurso de amparo, éste puede desplegar también efectos «erga omnes», siempre que la sentencia constitucional afecte a una regla de Derecho y se vea en la necesidad de desplegar un alcance tan general como el que la mencionada regla posee. En esta misma línea de explicación, para Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 39, al hacer esta precisión el legislador, habría buscado separar –en atención a los diversos tipos de procedimientos y las correspondientes diversas clases de sentencias–, que, junto a las declarativas de la inconstitucionalidad de las leyes, producirán efecto «frente a todos» «todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho», aunque no siempre quede claro determinar qué sentencias se limitan, y cuáles no, «a la estimación subjetiva de un derecho». Por lo mismo, para este autor, es posible conjeturar que la redacción de texto, fue realizada pensando en el recurso de amparo, asumiendo por tanto, que no podía adjuntarse a todas las decisiones constitucionales el mismo efecto general, empero la redacción plasmada en la disposición constitucional, no deja de lado aquel cariz de perplejidad porque parece dar a comprender que es posible que no sólo las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de leyes adjunten efectos generales, sino también otras sentencias distintas. Luego *a contrario sensu*, habrían sentencias que no pueden producir ese efecto general.

¹⁷²³ Para Jiménez Campo, Javier, *La declaración de inconstitucionalidad...opus cit.*, p. 122, resalta los dos rasgos que se desprenden de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de la norma: Por un lado su negatividad, que se plasma en la nulidad de la norma como símbolo del carácter negativo de la decisión. Por otro lado, la virtualidad reparatoria, que se manifiesta con la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma inconstitucional, con la que se restablece la situación de constitucionalidad.

¹⁷²⁴ Así lo ha entendido el TC a través de su STC 166/1994, al sostener que la declaración de inconstitucionalidad y la consecuente nulidad de la norma implica «...su expulsión del ordenamiento jurídico de una vez por todas y para siempre, medida irreversible por su propia naturaleza».

«...las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado», y con ello daría a entender que tanto las sentencias estimatorias o desestimatorias de la inconstitucionalidad producirían efectos generales, este entendimiento debe ser corregido tomando en cuenta la previsión del artículo 39.1 LOTC, que limita dicha eficacia a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la norma impugnada, siendo de este modo la regulación por demás coherente pues sólo requieren de tal eficacia, este tipo de pronunciamientos, mientras que las sentencias que declaran la conformidad de la disposición impugnada con la Constitución, no requieren de dicha eficacia, pues es la norma y no la sentencia la que continúa desprendiendo su eficacia general, es decir su fuerza de ley general.

A manera de reforzar estas afirmaciones, resulta de especial interés citar algunos de los razonamientos esbozados por Bocanegra Sierra sobre el tema. De este modo, ya Bocanegra, inicialmente planteó un entendimiento sobre el concepto de fuerza de ley en el sentido de la «fuerza» propia de las leyes, empero, aclaró también, que como consecuencia de la aplicación de los principios generales dominantes en la teoría de las nulidades¹⁷²⁵, este instituto viene a representar un soporte más, –aunque no de manera fundamental– de la eficacia «vinculación» de las sentencias del Tribunal Constitucional. En consecuencia, para este autor, solamente aquella sentencia que declara la inconstitucional y nulidad de pleno derecho de una ley que no lo es desde la perspectiva constitucional, puede desprender un específico y propio efecto jurídico no comprendido entre los que resultan de aplicar los principios de la teoría de las nulidades, es decir, su eliminación¹⁷²⁶. De esta forma, para Vogel, la «fuerza de ley» de las sentencias constitucionales, no es predicable más que de aquellas sentencias que eliminan la norma legal enjuiciada, y no así de aquellas que confirman su constitucionalidad. En consecuencia, sólo las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad son las que gozan de una mayor «protección de estabilidad» en relación a las sentencias constitucionales dictadas en otros procedimientos que no sean de control de normas, específicamente, cuando se refiere a la vinculación con efectos a favor y en contra de todos¹⁷²⁷. De este modo, para Ipsen, la eficacia erga omnes, sólo puede tener efectos eliminadores (*abbauend*), más no así constructores (*aufbauend*), y esto debido a que el Tribunal no puede emular en forma alguna al legislador, y fungir como un «dador de leyes», limitándose su accionar a ser un «destructor de leyes»¹⁷²⁸.

De este modo, para Maunz, adelantándose a las críticas provenientes de la doctrina más autorizada sobre el tema, en ningún caso la norma confirmada como constitucional desprendería una eficacia de esta naturaleza, sino que permanece con el mismo que anteriormente poseía¹⁷²⁹.

¹⁷²⁵ Sobre el tema de la nulidad de pleno derecho de las leyes inconstitucionales, y los efectos *ex tunc*, véase a Bökenförde, Ernest, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, Berlín, 1966, y sobre las sentencias de simple carácter declarativo, no constitutivo, consúltese a Söhn. *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, Darmstadt, 1974.

¹⁷²⁶ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...* *opus cit.*, p. 75.

¹⁷²⁷ Vogel, Klaus, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, I, Tübingen, 1976, p. 613.

¹⁷²⁸ Ipsen, Jörn, *Die Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen*, en *Deutsche Landesreferate zum II Internationalem Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950*, Berlín, et., 1950, IV, p. 815.

¹⁷²⁹ Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31...* *opus cit.* p. 33.

Empero, el planteamiento sostenido por Maunz, no siempre es compartido por la generalidad de la doctrina, por lo que este tipo de discrepancias nos conducen inevitablemente a cuestionarnos acerca de si las sentencias que declaran la constitucionalidad de una ley, desprenden de igual modo estos efectos «semejantes a la ley», o *erga omnes*. Así, autores como García de Enterría, han puesto de relieve que las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad, también desprenden aquella eficacia general, en virtud de la existencia de una regla común en los procesos contra normas, que determinan que tales sentencias que declaran la compatibilidad de las normas con la Constitución surten también plenos efectos frente a todos¹⁷³⁰, pero además este planteamiento se ve reforzado, con la consecuencia de que la ley, al verse confirmada por el TC como conforme con la Constitución, no podría volver a ser de nuevo enjuiciada por el Tribunal Constitucional, independientemente de que en forma posterior el legislador pueda, según el interés colectivo derogarla o modificarla.

En ese sentido, Maunz resalta que para un importante sector de la doctrina en Alemania, las sentencias confirmatorias de la constitucionalidad de una ley, como consecuencia de la concepción de la eficacia «fuerza de ley», desprende también efectos frente a todos. Desde luego, las consecuencias inmediatas de esta situación, se traducen en la imposibilidad de un nuevo enjuiciamiento de la misma ley confirmada¹⁷³¹, e impidiendo también, que esa ley pueda ser declarada contrastante con la Constitución en forma posterior.

Como no podía ser de otra manera, las reacciones hacia esta extensión de la eficacia *erga omnes* para las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad, no se dejaron esperar. La doctrina contraminoritaria centró su atención en la configuración de la eficacia como un «reforzamiento de la vinculación», así como en el planteamiento de la imposibilidad de apertura de un nuevo proceso que permita declarar nula una ley que previamente ha sido declarada como conforme con la Norma Fundamental por el Tribunal Constitucional.

En relación a la primera perspectiva de la crítica, se ha señalado que en realidad, la eficacia de la vinculación, así como de la fuerza de ley, independientemente de que se sostenga su menor virtualidad, vienen a ser prácticamente equiparables, y esto porque la afirmación de que la vinculación, a diferencia de la fuerza de ley, no comprende a todos los ciudadanos, no ayuda a comprender o esclarecer la diferencia entre estos, sobre todo, como lo sostiene Spanner, si no se definen las consecuencias que traerían aparejadas la no sujeción de un ciudadano al que beneficia el pronunciamiento del Tribunal, de la obligatoriedad impuesta a los demás tribunales y autoridades hacia las decisiones del Tribunal Constitucional¹⁷³².

Así también para Bocanegra, no resulta aceptable, la tesis expuesta de atribuir tales efectos a las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad, ya sea porque el concepto «fuerza de ley» no puede ser asumido de otra forma que en un sentido estrictamente literal, «y este es justamente su sentido histórico originario, si no se quiere caer en el arbitrio de atribuir a un concepto el contenido que uno quiere, y así entendida, no permite ciertamente concluir que la ley confirmada por una sentencia constitucional no pueda ser posteriormente declarada nula.»¹⁷³³ Por otro lado, para Vogel, no puede dejarse de lado, que la atribución de

¹⁷³⁰ García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho...opus cit.*, p. 204.

¹⁷³¹ Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31...opus cit.* p. 42.

¹⁷³² Spanner, *Das bundesverfassungsgericht*, München, 1972, p. 52.

¹⁷³³ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 70.

efectos *erga omnes* a las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad de una ley implica, no reconocerle fuerza de ley, sino, algo más que eso, es decir, una *fuerza constitucional*¹⁷³⁴.

Dentro de esta misma línea, para Rupp, si bien, podría suponerse que a petición de un demandante distinto del primero, podría el Tribunal Constitucional declarar nula la ley previamente afirmada como constitucional –en cuanto no jugarían para este la eficacia de la cosa juzgada–, no puede dejarse de lado, que al estar dotados estos pronunciamientos de la fuerza de ley, el Tribunal somete a un juicio riguroso a la norma impugnada desde todos los puntos de vista posibles, no sólo desde los invocados por el demandante o propuestos por el Tribunal que plantea el recurso indirecto. De esta forma, es posible afirmar «que no es posible aceptar nuevas posiciones, nuevos argumentos constitucionales contra la ley confirmada, no permitiéndose, por lo tanto, nuevas demandas que autoricen a reexaminar la cuestión ya debatida desde todas las perspectivas posibles, mientras no cambie la situación de hecho.»¹⁷³⁵

En consecuencia, Bocanegra es categórico al señalar, que comprender de otra manera la eficacia *erga omnes* de las sentencias constitucionales, de tal modo que permita extender su eficacia a favor y en contra de todos también en relación a las decisiones confirmatorias de la constitucionalidad de las leyes, impidiendo, incluso a los que no han sido partes en el correspondiente procedimiento ni han tenido ocasión de serlo, la posibilidad de demostrar que la sentencia es errónea, que la ley confirmada es auténticamente inconstitucional y, por tanto, nula de pleno derecho, implica no solamente la vulneración absoluta hacia los principios que presiden el sistema, y que prohíben la convalidación de nulidades radicales, sino también, se estaría atribuyendo a esos pronunciamientos, no una fuerza de ley, sino –*ex lege*– una fuerza constitucional¹⁷³⁶, que excede en mucho, incluso a la pretensión de quienes¹⁷³⁷ buscan insertar esta garantía de estabilidad para las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad, como lo apuntara Vogel¹⁷³⁸.

Centrando ahora nuestra atención en el caso boliviano, la previsión del artículo 133 de la CPEP establece que «La sentencia que declare 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»¹⁷³⁹, reconociendo y limitando al igual que en el caso español, el efecto «*erga omnes*» sólo a las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, guardando un silencio en relación a las que desestiman la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Para Rivera Santiváñez, en el marco del modelo Kelseniano de la «legislación negativa», las sentencias estimativas que declaran la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada tienen un alcance general o *erga omnes*, cuyo efecto inmediato es derogatorio o abrogatorio, conforme corresponda, es decir, será derogatorio cuando la inconstitucionalidad alcanza a una parte de la ley, decreto o resolución impugnadas, y abrogatorio cuando la inconstitucionalidad

¹⁷³⁴ Vogel, Klaus, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der...opus cit.*, p. 612–613.

¹⁷³⁵ Rupp, *Zur Bildungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, en *Tübinger Festschrift für Eduard Kern*, Tübingen 1968, p. 414.

¹⁷³⁶ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma jurídica*, «ADC», 1979, p. 293, en referencia al derecho alemán, sostiene que la atribución de una tal *Bestandsschutz* a las sentencias confirmatorias del Tribunal Constitucional no se encuentra dentro de la cobertura del artículo 94,2 GG. Otro tanto se predica en relación al parágrafo 31,2 BverfGG.

¹⁷³⁷ Vid por todos a García de Enterría, Eduardo, *opus cit.*

¹⁷³⁸ Vogel, Klaus, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des...opus cit.*, p. 614.

¹⁷³⁹ Clare aclarar, que la disposición constitucional de referencia, es una réplica total del abrogado artículo 121.II de la Constitución de 1967.

alcanza a la totalidad de la ley, decreto o resolución.¹⁷⁴⁰ Sin embargo, si se toma en cuenta la prescripción del artículo 78.II.1 de la CPC, se tiene que la sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hará improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella, con esto, la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad estaría desprendiendo implícitamente los efectos generales previstos para las sentencias estimatorias. Para Hayes, el atribuir efectos «erga omnes» a las sentencias que declaran la constitucionalidad de la norma impugnada, representa un error legislativo¹⁷⁴¹, pues una sentencia constitucional en ese sentido no puede ser inmutable por siempre, al contrario es susceptible de cambiar durante el transcurso del tiempo, tal el caso de la inconstitucionalidad sobrevenida. Este criterio también es compartido por Rivera Santivañez, quien además de sostener el error legislativo al otorgar un efecto erga omnes a la sentencia declarativa de constitucionalidad de la disposición legal impugnada, también sostiene que ello, sólo contribuye a desnaturalizar el control de constitucionalidad sobre las disposiciones legales. Por lo que señala que una sentencia de constitucionalidad no es, ni puede ser inmutable, puede cambiar con el transcurso del tiempo como consecuencia de diversas causas o circunstancias.¹⁷⁴² El autor boliviano destaca desde una perspectiva objetiva, que en la doctrina del Derecho Procesal Constitucional, no existe uniformidad de criterios respecto al carácter general o *erga omnes* de las sentencias desestimatorias o las que declaran la constitucionalidad de la disposición legal impugnada. En efecto, una de las tendencias sobre el tema, manifiesta que, en caso de desestimarse el recurso y declararse la constitucionalidad de la disposición legal, el efecto es *erga omnes*, en el futuro esa disposición legal no podrá ser cuestionada o impugnada. Sin embargo, existe otra posición doctrinal¹⁷⁴³ que considera lo contrario, vale decir que, en los

¹⁷⁴⁰ Rivera Santivañez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento...opus cit.*, p. 598.

¹⁷⁴¹ Hayes Michel, María Yamile, *El recurso de inconstitucionalidad en Bolivia*, en VV.AA., *La justicia constitucional en Bolivia 1998 – 2003*, Kípus, Sucre – Bolivia, 2003, p. 749.

¹⁷⁴² Entre las causas o circunstancias, Rivera Santivañez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento...opus cit.*, p. 599, apunta: a) Un proceso de reforma constitucional que puede dar lugar a una inconstitucionalidad sobreviniente, es decir, que a través de una reforma de la Constitución puede motivar que la disposición legal, inicialmente compatible con las normas constitucionales, se torne en incompatible como emergencia de dicho proceso. b) Un cambio de los criterios de interpretación del Tribunal Constitucional, es decir, que este órgano cambie la interpretación original de la norma constitucional sobre cuya base declaró constitucional la disposición legal impugnada y asigne otro significado a la norma de la Constitución a cuya consecuencia la disposición legal podría convertirse en incompatible y por tanto inconstitucional. Y c) El Tribunal Constitucional puede modificar la norma o el sentido de la misma atribuida a la disposición legal impugnada, es decir que cambie el significado que inicialmente le asignó al declarar su constitucionalidad, debido al carácter evolutivo de la interpretación que obliga a tener en cuenta la mutación de la realidad social, o debido a la interpretación sistemática de la disposición legal impugnada con nuevas disposiciones promulgadas por el órgano con facultad normativa.

¹⁷⁴³ Recuérdese que en la doctrina constitucional española, el criterio doctrinal mayoritario sostiene que la sentencia desestimatoria del recurso que declara la constitucionalidad de la disposición legal impugnada no tiene efectos erga omnes, en consecuencia, nada impide plantear un nuevo recurso contra la disposición legal. En ese sentido, Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como forma...opus cit.*, p. 484, señala que «el fallo de las sentencias desestimatorias produce sólo efecto *inter partes* y aun esto sólo limitadamente, como conclusión del litigio en el que se produce, pero sin que ello implique necesariamente la prohibición de replantearlo, y las razones de la decisión carecen, en principio, de toda fuerza vinculante». De igual modo, para García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal...opus cit.*, p. 139, «la desestimación de un recurso directo contra una ley no es un obstáculo para que el mismo motivo de inconstitucionalidad pueda ser planteado ulteriormente en una cuestión de constitucionalidad», y esta afirmación es realizada por el autor, a partir de una lectura hecha de los artículos 29,2 y 38,2 de la LOTC, y en virtud a los cuales, se entendía antiguamente que la sentencia desestimatoria también desplegaba la eficacia erga omnes, aunque el autor termina aclarando que dicha interpretación que asignaba tal eficacia a aquel pronunciamiento constituía un grave error, en tanto suponía un «bloqueo al libre

casos en que se dicte una sentencia desestimatoria que declare la constitucionalidad de la disposición legal impugnada, el efecto será sólo para el caso concreto, de manera que esa sentencia no impide plantear otro recurso en el futuro, máxime si se toma en cuenta que puede producirse una inconstitucionalidad sobreviniente.

Precisamente, para evitar los temores y las críticas planteadas por Hayes y Rivera Santiviáñez en relación a la inmutabilidad de las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad y la consecuente petrificación del Derecho, como producto de la asignación de la eficacia erga omnes a los pronunciamientos desestimatorios, es que se rescata para el caso boliviano el análisis doctrinal elaborado desde la perspectiva del sistema español, a través del cual, se considera que el dimensionamiento interpretativo en el ámbito boliviano del artículo 78.II.1 del CPC debe tener en cuenta que en los supuestos en que las sentencias que declaran la conformidad de la disposición impugnada con la Constitución, no requerirán de efectos generales, pues al declararse la norma como constitucional, la misma continúa estando vigente con todos los elementos que la caracterizan, entre ellas la generalidad, y en ese entendido, es necesario aclarar que no es la sentencia la que desprende la eficacia general, sino la norma misma. Luego, nada impediría volver a impugnar una norma declarada constitucional por el TCPB, y entendemos que este ha sido el razonamiento asumido por el Tribunal, cuando en la SC 101/2004, de 14 de septiembre, determinó el alcance del efecto erga omnes en relación a la eficacia de la cosa juzgada constitucional ha momento de dictarse una sentencia desestimatoria de la constitucionalidad de una disposición legal impugnada. Así, el Tribunal dejó establecido, que dicha sentencia impedirá que en el futuro se impugne la disposición legal declarada como constitucional en sentencia, con los mismos fundamentos y los mismos conceptos de violación constitucional con que fue impugnada en el recurso que motivó la sentencia de constitucionalidad, empero, no impedirá que se vuelva a impugnar, o que el Tribunal Constitucional vuelva a examinar, la disposición declarada constitucional cuando existan nuevos argumentos o motivos de su eventual inconstitucionalidad, es decir, cuando se considere que vulnera otras normas de la Constitución con las que no fue contrastada en el anterior recurso de inconstitucionalidad. De este modo, al pronunciarse sobre la problemática planteada en el recurso abstracto de inconstitucionalidad, el Tribunal sostuvo: «En atención a la conexitud de la norma impugnada con el artículo 133 y la Disposición Transitoria Tercera, ambos del CPP, corresponde, en aplicación del artículo 58.IV de la LTC, extender el juicio de constitucionalidad a las indicadas normas; precisando que si bien la última de las disposiciones nombradas fue declarada constitucional, y según el artículo 58.V, «La Sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucional contra ella», ello no impide someter a la indicada norma a un nuevo juicio de constitucionalidad, al ser distinto el fundamento en el que se basó tal análisis, y dado que lo que la norma prohíbe es un nuevo examen sobre un mismo fundamento.» Por lo mismo, en base a estos argumentos, volvió a examinar la disposición legal enjuiciándola al tenor de otras normas de la Constitución que con anterioridad no fueron objeto de contrastación, y concluyó declarando su constitucionalidad condicionada a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional.

acceso constante a la Constitución, y obstaculiza una de las funciones políticas más importantes del Tribunal Constitucional, la de una interpretación constitucional evolutiva que adapte el texto de la Constitución a las situaciones históricas cambiantes y, finalmente, ignora las diferencias substanciales entre un control abstracto de las leyes y un control concreto».

Volviendo con el análisis, a la luz de los fundamentos esbozados por Garrorena¹⁷⁴⁴, quien como ya se tuvo oportunidad de señalar, sostiene que las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad, no requieren de dicha eficacia, puesto que al quedar incólume y vigente la norma, ésta desprende los efectos generales que le son consustanciales a su naturaleza. En ese sentido, creemos que fue este el criterio que buscó ser introducido por el legislador en la Ley No. 254, al prever en el artículo 78.II.2 que «La inconstitucionalidad de una norma tendrá valor de cosa juzgada y sus fundamentos jurídicos serán de carácter vinculante y general». Desde luego, cabe resaltar, que a diferencia de la previsión constitucional contenida en el artículo 133, que hace referencia a la eficacia «erga omnes» desprendible de toda sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, la Ley No. 254 en su artículo 78.II.2 establece que «sus fundamentos jurídicos serán de carácter vinculante y general». Luego podría entenderse que la eficacia «erga omnes» no alcanzaría a la parte del fallo del pronunciamiento estimatorio, sino solamente a los fundamentos. En este entendido, el diseño previsto por el legislador daría a entender, que en las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, el fallo no revestiría la eficacia «erga omnes», y en su lugar se aplicaría la eficacia de la cosa juzgada, que conllevaría a sostener el establecimiento de un límite subjetivo predicable sólo hacia las partes del proceso constitucional, más no así hacia terceros.

Desde una perspectiva particular, se considera que la redacción del artículo 78.II.2 del CPC peca de incoherencia e incongruencia con el mandato contenido en el artículo 133 de la CPEP, que predica la eficacia «erga omnes» desprendible de toda sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma, mientras que la disposición legal analizada, limita dicha eficacia sólo hacia la parte de los fundamentos jurídicos de la sentencia, excluyendo de este modo, al fallo de la sentencia de aquella eficacia general. En consecuencia, la incoherencia salta a la vista, puesto que es el fallo de la sentencia el que contiene y declara expresamente el carácter inconstitucional de la norma impugnada, y como tal debiera encontrarse revestido de la eficacia erga omnes, y no solamente los fundamentos jurídicos del pronunciamiento. Si bien es cierto que la parte resolutive de la sentencia se encuentra estrechamente relacionado con la parte motiva de la sentencia, sobre todo, con la ratio decidendi, y al entenderse que el pronunciamiento constituye un elemento lógico y sistemático entre el dispositivo y el fallo, los mismos que al precisar el carácter de inconstitucionalidad de la norma impugnada, hacen que ambos elementos deban desprender la eficacia erga omnes, como un imperativo necesario a fin de dotar de aquella fuerza de ley que caracteriza a las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad.

La forma en la que el legislador reguló el artículo 78.II.2 del CPC, pareciera que fue pensada a fin de que el Tribunal pudiera modular el contenido de la sentencia estimatoria de tipo interpretativa. Es decir, de este modo surgiría la posibilidad de que el TCPB dicte una sentencia de naturaleza estimatoria cuyo objeto sea la eliminación de la interpretación inconstitucional de la ley. Como ya lo sostuviera Redenti, el Tribunal cuenta con amplias facultades para definir cuáles de las interpretaciones de la disposición son legítimas y cuáles ilegítimas¹⁷⁴⁵. Recuérdese entonces, cómo Crisafulli, sostenía que para el dictado de una SE interpretativa era necesario que el Tribunal opere una escisión entre disposición y norma.¹⁷⁴⁶ En este caso, la disposición enjuiciada queda incólume al ser considerada conforme a la

¹⁷⁴⁴ Garrorena Morales, Ángel, Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit., p. 338

¹⁷⁴⁵ Redenti, E., *Legitimità delle leggi e...*opus cit., p. 81.

¹⁷⁴⁶ Crisafulli, Vezio. *Disposizione (e norma)*...opus cit., p. 198.

Constitución, aunque formalmente exista una declaración de inconstitucional, por lo que prevé o no dicha disposición. De ese modo, la disposición no es alterada en tanto que ninguna de sus partes es declarada inconstitucional. Sin pretender ingresar nuevamente en el análisis sobre la diferenciación entre la SE interpretativa y la SE parcial, lo que se pretende hacer ahora, es explicar la afirmación previa, es decir, por qué el legislador sólo reconoció la eficacia erga omnes a los fundamentos jurídicos de la sentencia, más no así al fallo. En ese sentido, como ya se tuvo oportunidad de apuntar, lo que el legislador habría buscado a través de la redacción contenida en el artículo 78.II.2 del CPC, es permitir al Tribunal modular el contenido de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad a través del dictado de SE interpretativas. Es decir, el TCPB, al someter a juicio de constitucionalidad la ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, bien podría declarar inconstitucional no la disposición como tal, sino la(s) norma(s) desprendible(s) de ésta. A su vez, al precisar la interpretación contrastante con la Constitución y vetada por el Tribunal, al no encontrarse en la parte del fallo, sino en la parte de los fundamentos jurídicos, impediría que las autoridades y particulares vuelvan a reproducir la norma (interpretación) que a juicio del Tribunal es disconforme con la Constitución. Evidentemente, la sentencia declararí en el fallo la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, empero la misma no afectaría en modo alguno a la disposición como tal, sino sólo a la interpretación (norma) desprendible de esta. Luego, el fallo al adquirir la calidad de cosa juzgada, vincularía en primer término a las partes involucradas en el proceso de constitucionalidad, para quienes la declaración haría inaplicable la disposición ya sea en su dimensión derogatoria o abrogatoria¹⁷⁴⁷, según se trate de la extensión de la declaración de la inconstitucionalidad, mientras que los fundamentos jurídicos donde se encuentra la interpretación que en criterio del Tribunal es contraria a la Constitución, desprendería la eficacia erga omnes, es decir, que no se podría asignar a la disposición, la interpretación vetada por el TCPB. A contrario sensu, si en forma posterior, se desprendiera una nueva interpretación de la disposición igualmente contrastante con la Constitución, nada impediría la interposición de una nueva impugnación contra la disposición normativa. Este razonamiento adquiere mayor fundamento a raíz de lo dispuesto por el artículo 3 numeral 1 (Conservación de la norma) del CPC, que establece «En los casos en que una ley admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional Plurinacional en todo momento optará por la interpretación que sea compatible con el texto constitucional.» Bajo este principio, debe tenerse muy presente, que el límite para el empleo de una SE interpretativa lo constituye el principio de la «menor incidencia en el ordenamiento»¹⁷⁴⁸. Esto quiere decir, que si bien la ley

¹⁷⁴⁷ Tanto el efecto abrogatorio como el derogatorio implican que si el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la ley impugnada –sea en su totalidad o en una parte de esta–, la disposición legal será retirada del ordenamiento jurídico del Estado en forma íntegra o tan sólo en las partes afectadas por la decisión, llegando a desprender el mismo efecto de una abrogación que es la extinción de la norma impugnada, para el primer supuesto, y expulsará del ordenamiento jurídico a aquellas partes de la disposición que no guardan relación con la Constitución, para el caso del segundo supuesto. Desde luego, la abrogación, así como la derogación de la disposición impugnada, no deben confundirse con el acto formal de la abrogación o derogación de la Ley, debido a que las mismas constituyen una potestad del Órgano Legislativo. La abrogación o derogación como consecuencia del dictado de una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad total o parcial, es asemejada a la abrogación y derogación legal y desprende el mismo efecto previsto por ley, en la medida en que la disposición legal declarada inconstitucional deja de tener aplicación por parte de las autoridades, funcionarios, jueces o tribunales, los que no podrán reproducir su texto ni fundar sus decisiones sobre la base de dicha disposición legal, ni las personas particulares podrán invocar derechos ni exigir obligaciones con fundamentos basados en dicha disposición legal. Así lo tiene explicado Rivera Santivañez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento...opus cit.*, p. 599.

¹⁷⁴⁸ Branca, Giuseppe, *L'illegittimità parziale nelle sentenze...opus cit.*, p. 59.

dotó al TCPB de un mecanismo necesario para eliminar todo acto contrario a la Constitución a través de la declaración de inconstitucionalidad, esto no significa que la ley obligue al Tribunal a emplear este instrumento en todos aquellos casos de peligro. En efecto, el Tribunal debe ser cuidadoso de no generar vacíos normativos que, efectivamente, desprenden situaciones de perjuicio para el ordenamiento jurídico en general. Será este pues, el escenario en el que el TCPB coloque en práctica su autocontención, aunque no debe dejarse de lado, los riesgos que conlleva para el Tribunal, la aplicación de este instrumento, esto es, el problema sobre la eficacia jurídica atribuible a este tipo de pronunciamientos, que tanto desde el plano doctrinal como jurisprudencial todavía se encuentran pendientes de resolución.

Recuérdese que autores como Andrioli, sostenían que no era posible que la interpretación acogida por el Tribunal tuviera la misma fuerza vinculante que el texto de la ley, que permanecía íntegramente luego de la sentencia de la Corte.¹⁷⁴⁹ En consecuencia, si los jueces ordinarios continuaban interpretando la disposición en un sentido contrario a la Constitución, ello no significaba otra cosa que la SE interpretativa carecía de eficacia, socavándose de este modo el único instrumento eficaz que la Constitución le reconoce al Tribunal para expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas ilegítimas. A esto debe sumarse el riesgo que generaría el recurso a este tipo de pronunciamientos por parte del Tribunal, es decir, por un lado, la situación permitiría a los jueces ordinarios a replantear la cuestión, que desde luego, tendría que ser rechazada por el Tribunal en atención al carácter estimatorio de la sentencia anterior y asumiendo la identidad en cuanto al supuesto de hecho que dio origen a dicho recurso. En ese sentido, independientemente de que autores como Crisafulli¹⁷⁵⁰ o Branca¹⁷⁵¹ se hubieran esforzado por justificado la eficacia de las SE interpretativas, a la postre, primaría el acatamiento voluntario ya sea de los jueces, así como de la administración, la interpretación realizada por la TCPB de la norma impugnada. Y, tomando en cuenta la ausencia de disciplina y sometimiento hacia este tipo de pronunciamientos por parte de las autoridades, el riesgo de que las SE interpretativas se reduzcan a una mera influencia, y sin ningún valor jurídico vinculante, son amplias. Por lo mismo, el TCPB ha momento de dimensionar la eficacia de sus pronunciamientos, debe ser cuidadoso de estos riesgos a los que la doctrina hizo referencia en oportunidad de estudiar la legislación comparada.

3.1. La eficacia «erga omnes» y los efectos de las sentencias constitucionales en el tiempo.

Luego de precisar que la eficacia «erga omnes» deriva de los pronunciamientos estimatorios de la inconstitucionalidad emitidos por el TC, el siguiente factor a resolver, radica en determinar si la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad debe retrotraer los «plenos efectos» al momento originario en el que fue promulgada la ley inconstitucional, o por el contrario, desprender estos efectos generales a partir de la constatación de la inconstitucionalidad de la norma.

¹⁷⁴⁹ Andrioli, V., *Motivazione e dispositivo nelle sentenze Della...opus cit.*, p. 140.

¹⁷⁵⁰ Vid Crisafulli, Vezio, *Questioni in tema di interpretazione della...opus cit.*, así también, Crisafulli, Vezio, *Le sentenze interpretative della Corte... opus cit.*, y Crisafulli, Vezio, *I principi costituzionali dell'interpretazione...opus cit.*

¹⁷⁵¹ Branca, Giuseppe, *L'illegittimità parziale nelle sentenze...opus cit.*

Una primera postura sostiene que la regla de Derecho contraria a la Constitución, padece de un vicio esencial que menoscaba a su validez, y no sólo a su vigencia, por lo que se afirma que jamás pudo existir como Derecho, como que tampoco pudo derivar efecto legítimo alguno. En ese sentido, la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad adquiere una naturaleza de carácter «declarativa», pues declara la existencia de una norma cuyo vicio de inconstitucionalidad preexistía a la constatación hecha por el TC en su pronunciamiento. En este sentido, se plantea una solución lógica que implica retrotraer la eficacia «erga omnes» al momento en que la norma fue promulgada, es decir declarar la «nulidad *ab initio*», afectándose «ex tunc» o con carácter retroactivo las situaciones que se llevaron a cabo bajo su régimen.

Sin embargo, prever efectos retroactivos a la declaración de nulidad, y en consecuencia desplegar los efectos erga omnes desde el momento en que la norma inconstitucional fue promulgada, conllevó a replantear esta medida radical y perjudicial, pues comprometía el ámbito de la seguridad jurídica de todo acto llevado a cabo al amparo de sus previsiones. Por ello, fue el mismo Kelsen¹⁷⁵² quien previendo los posibles inconvenientes explicados, esbozó fundamentos para hacer que la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad adquiriera una nueva naturaleza «constitutiva», a partir de la cual, la ley inconstitucional, no sea nula sino anulable¹⁷⁵³, y los efectos generales desprendan su eficacia «ex nunc», es decir la cesación de la vigencia de la norma inconstitucional operaba desde el momento en que la misma fue comprobada *–pro futuro–*, dejando de lado el carácter retroactivo, reconociéndole a la nulidad los atributos propios de una derogación legal¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁵² Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución...opus cit.*, pp. 122 y ss.

¹⁷⁵³ Recuérdese como Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la...opus cit.*, y *¿Quién debe ser el defensor...opus cit.*, así como Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...opus cit.*, afirmó vehementemente que la nulidad constituía un acto inconstitucional del Estado que no podía considerarse como un acto jurídico, por lo que, no se necesitaba de ningún otro acto jurídico para quitarle su calidad usurpada de acto jurídico, estando facultada en consecuencia, cualquier autoridad pública o individuo para examinar la regularidad del acto, considerándolo nulo o inválido. Luego, si se requiriese la intervención de otro acto jurídico para establecer la nulidad del acto inconstitucional, la garantía no sería la nulidad, sino la anulabilidad. A partir de este razonamiento, una de las características centrales del sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, es el principio de la anulabilidad de los actos del Estado que contrastan con la Constitución. Así, de este modo, aquel acto irregular o inconstitucional una vez producido por una institución pública, debe ser considerado como un acto del Estado y, por tanto, válido y eficaz, hasta que el órgano que lo produjo lo revoque o lo derogue, o hasta que este sea anulado por otro órgano estatal, con potestad constitucional para ello (Presunción de constitucionalidad). Como muy bien lo recordara Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales...opus cit.*, p. 377, este es el sistema concreto de los sistemas de control concentrados de constitucionalidad, dentro de los cuales la Constitución reconoce la facultad de anular determinados actos estatales considerados inconstitucionales, a un solo órgano constitucional (el Tribunal Constitucional), lo que constituye una restricción constitucional a la regla de nulidad de los actos violatorios de la Constitución.

¹⁷⁵⁴ En principio, Kelsen, Hans, *La garantie juridictionnelle de la...opus cit.*, p. 245, es partidario de predicar la validez de la norma impugnada hasta tanto la misma no haya sido considerada contraria a la Constitución por el propio Tribunal Constitucional. En consecuencia, la resolución de esta instancia de control propenso a anular será efectiva, en principio, sólo *ex nunc*, es decir, no podrá desplegar efectos retroactivos. En el razonamiento de Kelsen, Hans, *La garantie juridictionnelle de la...opus cit.*, p. 246, dotar a las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una eficacia retroactiva, difícilmente podría ser justificada, no sólo por las consecuencias criticables de todo efecto retroactivo, sino especialmente porque entiende que esa decisión es una competencia más del legislador que del propio Tribunal. En consecuencia, mientras el Tribunal Constitucional no declare inconstitucional una ley, la opinión del legislador, expresada en un acto legislativo tenía que ser respetada. Y, de todo esto se desprendía, de corriente, la naturaleza constitutiva de las sentencias del Tribunal Constitucional

Precisamente, es este último planteamiento kelseniano el que está siendo asumido por muchos Tribunales Constitucionales, dando prioridad a los efectos *ex nunc* de las sentencias constitucionales, al punto de llegar a prescindir de los efectos *ex tunc*, en atención a los inconvenientes antes explicados.¹⁷⁵⁵

En la perspectiva de Bocanegra Sierra, la ruptura del automatismo inconstitucionalidad/nulidad en las decisiones del Tribunal Constitucional, colocada para impedir una declaración de nulidad sin ningún tipo de utilidad práctica en relación a sus efectos en el caso concreto, no puede ser invocada como argumento que permita abrir espacio a la eliminación *ex nunc* de las leyes, sino todo lo contrario, es decir, «en la medida en que lo que con esas decisiones se trata de evitar es precisamente la general relevancia *ipso iure* de la nulidad y sus efectos *ex tunc*, por su innecesariedad en el caso concreto resuelto.»¹⁷⁵⁶

Para Bocanegra, el principal fundamento empleado por la doctrina para defender la eficacia *ex nunc* de los pronunciamientos del Tribunal, viene dado en atención a la mayor jerarquía de la Constitución en relación a las leyes ordinarias, así el monopolio del rechazo de las leyes inconstitucionales que se reconoce al Tribunal Constitucional, a partir de las cuales, se defiende la idea de que esas leyes sólo habrían de perder su eficacia a partir del momento mismo en que el Tribunal lo decide, y no antes.¹⁷⁵⁷ Partidario de esta interpretación sostenida por Bocanegra es Moench, para quien, en la medida en que la Constitución reserva el rechazo de una ley que la contradice al Tribunal Constitucional, esto implica no otra cosa que «la ley, sólo a través de –y después de– una decisión del Tribunal Constitucional pierde su obligatoriedad y puede ser desatendida.»¹⁷⁵⁸ Sin embargo, el mismo Moench, a través de una revisión de la jurisprudencia del TCFA, deja entrever cómo el TCFA, a través de la riqueza de los casos concretos matizó en su resolución con gran maestría, el planteamiento derivado de su examen y, partir de ello, cuestionó la sostenibilidad de la misma¹⁷⁵⁹. Uno de los argumentos en ese sentido, lo manifiesta Stern, quien entiende que el monopolio de la eliminación de las leyes por parte del Tribunal Constitucional, solamente tendría cabida en relación con las leyes posteriores a la Constitución¹⁷⁶⁰, descalificándose en consecuencia, aquel entendimiento que

¹⁷⁵⁵ Desde la perspectiva de Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales...opus cit.*, p. 376, no existen posturas definidas en relación a los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos emitidos por los tribunales constitucionales. Por lo mismo, estas instancias de control, velando por los principios de la supremacía constitucional y la seguridad jurídica, se han abocado a buscar un equilibrio entre ambos principios.

¹⁷⁵⁶ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 241.

¹⁷⁵⁷ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 241.

¹⁷⁵⁸ Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und...opus cit.*, p. 123.

¹⁷⁵⁹ Como se recordará en Alemania, la LTCFA, en su artículo 78 establece «Si el tribunal Constitucional federal llega a la convicción que el derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o el derecho del Estado, u otro derecho federal, entonces declara la nulidad de la ley. Si otras disposiciones de la misma ley son incompatibles con la Ley Fundamental u otro derecho federal, entonces el Tribunal Constitucional Federal igualmente podrá declararlas nulas». En el estudio realizado por Weber, Albrecht, sobre la *Justicia Constitucional alemana...opus cit.*, p. 78, sostiene que, cuando el TCFA advierte que una norma es contraria a la Constitución declara su nulidad, lo que significa que es inválida desde su entrada al ordenamiento jurídico, determinando los efectos *ex tunc*. Empero, aclara el autor, han existido supuestos en los que el TCFA declaró la inconstitucionalidad de una norma, prescindiendo de determinar su nulidad, por tanto ello significaba una «situación jurídica insoportable». De lo que se desprende que el TCFA ejerce un determinado grado de discrecionalidad en la modulación de sus pronunciamientos en casos excepcionales.

¹⁷⁶⁰ Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland...opus cit.*, p. 1040.

plantea la eliminación de una ley anterior a la Constitución, y que dicha declaración pueda ser llevada a cabo, por cualquier Tribunal,

En ese sentido, la sanción impuesta a las leyes que contrastan con la Constitución es la de su nulidad de pleno derecho, que se produce *ipso iure* con la consiguiente eficacia *ex tunc*, lo que no significa negar, que en algunos supuestos pueda ser más beneficioso dejar de lado la aplicación rígida de esta consecuencia, fundado en razones de seguridad jurídica como lo prevé el artículo 41,1 de la LOTC¹⁷⁶¹, impidiendo la revisión de procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya aplicado la ley declarada inconstitucional, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso – administrativos sancionadores si de la revisión resulta una decisión más favorable para el reo o sancionado, supuestos en los cuales, la eficacia de la sentencia tendrá que desprender una eficacia temporal *ex tunc*.

En las reflexiones de Bocanegra, advierte acerca de las desventajas que conlleva la ineficacia *ex tunc* de las leyes inconstitucionales, sobre todo en aquellos supuestos en los que la actuación retroactiva de la decisión del Tribunal, podría generar graves consecuencias económico – financieras, por lo mismo, este tipo de situaciones obligan a que en ocasiones, se limite la actuación retroactiva, ya sea para precautelar el principio de la seguridad jurídica, o para el caso de las sentencias que declaran una norma «incompatible» con la Constitución, pero no nula, el Tribunal a través de la aplicación de técnicas especializadas, impida la producción de resultados innecesarios o perturbadores. En base a estos presupuestos, Bocanegra, afirma que no se puede pretender encasillar la realidad en los dogmas, pero tampoco sustituir unos por otros, cuando alguna pieza no encaja abiertamente en el conjunto¹⁷⁶².

En el caso español, el artículo 39.1 LOTC, como se observó anteriormente, prevé que «cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...», con esto, parte de la doctrina española ha considerado que los efectos de dichas sentencias en el tiempo advierten un carácter retroactivo de los efectos invalidatorios, es decir «ex tunc»¹⁷⁶³. Sin embargo, del análisis realizado por Garrorena¹⁷⁶⁴, es posible determinar una eficacia distinta a la retroactiva de dichos pronunciamientos. Así, si se analiza el artículo 55.1 de la LOTC, éste permite al TC modular los efectos retroactivos de las sentencias recaídas en recursos de amparo, al igual que en el artículo 66 de la misma LOTC, en lo que respecta a los conflictos positivos del competencia. De ello se desprende que la Ley reguladora del TCE, no cuenta con una previsión similar para las sentencias dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad, lo que en un lógica de «*numerus clausus*», nos da a entender que al no haber previsto el legislador en forma expresa una eficacia retroactiva para las sentencias que determinan la inconstitucionalidad de la norma impugnada, se debe presumir

¹⁷⁶¹ Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland...opus cit.*, p. 1041.

¹⁷⁶² Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 244.

¹⁷⁶³ De igual modo, recuérdese que en el caso español, el artículo 39.1 de la LOTC al establecer que «Cuando una sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia», dio paso a que el TCE confirme que al declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, debía igualmente declarar su nulidad, dándole a tal decisión efectos retroactivos o *ex tunc*. Empero, también se pudo apreciar cómo el TCE estableció excepciones a esta regla, vale decir, que el Tribunal quebró el nexo entre inconstitucionalidad y nulidad, tal cual como se suscitó en las SSTCE 45 de 1989, 185 de 1998 y 235 de 1999.

¹⁷⁶⁴ Garrorena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 361.

que sus efectos son pro futuro, es decir, «ex nunc», y esto atendiendo también al principio de «seguridad jurídica», que limita la posibilidad de revisar las situaciones celebradas al amparo del precepto inconstitucional, tal el caso de las sentencias con valor de cosa juzgada, así como las situaciones procesales consolidadas y firmes (artículo 40.1 LOTC), salvo el caso de favorabilidad en el ámbito del Derecho sancionador: Derecho penal y contencioso – administrativo, cuya eficacia si puede desprender sus efectos hacia el pasado.

Si bien, de la interpretación realizada se llega a la conclusión de que los efectos temporales de las sentencias recaídas en recursos de inconstitucionalidad, adquieren una eficacia «ex nunc» o pro futuro, no menos cierto es que el TCE desde sus inicios hasta fines de la década de los ochenta mantuvo una concepción diferente de la antes señalada, es decir, sostenía la ineficacia originaria¹⁷⁶⁵ para hacer referencia a los alcances de la nulidad, donde la sentencia adquiriría una naturaleza declarativa del vicio *ab origine* de la norma declarada inconstitucional.

Sin duda alguna, es con la STC 45/1989 (IRPF), antes analizada, con la que el TCE cambiará la naturaleza de los efectos temporales de sus sentencias, al menos sobre las que declaran la inconstitucionalidad de las normas impugnadas. Precisamente, a raíz de esta sentencia, el TCE debió declarar la inconstitucionalidad de algunas normas de la Ley reguladora del IRPF que regía desde 1978, y de haberse aplicado los efectos temporales en su naturaleza «ex tunc», es decir con carácter retroactivo, esta medida habría provocado la nulidad de un sin fin de liquidaciones fiscales, provocando el total colapso de la Administración tributaria. Por ello en la mencionada sentencia, el TCE dotó de una nueva eficacia temporal a sus pronunciamientos, es decir, efectos «ex nunc» o pro futuro. Para lograr este cometido, el Tribunal tuvo que ampliar el terreno de las situaciones protegidas por la figura de la irretroactividad, cubriendo a supuestos más allá de la cosa juzgada, es decir, también a los supuestos de actuaciones administrativas firmes. Pero además, asumió para sí un amplio margen de decisión para modular los efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad, redimensionando de esta manera, los alcances del artículo 40.1 de la LOTC.

Así, en el modelo español los efectos «erga omnes» derivados del fallo de inconstitucionalidad no poseen carácter retroactivo, como que tampoco llegan a revisar las situaciones producidas al amparo de la ley declarada inconstitucional, salvo el caso de la favorabilidad que se pueda prever en el ámbito del Derecho sancionador en el que es posible aplicar los efectos retroactivos de la sentencia. De ello se desprende que la declaración de inconstitucionalidad de la norma, no implica su nulidad, sino su anulabilidad o lo que es igual a sostener la cesación de su vigencia. De esta forma, la nulidad adquiere un nuevo concepto y dimensión meramente procesal, entendida esta como el efecto que puede provocar el TC, por el cual llega a establecer la invalidez del acto sujeto a su control, y no así la clásica concepción que asocia a la nulidad con la invalidez retroactiva.

En el caso Boliviano, la regulación prevista en el artículo 78.II.3 y 4 del CPC, establecen respectivamente que «La inconstitucionalidad total de una norma legal impugnada

¹⁷⁶⁵ Vid las SSTC 14/1981, 171/1985, 60/1986 y 167/1986, esta última en donde el TCE sostenía que «nuestro sistema no permite una declaración de nulidad que a la vez aparezca como convalidación de la norma hasta el momento de dicha declaración».

tendrá efecto abrogatorio sobre ella» y que «La inconstitucionalidad parcial de una norma legal impugnada tendrá efecto derogatorio de los Artículos o parte de éstos, sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad y seguirán vigentes los restantes.» En el primer supuesto, es decir, cuando el TCPB declare la inconstitucionalidad de la norma legal impugnada, el precepto será retirado del ordenamiento jurídico del Estado, con los mismos efectos de la abrogación, que implica la extinción de la misma. Por lo que el precepto inconstitucional, dejará de tener aplicación por parte de las autoridades, jueces y tribunales, quienes a decir de Rivera¹⁷⁶⁶, no podrán reproducir su texto ni fundar sus decisiones sobre la base de dicha disposición legal, ni las personas particulares invocar derechos y exigir obligaciones. Ahora bien, en relación al segundo supuesto, se tiene que si el TCPB constata la inconstitucionalidad de una parte del artículo o parte de estos sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad, la sentencia surtirá el efecto derogatorio de dicha norma. En ese sentido, al igual que en el caso español, y tomando en cuenta las aclaraciones realizadas desde la doctrina, tanto el efecto abrogatorio como el derogatorio de la norma impugnada, no debe confundirse con el hecho de que el TCPB derogue formalmente las normas declaradas inconstitucionales, ya que esa función le corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional por mandato contenido en el artículo 158.I. 3 de la CPEP. En ese sentido, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, una vez que se practique la notificación al accionante y a la autoridad recurrida con la sentencia emitida por el TCPB ninguna autoridad, juez o tribunal podrá aplicar o fundar su decisión en las normas declaradas inconstitucionales.

Ahora bien, el mismo autor Rivera, con quien no se concuerda, observa algunas carencias en la Ley No. 254 CPC, que en este caso específico está relacionada con la ausencia de previsiones sobre qué alcance o efecto tiene la sentencia que declara la inconstitucionalidad del precepto impugnado, pues no hace mención alguna a si la norma debe ser repuesta o si definitivamente se extinguen creando un vacío normativo con ella.¹⁷⁶⁷ Aplicando una lógica del «*ius privatista*», para el ex Magistrado del TCB, la consecuencia inmediata de la declaración de inconstitucionalidad total de una norma debiera ser la reposición de todas las disposiciones o normas que fueron abrogadas por la disposición legal declarada inconstitucional, y esto porque la declaración de inconstitucionalidad y consecuente nulidad expulsa del ordenamiento jurídico, no sólo al precepto impugnado, sino también a la disposición abrogatoria que dejó sin efecto la norma anterior a la declarada inconstitucional.¹⁷⁶⁸ Un razonamiento distinto, según Rivera, en el que no se permitiese la reviviscencia del Derecho abrogado, daría lugar a que la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad creara un vacío normativo en muchos casos intolerable, salvo que el Tribunal se anticipara en prever los riesgos que esta situación acarrearía y decida modular los efectos de sus pronunciamientos. Empero, ya autores como Díez-Picazo, han sostenido que, independientemente de que se prediquen los efectos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad, la expulsión del ordenamiento de una ley inconstitucional no hace por sí misma que revivan las normas por ella derogadas, creándose de este modo, irremediamente un vacío normativo.¹⁷⁶⁹

¹⁷⁶⁶ Rivera Santivañez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales...opus cit.*, p. 246 y 247.

¹⁷⁶⁷ Rivera Santivañez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales...opus cit.*, p. 248.

¹⁷⁶⁸ Rivera Santivañez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales...opus cit.*, p. 248.

¹⁷⁶⁹ Díez-Picazo, Luis María, *La derogación de las...opus cit.*, p. 235.

El mismo Kelsen, previendo las consecuencias indeseadas, como la producción de los vacíos jurídicos que tras la anulación de una norma podían desencadenarse, postuló la conveniencia de facultar al Tribunal Constitucional para establecer –juntamente con la resolución que anula la norma general– que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor, correspondiendo al citado órgano la decisión de los casos en que se puede hacer uso de esta facultad de restablecimiento del anterior «*état de droits*».¹⁷⁷⁰

La lógica descrita anteriormente presupone la naturaleza «*ex tunc*» de la declaración de inconstitucionalidad, es decir, que los efectos de la misma son retroactivos «*ab origine*», en cuyo caso los actos y contratos celebrados al amparo del precepto declarado inconstitucional carecerían de validez y con ella, se crearía también una suerte de inseguridad jurídica de todos cuanto ejercieron derechos y obligaciones de buena fe. Sin embargo, el temor de generar una suerte de inseguridad jurídica como consecuencia de la asignación de la eficacia *ex tunc* a las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, en el sistema constitucional boliviano, puede ser descartado a la luz de lo dispuesto por el artículo 4 (Presunción de constitucionalidad) del CPC, que establece: « Se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad.», así también el artículo 14 (Sentencias con calidad de Cosa Juzgada), que señala: «La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma del ordenamiento jurídico, no dará lugar a la revisión de sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, ni a la revisión de los actos realizados con la norma cuando se presumía constitucional.» De la interpretación de estas dos disposiciones del CPC, puede desprenderse que dicha ley, reconoce los efectos temporales «*ex nunc*» a las sentencias del TCPB, porque en primer lugar, ampara la presunción de constitucionalidad a toda norma emanada de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta que el TCPB declare que las mismas son inconstitucionales, adoptando en este caso la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad el carácter «constitutivo» de la misma. Pero además, el legislador ha previsto que los procesos fenecidos mediante sentencias firmes no podrán ser revisados en aquellos casos en los que la ley inconstitucional tuvo aplicación y se presumía su constitucionalidad. Luego, una misma interpretación extensiva, también permite sostener que los actos y contratos celebrados al amparo del precepto inconstitucional también quedan incólumes, surtiendo los efectos de la sentencia estimatoria, con carácter pro futuro, es decir desde el momento de su declaración y no antes. Es así como también lo ha entendido el TCB y lo plasmó en la STCB 0075/2006, de 5 de septiembre, a raíz de un recurso abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por un Diputado Nacional, demandando la inconstitucionalidad de los Decretos Supremos (DDSS) 24618, de 16 de mayo de 1996 y 24789, de 4 de agosto de 1997, por ser presuntamente contrarios a los artículos 2, 30, 31, 59.8^a, 69, 115.I, 228 y 229 de la CPE¹⁷⁷¹. De este modo, el Tribunal reconoció en su FJ

¹⁷⁷⁰ Kelsen, Hans, *La garantie juridictionnelle de la...opus cit.*, p. 247. Es a esta perspectiva kelseniana que responde el artículo 140.6 de la Constitución austríaca que establece: «Si una ley fuese anulada por el Tribunal Constitucional por inconstitucionalidad, entrarán de nuevo en vigor el día en que empieza a producir efectos la anulación, si la sentencia no estableciese otra cosa, todas las disposiciones que hubiesen sido derogadas por la ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En la publicación de la anulación de la ley se mencionarán también si entran de nuevo en vigor disposiciones legislativas y cuáles». Véase en ese sentido a Gómez Orfanel, Germán, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Madrid, CEC, 1996.

¹⁷⁷¹ El argumento de la parte recurrente se centraba en que a través de los DDSS se habría atentado contra la separación e independencia de los poderes, pues el Presidente de la República de entonces, se había arrogado competencias que no le correspondían avasallando con ello las atribuciones del Poder Legislativo,

III.6 (Los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad) que «toda Sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma, en el marco del principio de seguridad jurídica, tiene efectos hacia delante, pro futuro, pues están revestidos del carácter *ex nunc* («desde ahora», por su traducción literal), ya que no pueden afectar situaciones, contratos, o procesos en los que se haya utilizado o basado la decisión, en la norma declarada inconstitucional posteriormente»¹⁷⁷². Por lo que en el caso citado declaró la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados con los efectos pro futuro.

Incluso, en aquellos casos en los que la parte recurrente solicitó al TCB que la sentencia constitucional tenga efectos temporales «*ex tunc*», la negativa del Tribunal confirmó la jurisprudencia sobre ella asentada, ratificando la eficacia «*ex nunc*» de sus pronunciamientos. Así se tiene a la SC 1915/2004–R, de 14 de diciembre, donde en el FJ III.5 señaló que «En el marco del principio de seguridad jurídica, las sentencias de inconstitucionalidad, siguiendo el modelo germano austriaco, en cuanto a su alcance, tienen carácter *ex nunc* (...) Sin embargo, pueden presentarse excepciones, por ejemplo, cuando se trate de una disposición legal que beneficie al delincuente, conforme al artículo 33 de la CPE, bien podría suponerse que el Tribunal Constitucional tendrá facultad de disponer el alcance *ex tunc*, que significa un alcance retroactivo de la resolución en el supuesto referido», aspecto que no fue aplicable al caso concreto por lo que el TC ratificó la eficacia *ex nunc* a sus pronunciamientos.

En uno de los últimos trabajos presentados por Rivera Santivañez, haciendo referencia a la jurisprudencia constitucional boliviana, sostiene que por regla general la decisión de declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, constituye una anulación pro futuro, lo que implica que la decisión no tiene efecto retroactivo, y por lo mismo no puede ser aplicada para anular las sentencias judiciales con calidad de cosa juzgada o los actos administrativos que adquieren firmeza, en cuya adopción se hubiese aplicado la disposición legal declarada de inconstitucionalidad¹⁷⁷³. De este modo, la realidad de la jurisdicción constitucional boliviana descrita por el ex Magistrado del TCB, denota cómo el Tribunal supo caminar por el sendero establecido por la doctrina y las constituciones, así como por la jurisprudencia establecida en ese sentido.

La lógica de esta tendencia, en opinión de Rivera, radica en la necesidad de preservar el principio fundamental de la seguridad jurídica, así como la protección de los derechos adquiridos, los que no pueden ser desconocidos como consecuencia de la anulación de la ley mediante la sentencia constitucional que la declara inconstitucional. En ese sentido, la configuración de los procesos constitucionales de control normativo de constitucionalidad, se rigen por el principio de presunción de constitucionalidad de las disposiciones legales¹⁷⁷⁴. Sin

además de concentrar en el Poder Ejecutivo a los otros Órganos de poder del Estado, yendo contra los mandatos constitucionales. Arguyeron a su vez, que el artículo 59.8ª de la CPE al reconocer al Poder Legislativo la facultad de autorizar al Poder Ejecutivo la adquisición de bienes inmuebles, lo que la Constitución regulaba era una función representativa del ámbito de control y fiscalización del Congreso, para resguardar el sistema de frenos y contrapesos, y evitar la discrecionalidad del Ejecutivo, sin embargo, este aspecto también habría sido vulnerados por las disposiciones impugnadas.

¹⁷⁷² Vid en ese sentido, las SSCC 0032/2006, 0058/2004, entre otras.

¹⁷⁷³ Rivera Santivañez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento...opus cit.*, p. 602.

¹⁷⁷⁴ Rivera Santivañez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento...opus cit.*, p. 603.

embargo, para el autor boliviano, esta regla necesariamente reconoce excepciones en su aplicación, según se trate de los casos concretos, en tanto se susciten supuestos en los que, velando por el sistema de valores supremos de la Constitución, así como de los derechos fundamentales de las personas, los efectos de las sentencias constitucionales deben ser modulados en el tiempo por el TCPB. Por lo mismo, y siempre desde la perspectiva jurisprudencial boliviana, Rivera identifica diversos tipos de sentencias constitucionales en cuanto a los efectos en el tiempo.

En una primera categoría, Rivera ubica a las sentencias con *efecto inmediato*¹⁷⁷⁵. La jurisprudencia constitucional boliviana, se ha encargado de establecer, que este tipo de pronunciamientos se aplica para los supuestos en los que el TCPB declara la mera estimación de la inconstitucionalidad, es decir, una vez declarada la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada se dispone se retire del ordenamiento jurídico de forma inmediata. En este paradigma, la inconstitucionalidad de la norma no es nula sino anulable, por lo mismo, atendiendo a las razones de seguridad jurídica, la eficacia atribuible es pro futuro. Así lo ha sostenido también el TCB en la SC 051/2005, de 18 de agosto, en la que estableció la doctrina constitucional sobre el tema. Según el Tribunal, «Dada la naturaleza jurídica del modelo de control de constitucionalidad adoptado en Bolivia, el Constituyente ha previsto que los efectos de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de las disposiciones legales sólo serán para lo venidero, no tienen efecto retroactivo; así se infiere de la norma prevista por el artículo 121.III de la CPE, por cuyo mandato: «La sentencia de inconstitucionalidad no afectará a sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada», norma que tiene su fundamento en el resguardo del principio de seguridad jurídica. Este Tribunal, haciendo una interpretación de dicha norma constitucional, ha entendido que ese efecto también es extensible al ámbito administrativo, por lo que la declaración de inconstitucionalidad no afectará a los actos administrativos firmes en los que se hubiese aplicado la disposición legal declarada de inconstitucional». Cabe resaltar que esta doctrina ha sido replicada en otras sentencias como la SC 062/ 2005, de 19 de septiembre.

En una segunda categoría de pronunciamientos, se encuentran las sentencias con efectos retroactivos. En la perspectiva de Rivera Santiváñez, este tipo de sentencias son producto de aquella comprensión en la que la inconstitucionalidad se asimila a la nulidad, es decir, se entiende que todo acto, resolución o disposición que contraste con la Constitución es nula. En esta dimensión la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad asume una naturaleza constitutiva más no declarativa de aquella. Por lo mismo, las sentencias con efectos *ex tunc* o retroactivos son aquéllas por medio de las cuales el TCPB, al evidenciar que la disposición legal enjuiciada es contraria a la Constitución, retrotrae las cosas a la situación inicial, es decir, al estado anterior a la aprobación de la ley acusada¹⁷⁷⁶.

La tipología particular de pronunciamientos constitucionales construida por el TCB, deja entrever que las sentencias con efecto retroactivo se emiten por lo general, en aquellos casos en los que se impugna la constitucionalidad de la norma por la forma. Es decir, se cuestiona el desconocimiento del procedimiento establecido por la Constitución para la

¹⁷⁷⁵ Rivera Santiváñez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento...opus cit.*, p. 603.

¹⁷⁷⁶ Rivera Santiváñez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento...opus cit.*, p. 604.

aprobación de la disposición legal acusada. Lógicamente, cuando para la elaboración y aprobación de una disposición legal, no se ha respetado el mecanismo constitucional establecido al efecto, o fue elaborado y aprobado por un órgano incompetente, es obvio que no se han cumplido con las condiciones de validez constitucional, lo que repercute en la validez del procedimiento legislativo al grado de viciar de nulidad al producto legislativo. En estos casos, el Tribunal al constatar el acto contrario a la Constitución, optó por determinar la nulidad preexistente y declaró la inconstitucionalidad con efecto retroactivo. Desde luego, al desprenderse la eficacia *ex tunc* de la sentencia, la misma conllevará irremediablemente a la generación de un vacío normativo, por lo que urgirá que el TCPB, en ocasión de emitir la sentencia disponga qué disposiciones legales abrogadas o derogadas por la norma inconstitucional volverán a entrar en vigencia¹⁷⁷⁷.

Si bien, la eficacia «*ex tunc*» del pronunciamiento, declara la nulidad de la norma o acto impugnado porque encierra un vicio originario e insanable, eliminándolo del ordenamiento jurídico con efecto retroactivo, como si la norma nunca hubiera existido, y a partir de ella se precautela la supremacía constitucional, sin embargo, no puede negarse que los efectos retroactivos de los fallos se han flexibilizado con la finalidad de no afectar situaciones jurídicas consolidadas y efectos jurídicos ya producidos, y ello al amparo del principio de la seguridad jurídica, respecto de decisiones judiciales o contencioso administrativas que posean la fuerza de cosa juzgada, con la excepción del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, como lo determinan las leyes reguladoras de diversos tribunales constitucionales, entre los cuales se encuentra el TCPB. En ese sentido, por su actualidad, se trae a colación a la SC 1250/2012, de fecha 20 de septiembre, en la que a través de una acción de inconstitucionalidad concreta se demandó la inconstitucionalidad del artículo 162 (Desacato)¹⁷⁷⁸ del Código Penal (CP), por considerar que el precitado artículo vulneraba el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, opinión e información, así como el derecho a la igualdad¹⁷⁷⁹.

Luego de realizar una valoración de la normativa nacional e internacional sobre el tema en concreto, el TCPB llegó a la conclusión, de que en un Estado Democrático como el boliviano, un tipo penal como el desacato, únicamente podría admitirse en la medida en la que se tutele un bien jurídico de la suficiente relevancia que justifique la amenaza de una pena privativa de libertad al ejercicio indebido de la libertad de expresión. Por lo que, a juicio del Tribunal, el delito de desacato no se encontraba conforme al sistema constitucional boliviano, puesto que su vigencia afectaba a los derechos fundamentales expuestos en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia, así como a los compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos asumidos por el Estado Plurinacional boliviano¹⁷⁸⁰. Por lo mismo, el TCPB declaró

¹⁷⁷⁷ Aunque claro está, como lo sostuviera Diez–Picazo, Luis María, *La derogación de las...opus cit.*, p. 235, será necesario que el Tribunal haga referencia en la sentencia a la reviviscencia de la norma derogada por la ley declarada inconstitucional y nula por parte del TCB.

¹⁷⁷⁸ El artículo 162 del CPB, bajo el nomen juris de «Desacato», tipifica la siguiente conducta: «El que por cualquier medio calumniare, injuriare o difamare a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas, será sancionado con privación de libertad de un (1) mes a dos (2) años. Sí los actos anteriores fueren dirigidos contra el Presidente o Vicepresidente de la República, Ministros de Estado o de la Corte Suprema o de un miembro del Congreso, la sanción será agravada en una mitad».

¹⁷⁷⁹ Concretamente, en criterio de la accionista, el delito de desacato, atentaba contra los artículos 8.II, 9.4, 13.IV, 14, 106.I y II y 180.III de la CPEP.

¹⁷⁸⁰ El TCFA hizo referencia concretamente al artículo 13.3 de la Convención Americana de sobre Derechos Humanos. Asimismo, se hizo referencia al Informe presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre

la inconstitucionalidad del artículo 162 del CP. Si bien, el artículo 14 (Sentencias con calidad de cosa juzgada) del CPC, establece que «La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma del ordenamiento jurídico, no dará lugar a la revisión de sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, ni a la revisión de los actos realizados con la norma cuando se presumía constitucional.», no menos cierto es que, hasta el momento de interponerse la acción de inconstitucionalidad concreta en contra del artículo 162 del CP, se habían instaurado varios procesos penales accionados por autoridades y funcionarios públicos en contra de asambleístas y líderes de partidos políticos de oposición, por lo que, al haberse declarado la inconstitucionalidad de la disposición en la etapa preparatoria o de investigación, lo que correspondió fue declarar la extinción de las acciones penales por el principio de favorabilidad, desplegando de la SC de referencia, efectos retroactivos o *ex tunc*, llegando a beneficiar no sólo a quienes estuvieren siendo procesados en virtud a dicho artículo, sino también a quienes fueron condenados por el mismo¹⁷⁸¹.

Ahora bien, no puede dejarse de lado a una tercera categoría de pronunciamientos que, desde la perspectiva de su eficacia en el tiempo, implica diferir o postergar los mismos, y ello precisamente, por la necesidad que existe en determinados supuestos, de que el Tribunal module el contenido de sus pronunciamientos. En ese sentido, recuérdese cómo en la jurisprudencia constitucional comparada los Tribunales Constitucionales tuvieron que recurrir al dictado de sentencias que, si bien declaraban la inconstitucionalidad de la disposición legal acusada, no la retiraban ni anulaban de forma inmediata sino que diferían el efecto de la decisión por determinado plazo, al interior del cual el Legislativo debía proceder a modificar la disposición legal para hacerla compatible con el texto de la Constitución o sustituir por otra disposición legal cuyas normas sean compatibles con la misma¹⁷⁸². Otra de las posibilidades que

Derechos Humanos, en la que se estableció que, las: «...leyes de desacato proporcionan un mayor nivel de protección a los funcionarios públicos que a los ciudadanos privados, en directa contravención con el principio fundamental de un sistema democrático, que sujeta al gobierno a controles, como el escrutinio público, para impedir y controlar el abuso de sus poderes coercitivos», concluyendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que las leyes de desacato son incompatibles con la Convención, e instó a los Estados a que las derogaran. De igual modo, se tomó en cuenta el informe 2011 de la Relatoría de libertad de expresión, en la que se observó que: «Según el undécimo principio de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como leyes de desacato atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información». A partir de esta reseña normativa, se evidencia cómo los órganos de control del sistema interamericano e incluso universal, realizaron a su turno diversas observaciones al Estado boliviano sobre la vigencia y aplicación del delito de desacato, por lo que el Tribunal fue consciente al sostener, que mantener al interior del ordenamiento jurídico dicha tipificación, no sólo implicaría incumplir nuestros compromisos internacionales sino que desprestigiaría ante el resto de la comunidad internacional, a gobiernos democráticos y legítimos –incluido claro está al propio Tribunal Constitucional Plurinacional– al sentar una injustificada sospecha sobre vulneración a la libertad de expresión, aspecto que necesariamente debía considerarse para declarar la inconstitucionalidad del delito de desacato.

¹⁷⁸¹ El artículo 421 (Procedencia) del CPP, establece: «Procederá el recurso de revisión de las sentencias condenatorias ejecutoriadas, en todo tiempo y en favor del condenado, en los siguientes casos: (...) 6. Cuando una sentencia del Tribunal Constitucional tenga efecto derogatorio sobre el tipo o norma penal que fundó la condena.»

¹⁷⁸² Como ya se tuvo oportunidad de consultar en la obra de González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 179, la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su consiguiente nulidad inciden en el ordenamiento jurídico en la medida en que implica su exclusión *pro futuro*. De este modo, la incidencia de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, puede tener un alcance mayor por afectar a normas que no han sido objeto de control, y ello de dos formas opuestas: reincorporando al ordenamiento normas derogadas o afectando a la validez de aquellas otras que se dictaron al amparo de la ley anulada.

se canalizó desde la jurisprudencia constitucional comparada era que el Tribunal establezca la constitucionalidad temporal o provisional de la norma, mientras el Poder Legislativo la modifique o reemplace con otra cuyas normas sean compatibles con la Constitución. Como se pudo apreciar en el capítulo III del presente trabajo, esta categoría de pronunciamientos tiene por fundamento el evitar consecuencias gravosas que podrían suscitarse con la mera declaración de inconstitucionalidad y el retiro inmediato de la disposición legal acusada. Uno de los riesgos que se pretendió impedir se encuentra relacionado con la posible generación del vacío normativo como consecuencia de que se retire la disposición legal declarada inconstitucional, sin dejar de lado la potencial afectación hacia los derechos expectaticios que comienzan a generarse en el marco de la aplicación de la disposición legal impugnada¹⁷⁸³.

Recuérdese también, cómo desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional europea¹⁷⁸⁴ entre los que se tiene a la experiencia austriaca¹⁷⁸⁵, alemana¹⁷⁸⁶ y española¹⁷⁸⁷, los Tribunales Constitucionales modularon las sentencias constitucionales con relación a los efectos en el tiempo en atención a que el juez de la constitucionalidad no puede dejar de considerar las consecuencias de sus decisiones, y a partir de ello, el pronunciamiento que declara la inconstitucionalidad de una regulación no la expulsa inmediatamente por los graves efectos que provocaría aquel vacío jurídico.

Dentro de esta categoría de sentencias, como lo señala González Beilfuss, para diferir el efecto de la sentencia, se recurrieron alternativamente a dos diferentes fórmulas. Por un lado, algunos Tribunales Constitucionales se decantaron por declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, pero a la vez, optaron por diferir expresamente el efecto de la decisión en el tiempo por un determinado plazo, entre tanto, en forma coetánea se exhortaba al Órgano Legislativo para que dentro de ese mismo término sustituya la disposición legal o subsane los vicios de inconstitucionalidad. Mientras que por otro lado, otros Tribunales

¹⁷⁸³ Véase el Capítulo III, El control concentrado de constitucionalidad europeo y los modelos de reparación de la inconstitucionalidad. El modelo bilateral o multilateral de reparación de la inconstitucionalidad.

¹⁷⁸⁴ Con una visión anticipada, el maestro de la Escuela de Viena, Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la...*opus cit. p. 69, advirtió sobre la conveniencia de que el Tribunal Constitucional pudiera decidir, que la anulación, especialmente de leyes y tratados internacionales, no desprende efecto sino hasta la expiración de ciertos términos a partir de su publicación, aunque no sea más que para dar al Parlamento la ocasión de reemplazar la ley inconstitucional por una ley conforme a la Constitución, sin que la materia regulada por la ley anulada quede fuera de reglamentación durante un tiempo relativamente largo.

¹⁷⁸⁵ Según Schäffer, Heinz, *Verfassungsgericht und...*opus cit., p. 115, el TCA ha emitido una considerable cantidad de sentencias de inconstitucionalidad fijando fecha en que dejarán de estar en vigencia las normas legales revisadas, en su caso aplazando la entrada en vigor de otras disposiciones legales. En otras ocasiones ha establecido la constitucionalidad temporal de la disposición legal revisada, es decir, ha ordenado que la ley declarada inconstitucional continúe en vigencia por un período de tiempo no superior a un año, a fin de permitir al Congreso su modificación.

¹⁷⁸⁶ En el caso del TCFA, Vogel, Klaus, *Rechtskraft und Gesetzskraft der Entscheidungen des...*opus cit., p. 34, sostiene que en diversas ocasiones ha declarado la inconstitucionalidad simple, en la que no anuló la ley, es decir, no la expulsó del ordenamiento jurídico en forma inmediata, al contrario encomendó al legislador una nueva redacción conforme a la Constitución. Esos mandatos al Legislativo en algunas ocasiones fueron impartidos con plazo determinado, en cambio en otras ocasiones sin plazo alguno.

¹⁷⁸⁷ Para el caso del TCE, González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...*opus cit., p. 186, sostiene que también emite sentencias de mera inconstitucionalidad con la Constitución, en las que una vez constatada que la disposición legal impugnada es contraria a la Constitución el Tribunal no la anula, y por lo tanto, no la expulsa inmediatamente del ordenamiento jurídico, porque considera que la inconstitucionalidad deriva de una omisión que debe ser corregida por el legislador.

Constitucionales apostaron por declarar la constitucionalidad temporal de la disposición legal impugnada, señalando un plazo de vigencia al efecto, y simultáneamente convocaban al Legislativo para que pueda sustituir la disposición legal o subsanen los vicios de inconstitucionalidad¹⁷⁸⁸.

En el caso boliviano, el TCB, siguiendo la línea de sus pares europeos, emitió con bastante frecuencia sentencias con efectos diferidos, recurriendo alternativamente a ambas fórmulas explicadas previamente. De este modo, se cita a la SC 082/00, de 14 de noviembre, en la que el TCB declaró la constitucionalidad temporal de las disposiciones legales impugnadas, exhortando, paralelamente, al órgano Legislativo para que subsane los vicios de inconstitucionalidad. Cabe recordar, que el empleo de esta fórmula por parte del TCB, se hizo en los casos en los que estableció que la inconstitucionalidad radicaba en la forma y no en el contenido. Por lo mismo, en aquella oportunidad, en la referida sentencia constitucional, una vez establecida la incompatibilidad por el origen o forma de aprobación de las disposición legal impugnada con la Constitución, y advertida la compatibilidad del contenido material de las disposiciones legales impugnadas con la Constitución, el Tribunal realizó un examen sobre las consecuencias que pudieron emerger a partir de la decisión adoptada, sosteniendo que, «si las declaraba constitucionales de manera pura y simple estaría convalidando actos inconstitucionales, pero por otro lado, si las declaraba inconstitucionales con un efecto inmediato que signifique su expulsión del ordenamiento jurídico estaría generando un peligroso vacío jurídico, cuyo efecto sería más negativo que el anterior, máxime si se tomaba en cuenta que en este período de transición democrática aún existen en vigencia muchas disposiciones legales que habían sido aprobadas mediante Decreto Ley». Luego, en base a estos razonamientos resolvió declarar la constitucionalidad, con vigencia temporal de las disposiciones legales impugnadas a partir de la fecha de publicación de la sentencia, exhortando al Poder Legislativo, así como a quienes alcanzaba la *vis expansiva* de la sentencia, para que en el plazo determinado por el Tribunal subsanen los vicios de origen de las disposiciones legales, bajo conminatoria de que aquellas serían retiradas del ordenamiento jurídico nacional en caso de incumplimiento¹⁷⁸⁹.

Asimismo, existen supuestos en los cuales, el TCB ha empleado la segunda fórmula consistente en declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, y diferir expresamente el efecto de la misma en el tiempo. Y en otros casos, además exhortó al Poder Legislativo para que sustituya la disposición legal. Ahora bien, en esta modalidad de pronunciamientos lo que se ataca es la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada por su contenido, o lo que es lo mismo, declarar la inconstitucionalidad de la norma por razones de fondo. En ese sentido, resulta pertinente traer a colación la SC 0129/2004, de 10 de noviembre, donde el TCB, al constatar la incompatibilidad de la disposición legal impugnada con la Constitución sostuvo: «De una interpretación contextualizada de la Constitución, surge un mandato genérico al poder público para que, dentro del orden de sus competencias específicas, precautele que los órganos de la estructura básica del poder político del Estado funcionen en su integridad e ininterrumpidamente; por consiguiente, este Tribunal, en uso de las facultades que le otorga el artículo 48.4 de la Ley 1836, que le faculta dimensionar los efectos de sus resoluciones en el tiempo, tiene que evitar que a consecuencia de este fallo, se

¹⁷⁸⁸ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*

¹⁷⁸⁹ Esta misma fórmula fue empleada en las sentencias constitucionales SC 018/2003, de 24 de febrero; SC 024/2004, de 16 de marzo; 007/2006, de 31 de enero, entre otras.

Cree en el país –con las acefalías– un estado de inconstitucionalidad que provoque mayor lesión a la Constitución y a la seguridad jurídica (...), que el que se trata de evitar, por lo que debe diferir los efectos del presente fallo, disponiendo a su vez, que los órganos legitimados por la Constitución, realicen la elección de las autoridades aludidas, dentro de un término perentorio». A partir de estos razonamientos, el TCB resolvió en primer lugar, declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada. En segundo lugar difirió por el término de sesenta días los efectos de la sentencia y, en tercer lugar exhortó al Congreso Nacional, para que en el término máximo de sesenta días designe a los funcionarios a que se refería la disposición legal declarada como inconstitucional.

Recapitulando, es posible afirmar de este modo, la inexistencia de criterios rígidos sobre la determinación de los efectos de las sentencias en el tiempo, sobre todo desde la perspectiva de la eficacia erga omnes y su vinculación con la eficacia de la cosa juzgada. De esta forma, no es de extrañar que los Tribunales Constitucionales otorguen o no efectos retroactivos o pro futuro a sus pronunciamientos, y a partir de ello se genere una tensión permanente entre la supremacía constitucional, la igualdad ante el Derecho y la justicia por una parte, frente a la seguridad jurídica y la cosa juzgada por el otro. Luego, cada ordenamiento jurídico construye las respectivas opciones, a través de algunas modulaciones o excepciones a la regla general. En ese sentido, parece una medida por demás acertada la delimitación de algunos parámetros objetivos básicos a los cuales deben sujetarse los intérpretes máximos de la Constitución para dotar de una determinada eficacia a sus fallos en el tiempo, y así proporcionar alguna seguridad mínima básica a la ciudadanía, no dejando a la absoluta discrecionalidad del Tribunal Constitucional la resolución de la materia según se trate del caso.

4. LA EFICACIA «VINCULACIÓN A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL» DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES.

Partamos sosteniendo, que el efecto «vinculación» constituye una tercera forma de eficacia de los pronunciamientos constitucionales, distinta desde ya del valor de la «cosa juzgada» (*Rechtskraft*) y de los efectos «erga omnes» (*Gesetzeskraft*). Si buscásemos diferenciar a la eficacia de la cosa juzgada de la eficacia vinculación, tendríamos –como se tuvo oportunidad de advertir en los anteriores apartados–, que la eficacia de la cosa juzgada opera dentro del ámbito procesal, y se limita al fallo de la sentencia, y por lo mismo, suele afectar en principio a las partes intervinientes en el proceso de control de constitucionalidad. Fenómeno distinto sucede con el efecto vinculación que, –como se verá con más precisión– actúa por fuera del ámbito procesal, extendiéndose a los fundamentos jurídicos de la sentencia y va dirigido hacia los poderes públicos. Ahora bien, si aplicásemos un mismo análisis comparativo entre la eficacia de la vinculación y la eficacia erga omnes, tendríamos como resultado, que estos efectos no se asemejan, en tanto que este último (los efectos «erga omnes») es atribuible tan sólo a algunas sentencias, es decir, a los pronunciamientos estimatorios de la inconstitucionalidad, que como consecuencia de la *vis expansiva* de la sentencia, innova el ordenamiento y está dirigido a todos, mientras que la eficacia «vinculación» hace que toda sentencia constitucional se encuentre vinculada a su doctrina, y a su vez, opera generando un deber en los sujetos por él afectados, y por último, la capacidad de vincular a la doctrina del TC, tiene como destinatarios a las autoridades del Estado.

Ahora bien, la importancia que reviste el estudio de la eficacia «vinculación», es adicional en un escenario en que el Tribunal, como instancia de control, se ha dotado a sí mismo, de un abanico de técnicas interpretativas¹⁷⁹⁰, a través de las cuales, ha ido construyendo –paralelamente– herramientas para la resolución de casos, que si bien puede considerarse que fueron medidas oportunas, también debe afirmarse que su desarrollo y expansión, constituyen aún hoy, un fenómeno incontrolable, y como es bien sabido, en la mayor de las veces se escapó de las manos al TC. En efecto, a medida que la tipología de sentencias ampliaba su cobertura, surgían también –dentro del ámbito de la judicatura– cuestionamientos acerca de la vinculación que ejercían hacia los otros intérpretes de la Constitución, los pronunciamientos dictados por el Tribunal Constitucional, y más concretamente aún, sobre la incidencia hacia éstos de la interpretación contenida en dicha sentencia constitucional. Si bien, desde la perspectiva española, la primera cuestionante encuentra respuesta en lo preceptuado por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que establece el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal, no sucede lo mismo, con la segunda interrogante, esto es, dirimir si la interpretación que mueve el fallo es o no vinculante¹⁷⁹¹. La urgencia por responder a esta última cuestión adquirirá mayor fuerza, sobre todo, en aquellos casos en los que la decisión asumida por el Tribunal, se encuentra revestida por una notable capacidad de influjo, al extremo que, como señala Alonso García, «...llegan a constituirse en verdaderas normas constitucionales cuando añaden su interpretación, vinculante, al propio contenido del precepto constitucional que aplican»¹⁷⁹². A esto puede añadirse la afirmación sostenida por Mortati, para quien, la jurisprudencia constitucional, si bien no constituye una auténtica fuente del Derecho, sí es parangonable con cualquiera de ellas, más aún cuando el pronunciamiento asume la forma de «*accoglimento*» de la inconstitucionalidad¹⁷⁹³. O a la inversa, cuando a través de un pronunciamiento interpretativo desestimatorio, el Tribunal condiciona la declaración de legitimidad a la aplicación conforme a su cierto significado atribuido por éste. Luego, la vinculatoriedad en este tipo de pronunciamientos, se predicaría tanto de su parte considerativa en donde se encuentra recogida la interpretación, y el fallo mismo¹⁷⁹⁴.

Ya Pizzorusso, enfatizaba en la misma cuestión desde la perspectiva italiana, al preguntarse sobre si las motivaciones son órdenes o consejos para los otros intérpretes de la Constitución. Una rápida comprensión permitió a Pizzorusso, sostener una lectura y entendimiento conjunto de toda la sentencia, y ello en atención a que por lo general, el

¹⁷⁹⁰ En el análisis de la forma y el contenido de las sentencias, salta a la vista la vasta variedad. Como se tuvo la oportunidad de apreciar en el Capítulo II del presente trabajo, la tipología y la amplitud en las formas a través de las cuales se ha ido pronunciando el Tribunal Constitucional, ha motivado a que la doctrina constitucional, asuma la difícil empresa de sistematizar la totalidad de los pronunciamientos, que no siempre son abarcables, sobre todo si se es consciente de que la labor de los Tribunales Constitucionales se va extendiendo constantemente, no estando ausente la diversidad. En ese sentido, véanse las obras Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia...opus cit.*, Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación Constitucional de la Ley...opus cit.*, y Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p., entre otros.

¹⁷⁹¹ Sobre el particular, véale a Rubio Llorente, *Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, págs. 37.

¹⁷⁹² Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 5.

¹⁷⁹³ Mortati, Costantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padua, 1975, p. 359.

¹⁷⁹⁴ Como se tendrá oportunidad de analizar en el siguiente capítulo, la interpretación constitucional del Tribunal, opera con efectos constitutivos, ya sea anulando o bien complementando con interpretaciones vinculantes los preceptos constitucionales desprendibles y aplicables al caso concreto.

dispositivo no es excluyente de los fundamentos contenidos en el pronunciamiento¹⁷⁹⁵. Desde luego, si se acepta el razonamiento de Pizzorusso, de que para comprender el sentido y alcance de la sentencia, en determinados supuestos, es necesario acudir «...all'ambito della motivazione... o ad altri strumenti ancora», es posible sostener que las motivaciones de un pronunciamiento vinculan en forma extraordinaria. Por ello, para Alonso García, los fundamentos de la sentencia, antes que vinculantes, cumplen una función eminentemente orientadora¹⁷⁹⁶. Por su parte, para Canosa, las interpretaciones realizadas por los intérpretes de la Constitución, asumen la forma de doctrina, empero, cuando refiere al quehacer hermenéutico entiende que este es siempre jurídico¹⁷⁹⁷.

Para comprender y resolver mejor este entuerto, es necesario partir por un estudio que implica remitirnos a las bases mismas que cimentaron la regulación de esta institución. Así, en el caso español, la eficacia de la vinculación, fue tomada de la experiencia alemana, es decir, al artículo 31.1 de la LTCFA, que recoge a la «*Bindungswirkung*», que establece: «Las sentencias del Tribunal Constitucional federal serán vinculantes para los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, así como para todos los Tribunales y para todas las autoridades administrativas». En ese sentido, la existencia de una vinculación de los pronunciamientos constitucionales a los órganos e instituciones a que se refiere el parágrafo 31.1 BVerfGG, esto es, más allá del caso concreto, y más allá de las partes que intervienen en el proceso, a decir de Bocanegra Sierra, no es otra cosa que una expresión concreta –aquí diferente de la que da lugar a la cosa juzgada– de la relación bipolar entre los principios de seguridad jurídica que las sentencias constitucionales deben en todo caso asegurar, y la necesidad de que ello no conduzca al establecimiento de un rígido sistema de precedente que impida al Tribunal Constitucional ir adaptando sus soluciones interpretativas, la propia Constitución, en definitiva, a la realidad en constante cambio¹⁷⁹⁸.

Bocanegra deja por sentado, lo insuficiente que representa el dotar a las decisiones del Tribunal Constitucional de la eficacia de la cosa juzgada y a través de ella, exigirle garantizar, la seguridad y la paz jurídicas, por lo que justifica la necesidad de asignar a los pronunciamientos constitucionales de una eficacia superior, que viene dada precisamente por el ya citado parágrafo 31, 1 BVerfGG, que establece la eficacia de la vinculación hacia los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, a todos los Tribunales y a todas las Autoridades administrativas.

En este escenario, Geiger, comenta de la necesidad de diferenciar los efectos de la vinculación, de los que corresponden a la eficacia de la cosa juzgada, sobre todo en atención a

¹⁷⁹⁵ Pizzorusso, Alessandro, *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale: Comandi o consigli?*, en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1963, p. 346.

¹⁷⁹⁶ Aunque Alonso García, Enrique, *La interpretación de la...opus cit.*, p. 197, es partidario de individualizarla conceptualmente como doctrina. Sin embargo, para De Elizalde y Aymerich, Pedro, *El Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 890, la no vinculatoriedad de la doctrina contenida en los fundamentos de la sentencia constitucional, no excluye su trascendental influencia sobre los demás órganos estatales, influencia tanto más poderosa cuanto mayor sea el rigor jurídico de su elaboración.

¹⁷⁹⁷ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y fórmula...opus cit.* p. 47, afirma que la necesidad de mantenerse en la estricta juridicidad es una obligación exigible al juez, pero no lo es menos para el teórico si quieren mantenerse el uno como el otro en el ámbito de la ortodoxia científica. En consecuencia, la juridicidad de la interpretación constituyen una obligación única impuesta al magistrado por la ley y, más flexiblemente, a quien sólo teoriza por el propio rigor científico de cada uno.

¹⁷⁹⁸ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 55.

su naturaleza, de la que se desprenderá una distinción cualitativa¹⁷⁹⁹. De igual modo, Maunz, advierte de los riesgos de confundir o superponer ambas eficacias, sosteniendo expresamente que: «La cosa juzgada formal, la cosa juzgada material y los efectos de la vinculación (*Bindungswirkung*) corresponden a las decisiones del Tribunal Constitucional uno al lado del otro (cumulativamente); ningún efecto es idéntico a los otros y ninguno sustituye a los demás»¹⁸⁰⁰. Siguiendo con la secuencia de diferencias, para Scheuner, uno de los efectos de la eficacia vinculación que no se encuentra en los de la cosa juzgada, es precisamente aquella extensión subjetiva, que se traduce en una mayor cobertura que rebasa a los sujetos intervinientes en el proceso constitucional¹⁸⁰¹. Asimismo, otro elemento de diferencia en explicación de Maunz, es que la *Rechtskraft* sólo desprendería efectos procesales, en tanto que la *Bindungswirkung*, desplegaría efectos jurídico – materiales¹⁸⁰². Comparte este criterio Endemann, para quien, la construcción tanto doctrinal como jurisprudencial de la eficacia *Bindungswirkung*, ha llevado a delimitar esta especial forma de obligatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional, al punto de diferenciarla de la conocida eficacia de la cosa juzgada material¹⁸⁰³. Para Kadenbach, mientras la eficacia de la cosa juzgada concreta su obligatoriedad a las partes que intervinieron en el proceso, así como a los jueces, en sujeción con el mismo objeto, desprendible del fallo del pronunciamiento, en el caso de la eficacia vinculación, los efectos, se extienden, más allá del caso concreto decidido, vinculado en todos los casos futuros a todos los órganos constitucionales, tribunales y autoridades¹⁸⁰⁴. Complementando, Schneider precisa que los efectos de la *Bindungswirkung* se desprenden más allá de las partes que intervinieron en el proceso, y ello porque, la eficacia no se predica solamente en relación al tenor literal del fallo, sino también de las consideraciones jurídicas contenidas en la parte considerativa de la sentencia (*die tragenden Gründe*), que representa el soporte del fallo¹⁸⁰⁵.

De esto se desprende que esta nueva eficacia de las sentencias constitucionales surge de la condición del Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución y de la preeminencia de la interpretación del orden jurídico llevado a cabo por dicha instancia de control.

En ese sentido, la «vinculación» es la eficacia de la sentencia constitucional en cuanto a la jurisprudencia o doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, con capacidad de obligar a todos los poderes públicos. Con esto lo que se busca es ampliar el margen de la eficacia de las sentencias constitucionales que sólo se reducen al fallo y no a los fundamentos contenidos en él. Es sabido que por lo general, la opinión del TC no suele estar contenida en el fallo o disposición sino en la parte de la motivación o de los fundamentos (*las tragende Gründe*), por ello es que la doctrina y jurisprudencia alemanas determinaron que la capacidad de vincular no debía limitarse tan sólo al fallo, sino que debía ampliarse también a la parte de los fundamentos

¹⁷⁹⁹ Geiger, *Die Beziehungen zwischen der Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, «DRiZ», 1951, p. 1058.

¹⁸⁰⁰ Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31...opus cit.*, p. 15.

¹⁸⁰¹ Scheuner, *Das Bundesverfassungsgericht und die Bindungskraft seiner Entscheidungen*, «DöV», 1954, p. 644.

¹⁸⁰² Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31...opus cit.*, p. 19.

¹⁸⁰³ Endemann, *Zur Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde*, Festschrift für Gedhard Müller, Tübingen, 1970, p. 25.

¹⁸⁰⁴ Kadenbach, *Zur bindenden Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, «AöR», 80, 1955, p. 412.

¹⁸⁰⁵ Schneider, *Die Verbindlichkeit von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DVBI, 1954, p. 186.

sobre todo en aquellos que asuman la condición de «*ratio decidendi*» o «fundamentos determinantes» de la sentencia¹⁸⁰⁶.

Empero, cabe dejar constancia acá, sobre las advertencias realizadas por Kriele, para quien el efecto vinculación no debía implicar un innecesario congelamiento del desarrollo constitucional futuro. Y este efecto contraproducente, se suscitaría si se admitiera que el intérprete supremo de la Constitución se encontraría también vinculado a sus propias resoluciones, por lo que aboga por un entendimiento contrario, en el que Tribunal Constitucional no queda vinculado con el alcance de la eficacia *Bindungswirkung* a sus propios pronunciamientos¹⁸⁰⁷. Geiger señala, que si bien a raíz de la eficacia vinculación se impediría al resto de los órganos constitucionales, tribunales y autoridades administrativas a alejarse de lo previsto por el Tribunal en el dispositivo de sus sentencias, aquella prohibición no tendría por qué afectar al TC e impedirle apartarse de sus razonamientos vinculantes anteriores –lo que no significa que el Tribunal deba desconocer la eficacia propia de la cosa juzgada–, y establecer otros que a juicio del Tribunal le permitan corregir su opinión, y hacerla igualmente vinculante para aquellos órganos y autoridades. De este modo, no se anularía la viabilidad de desarrollar nuevos entendimientos constitucionales¹⁸⁰⁸. En la misma línea de pensamiento, Leibholz, defiende la postura de que el Tribunal Constitucional, puede alejarse de sus decisiones anteriores, independientemente de que se traten de opiniones que hayan sido de importancia para la definición de un caso concreto anterior¹⁸⁰⁹. Para este autor, es importante dejar por sentado que la eficacia de la cosa juzgada de sus anteriores pronunciamientos, quedan reducidos al tenor literal del fallo, y esto en atención al criterio doctrinal mayoritario sobre el tema. Desde luego, precisa también, que a raíz de este desmarque del Tribunal en relación a la obligatoriedad de encontrarse vinculado a su propia jurisprudencia, el intérprete supremo de la Constitución, no puede inobservar la autoridad de la cosa juzgada de sus propias decisiones, cuya vis expansiva no llega a alcanzar a la *ratio decidendi*.¹⁸¹⁰ En un afán por evitar distorsiones sobre la aplicabilidad de esta eficacia, Rupp, es partidario de reclamar al Tribunal la tutela de una cierta continuidad en su jurisprudencia que permita garantizar la estabilidad del principio de la seguridad jurídica¹⁸¹¹.

Como puede advertirse, la estructura de la *Bindungswirkung* deja entrever una tensión entre el principio de seguridad jurídica que se ve socavada en cierto modo a raíz del planteamiento de la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia más allá del ceñido núcleo de las partes, y la necesidad de que los órganos vinculados realmente se sientan sujetos a la misma para los supuestos venideros, además del contenido del tenor literal del fallo, también en relación a las consideraciones jurídicas contenidas en la parte motiva de las decisiones, sin dejar de lado la importancia que significa dejar abierta la posibilidad para que el Tribunal pueda ir replanteamiento sus razonamientos e interpretaciones de la Constitución y las normas, según las necesidades del momento y del caso concreto, aspecto que sólo será

¹⁸⁰⁶ Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Art. 31...*opus cit.*, p. 16, parangonó a las *tragende Gründe* alemanas con la expresión latina *ratio decidendi*, para hacer referencia a la fundamentación de la decisión que no puede estar ausente en la deducción del Tribunal, puesto que sin los mismos, el fallo no terminaría de comprenderse.

¹⁸⁰⁷ Kriele, Martin, *Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung*, en «NJW», 1976, p. 778.

¹⁸⁰⁸ Geiger, *Die Beziehungen zwischen der...opus cit.*, p. 1058.

¹⁸⁰⁹ Leibholz/Rupprecht, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...opus cit.*, p. 100.

¹⁸¹⁰ Leibholz/Rupprecht, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...opus cit.*, p. 101.

¹⁸¹¹ Rupp, *Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des...opus cit.*, p. 421.

posible si se admite la no vinculación del TC a sus propios pronunciamientos, cuidando siempre de no desconocer el contenido y alcance de la autoridad de la cosa juzgada, como lo ha venido señalando desde hace bastante tiempo Bocanegra Sierra¹⁸¹².

Un aspecto que también debe quedar claro, es que la eficacia «vinculación», se verá contenida y en consecuencia desprenderá sus efectos en cualquier tipo de sentencia, sin importar cuál sea su *decisum* ni el proceso en el que se dicten. Con esta nueva eficacia de los pronunciamientos constitucionales, las sentencias interpretativas en general y las desestimatorias en particular, cuya actividad hermenéutica realizada por el TC se encontraba en los fundamentos y no en el fallo, ahora podrán indirectamente obligar a los poderes públicos a asumir como vinculante la doctrina del TC, aspecto imposible de llevar a cabo a través de la eficacia «erga omnes».

En consecuencia, de las características de la eficacia «vinculación», que más diferencia a esta figura de la eficacia de la cosa juzgada según Kadenbach, es el de la obligatoriedad de tales decisiones constitucionales que llegan a alcanzar no sólo a la parte dispositiva o fallo de la sentencia, sino, más allá, es decir, a lo que el conjunto de la doctrina alemana denomina como *tragende Gründe*, para referirse a la vinculación que ejercen los motivos, o *ratio decidendi* de la sentencia en relación a los órganos constitucionales, Tribunales y autoridades¹⁸¹³. Ahora bien, como sucedió con los otros efectos de las sentencias, los fundamentos y la construcción misma de esta figura, han sido cuestionadas y su defensa aún hoy, no resultan una tarea sencilla. En ese sentido, no han faltado autores como Guasp, que rechazan la posibilidad de que la fuerza obligatoria de una sentencia pueda desprender sus efectos sobre algo más que no sea el fallo¹⁸¹⁴.

Antes de ingresar en el análisis de las teorías que rechazan la existencia de una eficacia vinculación, centrémonos en señalar los distintos razonamientos elaborados desde la doctrina para fundamentar el surgimiento de esta eficacia desprendible de las sentencias del Tribunal Constitucional. Desde una perspectiva inductiva, para Geiger, en el momento en que el Tribunal interpreta los principios de la Constitución para resolver un concreto conflicto jurídico constitucional, lo que está haciendo es crear un motivo que le permite hacer posible extensiva aquella interpretación para casos futuros por parte de los órganos constitucionales¹⁸¹⁵. Luego, el concreto conflicto planteado adquiere sin lugar a dudas una menor importancia, en relación a las posibilidades de resolución de casos futuros en los que aquella interpretación realizada de la Constitución y la norma por parte del Tribunal deben ser acogidas por todos los órganos del Estado, lo que implica desprender una eficacia mayor que excede en mucho al mero ámbito del pronunciamiento del fallo¹⁸¹⁶. Un razonamiento contrario, en el que se limitaría la fuerza vinculante de los pronunciamientos del TC al mero fallo, para Bocanegra, no haría otra cosa que obligar al intérprete supremo de la Constitución a tener que repensar en cada una de las sentencias adoptadas sobre «si la cuestión constitucional que subyace al litigio concreto ha sido efectivamente decidida en el fallo, y a que éste tuviera que enriquecerse en lo sucesivo con una larga serie de pronunciamientos adicionales al

¹⁸¹² Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 60.

¹⁸¹³ Kadenbach, *Zur bindenden Wirkung der Entscheidungen des...opus cit.*, p. 410.

¹⁸¹⁴ Guasp, *Derecho Procesal Civil...opus cit.*, p. 562.

¹⁸¹⁵ Geiger, *Die Beziehungen zwischen der...opus cit.*, p. 1059.

¹⁸¹⁶ Geiger, *Die Beziehungen zwischen der...opus cit.*, p. 1059.

mismo.»¹⁸¹⁷ Por lo tanto, para Geiger, desde la perspectiva germana, entiende que es más viable para el Tribunal, interpretar en qué medida vinculan los razonamientos, así como la motivación de la resolución, en tanto se encuentran relacionados al fallo, basándose al efecto, en una interpretación jurisprudencial abierta. Debiendo en consecuencia, para este autor, dejar de lado aquella incómoda situación para el Tribunal, de tener que explicar el contenido del fallo de la sentencia, que por su concreción, estará formulada en términos abstractos, e ininteligibles desde un panorama general¹⁸¹⁸.

Desde luego, conviene aclarar aquí, que cuando se sostiene que en virtud a la eficacia vinculación, el Tribunal vincula a todos los órganos constitucionales y tribunales a los motivos o razones del pronunciamiento, esto no significa que la totalidad de las consideraciones desarrolladas por el TC sean vinculantes. En el planteamiento de Leibholz sólo desprenden la eficacia vinculación, las *tragende Gründen* o *ratio decidendi*, que como se tuvo oportunidad de definir, vienen a ser «aquellas razones o motivos sin los que el fallo no podría existir, por contraposición de los *obiter dicta*», no siendo extensible por lo mismo, la eficacia vinculación a todos los razonamientos contenidos en la parte motiva de la sentencia, sino solamente a aquella parte que se entiende es la razón y fundamento primordial que da significado al fallo por cuanto soporta la decisión¹⁸¹⁹. Sin embargo, para Geiger, es irrelevante discutir qué parte de las consideraciones o motivos del pronunciamiento desprende la eficacia vinculación, sobre todo, si existe la posibilidad de que otras consideraciones jurídicas no utilizadas en absoluto por el Tribunal Constitucional en sus razonamientos hubieran conducido al mismo resultado. Geiger defiende la idea de que el Tribunal sólo debe limitarse a fundamentar aquellos elementos que son necesarios para asumir la decisión en el caso concreto. En otras palabras, el intérprete supremo de la Constitución es quien determina según sea el caso, a través de qué interpretación constitucional asumida busca amparar la decisión definida. De no hacerlo, esto no significará otra cosa, que el Tribunal eligió dejar en libertad a los otros órganos constitucionales, tribunales y autoridades adoptar la parte pertinente de los razonamientos establecidos en la sentencia para resolver sus propias resoluciones¹⁸²⁰.

Ha momento de ingresar a esbozar los razonamientos que fundamentaban la utilidad de contar con la eficacia *bindungswirkung*, se señaló también, la existencia de posturas que rechazaban o al menos cuestionaban los beneficios de predicar de las sentencias constitucionales dicha eficacia. Por lo mismo, corresponde ahora esbozar estos criterios.

A través de un estudio comparativo entre la eficacia de la cosa juzgada y la de la vinculación, Bocanegra entiende que el concepto de cosa juzgada subsume a la eficacia de la vinculación, al punto de tornarla en inútil y carente de fundamento constitucional, por lo que plantea su prescindencia¹⁸²¹. Para justificar esta conclusión, Bocanegra invita a analizar preliminarmente los efectos que en la doctrina alemana se reconocen a la «vinculación» a las sentencias constitucionales, para luego tratar de diferenciarlas con los efectos que se pueden extraer a través de una hermenéutica finalista del valor de cosa juzgada. El resultado que se obtendrá según este autor, es que la eficacia vinculación y la cosa juzgada asumen una similar

¹⁸¹⁷ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 60.

¹⁸¹⁸ Geiger, *Die Beziehungen zwischen der...opus cit.*, p. 1060.

¹⁸¹⁹ Leibholz/Rupprecht, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...opus. cit.*, p. 98.

¹⁸²⁰ Geiger, *Die Beziehungen zwischen der...opus cit.*, p. 1060.

¹⁸²¹ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 108.

dimensión y alcance en cuanto a sus efectos¹⁸²². Empero, para justificar aún más estas aseveraciones, Bocanegra entiende como necesario realizar un análisis en atención a cada procedimiento constitucional para corroborar que la eficacia de la cosa juzgada alcanza y cubre la eficacia desplegada por la *Bindungswirkung*.

Para realizar un estudio que permita demostrar que la eficacia de la cosa juzgada absorbe a la eficacia vinculación, Bocanegra separa las tres características que se predicen como consustanciales y pertenecientes al efecto *Bindungswirkung* de los pronunciamientos constitucionales, es decir, «la extensión del alcance de la decisión a la *ratio decidendi* del fallo y no sólo a éste, un ensanchamiento del círculo de los obligados por aquéllas, y la consideración de que el propio Tribunal Constitucional no estaría vinculado a las consecuencias de este efecto, sino solamente al tenor del fallo.»¹⁸²³

En cuanto a la extensión objetiva de la decisión constitucional más allá del estricto tenor literal del fallo, en el estudio de Rubio y Aragón, es necesario resaltar que su justificación se halla, precisamente, en la necesidad de dar cobertura a las funciones capitales bicéfalas encomendadas al Tribunal Constitucional. Así por un lado, se busca colocar de relieve el carácter no sólo de supremo intérprete de la Constitución sino también, de supremo intérprete constitucional en relación a otras disposiciones más allá de la esfera de la Constitución, de lo que se desprende la preeminencia de sus interpretaciones sobre otras posibles¹⁸²⁴. De otro lado, lo que se pretende, dada su importancia, es instrumentalizar la función de pacificación, que le atingen a las sentencias del Tribunal Constitucional, y a través de esta función, el custodio de la Constitución cumple con su cometido esencial, cual es el concluir los litigios constitucionales, impidiendo que los actos prohibidos por el Tribunal se susciten nuevamente en un futuro, independientemente de la naturaleza del proceso en el que se hubieran concretado. Lograr esta finalidad, sin duda alguna, implica resaltar la importancia que adquieren las motivaciones asumidas por el Tribunal como fundamento de sus pronunciamientos, vale decir, que para alcanzar este segundo fin, se hace necesario dotar a las consideraciones de las sentencias, de la fuerza de obligar, lo que importa extender dicha fuerza, más allá del fallo, y más allá del caso concreto resuelto para el pasado, con una perspectiva pro futuro.

Empero, desde la perspectiva crítica que asume Bocanegra sobre el tema, incide en el problema que representa el determinar hasta dónde debe ampliarse la fuerza obligatoria de los motivos de la sentencia. Genéricamente y sin un punto de precisión al respecto, se sostiene que la vinculación de las motivaciones que se encuentran contenidas en la sentencia, no debe extenderse más allá de aquel núcleo donde la extensión de los límites objetivos se entienda necesaria para alcanzar las funciones que fundamentan aquella extensión extraordinaria¹⁸²⁵. Claro está, que la determinación de aquel núcleo que defina los límites de aquella extensión no resulta una tarea sencilla para el Tribunal, pero no por ello, puede restarse importancia a los esfuerzos realizados por el máximo intérprete de la Constitución a tal fin. Lo que sí resulta evidente para Bocanegra, es que desde la perspectiva alemana la extensión de la fuerza de obligar hacia la *ratio decidendi* o «motivos relevantes», rebasan con creces esa finalidad, así como

¹⁸²² Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 108.

¹⁸²³ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 108.

¹⁸²⁴ Rubio Llorente y Aragón Reyes, *La justicia constitucional...opus cit.*, p. 868.

¹⁸²⁵ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 109.

se encuentra regulada actualmente dicha eficacia¹⁸²⁶. Esta afirmación, es reforzada por Bocanegra en alusión a los razonamientos expresados sobre el tema por parte del BVerfG, instancia que no dudó en acusar la imprecisión del concepto y la dificultad que constituye interactuar en aquel ámbito, en el que todos los *tragend* sin excepción, son relevantes para el fallo¹⁸²⁷. Aunque luego, objetivamente el mismo Bocanegra sostiene que este criterio no deja de ser un razonamiento aislado, que dista mucho de la opinión mayoritaria sostenida al interior del propio Tribunal, y otro tanto puede predicarse también desde la perspectiva doctrinal, lo que no implica que se tenga que pasar por alto, puesto que no deja de constituir un llamamiento que da cuenta «de los excesos a que puede conducir esta colocación del problema, poniendo de relieve su inadecuación para dar una solución acertada a la cuestión propuesta.»¹⁸²⁸

El mismo Vogel sostuvo, que la doctrina de las «motivaciones relevantes», planteada en la perspectiva dominante de Geiger¹⁸²⁹, sólo podía sustentarse si se la asume a partir de lo que es su finalidad, esto es, como una proscripción de la reiteración de actos declarados no conformes con la Constitución por el Tribunal¹⁸³⁰. Sólo de esta forma se entiende justificada la ampliación de la fuerza de obligar del pronunciamiento más allá del contenido del fallo, en tanto que la misma es suficiente para alcanzar las finalidades pacificadoras e interpretativas del Tribunal. Luego, la ampliación de la cobertura del alcance de la fuerza de obligar de los razonamientos del pronunciamiento más allá de la pretensión de impedir la reiteración de los actos vedados por el Tribunal, conllevaría innecesariamente a una especie de petrificación de la jurisprudencia, y con ella, se cuestionaría no sólo la flexibilidad; sino también la posibilidad de cambio y adaptación de la Constitución. En lo demás, para Geiger, cubrir la función de supremo interprete de la Constitución que le asiste al Tribunal, no requiere de una mayor extensión de la vinculación, en tanto que la misma es cubierta de sobremanera por parte del Tribunal a través de la decisión por la que se pone fin al «concreto litigio constitucional.»¹⁸³¹.

En fin, habiendo esbozado los fundamentos que justifican la primera característica de la eficacia vinculación, para Bocanegra, la pretensión de impedir la reiteración de las medidas o actuaciones declaradas inconstitucionales, y a través de ella alcanzar la función pacificadora e interpretativa suprema del Tribunal, no requiere de la extensión la eficacia vinculante de la sentencia, o por lo menos, no en relación a todos los razonamientos contenidos en la parte motiva de la sentencia, viéndose afectados en ese sentido, las mismas motivaciones relevantes o *tragend*¹⁸³². Por su parte, para Vogel la eficacia de la «concreta norma de la sentencia» o *die konkrete Entscheidungsnorm*, y la extensión del contenido vinculante sobre el estricto tenor literal del fallo en los términos así propuestos, puede desprenderse sin más de la propia fuerza de la cosa juzgada de las sentencias, sin que sea necesario acudir al concepto de la *Bindungswirkung*¹⁸³³. Dicho de otro modo, la eficacia obligatoria de las sentencias del Tribunal Constitucional, o la extensión del contenido vinculante del fallo hacia los motivos de la sentencia, pueden desprenderse del concepto cosa juzgada sin ser necesario acudir a la eficacia de la *Bindungswirkung*.

¹⁸²⁶ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 109.

¹⁸²⁷ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 110.

¹⁸²⁸ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 110.

¹⁸²⁹ Geiger, *Die Beziehungen zwischen der...opus cit.*

¹⁸³⁰ Vogel, Klaus, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der...opus cit.*, p. 602.

¹⁸³¹ Vogel, Klaus, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der...opus cit.*, p. 602.

¹⁸³² Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 112.

¹⁸³³ Vogel, Klaus, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der...opus cit.*, p. 599.

Centrando ahora nuestra atención en la segunda característica de la eficacia *Bindungswirkung*, se tiene que, desde una perspectiva subjetiva, se asume con carácter general, que la vinculación establecida en el parágrafo 31,1 BVerfGG hace que los efectos de las sentencias constitucionales se extiendan a todos los órganos constitucionales del Estado, a todos los tribunales y a todas las autoridades. Sin embargo, rescatando el razonamiento de Stern, esta segunda característica de la eficacia vinculación, no sería otra cosa que el resultado de una extensión subjetiva de la fuerza de la cosa juzgada, o lo que es lo mismo señalar, se trataría de un ensanchamiento de sus límites subjetivos, llegando a alcanzar a aquellos órganos para los cuales, –en principio– el pronunciamiento constitucional devendría irrelevante, sin embargo, como consecuencia de la vis expansiva del ensanchamiento de los límites subjetivos de la cosa juzgada, estos órganos se verían impedidos de intentar conseguir, al interior de un nuevo litigio constitucional, un pronunciamiento distinto sobre el tema dilucidado con anterioridad por el Tribunal¹⁸³⁴.

Para Bocanegra, no puede dejarse de lado, las connotaciones políticas y públicas que traen consigo el dictado de los pronunciamientos constitucionales, sobre todo, cuando de por medio se debaten aspectos tan delicados que atañen al comportamiento y a la propia posición jurídica de los más altos órganos de poder del Estado¹⁸³⁵. En este contexto, es imperiosa la necesidad de predicar la extensión subjetiva de los efectos obligatorios, de modo tal, que la fuerza de obligar, no sólo se limite a los órganos o «partes» que intervinieron en el proceso constitucional concreto, sino también a otras personas u órganos y a los distintos poderes del Estado, en la medida en que la resolución asumida por parte del Tribunal para el caso concreto, también los afecta. De este modo, el pronunciamiento que pone fin al conflicto constitucional, a la vez de resolver el caso para las partes intervinientes, también lo resuelve para todos quienes no fueron parte de este.

Desde luego, para Bocanegra, la ampliación subjetiva de la vinculación no trajo consigo elementos favorables. Para este autor, es justo reconocer que los resultados prácticos a que dio lugar esta ampliación subjetiva de la eficacia de la sentencia desprendida del concepto *Bindungswirkung* no son tomados como afortunados¹⁸³⁶. Así, si se toman en cuenta los casos y las decisiones adoptadas al interior de estos por parte del Tribunal Constitucional, podremos contemplar un breve detalle de estos resultados jurisprudenciales, que en la perspectiva de Maasen, ayudan a comprender los efectos prácticos de lo que aquella ampliación subjetiva de las mismas representa¹⁸³⁷.

En primer lugar, tomando en cuenta la BVerfGE 8, 122, 141, se tiene que si el Tribunal advierte que un determinado acto de un *Land* incumple su deber de comportamiento leal a la Federación, luego, la totalidad de los demás Gobiernos de los Länder se encontrarán obligados a que en el futuro, desarrollen el comportamiento exigido por el Tribunal.

¹⁸³⁴ Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland...opus cit.*, p. 1037, hace referencia también a la existencia de una especie de vinculación interorgánica, a través de la cual, se obligaría a todos los órganos constitucionales, autoridades y tribunales a fundamentar su actividad en la consideración como vinculante y obligatoria de la decisión constitucional, de cuyos efectos distintos entre sí, puede afirmarse que esta obligatoriedad y vinculación constituyen la esencia de la eficacia *Tatbestandswirkung*.

¹⁸³⁵ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 114.

¹⁸³⁶ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 114.

¹⁸³⁷ Maasen, *Probleme der Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts*, «NJW» (1975), p. 1343.

En segundo lugar, partiendo del razonamiento establecido en la BVerfGE 1, 14, 37, si el Tribunal declaró la incompatibilidad de una ley con la Constitución, la consecuencia directa de esta, es que en el futuro inmediato, el legislador queda impedido de debatir o sancionar otra ley con el mismo contenido. Es más, el Presidente Federal estará en la obligación de vetar su promulgación. Por el contrario, si a juicio del Tribunal la ley impugnada es declarada compatible con la Constitución, no se podrá admitir el replanteamiento de nuevos juicios de inconstitucionalidad sobre la misma cuestión jurídica, tal como se desprende de la BVerfGE 33, 199, 203.

En tercer lugar, de la BVerfGE 33, 1,12, se establece que, si en la interpretación del TCFA se desprende la exigencia constitucional de una determinada regulación independientemente de la ya existente, el legislador estará compelido a que dentro del plazo establecido por el Tribunal debata y sancione una nueva ley. Sobre este tercer aspecto, Maasen incidió en los agudos inconvenientes que este tipo de pronunciamientos podían llegar a suscitar, sobre todo, si se asumía la autovinculación del Tribunal Constitucional a una propia decisión anterior durante el plazo –que según la experiencia jurisprudencial, podía extenderse en el tiempo sin un límite previsible– tendría que insistir en la exigencia hacia el legislador en procura de aprobar la respectiva ley, y esta situación sin duda, terminaría desmintiendo aquel postulado que sostiene la no vinculación del TCFA a su propia doctrina, limitándose aquella tan sólo al fallo¹⁸³⁸.

En cuarto lugar, en aquellos supuestos en los que el TCFA recurra al dictado de una sentencia interpretativa, para determinar que la ley, sólo desde una determinada interpretación es conforme a la Constitución, todos los órganos del Estado, tribunales y autoridades se verán constreñidos a aquella interpretación. La importancia y repercusión de este cuarto aspecto, y que fue puesta de relieve por Maasen, es que hasta el año 1975, del conjunto de disposiciones legales enjuiciadas en la nutrida jurisprudencia del TCFA, esta instancia de control aplicó en la mayoría de ellos un razonamiento a través del cual, se abría la posibilidad de una interpretación conforme a la Constitución¹⁸³⁹.

Ahora bien, a partir de la constatación de estos resultados jurisprudenciales descritos en el cuarto supuesto, para Bocanegra se advierte, que esta consecuencia, constituye una derivación directa de la «vinculación» subjetiva de los órganos del Estado a las decisiones del TCFA por el mismo interpretada, y a la que considera al igual que «la doctrina general de la extensión de esa eficacia obligatoria a la *ratio decidendi*, a los «motivos relevantes», absolutamente insatisfactorios por excesivos»¹⁸⁴⁰.

De este modo, para Bocanegra, la idea central que debe guiar una correcta configuración del esquema de efectos de las sentencias constitucionales, es aquella que posibilite encontrar un punto de equilibrio en la descripción de sus efectos, y a partir de ella, se

¹⁸³⁸ Maasen, *Probleme der Selbstbindung des...opus cit.*, p. 1348.

¹⁸³⁹ Maasen, *Probleme der Selbstbindung des...opus cit.*, p. 1345.

¹⁸⁴⁰ A esto debe sumarse según Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 116, el serio riesgo de parálisis de la jurisprudencia a que estas orientaciones pueden conducir. Dejando a un lado la solución del problema propuesto, para este autor, no se requiere en este momento, de mayores consideraciones que las que se deducen de la simple lectura de las afirmaciones jurisprudenciales señaladas.

pueda permitir que sus pronunciamientos gocen de la suficiente fijeza y, en consecuencia, de la capacidad de obligar de sus soluciones e interpretaciones, de modo tal, que por medio de ellas, se ponga punto final a los litigios constitucionales, alcanzándose el cumplimiento de la función pacificadora e interpretativa que al Tribunal Constitucional le fue encomendado, aunque claro está, lo ideal será, que la concreción de estos fines no implique el cierre a la posibilidad de que el Tribunal pueda ir adecuando la realidad constitucional al cambio de las concepciones de cada tiempo, a través de un redireccionamiento de su propia doctrina, que no suponga una limitación para alcanzar aquellas funciones, que «como con toda evidencia no ocurre con la *Bindungswirkung* en las interpretaciones examinadas»¹⁸⁴¹.

Por lo mismo, para Bocanegra, de la misma forma como sucede con la extensión de la vinculación de las motivaciones al fallo, «una extensión subjetiva de la sentencia constitucional razonable y suficiente a los fines perseguidos es posible derivarla directamente del concepto de cosa juzgada, muchas de cuyas posibilidades están realmente aun inéditas»¹⁸⁴². Esta posibilidad pasa por asumir una comprensión cabal del concepto, y a través de la cual se tiene que tal valor y eficacia se amplía no sólo en relación a las partes que intervinieron en el proceso constitucional, sino también a todos los órganos de poder, tribunales y autoridades que, por la significancia del pronunciamiento emitido por el Tribunal, habrían tenido la posibilidad de actuar como recurrentes o recurridos dentro del proceso constitucional, y emplear los mecanismos previstos por la ley según sea su posición al interior del juicio de constitucionalidad.

Ya en lo que concierne a la tercera característica de la eficacia *Bindungswirkung* para Bocanegra Sierra, de igual modo a las dos anteriores, resulta una cuestión por demás innecesaria¹⁸⁴³. En efecto, para este autor, es irrelevante sostener que el Tribunal Constitucional no estaría «vinculado» a sus propias decisiones, puesto que el Tribunal se halla vinculado únicamente por los efectos de la cosa juzgada, cuya eficacia sólo se limita al fallo de la sentencia por el que se resuelve el caso concreto, y por el que se alcanza además del Tribunal, a las partes que efectivamente intervinieron en el proceso¹⁸⁴⁴. En esta misma línea, para Stern, sostiene que las pretendidas funciones de pacificación y de interpretación del Tribunal a los que se pretenden alcanzar a través de la eficacia *Bindungswirkung*, conllevan a un resultado inaceptable, cual es la petrificación de la vida del Estado al impedir la adecuación de la Constitución a las coordenadas de los nuevos tiempos¹⁸⁴⁵. Antes que eso, para Maasen, es preferible abrir la posibilidad a que el Tribunal Constitucional pueda rectificar sus propios errores, o establecer un enfoque más depurado en relación a un anterior criterio establecido por el intérprete supremo de la Constitución¹⁸⁴⁶.

El mismo Stern sostiene que el camino por el cual el Tribunal debe bregar para ir adecuando dúctilmente la interpretación constitucional en atención a las necesidades cambiantes del momento, no es posible alcanzarlo a través de la función asignada a la eficacia *Bindungswirkung*, y como tal, aquella función difícilmente puede ser justificada, debido a que su figura carecería de contenidos, o en todo caso, su formulación lejos de facilitar, dificultaría el

¹⁸⁴¹ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 116.

¹⁸⁴² Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 116.

¹⁸⁴³ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 117.

¹⁸⁴⁴ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 117.

¹⁸⁴⁵ Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland...opus cit.*, p. 1038.

¹⁸⁴⁶ Maasen, *Probleme der Selbstbindung des...opus cit.*, p. 1346.

desarrollo y avance de las interpretaciones constitucionales. Es más, rechaza rotundamente, la forma en la que se busca producir los cambios hermenéuticos en la Constitución, porque la considera incompatible e inaplicable en la medida en que resulta insostenible afirmar que los principios fundamentales de la jurisprudencia constitucional serán definidos de una sola vez, y aplicables a todos los demás participantes en la vida constitucional¹⁸⁴⁷. Esta crítica se ve corroborada en el análisis de Maasen, quien como se recordará, al realizar la descripción de la segunda característica de la eficacia vinculación, dejó entrever cómo el Tribunal, en algunos supuestos, podía desprender de la Constitución, la necesidad de que el legislador debata y sancione una ley, señalando un plazo al efecto, en tanto el plazo se encuentre vigente, se entendía que el Tribunal Constitucional se encontraba autovinculado a su primera decisión, cercenándose de este modo, cualquier posibilidad de cambio en la interpretación de la Constitución sobre el tema en concreto¹⁸⁴⁸.

En este escenario, la reconstrucción del marco de efectos de la cosa juzgada de las sentencias constitucionales, ampliada más allá del fallo concreto, llegando a cubrir lo que la doctrina alemana ha definido como la «concreta norma de la decisión» (en defecto de la *ratio decidendi*), y flexibilizar su límite subjetivo, de modo tal que no se restrinja solamente a las partes que efectivamente intervinieron en el proceso, sino extendida también a todos aquellos que, independientemente de que no hayan tomado parte en el proceso constitucional concreto, en criterio de Bocanegra Sierra, permitiría rechazar con suficiente fundamento, no sólo por inconstitucional, sino también por inútil e inadecuada la figura de la *Bindungswirkung* como eficacia de las sentencias constitucionales¹⁸⁴⁹.

Sin dejar de lado la objetividad que caracteriza a Bocanegra, el autor afirma, sin embargo, que la validez y certeza de esta afirmación, se halla supeditada, a una efectiva constatación de la posibilidad misma de semejante operatividad del concepto cosa juzgada¹⁸⁵⁰.

Remitiéndonos ahora a la realidad española, y como se apuntó anteriormente, el legislador introdujo el efecto «vinculación» en el artículo 38.1 de la LOTC que prevé: «...las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad vincularán a todos los poderes públicos...» disposición que se complementaba en principio con lo que preceptuaba el artículo 40.2 de la LOTC, que señalaba textualmente: «en todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia (...) habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad». Aunque cabe aclarar aquí, que el nuevo tenor del artículo 40.2 de la LOTC tras la reforma del año 2007¹⁸⁵¹, no reduce el efecto vinculación a los pronunciamientos y autos dictados dentro de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, sino que más bien, amplía su cobertura al establecer que la misma, es predicable dentro de todos los «procesos constitucionales»¹⁸⁵², de lo que podría afirmarse que

¹⁸⁴⁷ Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland...opus cit.*, p. 1038.

¹⁸⁴⁸ Maasen, *Probleme der Selbstbindung des...opus cit.*, p. 1343.

¹⁸⁴⁹ Esta afirmación, por lo menos tendría cabida desde la perspectiva del derecho alemán, al que Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 119, hace referencia.

¹⁸⁵⁰ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 119.

¹⁸⁵¹ Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

¹⁸⁵² Con anterioridad, Garrarena Morales, Ángel, *Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias...opus cit.*, p. 377, opinaba sobre el tema, que a raíz de la previsión del artículo 51 de la LOPJ, la eficacia «vinculación» terminó ampliándose en lo que respecta a jueces y tribunales «...a la interpretación (...) que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

en la actualidad, existe una coincidencia con el sistema alemán donde el efecto «vinculación» está previsto para todas las sentencias pronunciadas en los distintos tipos de procedimientos.

Ampliando el razonamiento sobre el tema, se sostiene que en el contexto español, la doctrina del TCE surte el efecto «vinculación» para todos los órganos del Estado, eficacia que no se limita al fallo de la sentencia, sino que se amplía a la parte de los fundamentos.

Ahora bien, para Barja de Quiroga, en un criterio general, y salvando la particularidad del tipo de sentencia y del proceso de que se trate, las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan frente a todos, particulares y órganos del Estado y no sólo en relación con el caso concreto sino que sus efectos se extienden hacia el futuro y hacia el pasado¹⁸⁵³. Para este autor, cuando sostiene que las sentencias del Tribunal vinculan a los órganos del Estado, hace referencia a todos los poderes públicos, empezando por el Poder Legislativo, lo que significa que las leyes posteriores también pueden verse afectadas por sentencias anteriores del Tribunal Constitucional. De igual modo, los pronunciamientos del intérprete supremo de la Constitución autovinculan a esta instancia de control, aunque esto no significa que la doctrina en ellas contenida pueda ser modificada o, incluso, abandonada por sentencias posteriores.

Empero, para López Barja, si bien los Tribunales de Justicia también se encuentran vinculados con las sentencias del Tribunal Constitucional, esto no excluye la necesidad de realizar algunas precisiones al respecto. Precisamente, uno de los elementos que requiere ser aclarado, a decir de López, es el relativo al artículo 117.1 de la CE, disposición que dispone que los Jueces y Tribunales están «sometidos únicamente al imperio de la ley». De este modo, surge la ineludible labor que articular esta vinculación que ejerce la ley en relación a la vinculación que ejerce la doctrina del Tribunal Constitucional. Bajo este razonamiento, López Barja cuestiona la constitucionalidad del artículo 5.1 de la LOPJ que señala «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos», pues, como dispone la Constitución (artículo 117.1), los Jueces y Tribunales únicamente están sometidos al imperio de la ley¹⁸⁵⁴.

En criterio del Magistrado del Gabinete Técnico del TCE, resulta por demás pertinente preguntarse si una ley (la LOPJ) puede reconfigurar el esquema constitucional determinando una mayor vinculación de los jueces y tribunales hacia la doctrina del Tribunal Constitucional. Y la respuesta inmediata que plantea, es que si bien una ley puede ampliar el núcleo de

¹⁸⁵³ En la apreciación de López Barja de Quiroga, Jacobo, *La vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial 87 – 2006, Madrid, 2006, p. 20, el cuerpo de la sentencia que produce la vinculación es el fallo y, en ocasiones, la *ratio decidendi*, pero, no los *obiter dicta*.

¹⁸⁵⁴ Asimismo, López Barja de Quiroga, Jacobo, *La vinculación de la doctrina del...opus cit.*, p. 25, precisa, la vinculación de los Jueces y Tribunales con la doctrina del Tribunal Constitucional no abarca a las sentencias recaídas en los procesos de amparo, mientras que la LOPJ establece una vinculación más amplia, esto es, «en todo tipo de procesos». Como consecuencia del análisis del autor, la LOPJ establecería una doble vinculación que no se desprendería del texto de la Constitución. Una vinculación estaría relacionada con la interpretación y, otra, con las resoluciones recaídas en todo tipo de procesos, dentro de los cuales, también estarían incluidos los procesos de amparo.

vinculación preestablecido en la Norma Fundamental, no puede sin embargo, desconocer aquel marco constitucional¹⁸⁵⁵.

Para López Barja, la única forma en la que se entendería la constitucionalidad del artículo 5.1 LOPJ, y no contrapuesta al artículo 117.1 de la CE, es que se asuma, que la Constitución, al señalar el sometimiento de los Jueces y Tribunales al imperio de la ley, esta ley sería la LOPJ, la que a través de su artículo 5.1, establece la vinculación de jueces y tribunales hacia la doctrina del Tribunal Constitucional. Empero, para López, esta misma interpretación resulta forzada y hasta inútil, en la medida en que el artículo 117.1 de la CE, imperativamente establece que los jueces están sometidos *únicamente* al imperio de la ley¹⁸⁵⁶. Luego, la previsión del artículo 5.1 de la LOPJ es opuesto a lo constitucionalmente ordenado, y por lo mismo, la interpretación pretendida para que sea la ley el vehículo formal utilizado, no cabe cuando el contenido de la propia ley es contrario y desdice lo ordenado en el artículo 117.1 CE¹⁸⁵⁷.

Sin ánimo de pregonar la inconstitucionalidad del artículo 5.1 de la LOPJ, López Barja, presenta un análisis desde lo que él considera la perspectiva material de la cuestión discutida. Desde este enfoque, el autor expresa la importancia de acudir a examinar las competencias propias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, para poder determinar cuál de estas dos instancias es la competente para decidir sobre la interpretación que corresponda¹⁸⁵⁸. Dicho de otro modo, para definir el carácter de la vinculación será imperioso considerar el ámbito competencial que la Constitución ha previsto para cada uno de estos Tribunales, ya que en atención a estas esferas de actuación, cada uno de ellos, estos Tribunales serían superiores¹⁸⁵⁹.

¹⁸⁵⁵ López Barja de Quiroga, Jacobo, *La vinculación de la doctrina del...opus cit.*, p. 26.

¹⁸⁵⁶ López Barja de Quiroga, Jacobo, *La vinculación de la doctrina del...opus cit.*, p. 26.

¹⁸⁵⁷ López Barja de Quiroga, Jacobo, *La vinculación de la doctrina del...opus cit.*, p. 27.

¹⁸⁵⁸ López Barja de Quiroga, Jacobo, *La vinculación de la doctrina del...opus cit.*, p. 29.

¹⁸⁵⁹ Quizá un ejemplo sobre el tema puede verse en la STC 131/2006, a través del cual, el TCE resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada en el año 1998 sobre la supuesta infracción del derecho de asociación (artículo 22 CE) por parte de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 3/1993 de las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación. En la interpretación de la Sala del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) proponente de la cuestión, dicha disposición legal extendía los efectos del recurso cameral a recursos devengados antes de la entrada en vigor de la ley, pero liquidados en 1993. Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia constitucional previa sobre el tema, la adscripción obligatoria a las cámaras de comercio antes de la ley 3/1993 resultaba inconstitucional porque no se justificaba en las competencias atribuidas en la legislación de entonces a dichas cámaras (véase la STC 179/1994, de 16 de junio). Ahora, con la nueva ley se establecieron para las cámaras unos fines de interés público que posibilitan la obligatoriedad de dicha adscripción sin que ello implique la vulneración del artículo 22 CE (así se establece de la STC 107/1996, de 12 de junio). En ese sentido, se consideró que la aplicación retroactiva de la Ley de 1993 podría implicar la infracción del derecho de asociación. En ese sentido, con posterioridad al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo emitió una Sentencia en la que llevó a cabo una reinterpretación de la Disposición Transitoria enjuiciada, tomando como referente los razonamientos esbozados en la STC 179/1994. El resultado de aquella actividad hermenéutica llevada a cabo por el TSJ, era un entendimiento en el que se consideraba que dicha disposición se refería a una obligación de pagar el recurso cameral de los años anteriores que nacía directamente de la ley declarada inconstitucional, por lo que había que entenderla inexistente. A raíz de esta nueva interpretación, el TSJ que suscitó la cuestión pensó que la misma habría perdido su objeto, empero, el TCE consideró que no era así. Cinco años más tarde, el Tribunal al emitir su pronunciamiento constitucional sobrecartando *in extenso* la reinterpretación elaborada por el Tribunal Supremo, de la Disposición Transitoria impugnada, concluyendo en que la norma en cuestión no presentaba elementos de inconstitucionalidad, señalando expresamente, que la cuestión de constitucionalidad no se refiere a una ley aplicable al caso, sino a una de las posibles interpretaciones de dicha ley. Luego, en sujeción al principio de conservación de la norma, desestimó la cuestión. Véase entonces, como el Tribunal Constitucional se remitió expresamente al Tribunal Supremo y su interpretación de la legalidad. Desde

En atención a las facultades de cada órgano, puede afirmarse, que cuando el Tribunal Constitucional ingrese en el análisis de la legislación ordinaria, debe asumir obligatoriamente lo determinado por el Tribunal Supremo, en tanto que la instancia superior en la interpretación de la legislación ordinaria, no es el TC, sino el Tribunal Supremo. En consecuencia, para López, si el Tribunal Constitucional ha momento de analizar la legislación ordinaria, no asumiera lo dispuesto por el Tribunal Supremo, la sentencia constitucional que concrete su propia doctrina no desprendería ningún tipo de vinculación hacia los órganos judiciales¹⁸⁶⁰.

Empero, el mismo autor sostiene que la delimitación planteada, en la práctica resulta muy compleja y confusa, en tanto que el Tribunal Constitucional siempre se «excede» e ingresa en materia propia de la legislación ordinaria, pero al hacerlo, para evitar ser cuestionado, suele afirmar y argumentar su conexitud con algún derecho fundamental. Sin duda para este autor, en algunas oportunidades la argumentación del Tribunal al efecto fue convincente, sin embargo, en otras, no, dejando al descubierto la desviación competencial¹⁸⁶¹. Por ello, se entiende a partir de este planteamiento, que no es posible analizar el problema de la vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional sin tomar en cuenta el núcleo en el que ha de responderse en relación a la extensión de su vinculación.

En la perspectiva de Herrero Tejedor, no debe perderse de vista, el contenido del artículo 40.2 de la LOTC, ya que al prever que «En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan...», a la vista de aquella redacción, sostiene que la LOTC emplea el término

luego, este resultado no fue pacífico, y prueba de ello es el voto particular emitido por la Presidenta del Tribunal y los Magistrados Elisa Pérez Vera y Manuel Aragón Reyes. El común denominador de sus argumentos vira en torno a la idea de que es el Tribunal Constitucional al que le compete indagar sobre las posibles interpretaciones de la ley que somete a contraste con la Constitución. En sus concepciones este deber del Tribunal, le permitiría plasmar su sólo sometimiento a la Constitución y a su Ley Orgánica, más no así a la interpretación realizada por otro órgano de poder del Estado. Efectivamente, para Urías Martínez, Joaquín, *Sobre las sentencias de control de leyes*, en *El futuro de la justicia constitucional*, Actas de las XII jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 89, si bien es cierto que dentro de la jurisdicción ordinaria es éste quien tiene la última palabra sobre la interpretación de la legalidad, no menos cierto es, que el control de constitucionalidad de la ley debe realizarse en plenitud de jurisdicción, enfrentando directamente al máximo intérprete de la Constitución con el legislador, sin otros intermediarios. Para este autor, no debe dejarse de lado, que el objeto del control de constitucionalidad lo constituye el texto mismo de la ley, más allá de cómo sea interpretado por los tribunales ordinarios, independientemente de su rango. En ese sentido, cuando el Tribunal decide si una disposición es en sí contrario a la Constitución o condiciona su validez a una interpretación establecida por aquella instancia de control, lo que está haciendo el custodio de la Constitución, es cumplir con su propia función asignada por la Constitución, independientemente de que ello implique fijar, por eliminación, la única interpretación constitucional de la norma legal. Y esta tarea constitucionalmente no le pertenece al Tribunal Supremo, sino al TCE. Ahora bien, en verdad no puede negarse que la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, realizada con ocasión de dictarse un pronunciamiento interpretativo por parte del TCE, adquiere una especial trascendencia, no sólo por los efectos propios de esta categorías de sentencias, sino también, porque a través de ellas, el TCE deja entrever su carácter irrenunciable a la potestad de control sobre la misma. Por ello, cualquier vía de solución en relación al rol desempeñado por el intérprete supremo de la Constitución y su relación con este tema, debe realizarse tomando en cuenta que la interpretación de la ley que se ve plasmada en una sentencia del TCE vincula de modo especial, puesto que despliega la fuerza normativa de la Constitución, por lo que la responsabilidad sobre su concreción sólo corresponde al Tribunal Constitucional.

¹⁸⁶⁰ López Barja de Quiroga, Jacobo, *La vinculación de la doctrina del...opus cit.*, p. 29.

¹⁸⁶¹ López Barja de Quiroga, Jacobo, *La vinculación de la doctrina del...opus cit.*, p. 29.

jurisprudencia para referirse a las resoluciones de los tribunales ordinarios, y reserva el de «doctrina» para hacer referencia a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional¹⁸⁶². Con base en este y otros fundamentos, el autor sostiene que determinados sectores doctrinales, han ensayado una aparente diferenciación entre el valor de fuente complementaria del ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 del Código Civil atribuye a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, frente al valor de fuente directa que poseen las resoluciones constitucionales en materia de depuración del ordenamiento jurídico¹⁸⁶³. Consecuente con este razonamiento, el TCE, a través del Auto 105/89, de 23 de febrero, aclaró la diferencia entre la jurisprudencia ordinaria y la constitucional al sostener que: «La argumentación del actor, especialmente en la fase del trámite de inadmisión, desconoce, además, que la función de la jurisprudencia de este Tribunal, al interpretar el ordenamiento jurídico y declarar su eventual conformidad o disconformidad con la Constitución española, tiene diverso alcance que la de los tribunales ordinarios; la jurisprudencia de este Tribunal no completa el ordenamiento jurídico, sino que mantiene o expulsa del ordenamiento los preceptos legales cuya validez constitucional es cuestionada».

Una dimensión similar a la española adquiere el caso boliviano¹⁸⁶⁴, donde la previsión del artículo 203 de la CPEP establece que, «Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno». Adviértase que la redacción contenida en la cláusula constitucional, no limita la eficacia «vinculación» a los procedimientos de inconstitucionalidad, sino con carácter general extiende dichos efectos a todas las formas de pronunciamiento, sin interesar el *decisum* ni el tipo de procedimiento en el que se haya llevado a cabo, parangonándose de esta forma dicha previsión a la fórmula contenida y desarrollada desde la experiencia alemana antes vista. Este reconocimiento genérico de la eficacia vinculación, también se ve recogida bajo una misma fórmula en el artículo 8 (Obligatoriedad y vinculatoriedad) de la LTCP que señala «Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante...»¹⁸⁶⁵, por lo mismo, un entendimiento

¹⁸⁶² Herrero – Tejedor Algar, Fernando, *La fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial 87 – 2006, Madrid, 2006, p. 99 – 100.

¹⁸⁶³ Independientemente de la postra doctrinal, Herrero – Tejedor Algar, Fernando, *La fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal...opus cit.*, p. 100, sostiene que la voluntad del legislador orgánico fue dotar de mayor fuerza vinculante, *erga omnes* y no meramente *inter partes*, a las decisiones del Tribunal Constitucional que afectan a normas legales de eficacia general.

¹⁸⁶⁴ Desde la perspectiva boliviana, para Rivera Santiváñez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales...opus cit.*, p. 590, la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional se traduce en una obligatoriedad horizontal y vertical. En el primer caso, la vis expansiva de la vinculación alcanza no sólo al propio Tribunal, sino también a los tribunales ordinarios de su misma jerarquía. Y a través de la segunda, la vinculación enlaza a los jueces y tribunales de jerarquía inferior. A partir de ello, para este autor, la doctrina constitucional creada por el TCPB, es el resultado de una deducción lógica de las normas implícitas de la Constitución, como producto de la integración de normas que conforman el bloque de constitucionalidad. Por lo mismo, dichos razonamientos deben ser aplicados obligatoriamente, por el propio Tribunal Constitucional, así como por el resto de los órganos del poder público, en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos.

¹⁸⁶⁵ Para Rivera Santiváñez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales...opus cit.*, p. 591, es de mucha importancia destacar, que la doctrina contenida en la jurisprudencia constitucional se constituye en el precedente obligatorio, dada la fuerza vinculante de la jurisprudencia. En consecuencia, ese precedente se constituye en un mecanismo imprescindible para el mantenimiento de la coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico dentro de un sistema constitucional, sobre todo, cuando se trata de la interpretación y aplicación de las normas de la Constitución. Asimismo, sostiene que, la fuerza vinculante de los razonamientos

preliminar permitiría ratificar la afirmación inicial, sobre el carácter predicable de la eficacia vinculación para todos los pronunciamientos emitidos por el TCPB. Empero, esta hipótesis inicial bien podría ser corregida en atención a lo preceptuado en el artículo 78.II.2, que prevé expresamente: «La inconstitucionalidad de una norma tendrá valor de cosa juzgada y sus fundamentos jurídicos serán de carácter vinculante...». En ese sentido, la eficacia de la vinculación predicable de los razonamientos jurídicos o la «concreta norma de la decisión» en la acuñación alemana, sólo se desprendería de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, dejándose por fuera a las sentencias desestimatorias, ya que el artículo 78.II.1 ha momento de regular los efectos de la sentencia que declare la constitucionalidad de la norma impugnada, nada dice al respecto, en lo referente a la eficacia vinculación, como sí sucede con la sentencia estimatoria. Desde una perspectiva particular, considero un error legislativo el asignar la eficacia vinculación sólo a las motivaciones de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, puesto que si bien a través de ellas, se impedirá a los órganos de poder del Estado, tribunales y autoridades reiterar los actos vedados por el TCPB, no menos cierto es, que el Tribunal podría alcanzar dicha finalidad a través de la *ratio decedendi* contenida en los fundamentos de un pronunciamiento desestimatorio de la inconstitucionalidad, y ello sobre todo, en un escenario en el que la misma LTCP, así como el CPC, recogen el principio de conservación de la norma¹⁸⁶⁶. En todo caso, considero que la limitación establecida por el artículo 78.II.2 del CPC, al predicar la eficacia vinculación sólo de los fundamentos jurídicos de las sentencias que estiman la inconstitucionalidad de la norma impugnada, queda desvirtuada al tenor de la regulación establecida en el artículo 15 (Carácter obligatorio, vinculante y valor jurisprudencial de las sentencias) del CPC, que en su párrafo II establece una fórmula mucho más afortunada y esclarecedora, al señalar, que «Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares.» En consecuencia, de lo establecido en el precitado artículo, volvemos a la afirmación inicial, es decir, que el efecto «vinculación» es desprendible tanto de las sentencias estimatorias como de las desestimatorias de la inconstitucionalidad, y más allá, esto es, que los efectos de la vinculación son deducibles de los razonamientos jurídicos contenidos en cualquier tipo de resoluciones emitidas por el TCPB¹⁸⁶⁷.

jurídicos contenidos en la parte motiva de los pronunciamientos constitucionales, tiene su fundamento en el resguardo del derecho fundamental a la igualdad de la persona en la aplicación de la ley, así como del principio de la seguridad jurídica. Luego plantea un imaginario en el que si el propio Tribunal o cualquier otro juez o tribunal no observara ni aplicara el precedente obligatorio creado por la jurisprudencia constitucional, al resolver un caso posterior que tenga supuestos fácticos análogos, vulneraría el derecho fundamental a la igualdad, ya que con esa actitud se otorgaría injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas.

¹⁸⁶⁶ El artículo 4.IV de la LTCP establece: «Cuando una norma jurídica acepte más de una interpretación, el Tribunal Constitucional Plurinacional bajo el principio de conservación de la norma, adoptará la interpretación que concuerde con el texto constitucional». De igual modo, el artículo 3 (Principios procesales de la justicia constitucional), establece en su numeral 1 (Conservación de la Norma) «En los casos en que una ley admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional Plurinacional en todo momento optará por la interpretación que sea compatible con el texto constitucional».

¹⁸⁶⁷ Dicho de otro modo, no sólo las sentencias constitucionales desprenden la eficacia vinculación en relación a sus fundamentos jurídicos, sino también las «declaraciones constitucionales» y «autos constitucionales» del TCPB, y esta afirmación se sostiene de la previsión contenida en el artículo 10 (Resoluciones) del CPC, que en su párrafo I señala « El Tribunal Constitucional Plurinacional emitirá las siguientes resoluciones: 1. Sentencias Constitucionales. Resuelven las acciones, demandas y recursos, así como en revisión las acciones de defensa. 2. Declaraciones Constitucionales. Son adoptadas en caso de control previo o consultas realizadas al Tribunal

Por lo demás, es necesario dejar por sentado en esta parte del estudio, que la verdadera dimensión de la vinculación no debe ser percibida como una obligación de las autoridades hacia ella, sino más bien, debe comprenderse como un compromiso que afecta y compele a los poderes del Estado, es decir, a la Administración pública a adecuar sus actos a dicha doctrina, y al legislador –dentro del ámbito de respeto a su libertad para configurar el ordenamiento– a no legislar al margen de los criterios de constitucionalidad establecidos por el Tribunal Constitucional en sus pronunciamientos.

Al respecto, el TCB en su SC 058/2002, de 8 de julio, realizando una labor hermenéutica de las disposiciones de la ley reguladora del TCB, en concordancia con lo previsto en las cláusulas constitucionales sobre el tema, ha definido que «la vinculatoriedad de las Sentencias del Tribunal Constitucional, implica que los poderes públicos que sean aplicadores del derecho, se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y principios de la Constitución, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, por la eficacia vinculante de dicha interpretación, los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos constitucionales (...) implica que la autoridad está obligada a seguir no únicamente el fallo o decisión¹⁸⁶⁸ del Tribunal Constitucional, sino principalmente la ratio decidendi o fundamentaciones de sus resoluciones». De este modo, la eficacia vinculación contenida en la normativa boliviana, al igual que sucede con la regulación comparada, adquiere un similar dimensionamiento, y por lo mismo, le son aplicables las discusiones teórico doctrinales sobre los que se tuvo oportunidad de reparar líneas arriba.

En fin, luego de desprender la delimitación conceptual realizada desde la doctrina y la jurisprudencia constitucional española y boliviana sobre la eficacia vinculación, Bocanegra advierte, que al igual que en el caso de la eficacia de la cosa juzgada y erga omnes, se describe una noción de perfiles bastante imprecisos. Sin embargo, para este autor, considerando que es al Tribunal Constitucional a quien le corresponde interpretar la Constitución definitivamente, generando claridad y seguridad jurídicas, reivindica la necesidad de consolidar una eficacia como la vinculación, de modo tal que a través de ella se eviten comportamientos futuros que ya fueron declarados inconstitucionales por el custodio de la Constitución, y asimismo, se

Constitucional Plurinacional. 3. Autos Constitucionales. Son decisiones de admisión o rechazo, desistimiento, cumplimiento y otras que se emitan en el desarrollo del proceso.». Aunque cabe precisar, que en relación segundo supuesto, que en los procedimientos de consulta sobre la constitucionalidad de Tratados Internacionales, Proyectos de Leyes, Estatutos o Cartas Orgánicas, así como la constitucionalidad de preguntas de los referendos de ley, previstos en el Título V (Control previo de constitucionalidad y consultas) del CPC, prevé que la declaración será «obligatoria» para quien o quienes formularon la consulta. Ahora bien, en relación al tercer supuesto, es decir, los autos constitucionales dictados por el TCPB, según la previsión de los artículos 10.I y 15.2 del CPC, también desprenden la eficacia «vinculación». Sin embargo, si el rechazo de una acción de inconstitucionalidad puede asumir la forma de un auto constitucional, es de cuestionarse la doctrina que tendría que vincular en este tipo de pronunciamientos, más aún si se tiene en cuenta que el pronunciamiento radica sobre cuestiones de forma y no sobre el fondo de la cuestión litigiosa. Igual razonamiento cabría mencionar de los autos que admiten la demanda entre otros, que no hacen otra cosa que exceder el ámbito de acción del efecto de la «vinculación», que como se vio puede ser contraproducente.

¹⁸⁶⁸ Aunque en su momento, uno de los ex Magistrados del Tribunal Constitucional, Willman Durán explicó, a raíz de un debate suscitado en torno al contenido y alcance de la eficacia vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, que la vinculatoriedad, hacía referencia a los efectos de las resoluciones del Tribunal, de las consecuencias del fallo, de su parte resolutoria, más no así con la parte emotiva. Vid sobre el tema, el periódico el Correo del Sur, de fecha 6 de junio de 2004.

permita señalar el sendero por el que la actuación de los órganos de poder, tribunales y autoridades, puedan transitar en el marco de la Constitución¹⁸⁶⁹. Finalidad que no se conseguiría si solamente les vinculara el estricto tenor de fallo constitucional. Este ha sido por lo menos, el criterio sostenido desde la doctrina, es decir, que la vinculación de la sentencia más allá del mero tenor literal de fallo, extendiéndose hacia los razonamientos del pronunciamiento, se justifican sólo en la medida en que permitan vetar la reiteración de medidas declaradas inconstitucionales por parte del Tribunal. Empero, para Vogel, este alcance que se le pretende otorgar a la eficacia vinculación, implicaría colocar en entredicho la capacidad de cambio de la Constitución, puesto que «una vinculación de las sentencias más allá de lo necesario para la eliminación del concreto litigio constitucional planteado, conduciría efectivamente a este resultado.»¹⁸⁷⁰ Por lo que, a fin de evitar este resultado, Vogel, plantea cambiar por impreciso el concepto *ratio decidendi*, por el de «norma concreta de la decisión»¹⁸⁷¹. Desde luego, esta propuesta es compartida por la doctrina mayoritaria, entre ellos Bocanegra¹⁸⁷².

Una vez descrito el escenario normativo y jurisprudencial constitucional de la tipología y efectos de las sentencias constitucionales en Bolivia, a la luz de la doctrina y jurisprudencia de ambos Estados, es posible concluir este Capítulo, sosteniendo que el sistema de efectos de la sentencia constitucional, no constituye en modo alguno, un tema que deba ser tratado superficialmente, dada la importancia que adquiere dentro de la teoría del control de constitucionalidad de las leyes. Por lo mismo, no puede desconocerse la imperiosa necesidad para trabajar en la construcción de conceptos que permitan dotar al Tribunal, de un marco normativo claro, coherente y capaz de definir con precisión los efectos de los pronunciamientos emitidos por aquella instancia de control de la constitucionalidad, y partir de aquel entorno dispositivo determinar la capacidad con la que cuenta para cumplir sus funciones constitucionales, y a su vez, delimitar con exactitud, cuál es el estatus que adquiere como intérprete supremo de la Constitución dentro del concierto estatal y en el contexto de los Órganos de poder del Estado. Sólo a partir de ello, podrá sostenerse con vehemencia el grado de vinculación que es posible derivar de sus decisiones, y la forma en la que se podrá articular aquella compleja y polémica tipología de sentencias atípicas.

¹⁸⁶⁹ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*, p. 260.

¹⁸⁷⁰ Vogel, Klauss, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der...opus cit.*, p. 602.

¹⁸⁷¹ Vogel, Klauss, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der...opus cit.*, p. 589.

¹⁸⁷² Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional...opus cit.*

CAPÍTULO VI

NOTAS SOBRE LA REGULACIÓN LEGAL Y LA PRÁXIS JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LOS EFECTOS Y LA TIPOLOGÍA DE SENTENCIAS EN LA ÚLTIMA ETAPA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL BOLIVIANA Y ESPAÑOLA

1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: LA RECONFIGURACIÓN DEL PARADIGMA DEL LEGISLADOR NEGATIVO.

Sin duda, compartiendo la afirmación sostenida por Cappelletti, no se puede negar que uno de los elementos trascendentales dentro del constitucionalismo del siglo XXI, es el de la universalización de la justicia constitucional¹⁸⁷³.

Desde esta perspectiva, para Fernández Segado, la mundialización de la justicia constitucional, viene a constituir un rasgo característico del último cuarto del siglo XX, entrando en sintonía en gran parte de los Estados que así lo establecieron, con la idea de libertad, y la expansión del sentimiento y respeto de la dignidad de todo hombre y de los derechos inviolables que le son inherentes, fundándose de este modo éstos aspectos, en reglas rectoras de todo gobierno democrático y de cualquier sistema de convivencia social civilizada¹⁸⁷⁴.

La consecuencia a mediano y a largo plazo de esta expansión *ad infinitum* de la justicia constitucional, fue la inevitable reconfiguración de la clásica contraposición bipolar a la que por mucho tiempo, buscaron ser reconducidos los diversos sistemas de justicia constitucional, es decir, el sistema americano y el europeo – kelseniano¹⁸⁷⁵. En efecto, para Fernández Segado, la expansión de la justicia constitucional es tal, que ha desembocado en una suerte de hibridación de modelos, que si bien algunos se circunscriben a los dos «modelos tradicionales»¹⁸⁷⁶ de

¹⁸⁷³ Cappelletti, Mauro *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1978, (ristampa inalterata), p. 34.

¹⁸⁷⁴ Un dato importante para Fernández Segado, Francisco, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo – kelseniano*, en Revista del Tribunal Constitucional, No. 6, Sucre, 2004, p. 123, es el hecho de que, tras la debacle de los gobiernos autoritarios casi siempre se hizo énfasis en la necesidad de crear mecanismos que permitan garantizar la vigencia de la Constitución como elemento imprescindible para el sostén de la democracia, y ello pasaba por no solamente un régimen constitucional, sino también un sistema de justicia constitucional, tal como sucedió en países como Alemania, Italia y España, tras la Segunda Guerra Mundial, entre otros. Similar situación se suscitó en un considerable número de países de Latinoamérica, luego de los procesos de transición a la Democracia.

¹⁸⁷⁵ En el estudio de Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, la contraposición se presenta mejor entre el modelo de la «*Verfassungsgerichtsbarkeit*» desde la perspectiva austriaca y alemana, frente al modelo de la «*judicial review of legislation*» desde la corriente anglosajona o norteamericana, sobre este último confróntese también, a Dorado Porras, Javier, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 75 y ss.

¹⁸⁷⁶ Como bien lo rememorara Giovannelli, Adriano, *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione «politica» della Corte Costituzionale*, en el colectivo, *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, Padua, CEDAM, 1985, vol. I, p. 395, el monopolio que asume el Tribunal Constitucional en relación con el control de constitucionalidad de las leyes y, sumado a ello, la peculiar naturaleza de «legislador negativo» con que Kelsen concibe a tal órgano, no encontraba su fundamento en

control de constitucionalidad, otros convergen más alejados de estos¹⁸⁷⁷. Por su parte, para Rubio Llorente, el resultado de esta diversidad de modelos de justicia constitucional, no sólo contribuyó a restarle utilidad analítica a la contraposición entre el modelo americano y modelo europeo – kelseniano, sino que además, el hacer referencia en la actualidad a un «sistema europeo» carece de sentido debido a existen más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre alguno de ellos y el norteamericano¹⁸⁷⁸.

Al advertir el surgimiento de esta diversidad de modelos de justicia constitucional, autores como Pegoraro, han propiciado la viabilidad de referirse a un *tertium genus*, como una suerte de hibridación entre los dos modelos clásicos del control de constitucionalidad de la ley¹⁸⁷⁹. En esta nueva categoría se acogería a un entramado complejo y diverso de fórmulas o mecanismos procesales, cuyo común denominador consistiría en que el control de constitucionalidad se encuentra en poder de una instancia *ad hoc*, y el elemento difuso se

una suerte de desconfianza hacia la labor desarrollada por el Parlamento, sino más bien, lo que buscaba era mostrar la complementariedad que respecto del Poder Legislativo estaba llamado a asumir el Tribunal Constitucional. En todo caso, para Volpe, Giuseppe, *L'ingiustizia delle leggi (Studi sui modelli di giustizia costituzionale)*, Milán, Giuffrè, 1977, p. 166, el TC venía a reforzar la protección del Parlamento frente a los jueces, o dicho de otro modo, lo que se pretendía era precautelar al órgano de producción legislativa, de quienes estaban llamados a aplicarla. Así, mientras el modelo europeo – kelseniano se construyó pensando en superar el conflicto surgido entre los dos Poderes, estos son: el Legislativo y el Judicial, el modelo norteamericano se estructuró bajo la premisa de establecer la supremacía del Poder Judicial, a través de aquella figura denominada el «gobierno de los jueces» por sobre los restantes poderes, en especial, sobre el Poder Legislativo. De este modo, véase cómo en el sistema anglosajón, a diferencia del europeo, la protección o desconfianza opera en relación al parlamento, más no así en relación a los jueces.

¹⁸⁷⁷ En el análisis de Fernández Segado, Francisco, *La Justicia Constitucional ante el siglo...opus cit.*, p. 124, los modelos de justicia constitucional estructurados a partir de aquella concepción de Constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un «legislador negativo» en la visión kelseniana. La consecuencia de esta forma de construcción de la justicia constitucional será la inserción de elementos difusos en un modelo de estructura y organización concentrada, sobre todo, para aquellos Estados que asumieron para sí el instituto procesal de la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegitimidad constitucional. Desde luego, dista mucho del enfoque previsto por Kelsen, Hans, *La garantie juridictionnelle de la...opus cit.*, p. 200, en el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, puesto que el TC no desempeña como tal una auténtica labor jurisdiccional, independientemente de que sus compontes formen parte de la estructura de un tribunal. En este escenario, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa es capital en el razonamiento de Kelsen, puesto que, en tanto esta última se aboca a crear normas jurídicas generales, la primera no crea sino normas individuales. Luego, el maestro de la Escuela de Viena se pregunta acerca del significado de la anulación de la ley decidida por el Tribunal Constitucional, que como ya se tuvo oportunidad de ver, el mismo Kelsen Hans, *La garantie juridictionnelle de la...opus cit.*, p. 244, sostuvo que la decisión del Tribunal de anular una ley, tiene el mismo carácter que una ley abrogativa de otra norma legal. Es un acto de legislación negativa.

¹⁸⁷⁸ Rubio Llorente, Francisco, *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*, en obra colectiva *Manuel Fraga, Homenaje Académico*, vol. II, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, p. 1416. En efecto, si por determinación de los constituyentes y legisladores se construyeran los respectivos sistemas de justicia constitucional con el objeto de alcanzar el máximo posible de armonía y de racionalidad, no cabe duda, como afirma Pizzorusso, Alessandro, *I sistemi di giustizia costituzionale: dei modelli ella prassi*, en *Quaderni Costituzionali*, año II, N° 3, diciembre 1982. p. 532, que esta labor se sumiría a combinar fórmulas de uno y otro de los dos tradicionales modelos. Siguiendo esta crítica, para Rolla, Giancarlo, *El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma*, en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 3, enero – abril. 1998, p. 177, aclara que, en la mayoría de los casos, los ordenamientos jurídicos que regulan la materia son consecuencia de la estratificación de textos normativos, de orientaciones políticas, de la propia evolución histórica, de influencias culturales... etc., no reconducibles a criterios racionales unívocos. Y es por esta razón que no es posible dar curso al surgimiento de un *tertium genus* constituido por la suma o hibridación de dos modelos bipolares.

¹⁸⁷⁹ Pegoraro, Lucio, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1998, p. 27.

hallaría en los mecanismos de accionamiento del control de constitucionalidad. V. Gr. el conocimiento y resolución en primera instancia de las acciones de defensa constitucional como el amparo y el hábeas corpus, que llegan a conocimiento del Tribunal Constitucional en grado de revisión, o segunda instancia.

Empero, en la crítica de Pizzorusso, la construcción de este *tertium genus* resulta insuficiente, en tanto que difícilmente agotaría la clasificación de los muy dispares sistemas de control que los ordenamientos jurídicos comparados presentan¹⁸⁸⁰. La expansión del fenómeno constitucional es de tal magnitud, que el mismo Pizzorusso, advierte de la necesidad de desarrollar un *quartum genus* para hacer referencia a países como Portugal, Grecia y algunos latinoamericanos, en los que, puede afirmarse la coexiste del control difuso con el control concentrado¹⁸⁸¹.

En este escenario, la justicia constitucional, se hace presente con un cariz que denota una serie de características particulares, que implican un distanciamiento de sus prototipos americano – europeo, asumiéndose en una perspectiva más creativa por parte de los Tribunales Constitucionales, que implica no otra cosa que, la quiebra frontal del modelo kelseniano del «legislador negativo»¹⁸⁸². Esta heterogeneidad generalizada de la construcción de los sistemas de control de constitucionalidad, deja entrever, claramente, la obsolescencia del clásico paradigma del legislador negativo, justificando la búsqueda de una nueva tipología de modelos de control, así como de los pronunciamientos emitidos por los Tribunales Constitucionales, dentro de esta configuración de la justicia constitucional.

Como bien lo resume Giovannelli, en este nuevo paradigma, en el que se abre la posibilidad de que en ciertos supuestos, se permita al Tribunal Constitucional asumir un rol legislativo no con signo negativo, nos permitiría caracterizar a un Tribunal Constitucional distinto de aquel concebido por Kelsen, puesto que esta nueva instancia de control, no sólo cumple una labor de verificación del contraste en abstracto entre la Constitución y la ley, (para a partir de ella, en caso de advertirse una contundente contradicción de la norma impugnada con la Constitución, declarar además de la inconstitucionalidad, la consiguiente nulidad de la misma), sino que a su vez, también le compete la tarea de elegir entre los diversos grados de constitucionalidad, actuando de esta forma una función eminentemente positiva con miras a alcanzar aquella situación menos incompatible con el interés requerido por la defensa de la Constitución¹⁸⁸³.

En este proceso de búsqueda de una nueva tipología explicativa de las variables conformadoras del control de la constitucionalidad, y en consecuencia, de la categoría y eficacia de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, es necesario

¹⁸⁸⁰ Pizzorusso, Alessandro, *I sistemi di giustizia costituzionale...opus cit.*, p. 530.

¹⁸⁸¹ Pizzorusso, Alessandro, *I sistemi di giustizia costituzionale: dei modelli...opus cit.*, p. 531.

¹⁸⁸² Aunque es posible puntualizar, que la caracterización del Tribunal como «legislador negativo», no implicaba desde un principio, como precisa Giovannelli, Adriano, *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana...opus cit.*, pp. 388–389, una acentuación del carácter político de la función desempeñada por el juez de la constitucionalidad, al contrario, lo que se buscaba era parangonarla a la función legislativa, y para ello se dotó a los pronunciamientos del Tribunal de la eficacia *erga omnes*, y la expulsión de la norma inconstitucional con eficacia *ex tunc*.

¹⁸⁸³ Giovannelli, Adriano, *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana...opus cit.*, p. 390.

reflexionar en la línea de pensamiento esbozada por autores como Pizzorusso o Pegoraro, que han planteado la necesidad de avanzar no sólo hacia una nueva clasificación de los distintos modelos que abandonen en forma total o parcial el viejo paradigma del legislador negativo, y tratar de construir supuestos en los que le es permitido al Tribunal reparar el vicio de inconstitucionalidad en forma activa, sino también, trabajar en la articulación de las distintas variables que suponen los mecanismos de resolución del juicio de constitucionalidad, que ofrezcan una explicación coherente de las distintas fórmulas que adoptan los Tribunales ha momento de dilucidar el juicio de constitucionalidad.

Ahora bien, estos cuestionamientos y reflexiones acerca de la necesidad de reconfigurar el sistema de justicia constitucional, y por ende, el esquema de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional no han estado ausentes en el entorno jurisprudencial constitucional de países como España y Bolivia¹⁸⁸⁴. Por ello, basándonos en el análisis de Fernández Farreres, no se puede dejar de lado, que si bien en ambos Estados, la justicia constitucional vivió su apogeo en sus primeros años de funcionamiento, sin embargo, como en todo proceso, llegó un punto de inflexión en el que se requirió de una revisión y de la realización de un balance sobre el funcionamiento de la institución, para, de este modo, hacer frente a aquellas amenazas que pronosticaban una profunda crisis de esta institución¹⁸⁸⁵.

La importancia que tuvo el rol de la justicia constitucional en sus primeros años de andadura¹⁸⁸⁶, no sólo en el caso español, sino también en el caso boliviano, en un criterio generalizado, fue decayendo de forma gradual hasta llegar –como sucedió con el Tribunal Constitucional español y el de Bolivia– a un punto crítico tal, que su recuperación pasaba por asumir radicales medidas reformadoras. Aunque claro está, los resultados no siempre fueron los esperados, puesto que como en el caso del sistema constitucional boliviano, la asunción de un TCPB, si bien requirió además de la reforma de la Constitución, el cambio de las leyes que reglamentaban el accionar del Tribunal Constitucional, estos no fueron suficientes como para encauzar la crisis de esta instancia de control, al contrario, los problemas se profundizaron aún más al instituir no sólo una peculiar forma de designación de los Magistrados, sino también al encomendar al TCPB la difícil labor de articular el paradigma Plurinacional sobre el que se estructura el nuevo Estado boliviano.

¹⁸⁸⁴ Es innegable que la trayectoria de la justicia constitucional española es mayor en relación a la boliviana, no sólo por los aproximadamente 30 años de control de constitucionalidad, frente a la primera década y media del TCB con sus altibajos y paralizaciones de por medio, empero, las variables y características que provocaron la etapa de crisis, son similares, por lo que las reflexiones sobre el tema, son válidas para ambas experiencias jurisprudenciales.

¹⁸⁸⁵ Fernández Farreres, Germán, *Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española*, en *El futuro de la justicia constitucional*, Actas de las XII jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 33.

¹⁸⁸⁶ Si bien es cierto que la introducción de la justicia constitucional en el ordenamiento jurídico español, tal como lo recuerda Fernández Farreres, Germán, *Reflexiones sobre el futuro de la justicia...opus cit.*, p. 33, no planteó mayores dificultades, no puede decirse lo mismo desde la experiencia constitucional boliviana, puesto que como se vio en el capítulo IV del presente trabajo, cuando se consignó en la Ley de necesidad de reforma de la Constitución de 1994, y su posterior aprobación y promulgación en 1995, las reacciones fueron muy críticas, sobre todo las provenientes de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, que calificaron a dicha medida como un atentado contra la Democracia, en tanto entendían que la inserción de un Tribunal Constitucional representaba la inserción de un cuarto poder dentro del Estado, que venía a invadir las funciones de la máxima instancia del Poder Judicial, es decir, la Corte Suprema de Justicia. Vid por todos a el análisis de Galindo de Ugarte, Marcel, *¿Tribunal Constitucional o Corte Suprema? Una...opus cit.*

Volviendo a los inicios del funcionamiento de los Tribunales Constitucionales español y boliviano, sus Magistrados prontamente resaltaron la plena independencia y autonomía¹⁸⁸⁷ de esta instancia *ad hoc* en relación a los demás poderes del Estado, y simultáneamente se emitieron los primeros pronunciamientos, las que una tras otra, indudablemente, aportaron contundentemente a la consolidación del sistema constitucional y a la readecuación constitucional del ordenamiento jurídico. En estas primeras intervenciones del Tribunal se dictaron sentencias de tal magnitud, que de a poco, fueron articulando una glosa doctrinal que incluso hoy, en el caso boliviano, a la luz de la nueva normativa constitucional y legal, continúa orientando el razonamiento del nuevo TCPB, sobre todo en lo que concierne a la tutela de los derechos fundamentales, además de la organización territorial del Estado para el caso específico de España. Desde luego, no se puede negar, que ya, de inicio, los Tribunales Constitucionales tuvieron que conocer no menores conflictos, y cuya resolución pasaba por una cuestión hermenéutica que bien podía socavar la eficacia del sistema constitucional¹⁸⁸⁸. Sin duda, la agudeza e idoneidad de los Magistrados¹⁸⁸⁹ les permitieron resolver, dentro de un plazo razonable, las demandas de inconstitucionalidad, así como los recursos de amparo, creando a raíz de ello, una línea jurisprudencial que se hizo merecedora de la atención y sujeción no sólo del Poder Judicial, sino también y en general, de los demás operadores de justicia y servidores del Estado. Sin embargo, se suscitaron casos en los que por las connotaciones de diversa índole, le pasaron al Tribunal una enorme factura que llegaron a minar su imagen y credibilidad institucional, tal el caso Rumasa¹⁸⁹⁰ en España, y sobre la designación interina de los Ministros de la Corte Suprema por parte del Poder Ejecutivo, en el caso boliviano.

En todo caso, vino siendo común, que tanto el TCE como el TCB, decidieran desmarcarse del paradigma del legislador negativo, dada su insuficiencia y los consabidos problemas funcionales que provocaba el hecho de que los Tribunales se limiten a declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la norma impugnada. Los Tribunales, buscando impedir la generación de los vacíos jurídicos que se habrían suscitado tras la declaración de la nulidad de la norma declarada inconstitucional, apostaron por garantizar mínimos necesario de seguridad jurídica, y para ello, no les quedó otra que recurrir en primer término, a lo que en doctrina se conoce como el modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad, para hacer referencia al fenómeno en el cual, el Tribunal, una vez que advirtió el vicio de inconstitucionalidad, en virtud al principio de interpretación conforme con la Constitución, reparó él mismo el problema en forma unilateralmente, ya sea desestimando o estimando la inconstitucionalidad. En cualquiera de los supuestos, el Tribunal condicionaba la validez de la norma impugnada o la vetaba, en atención a una interpretación realizada por aquella instancia de control, y según la cual, se entendía a la disposición en comunión o en contraste con la Ley Fundamental. En la medida en que esto sucedía, el Tribunal fue apartándose no sólo del

¹⁸⁸⁷ Véase en el caso boliviano a las SCS 189/2001, de 7 de marzo, y 389/2002 de 13 de agosto.

¹⁸⁸⁸ Piénsese por ejemplo, en el tratamiento de las leyes preconstitucionales por parte del Tribunal Constitucional español.

¹⁸⁸⁹ Es de resaltar el rol desempeñado por los Magistrados García Pelayo y Tomas y Valiente en el caso español, y los Magistrados Pablo Dermizaki, Durán Rivera y Rivera Santiváñez, para el caso boliviano.

¹⁸⁹⁰ Vid La SSTCE 111/1983, de 2 de diciembre; 166/1986, de 19 de diciembre; y 6/1991, de 15 de enero. En aquella oportunidad, el TCE tuvo que pronunciarse sobre el proceso de expropiación del grupo empresarial RUMASA por medio de un decreto-ley posteriormente convertido en ley formal. El Tribunal señaló entonces, que aun no siendo posible la impugnación de una ley por los particulares, ni siquiera en el caso de las leyes singulares, siempre cabía su impugnación mediata con motivo de un acto de aplicación de la ley en cuestión, susceptible de ser objeto de un recurso de amparo. De este modo, ratificaba su doctrina establecida tempranamente en la STC 41/1981, de 18 de diciembre.

modelo del legislador negativo, sino además, de su propio núcleo normativo regulador, por lo que la nueva categoría de pronunciamientos (en los que se albergaban desde sentencias meramente interpretativas hasta las manipulativas ya sea en clave aditiva o sustitutiva) devenían *extra legem*, lo que provocó no solamente reacciones y críticas en torno a su legitimidad, sino también en cuanto a su eficacia particular (cosa juzgada) y general (erga omnes y vinculación).

Frente a los cuestionamientos hacia esta categoría de pronunciamientos *ex novo*, los Tribunales –asumiendo un *self restraint*–, también alternaron sus pronunciamientos recurriendo el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, a través del cual, constatada la inconstitucionalidad de la norma, optaron por aplazar la declaración de la nulidad, y coetáneamente convocaron (exhortaron, apelaron) al legislador, para que fuera aquella instancia la encargada –en legitimidad– de corregir el vicio de inconstitucionalidad, concediendo un plazo al efecto. Si bien esta técnica, permitía de igual modo, garantizar la seguridad jurídica al evitar la creación de un vacío normativo que se habría presentado de haber operado la declaración de nulidad, sin embargo, esta modalidad no se encontraba ausente de problemas. El primero, relacionado con las dificultades que entrañaba el tener que tolerar la vigencia de una norma inconstitucional pero no nula, y de ello se desprendían otras complicaciones, como las de optar por continuar aplicando o no dicha disposición (ya sea en relación al caso concreto que suscitó el recurso, o inclusive para otros supuestos similares, pero ajenos al conflicto) mientras estaba vigente el período interino de vigencia ultra – activa de la norma inconstitucional. Se cuestionaba también, si los Tribunales Ordinarios se encontraban autorizados para –alternativamente– integrar el ordenamiento jurídico en tanto la norma quedaba suspendida, o aguardar a que el legislador responda positivamente. Precisamente, este último aspecto, es el que también generó más de un cuestionamiento, en la medida en que no existían garantías, no sólo para que el legislador actúe positivamente frente a la convocatoria del Tribunal Constitucional, sino también para evitar que el legislador reitera ha momento de responder con una norma similar a la vetada por el Tribunal. Lastimosamente, la inercia legislativa, sino en todos los casos, por lo menos en una mayoría de los procesos fue la característica principal, que ayudaron a criticar desde la doctrina y la jurisdicción ordinaria, el recurso por parte del TC hacia esta modalidad. Asimismo, debe anotarse que al igual que en el anterior modelo, en este otro, los Tribunales Constitucionales venían operando *extra legem*.

Es en este escenario que se refirió a la crisis de la justicia constitucional en ambos países, y en el que, salvando sus características y peculiaridades, se planteó la necesidad revisar y reconfigurar el sistema normativo para evitar el colapso del Tribunal Constitucional como institución en el caso español, y de reconstrucción de esta instancia de control en el caso boliviano, luego de que desde el Ejecutivo gubernamental, se urdió su desarticulación y parálisis.

2. LA REFORMA DE LA LOTC: EL INTENTO DE RECONducIR LA NATURALEZA Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

Como ya es sobradamente conocido, en fecha 25 de noviembre de 2005, el Gobierno remitió a las Cortes Generales el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOTC¹⁸⁹¹,

¹⁸⁹¹ Véase el BOCG.CD, serie A, núm. 60. En las apreciaciones de Fernández Farreres, Germán, *Comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en*

precisamente para tratar aquellos puntos álgidos que colocaban al TCE y a la justicia constitucional española el filo de una crisis insuperable. El proyecto de reforma, además de representar «el consenso de los grupos parlamentarios»¹⁸⁹², tenía previsto como objetivo central, tal como se desprende de la exposición de motivos del proyecto de ley, la reordenación de la dedicación que el Tribunal otorgaba a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional, lo que le permitiría agilizar la resolución de los recursos sin perjuicio de facilitar simultáneamente una mayor eficacia en la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas¹⁸⁹³.

En aquel proyecto, se dispuso de una serie de modificaciones a la regulación de los diversos procesos constitucionales, así como aspectos puntuales, como el relacionado al contenido y alcance de las sentencias constitucionales, y a su eficacia¹⁸⁹⁴. Paralelamente, se suscitaron los debates, análisis y encuestas¹⁸⁹⁵ que buscaban orientar el tratamiento de las reformas en las Cortes Generales. Es necesario, sin embargo, dejar en claro que las iniciativas y propuestas de reforma de la LOTC, no surgieron como consecuencia de la presentación por parte del Gobierno, del Anteproyecto de reforma en sí, sino mucho antes, y es por esta razón más bien, que se entiende, que el tratamiento de la reforma constituye una consecuencia directa de estos planteamientos previos, que dejaban entrever las limitaciones y desaciertos de la LOTC. Por ello mismo, uno de los aspectos ampliamente debatidos, previamente a ser tratados en el Anteproyecto de reforma, era el relacionado a la nulidad de la ley declarada

septiembre de 2005, en Espín Templado, Eduardo/Fernández Farreres, Germán/Cruz Villalón, Pedro, *La reforma de la justicia constitucional*, Centro de Estudios Jurídicos, Thompson – Aranzadi, Navarra, 2006, p. 35, la reforma de la LOTC, era la sexta en operar, y venía a coincidir con el vigésimo quinto aniversario de la constitución del Tribunal, por lo que en atención a la exposición de motivos del anteproyecto de Ley, se proyectaba como la primera de las reformas que buscaba afrontar de manera conjunta las dificultades de funcionamiento del Tribunal Constitucional.

¹⁸⁹² En efecto, para Cruz Villalón, Pedro, *Acotaciones al proyecto de reforma de la justicia constitucional*, en Espín Templado, Eduardo/Fernández Farreres, Germán/Cruz Villalón, Pedro, *La reforma de la justicia constitucional*, Centro de Estudios Jurídicos, Thompson – Aranzadi, Navarra, 2006, p. 65, llevar a cabo una reforma de esta envergadura, requiere de un amplio consenso, y respaldo, para que la nueva regulación esté provista de la legitimidad necesaria. En consecuencia, resaltó también, la existencia de anteriores episodios en los que no podía predicarse la presencia del consenso, lo que conllevó a cuestionar no sólo su legitimidad, sino también su constitucionalidad. Además, para Cruz Villalón, la reforma de justicia constitucional se inserta dentro del ámbito de la política constitucional, en el mismo nivel que la reforma de los Estatutos de Autonomía o la ratificación del Tratado constitucional, por citar algunos ejemplos que permiten dimensionar su trascendencia. De ello, desprende que la reordenación de la justicia constitucional se proyecta directamente sobre el funcionamiento del orden constitucional, puesto que entiende a la LOTC no sólo como un desarrollo de la Constitución, sino también, como desarrollo inmediato de la misma. Luego concluye en que actuar normativamente sobre la justicia constitucional implica necesariamente, desarrollar una operación de política constitucional.

¹⁸⁹³ Vid, la Memoria del Tribunal Constitucional, 2005, p. 12.

¹⁸⁹⁴ Sin embargo, en la perspectiva de Fernández Farreres, Germán, *Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional...opus cit.*, p. 39, tomando en cuenta los objetivos y el contenido mismo de la reforma proyectada, asumiendo que la misma prospere, era posible que sirviera de poco para mejorar la situación de la justicia constitucional en general y del Tribunal Constitucional en particular, en definitiva, no lo consideraba como el mecanismo idóneo para resolver definitivamente el problema, sobre todo, aquel relacionado con el recurso de amparo.

¹⁸⁹⁵ El proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, presentado por el Gobierno a las Cortes Generales en noviembre de 2005, en la perspectiva de Cruz Villalón, Pedro, *Acotaciones al proyecto de reforma...opus cit.*, p. 65, pone en el tapete tal cúmulo de sugerencias para el estudio de la justicia constitucional española que, en el formato de lo que él denomina «Diálogos Jurídicos», apenas existe espacio para dejarlas apuntadas, ya sea en su diversidad como en su profundidad.

inconstitucional¹⁸⁹⁶. Para responder al cuestionamiento sobre la posible escisión entre la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, y la determinación de los efectos temporales de esta última¹⁸⁹⁷, se consultó cinco años antes del proyecto de reforma, a renombrados especialistas en la materia. Así en el criterio de Aragón Reyes, es un hecho por demás conocido que el TCE vino modulando los efectos de sus sentencias declaratorias de la constitucionalidad de la ley sin contar con apoyo en su propia Ley Orgánica y, en ocasiones, ha incurrido en contradicción con ella. Por lo mismo, aconsejó que esa actividad desarrollada por el Tribunal fuese contemplada en el proyecto de reforma y positivizada posteriormente en el texto de dicha Ley, teniendo en cuenta la flexibilidad necesaria para regular esta delicada materia¹⁸⁹⁸.

Por su parte, para el Magistrado emérito del TCE, Díez-Picazo, rechazó que el artículo 39 de la LOTC refiera en modo alguno a la nulidad «*in radice*» de la norma declarada inconstitucional. Sin embargo, equiparando la nulidad con la misma figura aplicada en el ámbito del Derecho privado, el Magistrado explicó que aquel término es frecuentemente empleado, y del cual se desprenden un sinnúmero de matices y sentidos, sobre los cuales, los intérpretes se encuentran llamados a modular¹⁸⁹⁹. En ese mismo sentido, entiende que el TCE, como cualquier otro en el mundo, cuenta con amplias facultades para dimensionar la modulación de sus pronunciamientos, lo que no significa que deba dejarse de lado una posible regulación normativa al respecto, aunque, observa también, como un hecho improbable que una ley pueda definir con claridad los supuestos en los que el Tribunal podría modular la declaratoria de la nulidad. Contrario al razonamiento de Díez-Picazo, fue el planteamiento sostenido por Gabaldón, para quien, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal determina su nulidad radical, esto como consecuencia, no sólo de la determinación constitucional y del artículo 39 de la LOTC, sino también, como una consecuencia doctrinal¹⁹⁰⁰. En ese sentido, y en principio, para este autor, la nulidad desprende una eficacia

¹⁸⁹⁶ Como se recordará, la disposición prevista en el artículo 39.1 de la LOTC establece que «cuando una sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados», de lo que se desprendería la rigidez del binomio inconstitucionalidad – nulidad de la norma. La disposición por tanto, no recogía ninguna salvedad al respecto. Empero, esta situación no fue óbice para que el TCE, se desmarque de este enlace normativo, y comience por definir, según el caso concreto, sobre el alcance y la pertinencia de declarar la nulidad de la norma, ejemplo de ello era la por demás conocida STC 45/1989, a partir de la cual el Tribunal construyó una nueva doctrina cuyo postulado central quebraba la relación entre inconstitucionalidad y nulidad. Fue a raíz de esta jurisprudencia que el TCE comenzó a emitir pronunciamientos de mera inconstitucionalidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, aplazando temporalmente la eficacia de la declaración de la nulidad. Un estudio serio y profundo sobre el tema, lo constituye la obra de Gómez Montoro, Ángel, *Comentario al artículo 39...opus cit.*

¹⁸⁹⁷ Precisamente, una de las preguntas formuladas dentro del *Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en *El Tribunal Constitucional*, Teoría y Realidad Constitucional, No. 4, 2º semestre 1999, Madrid, 2000, p. 31, era el siguiente: «Como sabemos, la declaración de inconstitucionalidad conlleva la automática declaración de nulidad «*in radice*» de los preceptos impugnados (artículo 39 LOTC), lo que en ocasiones crea situaciones difíciles de afrontar respecto de ciertas situaciones creadas al abrigo de disposiciones anuladas años después de la vigencia formal de las mismas. ¿Sería Vd. partidario de que la LOTC permitiese al TC modular los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en determinados supuestos?»

¹⁸⁹⁸ Aragón Reyes, Manuel, Sobre la nulidad de la ley inconstitucional, en *Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica...opus cit.*, p. 31 – 32.

¹⁸⁹⁹ A manera de ejemplo, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Sobre la nulidad de la ley inconstitucional*, en *Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica...opus cit.*, p. 32, cita la nulidad con o sin efecto retroactivo sobre los actos jurídicos anteriores o situaciones creadas con anterioridad. Por ello, entiende que es la forma en la que se concibe a la nulidad la que genera aquellas situaciones difíciles a las que la encuesta se refiere.

¹⁹⁰⁰ Gabaldón López, José, *Sobre la nulidad de la ley inconstitucional*, en *Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica...opus cit.*, p. 32.

ex tunc, lo que implica sostener, que todo aquello que se suscitó en aplicación de la norma declarada inconstitucional no debería subsistir a su invalidación. Sin embargo, repara también, en que «una conclusión radical en este sentido afectaría a su vez a otro principio cardinal del Derecho que salvaguarda la seguridad jurídica»¹⁹⁰¹, y el de la cosa juzgada. Luego, a partir de estas reflexiones, el autor también es partidario de debatir en el contexto de la reforma, el introducir en la ley, la posibilidad de que el Tribunal pueda modular los efectos de sus pronunciamientos, y así, con fundamento en ella, atenuar las consecuencias de la declaración de la inconstitucionalidad y nulidad subsecuente.

Similar criterio al manifestado por Gabaldón fue el sostenido por García Roca, en tanto entiende a la indisoluble relación entre la declaración de inconstitucionalidad como vicio y la nulidad radical como sanción, es tosca. Sin embargo, comprende también que esta rusticidad es desprendible del artículo 39.1 de la LOTC. Continuando con su análisis, deja por sentado que sobre el fenómeno de la nulidad constitucional, se tienen mayores elementos que los que se tenían a inicios de la entrada en funcionamiento del TCE, y es consciente de la complejidad que representa el mismo. En ese sentido, las líneas en las que debe trabajar el TCE a fin de modular el binomio inconstitucionalidad – nulidad, son, por un lado, la consideración de la validez de los actos legítimamente emanados en aplicación de una norma que era en apariencia constitucional. Por otro lado, tener siempre en cuenta la vigencia del principio constitucional de la seguridad jurídica, y como una conjunción entre estos elementos, el autor defiende la necesidad de observar la «proporcionalidad entre la entidad del vicio y la sanción y una imprescindible ponderación de las situaciones del hecho y Derecho creadas al amparo de la norma cuya nulidad se pretende»¹⁹⁰². A decir de García Roca, partiendo de este razonamiento, la necesaria flexibilidad para la configuración de los efectos de las sentencias constitucionales es un presupuesto a tomar en cuenta en cada proceso constitucional. Y en atención a ello, para García resulta inevitable que sea el Tribunal quien precise el alcance de su declaración de inconstitucionalidad y la subsiguiente nulidad, estableciendo la gradación o intensidad respectiva al efecto, es decir, definir la nulidad retroactiva, pro futuro, prospectiva, e inclusive prescindir de la misma¹⁹⁰³. Si bien, el Tribunal podría alcanzar esta modulación valiéndose para

¹⁹⁰¹ No sólo eso, sino que también, para Gabaldón López, José, *Sobre la nulidad de la ley inconstitucional, en Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica...opus cit.*, p. 33, en virtud al mismo principio de la seguridad jurídica, debiera trabajarse también en la línea de la modulación para viabilizar –según sea el caso– «el aplazamiento de los efectos por un tiempo que permitiese al legislador modificar los preceptos anulados, paliando así el efecto desertizante de la erradicación de las normas anuladas».

¹⁹⁰² En opinión de García Roca, Javier, *Sobre la nulidad de la ley inconstitucional, en Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica...opus cit.*, p. 33, la regulación sobre la nulidad, es más afortunada (aunque no por ello del todo suficiente) en la previsión del artículo 66 de la LOTC, que establece: «La sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de incompetencia, pudiendo disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma.» En la perspectiva de García Roca, la nulidad *ex tunc* bien podría constituir una sanción excesiva en determinados supuestos, como en la constatación del vicio de incompetencia territorial.

¹⁹⁰³ Desde luego, García Roca, Javier, *Sobre la nulidad de la ley inconstitucional, en Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica...opus cit.*, p. 34, entiende que esta labor es eminentemente jurisdiccional, y en consecuencia, difícilmente reconducible por el legislador. Como prueba de que el Tribunal ha venido desarrollándose en este marco, cita concretamente a la STC 195/1998, (Reserva natural de Santoña y Noja) en la que el Tribunal escindió la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad hasta que la inevitable y futura ley autonómica de declaración de esas zonas protegidas sustituya a la estatal, declarada inconstitucional por falta de competencia para impedir daños irreparables en la desprotección del medio ambiente durante la sucesión normativa. Si bien, a juicio del autor, la forma en la que el Tribunal moduló el contenido de la sentencia era correcta y constitucionalmente adecuada, sin

ello del principio de la *self restraint*, en opinión de García Roca, la misma sería insuficiente, por ello, apostó también a que en la coyuntura de reforma vivida en España, se introdujeran previsiones legislativas en la LOTC, que permitiesen al Tribunal, determinar los supuestos y el alcance mismo para la modulación de los pronunciamientos, así como los límites al efecto.

Más concreta fue la sugerencia de Gimeno Sendra, quien trabajando la línea de la denominada por la doctrina como modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad¹⁹⁰⁴, propuso dotar a los pronunciamientos del Tribunal de una eficacia temporal pro futuro, y prospectivas. En este último supuesto, aplazados a la intervención del legislador para corregir el vacío normativo mediante la nueva ley constitucional¹⁹⁰⁵.

Tomando en cuenta la experiencia del TCE en la modulación de sus pronunciamientos¹⁹⁰⁶, López Guerra, consideró una modificación en aquel sentido, como aconsejable. De hecho, para el profesor López, la solución a los efectos perniciosos que entraña el binomio inconstitucionalidad/nulidad, era trabajar en la disociación entre aquellos elementos. Empero, los mecanismos utilizados por el TCE a tal fin, –refiriéndose concretamente a las sentencias interpretativas–, no eran precisamente los más adecuados, puesto que su contenido y naturaleza no siempre se hallan en comunión con el principio de seguridad jurídica, y ello debido a que, por lo general, la «interpretación que el Tribunal se ve obligado a establecer para evitar la nulidad y sus efectos no se corresponde con el significado inmediatamente inteligible del texto legal ni con el sentido que a ese texto se ha dado, quizás durante mucho tiempo.»¹⁹⁰⁷ En un razonamiento próximo al manifestado por Gimeno Sendra, en la consideración de López, también vio conveniente introducir en la LOTC el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, a través del cual, el TCE, debiera limitarse a declarar la inconstitucionalidad de la norma, más no la nulidad de la misma, y paralelamente, establecer un plazo al legislador para que corrija el vicio de inconstitucionalidad.

Consciente de las consecuencias económicas que podría traer aparejada la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la norma impugnada, Parada intentó dar una respuesta traspolando la lógica del Derecho Administrativo al ámbito del Derecho Constitucional, a partir de la cual, la anulación de una disposición general no conllevaría necesariamente la de los actos de implicación¹⁹⁰⁸. La postura de Parada es contraria a reconocer

embargo, reconoció también, que la LOTC no le facultaba al Tribunal a operar de aquella forma, y a fin de evitar cuestionamientos en relación a la cobertura legal del fallo, propuso introducir una previsión normativa al efecto, en la coyuntura de la reforma.

¹⁹⁰⁴ Vid, González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*

¹⁹⁰⁵ Gimeno Sendra, Vicente, *Sobre la nulidad de la ley inconstitucional, en Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica...opus cit.*, p. 35.

¹⁹⁰⁶ Refiriéndose a los casos analizados en el capítulo III, del presente estudio, López Guerra, Luis, *Sobre la nulidad de la ley inconstitucional, en Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica...opus cit.*, p. 35, se refiere a la SSTC 45/89 (IRPF), en que fue necesario especificar las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias cuya vigencia era de considerable data, y 195/98 (Reserva Natural de Santoña y Noja) en que la inconstitucionalidad, por motivos competenciales, de la ley estatal 6/92, protectora del medio ambiente no acarrea ni su inmediata nulidad ni su inaplicabilidad en el caso concreto.

¹⁹⁰⁷ López Guerra, Luis, *Sobre la nulidad de la ley inconstitucional, en Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica...opus cit.*, p. 35.

¹⁹⁰⁸ Para Parada Vásquez, Ramón, *Sobre la nulidad de la ley inconstitucional, en Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica...opus cit.*, p. 36, debía tomarse en cuenta a la ley 29/1998 del Procedimiento Administrativo, la que asumiendo una línea de prudencia establecía: «las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de la sentencia de actos administrativos firmes que lo hayan

al Tribunal la potestad de moderar el efecto de sus pronunciamientos sobre todo en lo concerniente a la nulidad, puesto que ello implicaría nada más que reconocerle una posición de legislador positivo a todos los efectos y responsabilidades, y lo más riesgoso aún, es que el Tribunal, frente a semejante poder, se decante por desestimar el recurso antes que estimar la inconstitucionalidad y expulsar a la norma de ordenamiento jurídico. Sin embargo, el catedrático de Derecho Administrativo, conocedor de la jurisprudencia constitucional española, no niega que el TCE, reproduciendo la labor de su par alemán, empezó a modular los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad, sin contar con un soporte legal al respecto, sirviéndose como único fundamento, el que la nulidad inmediata de la norma inconstitucional generaría efectos de mayor inconstitucionalidad que tolerar la vigencia de la misma, hasta en tanto, el legislador preceda a su sustitución mediante una ley conforme con la Constitución¹⁹⁰⁹.

Por último, para el profesor de Derecho Financiero y Tributario, Rodríguez Bereijo, éste mostró su beneplácito para con la reforma del artículo 39.1 de la LOTC, para que de este modo, pudiera facultarse al TCE el modular los efectos de sus pronunciamientos, sobre todo en lo concerniente a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos impugnados. Asimismo, fue partidario de definir los efectos temporales de la sentencia ya sea en un modo *pro praeterito o pro futuro*. Para ello, planteó como necesaria la disociación entre la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad, y desde luego, se decantó por propugnar la inserción en el texto de la LOTC, de una eficacia más flexible a la declaración de la nulidad radical y con efectos *ex tunc* de la norma constitucional, puesto que ello, nada más contribuiría, salvando la previsión del artículo 40.1 de la LOTC, a generar enormes perjuicios no sólo en el plano jurídico sino también, en el ámbito financiero¹⁹¹⁰. Al igual que su colega López Guerra, Rodríguez da cuenta de la práctica y la incursión por parte del TCE, en la emisión de sentencias que plasman la escisión entre la declaratoria de inconstitucionalidad y la nulidad¹⁹¹¹, recurriendo a la técnica de los pronunciamientos *prospectivos* de la sentencia en cuanto a su nulidad, pero, a fin de garantizar un despliegue efectivo por parte del legislador y reparar el vicio de inconstitucionalidad, propuso una nueva redacción del artículo 39.1 de la LOTC facultando al Tribunal otorgar un plazo concreto al legislador, replicando de este modo, el mecanismo normativo austriaco.

Como podrá advertirse, fueron matizadas las propuestas de reforma en relación al artículo 39 de la LOTC, pero casi todas presentaban un común denominador, cual era el plasmar en una futura LOTC, la ruptura del nexo entre la declaración de inconstitucionalidad y

aplicado antes que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o reducción de las sanciones aun no ejecutadas completamente»

¹⁹⁰⁹ Consecuente con su crítica, Parada Vásquez, Ramón, *Sobre la nulidad de la ley inconstitucional, en Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica...opus cit.*, p. 36, advierte que el recurso al modelo bilateral por parte del TCE para modular los efectos de la nulidad, no lo sustraen de los inconvenientes que entraña esta técnica, es decir, el qué hacer con la ley inconstitucional pero no nula, mientras se encuentre pendiente el período interino, o qué sucederá si el legislador hace caso omiso a la exhortación realizada por el TC, entre otros aspectos más. Parada advierte a su vez, que la aplicación de este modelo, trae aparejado a su vez, una fuente de conflictividad entre el TCE y los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

¹⁹¹⁰ Rodríguez Bereijo, Álvaro, *Sobre la nulidad de la ley inconstitucional, en Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica...opus cit.*, p. 37.

¹⁹¹¹ Vid, las SSTC 45/1989 (IRPF), 13/1992 (Leyes de presupuestos generales del estado), 96/1996 (Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito), 195/1998 (Ley de reserva natural de las marismas de Santoña y Noja), y 208/1999 (Ley de defensa de la competencia).

la nulidad, así como permitirle normativamente al Tribunal, modular la eficacia temporal de la nulidad, ponderando el equilibrio que debía existir entre el principio de la seguridad jurídica y la necesidad de evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad al declarar la nulidad inmediata de la norma¹⁹¹².

Como haciéndose eco de estas reflexiones, el Gobierno introdujo en el proyecto de reforma de la LOTC, como lo advirtiera Cruz Villalón, el retiro de la *indisociación* de la inconstitucionalidad y la nulidad, insertada excepcionalmente por el propio TCE¹⁹¹³. En atención al proyecto de reforma, el autor refería a los dos mecanismos para operar la disociación entre la declaración de inconstitucionalidad y nulidad. Es decir, por un lado, se hacía referencia a la declaración de mera inconstitucionalidad, y por el otro, a la inconstitucionalidad con nulidad retardada¹⁹¹⁴, hasta por tres años.

Al igual que como sucedió en el escenario previo al proyecto de reforma, una vez presentada la propuesta de anteproyecto de la LOCT, se desarrollaron estudios y análisis sobre los diversos planteamientos propuestos en aquel documento. El que aquí nos interesa por su pertinencia con el objeto de estudio es el relacionado –evidentemente– a la nueva regulación contenida en el artículo 39 de la LOTC¹⁹¹⁵, que como ya lo apuntó Cruz Villalón, a fin de extirpar el binomio inconstitucionalidad – nulidad, preveía la declaración de mera inconstitucionalidad y la declaración de nulidad demorada por un plazo no superior a los tres años¹⁹¹⁶.

¹⁹¹² Para Terol Becerra, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 92, tampoco resultaba razonable anular una norma apreciada inconstitucional cuando se evidencie que con la declaración de su nulidad se resentirá de forma irreparable el bien o bienes jurídicos objeto de la acción regulativa enjuiciada y susceptibles de estimarse.

¹⁹¹³ Cruz Villalón, Pedro, *Acotaciones al proyecto de reforma...opus cit.*, p. 72.

¹⁹¹⁴ Si bien, y en principio, para Cruz Villalón, Pedro, *Acotaciones al proyecto de reforma...opus cit.*, p. 73, la propuesta de introducir estos mecanismos pueden considerarse acertadas, en tanto su aplicación es por excepción y «motivadamente para preservar los intereses que la Constitución tutela», sin embargo, el autor repara en realizar algunas críticas en relación a la nulidad demorada, pues entiende que una cosa distinta es que se permita un plazo para la nulidad de la norma declarada inconstitucional que puede llegar a los tres años, pero observa que el plazo, es muy amplio, y difícilmente admitiría alguna motivación que la justifique, por lo que abogó por una reducción en el diferimiento de la nulidad y consiguiente aplicación ultra – activa de la norma inconstitucional. En lo concerniente a la declaración de mera inconstitucionalidad, criticó su infortunada redacción, pero la entiende como necesaria para tratar aquellos casos como el de los tratados internacionales, en los que el Estado, como simple parte en los mismos, no está en situación de declarar unilateralmente su nulidad.

¹⁹¹⁵ En ese sentido, una de las preguntas formuladas y respondidas dentro de la encuesta realizada en Espín Templado, Eduardo/Fernández Farreres, Germán/Cruz Villalón, Pedro, *La reforma de la justicia constitucional*, Centro de Estudios Jurídicos, Thompson – Aranzadi, Navarra, 2006, p. 81 y ss. era la siguiente: «¿Cuál es su opinión sobre la nueva regulación del artículo 39 LOTC propuesta en el Anteproyecto de LOTC, al establecer que la sentencia recaída en los procedimientos de inconstitucionalidad podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad, difiriendo los efectos de la nulidad por plazo no superior a tres años, y al contemplar la declaración de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, otorgando plazo de actuación al legislador?»

¹⁹¹⁶ El Anteproyecto de reforma, en atención al artículo 39.1 LOTC, proponía la introducción de un inciso que contenía los siguientes términos: «No obstante, motivadamente y para preservar los valores e intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años». Nótese entonces, cómo el objetivo de la reforma, buscaba consagrar legislativamente una asentada doctrina jurisprudencial acerca de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. A través de esta regulación propuesta, se confirmaba la posibilidad de modular la regla general de que la declaración de inconstitucionalidad conlleva a la declaración de la nulidad de los preceptos inconstitucionales. Ahora bien, aparejada a la figura de la inconstitucionalidad sin nulidad o con nulidad demorada, el Anteproyecto de reforma preveía también, otro supuesto de modulación de la vinculación entre la declaración de inconstitucionalidad y la de nulidad. Así, el apartado 3 del artículo 39, señalaba textualmente:

En la reflexión de Almagro Nosete, discrepó con la propuesta planteada en el proyecto de reforma, puesto que justificó que la nulidad de los preceptos impugnados, así como de aquellos alcanzados por conexitud, venía a constituir un efecto necesario de la declaración de inconstitucionalidad¹⁹¹⁷. Por lo mismo, en criterio de este autor, trabajar en la escisión entre la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, resultaba una construcción por demás artificiosa de un tercer género de normas inconstitucionales, pero no nulas, durante cierto tiempo¹⁹¹⁸. Semejante planteamiento para Almagro, no era otra cosa que una aberración jurídica consecuencia del devenir del juego político.

Para el Letrado del TCE, Borrajo Iniesta, por un lado, valoró positivamente la autorización que regulaba el proyecto de reforma para que el Tribunal pueda posponer temporalmente los efectos de la nulidad, y el plazo al efecto, lo consideró prudente. Sin embargo, no tuvo un mismo concepto en relación a la declaración de mera inconstitucionalidad de una ley, sin nulidad, pues en su criterio, este supuesto encerraría muchos inconvenientes, como el no saber explicar por qué el Tribunal declara solamente la inconstitucionalidad más no así la nulidad, cuando bien podía hacerlo, o el hecho de si la norma inconstitucional pero no nula, debe ser aplicada o no por parte del tribunales ordinarios, funcionarios públicos y ciudadanos en general, por lo que fue partidario de suprimir este supuesto del artículo 39 de la LOTC¹⁹¹⁹. Criterio similar es el que tiene en relación a la declaración de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, sobre el cual, si bien lo considera de interés, entendió que su aplicación práctica debía reducirse en la medida de lo posible, ya sea por la indeterminación de sus efectos en el ordenamiento jurídico, o porque se abriría un foco de conflicto entre el TCE y el legislador (estatal o autonómico) si este último inobservara la convocatoria para reparar el vicio de inconstitucionalidad a través de la modificación de la ley. De mantenerse aquella previsión, el Letrado fue partidario de suprimir la determinación del plazo al legislador¹⁹²⁰. Sin embargo, el autor no toma en cuenta que al no señalarse un plazo al efecto, el peligro que se abre es el tener que tolerar la inercia del legislador por tiempo indefinido, lo que complicaría la funcionalidad práctica que se pretende desde la perspectiva doctrinal¹⁹²¹.

En la voz autorizada de Cascajo Castro, el contenido del artículo 39 del proyecto de reforma, respondía a una necesidad, ampliamente sugerida desde la doctrina, para validar o conceder una cobertura legal a una práctica en buena medida consolidada en la jurisprudencia constitucional española, aunque su construcción –al igual que en muchas de las otras experiencias jurisprudenciales constitucionales– no reflejaba una claridad meridiana, pero que

«Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si este incumpliera dicho mandato, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia».

¹⁹¹⁷ Almagro Nosete, José, *Respuestas a la encuesta*, en Espín Templado, Eduardo/Fernández Farreres, Germán/Cruz Villalón, Pedro, *La reforma de la justicia constitucional*, Centro de Estudios Jurídicos, Thompson – Aranzadi, Navarra, 2006, p. 81.

¹⁹¹⁸ Almagro Nosete, José, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 81.

¹⁹¹⁹ Borrajo Iniesta, Ignacio, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 81.

¹⁹²⁰ Borrajo Iniesta, Ignacio, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 82.

¹⁹²¹ Partidario de esta postura es García Torres, Jesús, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 88, quien reparó en la innecesidad de establecer mínimos o máximos en cuanto a los plazos impuestos al legislador, para reparar el vicio de inconstitucionalidad. Sobre el tema vid. también a González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, quien justifica un criterio contrario, y sobre la necesidad de determinar un plazo al efecto.

permitió al Tribunal, prescindir del binomio inconstitucionalidad – nulidad¹⁹²². Sin perjuicio de lo señalado previamente, el maestro salmantino mostró tempranamente su escepticismo a creer que a través de una regulación normativa sea posible prever la construcción de una tipología y efectos de la sentencia constitucional. En la confianza de que los objetivos trazados en el anteproyecto de reforma fuesen alcanzados, dejó entrever que una de las finalidades perseguidas por dicho texto, era la colaboración entre TCE y las Cortes Generales para reparar el vicio de inconstitucionalidad, pero que en este intento, emergía una curiosa paradoja, pues en la observación de Cascajo, si bien por un lado, se atribuían al Tribunal de mayores mecanismos técnicos que le permitan salir de la rigidez del binomio inconstitucionalidad – nulidad, sin embargo, por otra parte, el puente de comunicación entre el Tribunal y las Cortes Generales, no siempre se estructuraba en el presupuesto de la confianza interinstitucional que debía existir a fin de restablecer el ordenamiento jurídico, ya que el establecimiento de un plazo para que el legislador responda a la convocatoria realizada por el Tribunal, no significaba otra cosa que una desconfianza hacia la actuación del Parlamento como órgano reparador de la situación declarada inconstitucional¹⁹²³.

Otro de los aspectos a considerar dentro del Anteproyecto, y que suscita un gran interés por su relación con el contenido previsto para el artículo 39 de la LOTC, según Cascajo, es el referido a los efectos temporales de la declaración de nulidad. Con base en el análisis de la STC 45/1989, el profesor Cascajo ratificó la experiencia del TCE en la extensión de los límites a la retroactividad del pronunciamiento, por lo que no consideró a este elemento como un hecho aislado o ajeno a la realidad jurisprudencial constitucional española, mucho más aún, cuando el Tribunal, a raíz del dictado de un pronunciamiento como el referido, asumió como propia la facultad de determinar el concreto alcance temporal de la sentencia¹⁹²⁴. Desde luego, en atención a las aseveraciones previas, Cascajo echó en falta en el anteproyecto de reforma, una regulación más clarificadora del contenido del artículo 40.1 de la LOTC¹⁹²⁵, lo cual habría facilitado al TCE, una capacidad de modulación de sus pronunciamientos, no sólo más efectiva, sino que además permitiera definir a aquella facultad como propia del Tribunal¹⁹²⁶.

Dentro de esta explicación, si bien el anteproyecto de reforma preveía la posibilidad de que el TCE pueda declarar la inconstitucionalidad sin nulidad, o inclusive diferir pro futuro los efectos de esta última, la propuesta de reforma pecaba de insuficiente en este ámbito, en la medida en que no se había establecido una regulación en relación a los efectos jurídicos de esta nueva categoría de pronunciamientos constitucionales. Por ello, Cascajo extrañó que no se

¹⁹²² Cascajo Castro, José Luis, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 82.

¹⁹²³ Cascajo Castro, José Luis, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 82.

¹⁹²⁴ Cascajo Castro, José Luis, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 82.

¹⁹²⁵ Acertadamente, Cascajo Castro, José Luis, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 141, sostuvo que la previsión del artículo 40.1 de la LOTC era con seguridad la norma que más directamente regulaba los efectos temporales, por lo menos, en el supuesto de una posible nulidad. Por lo mismo, pensó que era aquel el lugar propicio en el que debía contemplarse explícitamente, la facultad del TCE para modular los efectos temporales de sus pronunciamientos, siendo su propuesta puntual, la siguiente: «El Tribunal podrá delimitar por lo demás los efectos temporales de su pronunciamiento de nulidad en atención a los valores y bienes constitucionales implicados».

¹⁹²⁶ Si una de las finalidades del anteproyecto de reforma era dotar al TCE de facultades que le permitieran prever la intensidad de los efectos temporales de sus pronunciamientos, para Cascajo Castro, José Luis, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 82, era necesario trabajar en una mejor redacción del artículo 40.1 de la LOTC.

hubiera tomado en cuenta la regulación alemana sobre las sentencias de compatibilidad o incompatibilidad¹⁹²⁷, cuyo régimen normativo, prevén un menor nivel de incertidumbre por parte de los operadores jurídicos¹⁹²⁸.

En lo que se refiere al supuesto del artículo 39.3 «la declaración de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa», Cascajo entiende que se trata de la técnica alemana de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, y de ser así, criticó a aquella formula¹⁹²⁹, por ser ambigua así como fue redactada en el Anteproyecto, puesto que no se precisaba si la «insuficiencia normativa» se refería a cualquier situación de inconstitucionalidad por defecto o discriminación normativa, o a la omisión de un mandato constitucional de desarrollo legislativo¹⁹³⁰. Antes que trabajar el significado formal de la expresión «insuficiencia normativa», Fernández Farreres dejó entendido que la mejor forma de concretar aquel significado, era trabajarlo desde la perspectiva estrictamente material. De ello se desprendería, que la inconstitucionalidad de la norma por «insuficiencia normativa» se refería a aquella norma legal que resultaba inconstitucional no por lo que establecía, sino por lo que omitía, lo que nos ponía frente a un supuesto cualitativamente distinto a los anteriores, y por lo mismo, bajo este nuevo presupuesto, el Tribunal quedaba legítimamente habilitado para modular los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Ahora bien, para este autor, en este supuesto, la declaración de inconstitucionalidad y subsiguiente nulidad produciría un vacío no conforme a la Constitución y que desde luego, el Tribunal no podrá evitar «reconstruyendo» la norma en cuestión. Por lo mismo, sería este el escenario en el que cobraría sentido la capacidad del Tribunal para modular la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, así como la concesión

¹⁹²⁷ Con la agudeza que caracteriza al profesor Cascajo Castro, José Luis, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 82 – 83, advirtió prontamente que en el Anteproyecto de reforma, se buscó positivizar las dos clases de pronunciamientos más típicos de los modelos alemán y austriaco, por lo que apeló a dotar de un núcleo de efectos complementarios o alternativos y no redundantes o contradictorios, dada su pertenencia a «lógicas jurídicas» distintas. Asimismo, sobre la tipología de los procesos de constitucionalidad, a través de una lectura atenta al texto del Anteproyecto, para Cascajo Castro José Luis, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 183, denotó que el Anteproyecto de reforma, presentaba un prototipo híbrido entre el modelo alemán, el austriaco y el portugués, «bien traídos a colación, pero donde a veces las lógicas y los modelos diferentes pueden chocar.»

¹⁹²⁸ Vid en ese sentido, a Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von...opus cit.*, así también a López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control...opus cit.*

¹⁹²⁹ Igual de crítica es la percepción de Fernández Farreres, Germán, *Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional...opus cit.*, p. 53, pues explica que la previsión, tal como aparecía redactada, no dejaba de plantear dudas. Para este autor, la propuesta no era concreta en señalar a qué supuesto se refería, o lo que es peor aún, no establecía con precisión a qué se estaba haciendo referencia con la expresión «inconstitucionalidad por insuficiencia normativa», por lo que el concepto no contemplaba una redacción afortunada y resultaba equívoca.

¹⁹³⁰ En la observación de Fernández Farreres, Germán, *Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional...opus cit.*, p. 53, por «insuficiencia normativa» podía comprenderse a la insuficiencia de fuerza de ley, que podía suscitarse en aquellos supuestos en los que una la ley ordinaria se adentrase en el ámbito de la reserva constitucional de ley orgánica. Empero, no cree que sea ese el supuesto al que haga referencia el Anteproyecto de reforma, dada la inutilidad en aquellos casos, de una modulación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad como la prevista. Para el catedrático de Derecho Administrativo, tampoco sería aplicable bajo el supuesto previsto en el artículo 39.3 del Anteproyecto de reforma, la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley por vulneración directa y expresa del orden constitucional de distribución de competencias. Sin embargo, en cada uno de estos supuestos, para este autor, no habría obstáculo alguno para que el Tribunal pueda desmarcarse de la rigidez del binomio inconstitucionalidad – nulidad, y de ser el caso, inclusive diferir los efectos de la declaración de nulidad, siempre y cuando concurren intereses constitucionalmente tutelados.

del plazo al legislador «para que actúe en consecuencia», completando de esa forma la omisión en la que incurrió¹⁹³¹.

En ese escenario, no dudó en vaticinar, la tendencia del TCE a recurrir a las facultades que le concedía el artículo 39.3, y emitir pronunciamientos de «mera inconstitucionalidad» siguiendo la línea alemana, pero con un elemento adicional, traducido en la capacidad de señalar un plazo al legislador, como sucede en la experiencia constitucional austriaca¹⁹³². Cascajo previó de antemano, que en caso de persistir la insuficiencia normativa, el TCE no dudaría en recurrir a la técnica de la reparación unilateral, ya sea a través del dictado de sentencias interpretativas o de estimación parcial¹⁹³³. Desde luego, esta última posibilidad no significaba otra cosa que el fracaso del diálogo que se quiso articular entre el Tribunal y las Cortes Generales, pero que ante la inercia de este último, al TCE, no le quedaría otra alternativa que actuar solo, independientemente de que ello signifique una afrenta hacia el respeto al principio de discrecionalidad legislativa.

¹⁹³¹ Fernández Farreres, Germán, *Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional...opus cit.*, p. 54. En el sentido explicado, pueden citarse a manera de ejemplo, las SSTC analizadas en el capítulo III del presente estudio, es decir la 96/1999, de 20 de mayo, la 208/1999, de 11 de noviembre, o la 235/1999, de 16 de diciembre, en las que el Tribunal ha ratificado su doctrina en la que sostuvo: «el Tribunal ni repara la inconstitucionalidad ni limita las posibilidades de aplicación de la norma, de manera que ésta seguirá siendo inconstitucional y, a pesar de ello, aplicable hasta que el mismo legislador estatal repare la inconstitucionalidad. Ni siquiera hay en realidad nulidad diferida, pues no se fija un plazo a partir del cual la ley será nula; simplemente hay reconocimiento de una inconstitucionalidad que nunca se convertirá en nulidad, sino que dejará de serlo cuando el legislador decida atender el requerimiento del Tribunal». Esta línea de razonamiento se ha mantenido hasta en los pronunciamientos más contemporáneos como la STC 194/2004, de 4 de noviembre (FJ 24) donde el TCE recurrió a la misma técnica de aplazar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley estatal que regulaba los Parques Nacionales, hasta que el legislador aprobase una legislación autonómica que adopte la respectiva regulación en sustitución de la declarada inconstitucional. Otro tanto sucedió en la STC 138/2005, de 26 de mayo, en oportunidad de enjuiciar la constitucionalidad del párrafo 1º del artículo 136 del Código Civil.

¹⁹³² Como también lo previera González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 271, si bien el retraso de la declaración de la nulidad –característico del sistema austriaco– brinda una serie de beneficios como la inteligibilidad de los efectos de los pronunciamientos, así como su plausible coherencia interna, no menos cierto es, que la vigencia ultra – activa de la norma declarada inconstitucional, puede no sólo resultar desconcertante desde la perspectiva de la supremacía constitucional, sino también, puede asumirse como lesiva de derechos subjetivos fundamentales. Esta situación se agrava, desde el enfoque de Cascajo, al tener que tolerar una norma inconstitucional por un lapso de tiempo (tres años) al que consideró excesivo.

¹⁹³³ Que en aquella oportunidad se haya pretendido introducir en la futura LOTC la posibilidad para que el TCE se aparte del binomio inconstitucionalidad nulidad, o pueda inclusive diferir pro futuro la declaración de nulidad, para Cascajo Castro, José Luis, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 83, ello no habría impedido que el TCE continúe recurriendo al dictado de pronunciamientos interpretativos, al contrario, habría aprovechado a tal fin, la estructura de las sentencias de mera inconstitucionalidad. Por lo mismo, abogó por que el artículo 39.1 del Anteproyecto de reforma reconduzca aquella posibilidad hacia un modelo estimatorio de interpretación, en el que la operación hermenéutica conste expresamente en el fallo de la sentencia. En efecto, consultado sobre otras reformas que debiera operar en la LOTC, Cascajo Castro, José Luis, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 141, señaló, que si bien el artículo 39.1 propuesto en el Anteproyecto de reforma, al prever la posibilidad por parte del TCE, de emitir sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, apelando a una buena técnica, propuso añadir, en la parte final del precepto estudiado, que «Cuando la sentencia tan sólo declare la inconstitucionalidad de una o varias de las posibles interpretaciones de la disposición, este pronunciamiento deberá constar de manera expresa en el fallo de la misma». Con esta medida, para Cascajo, se habría reconducido la práctica de los pronunciamientos interpretativos hacia las fórmulas estimatorias, consideradas desde la doctrina, como las más pertinentes para alcanzar los fines de la inconstitucionalidad sin nulidad, lo que permitiría su vez, dotar de un elemento necesario de seguridad jurídica a los pronunciamientos interpretativos tal y como lo ha señalado buena parte de la doctrina. Por lo mismo, sentenció que no estaría de más, para proporcionar una mayor seguridad jurídica, perfilar mejor el tema de los efectos de las sentencias interpretativas, que seguirían existiendo inevitablemente.

Por último, para completar su análisis, Cascajo sostuvo que frente a esta nueva categoría de pronunciamientos y sus puntuales consecuencias jurídicas, hacían necesario, reflexionar en relación a la necesidad de reconstruir y delimitar el contenido y alcance de categorías como los «efectos generales», la eficacia de la «vinculación a los poderes públicos», así como la misma eficacia de la «cosa juzgada»¹⁹³⁴, previstas en el artículo 38.1 de la LOTC, y sobre el cual el Anteproyecto no se había pronunciado.

Por su parte, para Crespo Barquero, la finalidad perseguida en el Anteproyecto de reforma, era sin lugar a dudas, la de evitar los efectos indeseados que provocaba el encasillamiento del Tribunal dentro del paradigma del legislador negativo, vale decir, lo que se pretendió impedir fue, que el TCE atado al binomio inconstitucionalidad – nulidad, provoque un vacío legal que terminaría por socavar el principio de la seguridad jurídica. En ese sentido, para Crespo, si bien se previó en el Anteproyecto de reforma la facultad de diferir la nulidad de la norma declarada inconstitucional durante un plazo (tres años), lo que no se hizo fue precisar *a priori*, los supuestos en los cuales concretamente podía operar este diferimiento de la nulidad. Sin embargo, en una línea de pensamiento muy parecida a la sostenida por Cascajo, Crespo, entendió que el recurso a esta técnica por parte del TCE, resultaba inconcebible, sobre todo cuando de por medio se encontraban en juego los derechos y libertades personales, o cuando se pretendiese afectar a las garantías de los ciudadanos reconocidos en la Constitución. En estos supuestos, el autor defendió la idea de que el Tribunal no sólo debía declarar la inconstitucionalidad de la norma, sino también su nulidad inmediata¹⁹³⁵. Advirtió también sobre los peligros que entrañaba el hecho de que el Anteproyecto de reforma condicionara el recurso a aquella facultad, a una motivación para «preservar los intereses de la Constitución», puesto que si bien dicho presupuesto era encomiable, sin embargo, criticó que su función sea más retórica que práctica, en tanto que advertía las dificultades para que el Tribunal actuase de otra forma, por lo menos desde la perspectiva formal. Por ello, exhortó a que se trabaje en la precisión de los supuestos en los que el Tribunal podía recurrir a dicha facultad.

Mayores fueron sus reservas en relación a la figura de la declaración de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa. Lo que llamó la atención de Crespo, fueron – más allá de las repercusiones políticas y sociales– las consecuencias jurídicas de aquella nueva categoría de pronunciamiento. Crespo advirtió el peligro al que ya previamente se había referido González Beilfuss, de que si bien el Anteproyecto de reforma establecía el supuesto en el que el Tribunal podía declarar la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa (aunque este aspecto no quedó del todo zanjado, como pudo advertirse en la crítica formulada por Cascajo Castro), sin embargo, no preveía el cómo debía actuarse frente a la inercia del legislador¹⁹³⁶.

¹⁹³⁴ Cascajo Castro, José Luis, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 83.

¹⁹³⁵ Crespo Barquero, Pedro, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 84.

¹⁹³⁶ Ya González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 300, se cuestionaba acerca de la legitimidad de establecer un plazo por parte del Tribunal Constitucional, para que el legislador responda normativamente, o si esa facultad era parte de la discrecionalidad del legislador, debiendo tomarse en cuenta los múltiples factores que podrían legítimamente impedir que el Tribunal brinde una respuesta normativa. Por lo mismo, dejó por sentado que son grandes los riesgos que entraña el aguardar a que el legislador dicte la ley reparadora de la inconstitucionalidad, y los mecanismos de garantía al efecto, no siempre son suficientes.

En función a estos elementos, Crespo sentenció la necesidad de que en el Anteproyecto de reforma, se tomen muy en cuenta estas observaciones, de modo tal que se inserten en el texto de la futura LOTC, los mecanismos para calibrar el alcance de la nueva tipología de pronunciamientos¹⁹³⁷. Luego, era lógico prever, que de persistir la indefinición de las consecuencias que podrían desprenderse de cada uno de los supuestos que preveía el prototipo del artículo 39 de la LOTC, implicaba exponer seriamente a la naturaleza misma del TCE, la que podría verse alterada.

En aquella ocasión, también resultó de interés la perspectiva del Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, Cuesta Martínez, para quien, el contenido del artículo 39 previsto en el Anteproyecto de reforma, era positiva, en la medida en que buscaba positivizar una práctica para nada novedosa dentro del concierto jurisprudencial constitucional español, pero que además como propuesta legislativa, ya había sido considerada en el borrador de reforma a la LOTC de 1998¹⁹³⁸. A tiempo de referirse a la STC 45/1989, de 20 de febrero, como una prueba de lo afirmado, señaló que la misma vino a constituir el inicio de una doctrina que irrumpió la vieja relación dicotómica entre la inconstitucionalidad y la nulidad, para dar paso a la emisión de sentencias constitucionales en las que el Tribunal, o bien difería la declaración de nulidad, o bien, prescindía de la misma¹⁹³⁹. Igualmente, para el Catedrático de Derecho Constitucional, Terol Becerra, el contenido del artículo 39 previsto en el Anteproyecto de reforma, constituye un planteamiento acertado, en la medida en que recoge la práctica desarrolla desde hace años por el TCE, instancia que siguiendo el ejemplo de otras jurisdicciones constitucionales¹⁹⁴⁰, no dudó en emitir sentencias en las que si bien declaraba la inconstitucionalidad de una ley o norma, no determinaba inmediatamente la nulidad de la misma. Recordó a su vez, que por lo mismo, el fenómeno no era novedoso dentro de la experiencia jurisprudencial constitucional española, a tal punto de que la doctrina local y

¹⁹³⁷ Crespo Barquero, Pedro, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 85.

¹⁹³⁸ Cuesta Martínez, Álvaro, *Respuesta a la encuesta...opus cit.*, p. 85, rememora que la propuesta de la declaración de inconstitucionalidad con nulidad diferida, ya se había hecho patente en el borrador de reforma de la LOTC de 1998, sólo para determinados supuestos, y ello a fin de impedir la generación de consecuencias indeseables y preservar los intereses que la Constitución tutelaba, siempre dentro de un plazo razonable, que en aquella oportunidad se había previsto en dos años. De igual modo, para Fernández Farreres, Germán, *Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional...opus cit.*, p. 52 – 52, si bien el Anteproyecto de reforma de la LOTC incorporaba aquella doctrina jurisprudencial en la que era posible escindir la declaración de inconstitucionalidad de la nulidad, sin embargo, ésta ya había sido planteada en el borrador de reforma de la LOTC de 1998, al proponer la incorporación de la técnica del pronunciamiento de inconstitucionalidad sin nulidad o con nulidad diferida, dadas las graves consecuencias que en determinados supuestos, podía desencadenar la nulidad de efectos inmediatos.

¹⁹³⁹ Criterio parecido es el sostenido por De Mendizábal Allende, Rafael, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 89, quien sostuvo que esta innovación que se pretendía introducir en la futura LOTC, asumía la experiencia sobre el tema demostrada por el TCE a lo largo de este cuarto de siglo. Señaló a su vez, que más allá de la contradicción lógica interna que presentaba su formulación, constituían el mecanismo idóneo para evitar perturbaciones que, en su día, produjeron algunas sentencias sobre el sistema judicial o el tributario, por lo que los consideró como una válvula de seguridad al efecto.

¹⁹⁴⁰ La introducción de estas previsiones normativas dentro del ordenamiento jurídico español, venía avalado según Viver Pi – Sunyer, Carles, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 94, por el mejor banco de pruebas, es decir, la experiencia práctica de la jurisprudencia constitucional comparada europea. Por ello recalcó, que en casi todos los países en los que el Tribunal adoptó la técnica de diferir la declaración de nulidad, primero lo hizo a través del dictado de sentencias en ese sentido, sin contar con un soporte normativo, para que luego recién, se positivice por el legislador, en razón a advertir la existencia de aquella práctica jurisprudencial.

extranjera, dedicó varios trabajos al respecto¹⁹⁴¹. Para este autor, es entendible que el Anteproyecto de reforma haya buscado proporcionar cobertura legislativa a ciertas prácticas jurisprudenciales, que hasta ahora –por ese entonces– constituían actos *extralegem* y hasta *contralegem*, para así integrarlas dentro del ordenamiento¹⁹⁴².

En lo concerniente a la declaración de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, para Cuesta Martínez, en una línea crítica muy próxima a la sostenida por Crespo Barquero, entendía que si bien, la nueva fórmula contenida en el artículo 39.3 de la LOTC, concedía un plazo al legislador para que actúe aprobando la ley reparadora, y que al no hacerlo dentro del plazo establecido al efecto, el Tribunal Constitucional resolvería lo que proceda, para «subsanan la insuficiencia», entendió que el concepto inconstitucionalidad por insuficiencia normativa resultaba un tanto equívoca. Luego se cuestionaba sobre las medidas que debía adoptar el Tribunal para subsanar la insuficiencia de la norma, teniendo muy en cuenta, que el espíritu de la reforma, era evitar precisamente, que el Tribunal suplante al legislador.

Una vez más, recurriendo a la jurisprudencia constitucional española, el congresista español, citó a la STC 194/2004, de 4 de noviembre, como un ejemplo claro de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa en la que el TCE aplazó los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley estatal, en relación a los Parques Nacionales, hasta que los legisladores autonómicos procedan a adoptar la correspondiente regulación en sustitución de la declarada inconstitucional. Y con base en esta experiencia, el Presidente de la Comisión de Justicia, insistió en la necesidad de definir y precisar los efectos de esta nueva tipología de sentencias, sobre todo en lo referente a la concesión del plazo para que el legislador actúe positivamente, para reparar el vicio de inconstitucionalidad.

La flexibilidad con la que se encuentra regulada la relación entre la inconstitucionalidad y nulidad previsto en el Anteproyecto de reforma, resultó meritorio en criterio García Manzano, puesto que a través de ella, se consignaría una cobertura legal a aquellos supuestos futuros en los que el TCE recurra nuevamente a las fórmulas empleadas como por ejemplo en la STC 45/1989 (IRPF), de mera inconstitucionalidad sin nulidad y de diferir la nulidad hasta el momento en que el legislador repare la inconstitucionalidad declarada¹⁹⁴³. Sin embargo, así como el Anteproyecto de reforma fue loable, también presentaba dificultades en criterio del ex Vocal del CGPJ. De este modo, el artículo 39.1 del Anteproyecto de reforma, al introducir la fórmula de retrasar los efectos de la nulidad por un plazo máximo de tres años, encerraba una convocatoria tácita hacia el legislador para que actúe emitiendo la ley reparadora, entre tanto se cuestionaba García Manzano, sobre qué sucedía con el juez a quo que había suscitado el juicio de inconstitucionalidad, o las partes que dependían de la determinación del Tribunal sobre la constitucionalidad o no de la norma, y así determinar su aplicabilidad o no al caso concreto¹⁹⁴⁴.

¹⁹⁴¹ Terol Becerra, Manuel, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 92, se refiere concretamente a los trabajos de Punset Blanco, Ramón, *Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones...opus cit.*, y Jiménez Campo, Javier, *Qué hacer con la ley inconstitucional...opus cit.*

¹⁹⁴² A raíz de un examen de la disposición contenida en el Anteproyecto de reforma Terol Bacerra, Manuel, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 92, sostuvo que cabía entender que el Gobierno, buscó proporcionar cobertura legal a ciertas prácticas del Tribunal Constitucional, carentes hasta ese entonces –incluso hoy–, lo que sin duda, hizo que dimanara de ellas una singularidad en su característica.

¹⁹⁴³ García Manzano, Pablo, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 86.

¹⁹⁴⁴ En efecto, la posposición temporal de los efectos anulatorios, implicaba una prolongación de la vigencia del precepto cuestionado, lo que en la perspectiva acertada de García Manzano, Pablo, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 86, podía plantear dificultades al juez proponente sobre la aplicabilidad del precepto a partir

Así también reflexionaba sobre la necesidad de precisar los recursos concretos que le asistían al TCE para reparar el vicio de inconstitucionalidad dentro de aquel paraguas tan amplio que venía a constituir los términos «resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia». Así en la perspectiva de García Torres, no resultaba clara la viabilidad de regular el contenido de las sentencias que aprecian una inconstitucionalidad por insuficiencia normativa. Por lo que sostuvo que el texto del anteproyecto no era acertado, puesto que la atribución al Tribunal Constitucional del poder para determinar lo que proceda, a fin de remediar la insuficiencia normativa, confería al intérprete supremo de la Constitución una amplia libertad para convertirse en legislador positivo suplente y para elegir entre opciones políticas¹⁹⁴⁵. Algo similar sucedía para este autor, con el apartado 3 del artículo 39 del Anteproyecto de reforma, que se refería a la insuficiencia normativa, puesto que la norma no establecía concretamente y claramente cuál sería la consecuencia jurídica aparejada a una eventual inactividad del legislador. El también Magistrado emérito del TCE fue partidario de establecer en el supuesto de inercia legislativa la nulidad del precepto inconstitucional y su inaplicabilidad. Asimismo, García Manzano, advirtió tener especial cuidado de no confundir a la declaración de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa con la inconstitucionalidad por omisión¹⁹⁴⁶, o con aquellos supuestos de exclusiones tácitas de carácter discriminatorio¹⁹⁴⁷, para las que sería bastante el régimen de inconstitucionalidad sin nulidad del artículo 39.1 previsto en el Anteproyecto de reforma.

Por su parte, para el abogado del Estado ante el Tribunal Constitucional, García Torres, el inciso segundo del artículo 39.1 del Anteproyecto de reforma concedía el soporte legal necesario para que el TCE pudiera accionar las dos facultades que se había autoasignado con ocasión del dictado de la STC 45/1989, vale decir, la facultad del Tribunal de no declarar preceptos inconstitucionales y nulos para proteger la seguridad jurídica, criterio que fue ratificado a raíz de la emisión de la STC 195/1998, a través de la cual, el Tribunal, como es conocido, aplazó los efectos de la nulidad de un precepto inconstitucional, por lo que a juicio

de la sentencia del TC, así como, en su caso, de una paralela prolongación de la suspensión del plazo para dictar sentencia o resolución. Por ello, advirtió tenerse muy en cuenta, la relación y vinculación entre la sentencia constitucional y el proceso *a quo* a los que se refiere el actual artículo 38.3 de la LOTC.

¹⁹⁴⁵ García Torres, Jesús, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 87.

¹⁹⁴⁶ Contrario es el entendimiento de García Torres, Jesús, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 87, para quien, el apartado 3 del artículo 39 del Anteproyecto de reforma, al regular la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, estaba haciendo referencia a la figura de la «inconstitucionalidad por omisión». Distinta fue la interpretación de Ortiz Úrculo, Juan, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 89, quien supuso que el pronunciamiento exclusivo de la inconstitucionalidad de una norma sin declarar a la vez su nulidad hacía referencia a los supuestos de insuficiencia normativa o inconstitucionalidad por omisión, citando casos concretos como en la regulación de las intervenciones telefónicas o de la prisión provisional.

¹⁹⁴⁷ Como lo apuntara González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación...opus cit.*, p. 42, el TCE ha considerado que existe una inconstitucionalidad por omisión cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional, y el legislador no lo hace. Empero, más allá de este concepto general, en la jurisprudencia constitucional española, también pueden encontrarse referencias explícitas o implícitas a determinadas omisiones para referirse al motivo de algunas inconstitucionalidades. De este modo, el TCE, en el ámbito de los derechos fundamentales, reconoció que la ausencia de una regulación sobre el ejercicio no es obstáculo para reconocer su eficacia directa (Vid las SSTC 15/1982 objeción de conciencia, 254/1993 acceso a los archivos informáticos); o que la omisión legislativa de un aspecto que forma parte del contenido esencial de un derecho no cierra las puertas a una interpretación jurisdiccional integradora (Vid STC 74/1987 derecho del detenido a ser asistido por un intérprete); o que la omisión de un aspecto que deriva del principio de proporcionalidad puede acarrear la inconstitucionalidad de un precepto (Vid STC 136/1987 Mesa Nacional del HB).

de este jurista, la inserción expresa de semejantes facultades en el Anteproyecto de reforma, era desde todo punto de vista loable¹⁹⁴⁸.

Similar criterio al vertido precedentemente fue el formulado por el Portavoz del Grupo Catalán en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, Jané I Guasch, quien reconoció al hecho de que el TCE pueda diferir los efectos pro futuro de la nulidad como un acierto útil, que permitiría al legislador reemplazar aquellos artículos que la sentencia declaró como inconstitucionales, así de este modo, se reforzaría la seguridad jurídica¹⁹⁴⁹ y la colaboración entre el TCE y las Cortes Generales. Amén de lo señalado, Jané defendió la necesidad de evitar una redacción que contribuya a independizar de forma absoluta y permanentemente la declaración de inconstitucionalidad y el diferimiento de los efectos de nulidad. Y esta situación sólo podía alcanzarse, según su criterio, a través de la exigencia hacia el Tribunal del ineludible deber de motivar el diferimiento de los efectos de la nulidad, y que por sobre todo, no se amplíe más allá del plazo de los tres años¹⁹⁵⁰. Por su parte, para Trillo Torres, no resultaba fácil de aceptar la vigencia de una norma que ya ha sido declarada inconstitucional por el TCE, empero, atendiendo la posibilidad de que puedan presentarse situaciones en los que el propio interés constitucional impone razonable y razonadamente demorar los efectos anulatorios de la declaración de inconstitucionalidad, es partidaria de que el recurso a este diferimiento de la nulidad, opere con carácter excepcional, así como de acortar al máximo el tiempo que el Tribunal pueda demorar la eficacia anulatoria de la sentencia, resultándole excesivo el plazo de los tres años¹⁹⁵¹.

Otro aspecto que llamó la atención de Jané I Guasch sobre el contenido del artículo 39.1 del Anteproyecto de reforma, es la referida al establecimiento del plazo para la actuación del legislador, a la que calificó como negativa, en tanto la entendió como atentatoria contra el principio básico de un sistema constitucional y de democracia parlamentaria, cual es la separación de poderes¹⁹⁵². Luego, le resultaba inconcebible que una sentencia que declaraba la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa imponga un mandato al legislador con un plazo expreso, y actúe imperativamente en el sentido de la sentencia. Esta crítica fue compartida por Trillo Torres, quien no vio la razón constitucional para que el legislador sea

¹⁹⁴⁸ García Torres, Jesús, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, 88.

¹⁹⁴⁹ Así también lo entendió Ortiz Úrculo, Juan, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 90, quien justificó la utilidad de diferir los efectos de nulidad para aquellos casos en que la nulidad podría generar un vacío normativo insoportable, como sucedió en la STC 145/1988 (al afirmar que el Juez que instruye no puede juzgar), o con la STC 36/1991 (al extender a la jurisdicción de menores las garantías procesales del artículo 24 de la CE en los términos indicados y declarar inconstitucional el artículo 15 de la LTIM, de 1948).

¹⁹⁵⁰ Jané I Guasch, Jordi, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 88. De igual modo, para López Garrido, Diego, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 89, las fórmulas contenidas en el Anteproyecto se justificaban plenamente, puesto que al concederse un plazo al legislador, limitado a los 3 años, para expulsar del ordenamiento jurídico los preceptos declarados inconstitucionales por el TC, es un mecanismo que le permite garantizar la seguridad jurídica que se vería socavada de declararse la nulidad de la norma inconstitucional, al crearse un vacío jurídico. Recalcó que su empleo o no, quedaba en manos del TCE, por lo que debía concienciarse al Tribunal, a hacer un uso racional del mismo.

¹⁹⁵¹ Trillo Torres, Ramón, *Respuestas a las encuestas...opus cit.*, p. 93.

¹⁹⁵² Jané I Guasch, Jordi, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 88. En la perspectiva de Oubiña Barbolla, Sabela, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 91, observando cómo el Anteproyecto quiso calificar como un «mandato» el hecho de que el TCE conceda un plazo al legislador para que ante una declaración de constitucionalidad por insuficiencia normativa actúe en consecuencia, sostuvo vehementemente, que aquella orientación no podía sostenerse, puesto que aun admitiendo que pueda hablarse de que el TC otorgue un plazo al legislador, el TC no puede erigirse en un órgano constitucional superior – jerárquico de las Cortes Generales.

constreñido en su voluntad soberana para suplir o no la insuficiencia normativa, mucho más aún cuando se pretendía obligar a hacerlo en un plazo prefijado por el Tribunal, so pena de que éste asumiese la competencia para cubrir aquella insuficiencia¹⁹⁵³. Distinta fue la percepción de Viver, para quien, si bien la fórmula empleada en el Anteproyecto de reforma, para normar la modulación de los efectos de inconstitucionalidad en caso de insuficiencia normativa ingresaba en un plano de desaprobación en tanto importe la imposición por parte del Tribunal hacia el legislador, de un plazo para aprobar una determinada disposición, sin embargo, dejó entender que no habría sido esta la finalidad perseguida en el Anteproyecto de ley¹⁹⁵⁴. En ese sentido, el plazo, no debía entenderse como una obligación impuesta al legislador, sino más bien, como un límite necesario para garantizar la seguridad jurídica, y a través de ella, devolverle la certeza al ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, el plazo fungiría como un baremo necesario para aguardar a la intervención del legislador, y que cuando aquel parámetro haya sido superado, y la inercia del legislador constatada, debía ser el Tribunal al que le correspondía, antes que dictar la nulidad del precepto, remediar según lo que correspondía, el vicio de inconstitucionalidad de la norma declarada inconstitucional, en atención al caso concreto. Aunque esta posibilidad prevista por la propuesta de reforma, irremediabilmente daría paso, a que el Tribunal recurra al dictado de pronunciamientos interpretativos, y repare unilateralmente el vicio de inconstitucionalidad. En esta misma línea se manifestó Vives Antón, para quien, el problema no radicaba tanto en otorgar un plazo al legislador sino de no diferir indefinidamente los efectos de la nulidad¹⁹⁵⁵.

Ahora bien, en atención a la precisión de los detalles considerados por Oubiña Barbolla, se trae a colación el razonamiento reflexivo y detenido del artículo 39 previsto en el Anteproyecto de reforma. En ese sentido, para Oubiña, el referirse al apartado 1 del artículo 39 del Anteproyecto de reforma de la LOTC, entiende que aquella guarda relación con las sentencias de procesos de inconstitucionalidad y sus efectos. De lo que establece que con carácter general, el pronunciamiento que estime el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad tendrá dos efectos. Por un lado, la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados o cuestionados y, por el otro, la declaración de nulidad de los preceptos impugnados o cuestionados. Ahora bien, como excepción a las reglas señaladas previamente, Oubiña entendió posible desprender del segundo efecto, este es la declaración de nulidad, dos sub consecuencias adicionales, vale decir, no declarar la nulidad, de modo que la sentencia debía declarar exclusivamente la inconstitucionalidad del precepto impugnado o cuestionado: y de otro lado, cabía la posibilidad de diferir la declaratoria de nulidad por un plazo no superior a los tres años¹⁹⁵⁶.

Ahora bien, en la perspectiva de Oubiña, las fórmulas contenidas en el artículo 39 del Anteproyecto de reforma, no eran nuevas, puesto que ya con anterioridad, habrían sido planteadas en la reforma de la LOCT de 1999¹⁹⁵⁷, por lo que además de gozar de algún respaldo doctrinal previo, la propuesta de aquel entonces, bien podía admitir una segunda interpretación.

¹⁹⁵³ Trillo Torres, Ramón, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 93.

¹⁹⁵⁴ Viver Pi – Sunyer, Carles, *Comentarios a la encuesta...opus cit.*, p. 95.

¹⁹⁵⁵ Vives Antón, Tomás, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 95.

¹⁹⁵⁶ Oubiña Barbolla, Sabela, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 90.

¹⁹⁵⁷ La única diferencia con la formulación propuesta en el año 2005, como bien lo recuerda Oubiña Barbolla, Sabela, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 90, era que la propuesta de reforma del año 1999 preveía un plazo menor, es decir 2 años para que el legislador responda normativamente.

En ese sentido, a partir de una lectura detenida del artículo 39 del Anteproyecto de reforma, Oubiña advierte que, al preverse que «motivadamente y para preservar los intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o definir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años», el inciso de la excepción a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, más allá de su obviedad, contenía una no menor confusión, al emplear la conjunción «o» en lugar de «y». Y aquí viene el valioso aporte de Oubiña que resalta por su parsimoniosa explicación. Para esta jurista, significaría que la declaración de nulidad de un precepto constitucional puede ser «autónoma e independiente» de la declaración de inconstitucionalidad. En base a este análisis detallado, planteó un nuevo entendimiento de la disposición, en el que se creía que, en «los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, la sentencia estimatoria declarará la inconstitucionalidad del precepto y nulidad; sin embargo, motivadamente la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad, difiriendo los efectos de la nulidad por un plazo no superior tres años»¹⁹⁵⁸. Un ejercicio similar fue el que ensayó Terol Becerra, para quien, de la regulación contenida en el artículo 39 de la LOTC prevista en el Anteproyecto de reforma, podía desprenderse que el artículo 39.1 propuesto enunciaría una regla general respecto de la cual el dictado del artículo 39.3 tendría vocación de especialidad¹⁹⁵⁹.

A raíz de aquella interpretación, para Oubiña, la figura de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa encerraba una serie de imprecisiones, debido a que el Anteproyecto de reforma, no hacía referencia al plazo que debía concederse al legislador para regular normativamente la laguna normativa. En un intento de aplicación forzada de la analogía, entendió que debía concederse el mismo tiempo que para el caso del diferimiento de la declaratoria de nulidad, sin embargo, consideró que aquel plazo sería excesivamente amplio, por lo mismo, convocó a que en el tratamiento del proyecto de reforma en las Cortes Generales, se considerara un plazo al efecto, que no suponga extender injustificadamente el plazo dentro del cual el legislador debía actuar positivamente¹⁹⁶⁰. Otra de las imprecisiones advertidas por Terol Becerra, en relación a la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, era el referido a la innecesariedad de asociar la inconstitucionalidad con la nulidad en aquel supuesto. En su criterio –por demás lógico– no podía anularse el silencio normativo. Luego, la anulación por su silencio, de la norma impugnada, significaría para el profesor de Derecho Constitucional asignar una sanción no ajustada al grado de invalidez de la misma¹⁹⁶¹. Esta crítica también es sostenida por Fernández Farreres, para quien, los intentos por pretender cubrir dentro de la previsión del artículo 39.3 del Anteproyecto de reforma, a determinados supuestos de «inconstitucionalidad por omisión», son inútiles en la medida en que las consecuencias que se prevén quedan en la más absoluta indefinición, en tanto no se prevén las medidas que debía asumir el Tribunal para «subsana la insuficiencia» de la norma. Si acaso el Tribunal pudiera revisar el asunto y declarar la nulidad, advirtió que aquella medida radical no permitiría subsana la insuficiencia¹⁹⁶². Por lo mismo, planteó su postura a favor de prescindirse

¹⁹⁵⁸ Oubiña Barbolla, Sabela, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 91.

¹⁹⁵⁹ Térol Becerra, Manuel, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 92.

¹⁹⁶⁰ Oubiña Barbolla, Sabela, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 91.

¹⁹⁶¹ Térol Becerra, Manuel, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 93, basa su razonamiento en los planteados por Punset Blanco, Ramón, *Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones...opus cit.*, pp. 92 y ss.

¹⁹⁶² Para Fernández Farreres, Germán, *Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional...opus cit.*, p. 55, sólo algunos casos puntuales, incluso a riesgo de forzar la figura, podría aplicarse aquella fórmula, tal el caso de la

de la figura de la «inconstitucionalidad por insuficiencia normativa», puesto que, más allá de generar serias dificultades técnicas, su eficacia práctica no contribuye en mucho al objetivo principal que es la escisión entre inconstitucionalidad y nulidad.

En un análisis detenido al anteproyecto, Viver Pi–Sunyer, contempla tres supuestos desprendibles de la regulación del artículo 39 propuesto. Vale decir, en primer lugar la declaración de inconstitucionalidad, sin nulidad; en segundo, la declaración de inconstitucionalidad difiriendo la nulidad por un plazo no superior a tres años y; en tercer lugar, la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa fijando un plazo dentro del cual el legislador debe actuar positivamente. Apartándose de las reglas dogmáticas, la evaluación del ex Vicepresidente del TCE, sobre la propuesta de reforma fue positiva, al grado de sostener que la posibilidad de modular los efectos de la nulidad, en vez de debilitar la eficacia del control de constitucionalidad, venía a reforzar la práctica desarrollada por el Tribunal, en tanto le permitía desempeñarse con mayor libertad, y evitar precisamente, que la declaración de nulidad generase una ruptura inconcebible dentro del ordenamiento jurídico¹⁹⁶³.

Ahora bien, salvando las bondades de esta técnica, para Viver, las dificultades que la doctrina se ha encargado de denunciar, no devienen de su imperiosa necesidad por introducirse en el ordenamiento jurídico, sino de la aplicación que pueda hacerse. Pero, la incorrecta aplicación de la técnica, –entendió– no era un factor atribuible al Tribunal Constitucional, sino sobre todo de los legisladores, puesto que los casos en los que el legislador hizo caso omiso a las convocatorias o exhortaciones por parte del TC para corregir el vicio inconstitucionalidad son bastantes. Bajo este razonamiento, para el también Catedrático de Derecho Constitucional, Viver, la técnica de la inconstitucionalidad sin nulidad, o la del diferimiento de la nulidad, no presentan dificultades, ni mucho en relación al plazo establecido al legislador, contra argumentando de esta manera aquellas posiciones como las sostenidas por Oubiña que criticaban al plazo como excesivamente amplio. Para Viver, no debía olvidarse que por lo general, la adopción de una medida legislativa por parte de las Cortes Generales, demandaba una tramitación que implicaba necesariamente una ampliación en el tiempo, por lo que el lapso de los tres años, era razonable, y en todo caso, dejó abierta la posibilidad de que sea el Tribunal, el que atendiendo las circunstancias module el plazo en concreto.

Si bien todas estas propuestas, perspectivas y opiniones fueron puestas a consideración de las Cortes Generales, la complejidad y falta de consenso, hicieron que no se toquen estos aspectos dentro del proceso de reforma, quedando la redacción del artículo 39, sin ninguna variante¹⁹⁶⁴ que asuma algunas de las reflexiones planteadas a fin de corregir las deficiencias e inconvenientes del binomio inconstitucionalidad – nulidad¹⁹⁶⁵

omisión inconstitucional que resulta de la infracción del principio de igualdad. En este supuesto, la «insuficiencia normativa» podría ser remediada por el propio Tribunal, a través de la ampliación de los efectos de la norma a quienes hubieran sido excluidos de la misma, tal como lo hizo en la STC 222/1992. Sin perjuicio de lo manifestado, el autor reconoce que incluso en estos casos, la solución es discutible, y lo que es peor aún, torna en innecesaria la previsión proyectada, por lo que tampoco ayuda a resolver el problema por completo.

¹⁹⁶³ Viver Pi – Sunyer, Carles, *Respuestas a la encuesta...opus cit.*, p. 94.

¹⁹⁶⁴ Tomando en cuenta las modificaciones propuestas, Fernández Farreres, Germán, *Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional...opus cit.*, p. 66 – 67, dejó plasmado su escepticismo de que las mismas pudieran efectivizarse. Fernández planteaba de antemano, lo plausible del Anteproyecto de reforma, en tanto se limitaba a introducir doctrinas y prácticas propias del TCE firmemente asentadas. Sin embargo, de otro lado, también se refirió a que algunas de las innovaciones propiamente dichas, tal como se encontraban formuladas (tal el caso de la naturaleza y efectos de la declaración de inconstitucionalidad), suscitaban ciertas reservas. En su pensamiento,

3. EL CARÁCTER IMPRESCINDIBLE DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y BOLIVIANA.

No hay duda de la importancia que representa el control de constitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico español¹⁹⁶⁶ y boliviano.

Esa importancia se traduce en el hecho de que los Tribunales Constitucionales, han estado llamados a dilucidar en todo este período desde su surgimiento, sobre conflictos para nada menores en los que se encontraban involucrados la tutela de los derechos fundamentales, la configuración competencial del Estado, hasta consultas previas puntuales sobre determinados aspectos del quehacer estatal. En cada uno de estos procesos, la delimitación misma del marco de actuación del intérprete supremo de la Constitución, continuó generando importantes tensiones. Por lo mismo, valdría la pena reflexionar en primer término, sobre las problemáticas relativos a la propia competencia de los Tribunales Constitucionales como institución, que si bien previamente fueron planteadas, no menos cierto es, que estas no permitieron una resolución definitiva. V. Gr. los cuestionamientos en torno a la posición concreta del Tribunal Constitucional frente a los órganos de poder del Estado, constituyen temas pendiente de resolución en el debate doctrinal actual. Esto repercute irremediabilmente en la forma en la que los Tribunales Constitucionales ejercen el control de constitucionalidad. No es pacífico el recurso a la categoría de la «declaración de inconstitucionalidad sin nulidad» por parte de los intérpretes supremos de la Constitución, en tanto que su eficacia y utilidad plantean problemas en el seno de los propios Tribunales, que se suman a las dudas previamente expuestas desde la doctrina. Estos cuestionamientos han alcanzado también, a aquellos debates suscitados en relación a el diálogo – divorcio generado entre los Tribunales Constitucionales y la jurisdicción ordinaria a la hora de establecer una interpretación de la ley cuestionada que resulta conforme a la Constitución.

emprender el reto fundamental para hacer frente a las dificultades que atravesaba la justicia constitucional, no pasaba tanto por la corrección y perfeccionamiento técnico – jurídico de la vigente norma reguladora, como por afrontar con decisión una operación reformadora de mucho mayor calado y alcance que, modificando sustancialmente la situación a la que se ha llegado, trate de reequilibrar las funciones asignadas al Tribunal Constitucional. Y consideró que era ahí cuando el proyecto defraudaba, pues, diagnosticado correctamente el problema, los remedios que preveía el Anteproyecto, resultaban decepcionantes por cuanto de poco servían para resolverlo.

¹⁹⁶⁵ Véase la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 6/2007, de 24 de mayo, y 1/2010, de 19 de febrero.

¹⁹⁶⁶ Sin embargo, véase como del universo de sentencias pronunciadas por el Tribunal, tan sólo el 7% se han dedicado al control de constitucionalidad. Así, entre septiembre de 2011 y julio de 2012 el TCE dictó 381 sentencias, de cuales, veinte han sido en cuestiones de inconstitucionalidad, quince en recursos de inconstitucionalidad, y una sentencia en conflicto en defensa de la autonomía local. En gran parte de estos pronunciamientos las normas impugnadas, son leyes estatales, salvo una en la que se cuestionó una ley autonómica, sin que la controversia respecto a las mismas se refiera a materia competencial. Asimismo, es necesario resaltar, el tiempo que demandó que el Tribunal emita un pronunciamiento. En ese sentido, los datos demuestran una media de ocho años que demoró el Tribunal en resolver los mismos. Este indicador da a conocer una falta de eficacia práctica en el dictado de los pronunciamientos del TCE y su capacidad misma para ejercer correctamente sus competencias, dirimiendo de manera jurídica cuestiones litigiosas en torno a la aplicación y el desarrollo de la Constitución. Para una estudio comparativo sobre el tema, véase a Urías Martínez, Joaquín, *Sobre las sentencias de control de leyes*, en *El futuro de la justicia constitucional*, Actas de las XII jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 73 y ss.

Ahora bien, independientemente de los cuestionamientos realizados desde la doctrina o la misma magistratura ordinaria hacia la categoría de los pronunciamientos interpretativos, lo cierto es, que los Tribunales Constitucionales no han dejado de emitirlos. Basta citar como ejemplos en ese sentido, a la sentencia STCE 31/2010 en el caso de España, y la STCB 0770/2012–R en el caso boliviano, los cuales pasamos a explicar dada su importancia y actualidad en el respectivo orden.

3.1. La STCE 31/2010, sobre el Estatuto Catalán.

Como se pudo advertir en los capítulos anteriores, el TCE se abrió paso en el recurso a los pronunciamientos interpretativos con cierta perplejidad, y siempre cauta al punto de considerar su empleo como «muy delicado»¹⁹⁶⁷. Empero, conforme fue desarrollando su experiencia en la materia, tomó consciencia de la importancia de este tipo de decisiones que le permitían al Tribunal emitir fallos a través de los cuales se buscaba salvar a la norma de ser declarada inconstitucional, e indirectamente se perseguía también –es la postura defendida por algunos sectores doctrinales¹⁹⁶⁸– ser deferente con el producto del legislador, así lo demuestra el considerable desarrollo jurisprudencial de los primeros veinte años de funcionamiento del control de constitucionalidad en España, hasta arribar a un escenario como el actual, en el que el común denominador se caracteriza por tener a un Tribunal, que pasó de formular sentencias interpretativas *lato sensu*, a fórmulas mucho más complejas y cuestionables, no sólo en cuanto a su legitimidad, sino también en cuanto a su cobertura legal, en tanto la interpretación realizada por esta instancia de control, llega a situaciones que significan no otra cosa que la desnaturalización de la literalidad de la disposición impugnada. En ese sentido, esta tendencia en el empleo generalizado de sentencias no ya de mera interpretación de la ley, sino manipulativas de ésta, que de inicio motivaron más de una preocupación no sólo desde la perspectiva del plano doctrinal, sino también jurisprudencial, parecieran haber alcanzado su máxima expresión en la STC 31/2010, como se tendrá oportunidad de analizar a continuación.

De inicio, partamos sosteniendo que la importancia que adquiere la Sentencia 31/2010¹⁹⁶⁹, radica primero en su objeto mismo, es decir, que la norma que se sometió a examen de constitucionalidad es prácticamente la totalidad del Estatuto de Autonomía de Cataluña¹⁹⁷⁰, pero su vez, la trascendencia reside también, en el hecho de que el Tribunal se

¹⁹⁶⁷ Vid la STCE 5/1981.

¹⁹⁶⁸ Uno de los críticos hacia esta postura es Díaz Revorio, Francisco Javier, *La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010, sus efectos sobre el Estatuto Catalán y otras normas del ordenamiento vigente*, en Revista Catalana de Dret Públic, núm. 43, 2011, p. 63.

¹⁹⁶⁹ En junio de 2010, el TCE resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado Federico Trillo–Figuerola y Martínez–Conde, Diputado del Congreso y Comisionado por noventa y ocho Diputados del Grupo Parlamentario Popular, por el que se demandó diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. (LO 6/2006, de 19 de julio, desde ahora EAC). Cabe recalcar, que el recurso se planteó en virtud al principio de competencia que determina las atribuciones para cada institución pero con diferente interpretación por las partes. De estas y las propias interpretaciones del Tribunal solo una será acorde a la Constitución y las otras no, como lo determina el Tribunal Constitucional en su fallo.

¹⁹⁷⁰ Una revisión a la jurisprudencia constitucional española, nos permite apreciar que la impugnación de la totalidad de un Estatuto constituye un factor por demás novedoso, de modo tal, que la demanda, además de ser interpuesta contra una buena parte de la normativa del Estatuto de Cataluña, impugnó también el preámbulo de este, en relación a los términos «derechos históricos», «nación» y «ciudadanía de Cataluña», que a juicio de los recurrentes expresaban la voluntad del legislador, y como tal eran susceptibles de impugnación. Desde luego, no puede negarse que el TCE tuvo oportunidad de pronunciarse sobre otros estatutos de autonomía con anterioridad

decantó por salvar la constitucionalidad¹⁹⁷¹ de gran parte de las disposiciones del Estatuto¹⁹⁷², condicionándola –claro está– a la interpretación que a juicio del TCE es conforme con la Constitución¹⁹⁷³.

Dada la extensión de la sentencia, y los pormenores de ésta, citaremos a continuación los extractos puntuales de los criterios interpretativos vertidos por el Tribunal, en ocasión de dictar la STCE 31/2010. En ese sentido, debemos centrar nuestra atención en el apartado 3º del fallo, puesto que el mismo contiene veintisiete pronunciamientos interpretativos desestimatorios. En esta parte del pronunciamiento, el Tribunal se encarga de trazar enunciados condicionales en línea con la técnica empleada para los pronunciamientos desestimatorios interpretativos, es decir, sostener que las disposiciones normativas «no son inconstitucionales, siempre que se interpreten en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico que se indica...».

En este escenario, un claro ejemplo de la naturaleza hermenéutica de la decisión asumida por el TCE se encuentra en la interpretación que esta instancia de control de la constitucionalidad realiza del artículo 3.1 del EAC al sostener que dicha disposición es constitucional si se interpreta la referencia al Estado como «Estado central» y que la relación bilateral de este con Cataluña no se produce en pie de igualdad sino partiendo de la

a la STCE 31/2010, empero, estos sólo fueron en relación a determinadas disposiciones normativas. Vid en ese sentido la STCE 247/2007 a través de la cual, el Tribunal se pronunció sobre el derecho al agua reconocido en el Estatuto de Valencia.

¹⁹⁷¹ No debe dejarse de lado, el pronunciamiento sobre la carencia de eficacia interpretativa (Vid el numeral 4º del fallo), así como el pronunciamiento final general en el que se desestima el recurso «en todo lo demás».

¹⁹⁷² En efecto, el TCE emitió la STCE 31/2010 por la que resolvió que 14 disposiciones quedaban declaradas inconstitucionales. Véase en ese sentido, la parte resolutive de la STC 31/2010, que en su numeral 2º establece: «Son inconstitucionales y, por lo tanto, nulos: la expresión «y preferente» del apartado 1 del artículo 6; el apartado 4 del artículo 76; el inciso «con carácter exclusivo» del apartado 1 del artículo 78; el artículo 97; los apartados 2, letras a), b), c), d) y e), y 3 del artículo 98; los incisos «y con la participación del Consejo de Justicia de Cataluña» de los apartados 5 y 6 del artículo 95; el inciso «por el Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que lo preside, y» del apartado 1 del artículo 99; el apartado 1 del artículo 100; el inciso «o al Consejo de Justicia de Cataluña» del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 101; el inciso «como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto» del artículo 111; el inciso «los principios, reglas y estándares mínimos que establezcan» del apartado 2 del artículo 120; el inciso «los principios, reglas y estándares mínimos fijados en» del apartado 2 del artículo 126; el inciso «siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar» del apartado 3 del artículo 206; y el inciso «puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e» del apartado 2 del artículo 218.»

¹⁹⁷³ Del contexto de la Sentencia se desprende que 27 disposiciones normativas fueron objeto de interpretación conforme, de acuerdo con la cual, algunas de las disposiciones eran constitucionales si se interpretaban en el sentido otorgado por el TCE en los correspondientes fundamentos jurídicos. Así, textualmente, el numeral 3º del fallo de la STC 31/2010, señala que: «No son inconstitucionales, siempre que se interpreten en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico que se indica, los siguientes preceptos: el artículo 5; el apartado 2 del artículo 6; el apartado 1 del artículo 8; el apartado 5 del artículo 33; el artículo 34; el apartado 1 y el primer enunciado del apartado 2 del artículo 35; el apartado 5 del artículo 50; el artículo 90; los apartados 3 y 4 del artículo 91; el apartado 2 del artículo 95; el artículo 110; el artículo 112; el artículo 122; el apartado 3 del artículo 127; el artículo 129; el artículo 138; el apartado 3 del artículo 174; el artículo 180; el apartado 1 del artículo 183; el apartado 5 del artículo 206; los apartados 1 y 2, letras a), b) y d) del artículo 210; el apartado 1, letra d), del artículo 222 y el apartado 1, letra i), del artículo 223; el apartado 1 de la disposición adicional tercera; y las disposiciones adicionales octava, novena y décima.»

superioridad de aquel¹⁹⁷⁴. Bajo este mismo prototipo, el Tribunal sostuvo que la exigencia de acreditación del deber de conocer en forma «adecuada y suficiente» de las dos lenguas oficiales, preceptuadas en los apartados 3 y 4 del artículo 33 para determinados funcionarios del Estado, solo es constitucional si se interpreta que debe regularse por las leyes del Estado¹⁹⁷⁵.

Continuando con la revisión de los fundamentos jurídicos que engloba el pronunciamiento interpretativo, resulta de interés también, el juicio emitido por el Tribunal en relación al artículo 41.5 del EAC, cuya regulación prevé que los poderes públicos deben velar para que la libre elección de la mujer sea determinante en todos los casos que puedan afectar a su dignidad, integridad y bienestar físico y mental, aclarando el TCE que «en particular en lo que concierne al propio cuerpo y a su salud reproductiva y sexual», solo es constitucional si se interpreta como un principio rector dirigido a los poderes públicos de Cataluña que no supone indeterminación en la protección de la vida concebida¹⁹⁷⁶.

Ahora bien, que el TCE se vea –en determinados supuestos como los vistos en ocasión de pronunciarse en relación a los arts. 3.1, 33 y 41.5 del EAC– obligado a desplegar técnicas hermenéuticas que le permitan salvar a la disposición de ser declarada inconstitucional, a través de la asignación de un significado que sea conforme con la Constitución, no siempre resulta una labor que le posibilite al Tribunal, justificar aquella determinación, en tanto que la elección del significado atribuible a la disposición, no siempre es la que se ajusta a la literalidad de la norma. Dicho de otro modo, y para el caso de la STCE 31/2010, el Tribunal no solamente se limitó a emitir una sentencia interpretativa *lato sensu* con la finalidad de crear normas a partir de la interpretación de las disposiciones, puesto que, del contenido del pronunciamiento, pueden advertirse también, supuestos en los que el intérprete supremo de la Constitución se extralimitó al asignar a la disposición un entendimiento forzado de ésta, alterando con ello, no solo el contenido de la disposición, sino la voluntad misma del legislador. Se está haciendo referencia claro está, al dictado de pronunciamientos cuya carga creativa es mayor en relación a los pronunciamientos meramente interpretativos, esto es, el dictado de sentencias manipulativas, donde las normas obtenidas no derivan de la propia disposición, aunque luego se busque atribuírselas¹⁹⁷⁷.

Una muestra de ello, lo constituye la interpretación hecha por el Tribunal en relación al artículo 50.5 del EAC que regula sobre los derechos y deberes lingüísticos. En el criterio del Tribunal, «La Generalitat, la Administración local y las demás corporaciones públicas de Cataluña, las instituciones y las empresas que dependen de las mismas y los concesionarios de sus servicios deben utilizar el catalán en sus actuaciones internas y en la relación entre ellos. También deben utilizarlo en las comunicaciones y las notificaciones dirigidas a personas físicas

¹⁹⁷⁴ Vid el FJ 13 de la STCE 31/2010.

¹⁹⁷⁵ Vid el FJ 21 de la STCE 31/2010.

¹⁹⁷⁶ Vid el FJ 21 de la STCE 31/2010.

¹⁹⁷⁷ Resulta por demás esclarecedora la explicación de Balaguer Callejón, Francisco, *Tribunal Constitucional y creación...opus cit.*, p. 398, cuando sostiene que las sentencias interpretativas clásicas (las que deben entenderse en el sentido restrictivo que normalmente la doctrina les confiere) difieren en su naturaleza con las sentencias manipulativas, puesto que en estas últimas, el proceso creativo es todavía más visible. En ese sentido, para Callejón, el Tribunal, bien debiera operar en el sentido ideal, esto es el de las normas o el del significado desprendible de la disposición, manteniéndose con ello dentro de sus márgenes, más lo que no se justificaría es que el intérprete supremo de la Constitución manipulara los significados desprendibles del precepto, puesto que ello acabaría transformando en su totalidad, complementando (y a veces contradiciendo) aquello que el legislador había establecido.

o jurídicas residentes en Cataluña, sin perjuicio del derecho de los ciudadanos a recibirlas en castellano si lo piden».¹⁹⁷⁸ A raíz de este entendimiento, el Tribunal, lo que hizo fue dejar sin efecto la obligación del ciudadano de solicitar la comunicación en castellano que en su literalidad se desprendía de la disposición impugnada¹⁹⁷⁹. Luego del pronunciamiento del Tribunal, el sentido – significado de la norma sometida a juicio de constitucionalidad, no impone ya la obligación al ciudadano de utilizar el catalán, al contrario, abre sin restricciones la posibilidad de utilizarlo con la misma regularidad que el castellano. Consiguientemente, tampoco cabría exigir a los ciudadanos la petición expresa para recibir la comunicación en castellano.

Como puede observarse, son estos pasajes de la sentencia, los que han suscitado nuevamente en el escenario doctrinal¹⁹⁸⁰ y jurisprudencial, una serie de debates y críticas hacia la dimensión hermenéutica del pronunciamiento. Las mismas consideraciones en cuanto al contenido de la sentencia no fueron pacíficas al interior del Tribunal, y ello se ve expresado – precisamente– en los «votos particulares»¹⁹⁸¹ que motivó la decisión.

Por lo mismo, resulta de interés, resaltar algunos de los razonamientos esbozados por los Magistrados disidentes para con el contenido de la STCE 31/2010. Así, en la perspectiva del Magistrado Conde Martín de Hijas «Salvar la constitucionalidad de una Ley recurrida, negando lo que la misma dice, sobre la base de hacerla (...) decir lo que no dice, más que un error, supone, (...) un modo de abdicación de la estricta función jurisdiccional y de ejercicio de una potestad constitucional que al Tribunal no le corresponde». Continuando con la reflexión, establece a su vez, que «...la técnica de la interpretación conforme, en cuanto alternativa a la pura declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad, no puede caer en el riesgo de la inseguridad jurídica, con lesión en tal caso del art. 9.3 CE, lo que pudiera acaecer si la

¹⁹⁷⁸ Vid el FJ 23 de la STCE 31/2010.

¹⁹⁷⁹ Ampliando el razonamiento vertido por el TCE en torno a la cuestión de la lengua, para el máximo intérprete de la Constitución «Sólo los particulares, en tanto que titulares del derecho de opción lingüística garantizado por el propio art. 33.1 EAC, pueden preferir una u otra de ambas lenguas en sus relaciones con el poder público radicado en Cataluña. Y hacerlo, además, en perfecta igualdad de condiciones por cuanto hace a las formalidades y requisitos de su ejercicio, lo que excluye que, como pudiera resultar de una interpretación literal del apartado 5 del art. 50 EAC, quienes prefieran que su lengua de comunicación con las Administraciones sea el castellano hayan de pedirlo expresamente. El precepto, sin embargo, es conforme con la Constitución ya que puede interpretarse en el sentido de que, en el marco de la política de fomento y difusión del catalán, las entidades públicas, instituciones y empresas a que el precepto se refiere, pueden utilizar la lengua catalana con normalidad, sin perjuicio de poder utilizar también con normalidad el castellano, en sus relaciones internas, en las relaciones entre ellas y en sus comunicaciones con los particulares, siempre que se arbitren los mecanismos pertinentes para que el derecho de los ciudadanos a recibir tales comunicaciones en castellano pueda hacerse efectivo sin formalidades ni condiciones que redunden para ellos en una carga u obligación que les constituya en la posición de sujeto activo en sus relaciones con la Administración pública».

¹⁹⁸⁰ Vid por todos los ensayos y artículos publicados en la *Revista d'Estudis Autònoms i Federals, Especial sobre la Sentència de l'Estatut d'autonomia de Catalunya*, núm. 12, marzo, 2011. Así también la revista *Activitat parlamentària*, núm. 15, septiembre, 2010. De igual modo, la *Revista catalana de dret públic, Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatut de Autonomia de Catalunya de 2006*, entre otros más.

¹⁹⁸¹ Cabe recordar, que la STC 31/2010 no fue unánime puesto que suscitó 5 votos particulares de los magistrados Eugeni Gay, Vicente Conde Martín de Hijas, Javier Delgado Barrio, Jorge Rodríguez-Zapata y Ramón Rodríguez Arribas. Así también, los magistrados Conde, Delgado, Rodríguez-Zapata y Rodríguez Arribas realizaron una contestación de fondo en relación a los fundamentos jurídicos, así como al mismo fallo de la sentencia. Por otra parte, el magistrado Gay mostró su discrepancia en relación con las consideraciones sobre los términos «nación» y a los «derechos históricos» que contempla el tan polémico Estatuto Catalán.

interpretación de la Ley, en su caso proclamada, adoleciera de falta de claridad y precisión, dejando márgenes abiertos para una eventual interpretación de la interpretación».

Desde una perspectiva próxima a la del Magistrado Conde, la crítica realizada por el Magistrado Delgado Barrio se centra más en la labor activista y paralegislativa desarrollada por el Tribunal en el dictado de la STCE 31/2010. Así, sostiene con vehemencia que «esta Sentencia, en una buena medida, se aparta de la función estrictamente jurisdiccional que le es propia para, en lo que denomina interpretaciones, crear unas normas nuevas invadiendo el campo funcional del legislador: salva así de la declaración de inconstitucionalidad muchos preceptos, pero esto se logra atribuyéndoles un sentido diferente, a veces contrario, al que su texto expresa e incluso en ocasiones se les despoja de toda virtualidad jurídica, reduciéndolos a meros propósitos o a simples pretensiones o sugerencias y, en algunos casos, a descripciones de la doctrina del Tribunal Constitucional, con todo lo cual viene a dar una redacción nueva a no pocos aspectos del Estatuto»¹⁹⁸². Este criterio fue compartido por el Magistrado Rodríguez Arribas para quien, «en el desarrollo de su función de intérprete supremo o último de la Constitución el Tribunal Constitucional no puede suplantar al legislador e incluir en el Ordenamiento jurídico preceptos o desarrollos normativos que, en rigor, no responden a la interpretación de los textos legales, sino a la introducción en ellos de contenidos ajenos que los rectifican o alteran».

Por su parte, para el Magistrado Rodríguez–Zapata, lo que hace el Tribunal ha momento de dictar la sentencia de marras es manipular, puesto que a su juicio, los preceptos del EAC son modificados al punto de desconocerse «...su sistemática interna hasta convertirlo en un embrollo de normas vacías, paralizadas, futuras o a las que se hace decir lo que no dicen, ni han querido decir». Por lo mismo, no dudó en sostener que de todo subyace una «sentencia manifiesta», una «sentencia oculta», que «no aparece en ese fallo pero es la que manipula innumerables preceptos esenciales del EAC (...) en un ejercicio desproporcionado de legislación positiva»¹⁹⁸³.

De la cita a los principales argumentos sostenidos en los votos particulares, se desprende un común denominador: la crítica hacia el recurso irrestricto en el empleo de las técnicas interpretativas por parte del TCE, y la consiguiente desnaturalización del sentido de las disposiciones sometidas a control de constitucionalidad¹⁹⁸⁴.

Empero, si hay algo que se puede manifestar en defensa de la STCE 31/2010, es que la misma no hace otra cosa que continuar la línea jurisprudencial asentada con anterioridad por el TCE, y por lo mismo, el pronunciamiento –ya sea en cuanto a su contenido, o en relación a la técnica empleada (sentencia interpretativa en su más amplia y variada gama)–, no implica un

¹⁹⁸² Por todo ello, a juicio del Magistrado Delgado Barrio, lo delicado es que la Sentencia, no declara la inconstitucionalidad de preceptos estatutarios que, «son claramente inconstitucionales, atribuyéndoles un sentido distinto al que deriva de su texto, con lo que se crea una norma nueva, cometido propio del legislador absolutamente ajeno a la función constitucional de este Tribunal».

¹⁹⁸³ Contrario a la naturaleza manipulativa de la Sentencia, para el Magistrado Rodríguez–Zapata la «la interpretación conforme a la Constitución no es (...) un «arreglo todo» que permita hacer decir a los Estatutos lo que éstos no han dicho ni querido decir y, mucho menos, un «desmontalotodo» por el que se haga decir a la Constitución lo que no se deduce de sus proposiciones normativas ni de la voluntad del constituyente».

¹⁹⁸⁴ En la reflexión de Díaz Revorio, Francisco Javier, *La tipología de los pronunciamientos...opus cit.*, p. 72, es patente que el empleo de la técnica de la interpretación conforme, llevada a cabo en la STCE 31/2010, prácticamente «vacía» de contenido normativo al Estatuto.

*quid novit*¹⁹⁸⁵ dentro del concierto jurisprudencial constitucional español. Es evidente, y por ello no puede negarse que la decisión encierra un amplio espectro de pronunciamientos interpretativos, pero también se debe tomar en cuenta la naturaleza misma de la norma impugnada, y con ello, la extensión y la cantidad de preceptos sobre los que el Tribunal tuvo que pronunciarse. Luego, huelga señalar la importancia y los delicados asuntos¹⁹⁸⁶ sobre los que el Tribunal tuvo que cavilar.

Es cierto que el recurso a los pronunciamientos interpretativos (o de interpretación conforme) por parte del Tribunal deben estar fundados en razones válidas que justifiquen su empleo, y que en estricta sujeción al principio del *self restraint*, el intérprete supremo de la Constitución sólo debiera acudir a esta técnica con una moderación que le permita mantener un equilibrio entre, por un lado, evitar la declaración de inconstitucionalidad de la disposición y resguardar el producto de los autores del Estatuto, y por el otro, garantizar un mínimo necesario de seguridad jurídica, sobre todo en lo que concierne a los efectos desprendibles de aquella particular tipología de sentencias.

Además, no debe dejarse de lado, que la STCE 31/2010, constituye el resultado de una serie de variables que repercutieron en el trasfondo mismo del pronunciamiento. Así, se tiene que el pronunciamiento tuvo que buscar en primer lugar, el acomodo normativo luego de operarse la reforma de la LOTC, para coetáneamente tener que pasar por las recusaciones en serie de distintos magistrados del Pleno, A ello debe sumarse, como lo rememora Díaz Revorio, el sinnúmero de debates y ponencias que no alcanzaban la aprobación, o pronósticos y valoraciones previas sobre eventuales fallos, que desde todas las instancias políticas y sociales buscaban quizá influir o condicionar al Tribunal¹⁹⁸⁷. Todo esto desde luego, sólo propició a la demora excesiva en el dictado del pronunciamiento¹⁹⁸⁸.

Sin entrar en mayores consideraciones, dada la extensión de la STC 31/2010, se concluye sosteniendo que este pronunciamiento es una muestra más de cómo, el TCE, recurrió al dictado de una decisión —en buena parte— de desestimación interpretativa, porque entendió

¹⁹⁸⁵ No puede negarse que desde una perspectiva jurídica, es loable resaltar su previsibilidad, en consonancia con la doctrina que el TCE ha ido elaborando a lo largo de sus treinta años de existencia en relación con las bases del Estado autonómico, por lo que es posible afirmar, que en esta ocasión, el Tribunal ha ido al hilo de sus grandes construcciones jurisprudenciales, lo que no significa negar de la existencia en aquella trayectoria, de algunos no menores episodios de incoherencia en sus pronunciamientos, realizados por lo general, en atención a la tramitación de casos particulares. En consecuencia, el Tribunal ha enjuiciado el Estatuto catalán con las pautas interpretativas que hasta ahora había desarrollado.

¹⁹⁸⁶ Sin duda, al TCE le tocó pronunciarse sobre aspectos muy delicados como el pretendido autogobierno catalán que el Estatuto preveía promover, y sobre el cual —se entiende— supo ser cauteloso ha momento de reflexionar en torno a la misma. En ese sentido, se cree que, asumiendo esa cautela, se abocó a precisar los límites en los que debe desempeñarse el legislador estatutario, más que todo, para definir su relación con la Ley Fundamental. Esto fue precisamente lo que sucedió ha momento de reflexionar acerca de los derechos y deberes lingüísticos, así como las competencias de la Generalitat y los criterios introducidos en la financiación.

¹⁹⁸⁷ Es indudable que la STCE 31/21010, constituye desde ya, por sus consecuencias políticas una de las sentencias más trascendentes —cuando no polémicas— que registra la jurisprudencia constitucional española.

¹⁹⁸⁸ Al igual que Díaz Revorio, Francisco Javier, *La tipología de los pronunciamientos...opus cit., p. 1*, en el criterio de Solozábal Echavarría, Juan José, *La sentencia sobre el Estatuto de Cataluña: Una visión de conjunto*, en Revista de Estudios Políticos (nueva época), Núm. 151, Madrid, enero-marzo 2011, p. 205, las dificultades para entender de una manera exacta el contenido y alcance de la Sentencia guardan estrecha relación con el escenario en el que el Tribunal ha emitido el fallo, es decir, un espacio de tiempo considerablemente extenso, que sólo sirvió para erosionar, la autoridad del Tribunal.

que era el mecanismo idóneo a fin de no crear un vacío legislativo, y ser deferente con la obra del autor estatutario. Sin embargo, este capítulo en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional española, sirvió como en otras oportunidades, para reavivar una vez más el debate tan conocido en Italia sobre la naturaleza y eficacia de este tipo de pronunciamientos, así como las dificultades que entraña no solamente para el Tribunal Constitucional, sino también para la justicia constitucional en sí.

3.2. La STCB 0770/2012 – R, sobre el procesamiento penal en rebeldía en Bolivia: La interpretación conforme de la Ley No. 004, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas.

En el caso boliviano, sucede un fenómeno similar al caso español, puesto que luego de haberse operado las transformaciones de fondo a nivel Constitucional como legal, el nuevo TCPB, no ha podido evitar el recurrir al dictado de pronunciamientos interpretativos, y una muestra reciente de ello, lo constituye la sentencia 0770/2012–R, de 13 de agosto, que fue dictada en ocasión de resolver la acción de inconstitucionalidad concreta¹⁹⁸⁹.

La demanda de inconstitucionalidad, se centraba en el pedido de la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 24, (Sistematización de los Delitos de Corrupción y Vinculados) 34, (Modificaciones e Incorporaciones al Código Penal), 36 (Inclusión de Artículos en el Código de Procedimiento Penal), 37 (Modificaciones al Código de Procedimiento Penal), y la Disposición Final Primera de la Ley 004 de 31 de marzo de 2010¹⁹⁹⁰, con relación a los artículos 90 (Efectos de la Rebeldía), 91 Bis (Prosecución del juicio en rebeldía) y 344 Bis (Procedimiento de juicio oral en rebeldía por delitos de corrupción) del Código de Procedimiento Penal (CPP), por la supuesta vulneración del derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones¹⁹⁹¹.

Concretamente, de entre los argumentos de la parte accionante, se resalta la duda generada por el artículo 24 de la Ley 004, al definir al delito de incumplimiento de deberes, como un delito vinculado al de corrupción. Del mismo modo el artículo 34 de la misma ley, al agravar la pena para el delito de incumplimiento de deberes. En consecuencia, en criterio de la parte recurrente, ambos preceptos tendrían como resultado la vulneración del principio de

¹⁹⁸⁹ La acción fue promovida por Mírian Mendoza Mercado, en calidad de defensora de oficio de cuatro demandados dentro de un proceso penal, entre los que resalta por el carácter político del sindicato el nombre del Sr. Manfred Reyes Villa, principal dirigente de la tienda política Nueva Fuerza Republicana, y opositora al partido político en función de Gobierno MAS.

¹⁹⁹⁰ En adelante Ley No. 004, o Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas o, Marcelo Quiroga Santa Cruz.

¹⁹⁹¹ Asimismo, en atención a las previsiones contenidas en los artículos 116.II, 117.1, 119.II, y 123 de la CPEP, la recurrente sostenía que cualquier sanción debía fundarse en una ley anterior al hecho punible, y que ninguna persona podía ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, así como que toda persona goza del derecho inviolable a la defensa. También se adujo que la ley sólo disponía para lo venidero y no tendría efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución) de la Constitución Política del Estado (CPE), respectivamente.

legalidad penal consagrado por el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De igual modo, a juicio de la abogada accionante, el artículo 36 de la referida ley, al incluir nuevas disposiciones legales al Código de Procedimiento Penal, entre ellos los artículos 91 Bis y 344 Bis, que disponen la prosecución del juicio oral en rebeldía del imputado; y, el artículo 37 al modificar el artículo 90 del CPP, previendo que el efecto suspensivo de la declaratoria de rebeldía no se aplique a los procesos por delitos de corrupción o vinculados a él, vulneraban el derecho fundamental al debido proceso consagrado por los artículos 115.II al 121 de la CPE, así como los artículos 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del PIDCP.

De otro lado, en la perspectiva de la demandante, la Disposición Final Primera de la Ley 004, al establecer la aplicación retroactiva de sus disposiciones legales para el juzgamiento de los delitos de corrupción y vinculados a éste, desnaturalizaba el Estado de Derecho, previsto por el artículo 1 de la CPE, e infringía el derecho al principio de legalidad penal consagrado por el artículo 116.II de la CPEP.

Una vez admitido el recurso, la Comisión de Admisión del TCPB, notificó al personero legal del Órgano que emitió la norma impugnada a fin de que plantee los descargos correspondientes¹⁹⁹². En ese sentido, el Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP), formuló sus alegatos¹⁹⁹³ bajo los siguientes términos:

En primer lugar, sostuvo que el artículo 24 de la Ley 004, debía ser interpretado en concordancia con el artículo 34 de la misma Ley, el cual incorpora un segundo párrafo en el artículo 154 del CP, párrafo extrañado por la recurrente, por lo que –en criterio de la autoridad recurrida– no se había creado un tipo penal de corrupción sin incluir el tipo penal, invitando para constatar aquel extremo, a realizar una lectura íntegra del artículo 34 de la Ley 004. Asimismo, el Presidente de la ALP, señaló que en el recurso, se hizo una incorrecta interpretación del mencionado artículo 24, pues aquella norma efectuaría la diferencia entre delito de corrupción y el delito vinculado a la corrupción, señalando en su primer párrafo que comete delito de corrupción, de acuerdo a la incorporación efectuada por el artículo 30 de la misma ley al artículo 154 del CP, esto es: La servidora o el servidor público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare un acto propio de sus funciones cuando el delito ocasione daño económico al Estado, imponiéndose en tal caso la pena privativa de libertad de uno a cuatro años, agravada en un tercio. Esta diferencia se aclaraba en interpretación de la autoridad recurrida, a través del párrafo segundo del mencionado artículo 24, al prever que comete delito vinculado con corrupción, la servidora o el servidor público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare un acto propio de sus funciones. Aplicándose en ese caso la sanción de uno a cuatro años de privación de libertad; describiéndose en ambos casos la conducta antijurídica y su sanción, cumpliéndose por lo tanto –según la autoridad recurrida– con el principio de legalidad y taxatividad y al mismo tiempo sujetándose al marco constitucional. En lo

¹⁹⁹² Por AC 0490/2012–CA de 27 de abril, cursante de fs. 223 a 229, la Comisión de Admisión del TCPB ordenó se ponga en conocimiento del personero legal del órgano emisor de la norma impugnada, acto que fue cumplido con la ejecución de las notificaciones a Álvaro Marcelo García Linera, Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el 31 de mayo de 2012 (fs. 254).

¹⁹⁹³ Por memorial remitido vía fax el 26 de junio de 2012 (fs. 260 a 271 vta.), Álvaro García Linera, Vicepresidente del Estado Plurinacional y Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, expuso sus alegatos.

concerniente a la modificación del artículo 154 del CP, en supuesta contradicción –como lo manifestara la recurrente– con lo previsto en el artículo 24 de la Ley 004, la autoridad recurrida sostuvo que el artículo 24 es concordante con el 34 de la misma Ley, y para ello planteó un entendimiento en el cual, el primero puntualiza qué tipos penales son delitos de corrupción y cuáles son los delitos vinculados con corrupción, estableciendo en el artículo 34 las modificaciones e incorporaciones al Código Penal, en el caso del delito de corrupción «incumplimiento de deberes» cuando se produce un daño económico al Estado, por lo que el artículo 34 de la Ley 004, en la perspectiva del Presidente de la ALP, al incorporar en el artículo 154 del CP, un segundo párrafo, distingue dos tipos de conductas, todo en concordancia con el artículo 24 de la misma Ley, siendo una de ellas relativa al delito vinculado con corrupción cuando se cumple la conducta descrita en el primer párrafo de la norma, y la otra, relativa al delito de corrupción cuando la conducta descrita en el párrafo primero causa un daño económico al Estado, y todo ello, en conformidad con lo previsto por el párrafo segundo del referido artículo, descartando de este modo la existencia de inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, en tanto no existiría una inobservancia al principio de legalidad¹⁹⁹⁴.

Ha momento de referirse a la supuesta inconstitucionalidad de los artículos 36 y 37 de la Ley 004, por vulnerar el derecho al debido proceso consagrado en los artículos 115.II y 117.I de la CPEP y el derecho a la defensa reconocido por el artículo 119.II de la Norma Fundamental, al establecer la prosecución del juicio oral en rebeldía del acusado, y luego de exponer el contenido de ambos derechos, la autoridad recurrida afirmó que la prosecución del juicio en rebeldía tiene por finalidad tutelar la actividad jurisdiccional frente a la «omisión maliciosa» del imputado de apersonarse ante la autoridad jurisdiccional para evitar la averiguación de la verdad y garantizar el acceso a la justicia de la víctima. Por lo mismo, justificó que la garantía establecida por el derecho procesal penal para que una persona no sea juzgada en ausencia es válida cuando la persona imputada se halle impedida legalmente de apersonarse ante la autoridad jurisdiccional y asumir su defensa; sin embargo, en criterio inverso defendido por el Presidente de la ALP, si la persona imputada sin justificativo legal no se apersona ante la autoridad jurisdiccional con la finalidad de obstaculizar el proceso y la averiguación de la verdad, la suspensión del proceso como garantía de la imputada o imputado es inaplicable. En consecuencia, la autoridad recurrida rechazó que la prosecución del juicio oral en rebeldía de la persona imputada impida que ésta pueda realizar los actos de defensa reconocidos en el Código de Procedimiento Penal, por lo que vio pertinente aclarar, que, a diferencia de lo que sucede en materia civil, en el proceso penal por delitos de corrupción, la declaración de rebeldía no constituye un allanamiento ni reconocimiento de los hechos imputados de la acusación, respetándose ampliamente el principio de la carga de la prueba y el principio de presunción de inocencia. Para tal fin, según defendió el Presidente de la ALP, el CCPP en su artículo 344 Bis, establece el nombramiento de un defensor de oficio para el juicio oral, por lo que en su criterio, también quedaría descartada la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados.

¹⁹⁹⁴ En los descargos presentados presentado por el Presidente de la ALP, se señaló que la función del referido principio sería evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley, cosa que para el caso de las disposiciones impugnadas no sucedía en tanto se sujetaban al principio mencionado y no vulneran los componentes del mismo.

Por último, en referencia a la Disposición Final Primera de la Ley 004, la autoridad recurrida expresó que dicha Ley no determina la retroactividad de los nuevos tipos penales establecidos en el artículo 25, e hizo notar que los incisos 2) y 3) del citado artículo son delitos de carácter permanente y menciona que el objeto de la Disposición Final Primera es la de cumplir con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado boliviano¹⁹⁹⁵.

Ahora bien, ha momento de emitir su decisión, el TCPB esbozó razonamientos en orden a los aspectos principales de la demanda de inconstitucionalidad. Así, en relación al procesamiento penal en rebeldía, a juicio del Tribunal, a través de una interpretación sistemática, teleológica y literal la norma contenida en el artículo 123 de la CPEP, no debe ser entendida en sentido que sea posible sancionar retroactivamente conductas que no estuvieron previamente establecidas en una ley, pues el artículo 123 de la CPEP, al situarse en el Título IV, Capítulo Primero relativo a las garantías jurisdiccionales, debe entenderse como una garantía de seguridad del Estado a favor de los ciudadanos. En consecuencia, para el Tribunal, no resultaría lógica la interpretación del establecimiento de garantías a favor del propio poder público. Luego, en una valoración preliminar por parte del TCPB, la aplicación retroactiva de la ley penal sustantiva desfavorable al imputado o procesado por delitos de corrupción, no resultaba admisible. Incluso –para el TCPB– de interpretarse que el mencionado artículo 123, permite la aplicación retroactiva de la norma penal sustantiva, lo que correspondería, según su criterio, es aplicar el artículo 116.I de la Constitución, según el cual «Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado». Por lo mismo, a juicio del Tribunal, no debía admitirse la aplicación retroactiva de la ley penal sustantiva, puesto que ella, no sólo afectaría la seguridad jurídica sino que transformaría el derecho penal de acto en un derecho penal de autor y se desnaturalizaría la función democrática de la pena, pues la misma ya no podría motivar la conducta de los ciudadanos.

En ese sentido, luego de desarrollar una cita y análisis de la jurisprudencia constitucional nacional y la de los tribunales internacionales sobre la materia, el TCPB estableció algunas reglas básicas que debían considerarse para el caso concreto. Así, en primer lugar, debía aplicarse la norma penal sustantiva vigente al momento de cometer el acto presuntamente delictivo. Luego, en virtud al principio de la seguridad jurídica se encontraba vedada la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa de forma retroactiva, en cuyo caso, debía aplicarse la ley penal sustantiva vigente ha momento de cometerse el ilícito de forma ultra – activa. Y por último, cuando el delito de corrupción o vinculado a ella sea de carácter permanente –aspecto determinado por la afectación al bien jurídico que depende en el tiempo de la voluntad del imputado– de igual modo debía aplicarse la norma penal vigente a la comisión del hecho.

Bajo las pautas expuestas y de una interpretación «de la Constitución» del artículo 123 de la CPEP, y «desde la Constitución» de la Disposición Final Primera de la Ley 004, en criterio del TCPB, declaró su constitucionalidad únicamente respecto al cargo de inconstitucionalidad referido a la permisión de aplicación retroactiva del derecho penal

¹⁹⁹⁵ Luego de determinar el bien jurídico protegido de los tipos penales del enriquecimiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado, la autoridad recurrida señaló que los mismos tienen la característica de ser delitos permanentes en el tiempo, y en consecuencia, tampoco existiría retroactividad alguna por lo que la norma impugnada no vulneraría el artículo 116.II de la Constitución.

sustantivo contenido en la Ley 004, siempre y cuando su aplicación por los jueces o tribunales sea en el marco del principio de favorabilidad y conforme a lo expuesto *ut supra*.

Ahora bien, en relación a los artículos 36 y 37 de la Ley 004, el TCPB, antes de iniciar la fundamentación correspondiente, entendió prudente hacer notar que no existía óbice alguno para efectuar el contraste o test de constitucionalidad de los mismos, en tanto que dichos preceptos introducen reformas o modificaciones al Código de Procedimiento Penal, modificando así el artículo 90 referido a los efectos de la rebeldía e introduciendo los artículos 91 Bis y 334 Bis, ambos también referidos a la rebeldía, por lo tanto, la normativa procesal penal citada, al hacer referencia a reglas del procesamiento (aspectos de orden adjetivo), serían inicialmente aplicables a las causas en tramitación siempre y cuando su aplicación no afecte a los elementos del debido proceso conforme puntualizará el TCPB más adelante.

Por lo mismo, a fin de diferenciar cuáles son los casos que dan lugar a la declaratoria de rebeldía y que involucren generar en el procesado aquel estado de indefensión absoluto tal cual se afirmaba en la acción concreta de inconstitucionalidad, el TCPB a través de sentencias constitucionales emergentes de acciones de libertad¹⁹⁹⁶, estableció cada supuesto. Véase entonces cómo del desarrollo conceptual antedicho, emerge de la imperiosa necesidad de determinar los alcances del absoluto estado de indefensión y su incidencia en la incomparecencia del procesado, misma que básicamente se restringiría al desconocimiento del proceso con la imposibilidad de ejercer su derecho a la defensa irrestricta, lo cual atinge también al debido proceso.

De este modo, resultó palpable del análisis a la normativa vigente sobre el tema, y la jurisprudencia constitucional glosada, que la omisión o la inefectiva citación o notificación con la primera Resolución que se dicte respecto de las partes y las sentencias y resoluciones de carácter definitivo, son las que provocarían en todo imputado el desconocimiento del proceso, o generarían la imposibilidad de impugnar las resoluciones desfavorables, provocando de esta forma un absoluto estado de indefensión que no condice con el espíritu garantista de sistema procesal penal boliviano¹⁹⁹⁷. En ese entendido, a juicio del Tribunal, resultaba imperioso sentar

¹⁹⁹⁶ Por ejemplo, El Tribunal señaló, que a través de la acción de libertad se tutela el debido proceso cuando: «...a consecuencia de las violaciones al debido proceso invocadas, se colocó al recurrente en absoluto estado de indefensión, lo que no le permitió impugnar los supuestos actos ilegales y que recién tuvo conocimiento del proceso al momento de la persecución o la privación de la libertad » (SC 1865/2004–R de 1 de diciembre). A su vez, y en la misma lógica, el mismo Tribunal, trajo a colación la SC 1030/2010–R de 23 de agosto, manifestó que: «...en la SC 0619/2005–R de 7 de junio, (...): a partir de la doctrina constitucional sentada en la SC 1865/2004–R de 1 de diciembre, para que la garantía de la libertad personal o de locomoción pueda ejercerse mediante el recurso de hábeas corpus cuando se denuncia procesamiento ilegal o indebido deben presentarse, en forma concurrente, los siguientes presupuestos: (...) b) Debe existir absoluto estado de indefensión, es decir, que el recurrente no tuvo la oportunidad de impugnar los supuestos actos lesivos dentro del proceso y que recién tuvo conocimiento del mismo al momento de la persecución o la privación de la libertad».

¹⁹⁹⁷ Precisamente con relación a la notificación con el primer acto procesal, la SC 0966/2011–R de 22 de junio, expresó que: «La norma adjetiva penal, establece en el artículo 163.1, que se notificará personalmente la primera resolución que se dicte respecto de las partes, ello encuentra su justificación en la importancia y efectos que produce. El término utilizado ‘personalmente’, implica que la diligencia debe practicarse solo al interesado y no así a otra persona; es decir, que la notificación y/o citación debe ser efectuada de tal manera que asegure su conocimiento al interesado o destinatario, (denunciado, imputado, acusado, víctima o querellante). Bajo ese razonamiento se pronunció la uniforme jurisprudencia constitucional, al establecer que la notificación o citación no está dirigida a cumplir una formalidad, sino a asegurar que la determinación o actos procesales sean de conocimiento efectivo del destinatario».

debidamente las diligencias de notificación, ello con la finalidad de no producir indefensión en las partes. Empero, aquella exigencia no era absoluta, pues aunque las diligencias de notificación hubiesen sido erróneas o indebidamente practicadas, si cumplían con la finalidad para la que fueron previstas, aquellas según el TCPB, al no haber sido reclamadas en forma oportuna, habrían sido convalidadas, por lo que no podían ser cuestionadas posteriormente, bajo el fundamento de haber provocado la indefensión en el procesado.

Ahora bien, luego de compulsar los fundamentos doctrinales y normativos, el TCPB entendió que las disposiciones contenidas en los artículos 91 Bis del CPP, y 24, 25 y ss. de la Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas, al sostener la no suspensión del proceso penal en relación al declarado rebelde, no se contraponían con las normas constitucionales, siempre y cuando, no se haya colocado al procesado en *absoluto* estado de indefensión, supuesto que se daría en los casos en los cuales no se lo citó ni notificó conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal o que se ausentó como emergencia de una causal debidamente justificada. En consecuencia, para el TCPB, si el procesado fue citado y notificado correctamente, y no existe otra causa que justifique su incomparecencia, aquella se tornaba en injustificada, y por lo tanto a los fines de cumplir con el mandato constitucional de garantizar una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones de la víctima, asintió el juzgamiento en rebeldía juntamente con los demás imputados presentes. Este mismo criterio interpretativo es el que le sirvió al TCPB para referirse a la constitucionalidad del artículo 344 Bis del CPP también impugnado. En efecto, en la perspectiva del Tribunal, el artículo 344 Bis, al disponer el desarrollo de la audiencia de juicio oral, luego de que en una audiencia previa se constatará la incomparecencia injustificada del imputado, lo que hacía era introducir otra causal para la declaratoria de rebeldía del procesado por delitos de corrupción. Y como tal, el Tribunal se encargó de presentar tres interpretaciones desprendibles de la disposición en cuestión, es decir: 1) Que el procesado estuvo ausente desde el inicio del proceso a pesar de que fue citado conforme al Código Procedimiento Penal; 2) Que el procesado estuvo presente en las anteriores etapas del proceso pero no compareció a la audiencia de juicio oral de manera injustificada; y, 3) Que el procesado no acudió a la audiencia de juicio oral y justificó su inasistencia. En la comprensión de Tribunal, sólo en los dos primeros supuestos señalados, el desarrollo de la audiencia de juicio oral en rebeldía del imputado era conforme con la Constitución, siempre que no se coloque al procesado en un estado de indefensión absoluta. Luego, si el imputado habiendo sido citado o notificado en forma legal no compareciera a la audiencia de juicio oral en forma injustificada, el Tribunal sentenció que no debía suspenderse el desarrollo de la audiencia de juicio, debiendo el proceso continuar hasta alcanzar el dictado de una sentencia definitiva para, de ese modo, garantizar los derechos de la víctima. Sin embargo, precautelando el derecho a la defensa del procesado el Tribunal entendió necesaria la designación de un defensor de oficio.

En fin, el TCPB, luego de desarrollar los razonamientos interpretativos en relación a cada uno de los preceptos impugnados, determinó declarar de igual modo, la constitucionalidad de la Disposición Final Primera, «siempre y cuando se interprete conforme a los criterios expuestos en el Fundamento Jurídico III.4.1» de la sentencia constitucional, es decir, que la ley penal rige para lo venidero y que sólo tendrá efecto retroactivo cuando beneficie al imputado o reo, no así cuando ésta le sea perjudicial. Asimismo, declaró la constitucionalidad de los artículos 36 y 37 de la Ley 004, «en el sentido de que no se suspenderá el proceso por delitos de corrupción o vinculados a ella en su etapa de juicio, excepto en los casos en los que exista causa justificada para la incomparecencia del imputado o

procesado o se le hubiese colocado en absoluto estado de indefensión, interpretación ante la cual la norma no resulta contraria a los valores y normas constitucionales». Véase entonces, cómo el TCPB, al recurrir a la técnica del principio de interpretación conforme, evitó declarar la inconstitucionalidad de buena parte de la Ley 004, o por lo menos, la parte más conflictiva por su carácter y fin más político que jurídico, puesto que ni bien la ley ingresó en vigor, se criticó su falta de legalidad, y el eminente carácter político con el que se aprobó aquella medida legislativa, que permitía la persecución penal en rebeldía de todos aquellos políticos opositores al partido político en función de Gobierno, que habían abandonado el país al no encontrar garantías para asumir su defensa en el marco de un debido proceso.

Del análisis realizado a la STCE 31/2010, así como a la STCB 0772/2012–R, se pudo establecer que los Tribunales Constitucionales actúan más allá de las facultades que la norma les confiere. Es decir, en el caso español el TCE fue más allá del marco normativo establecido en la CE y la LOTC, y algo similar sucedió en Bolivia, donde el TCPB se alejó de las previsiones contenidas en la CPEP y sus leyes reguladoras, al emitir pronunciamientos constitucionales que rompen el esquema cerrado de la inconstitucionalidad y nulidad inmediata de la norma declarada inconstitucional, o al menos la emisión de aquellas sentencias se las hace en el seno de un entramado normativo por demás contradictorio y nada preciso.

En este escenario, con independencia de las propuestas y proyectos de reforma del sistema normativo constitucional y legal llevados a cabo en España y Bolivia, –salvando sus dimensiones y particularidades claro está– los Tribunales Constitucionales no han abandonado el dictado de los pronunciamientos que se apartan del núcleo de la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad. De hecho, los Tribunales, al advertir la insuficiencia de aquel binomio para hacer frente a los delicados problemas de constitucionalidad que se le presentan, han optado por prescindir del vínculo inconstitucionalidad/nulidad en tanto su aplicación conllevaría la generación de situaciones más perniciosas que el vicio mismo de inconstitucionalidad, como la generación de vacíos normativos al determinarse la expulsión de la norma contrastante con la Constitución. En ese sentido, los Tribunales Constitucionales, según se trate de la naturaleza del vicio de inconstitucionalidad, en algunos casos se decantaron por la reparación unilateral como sucedió en la STCE 31/2010, y STCB 0772/2012 adoptando fórmulas meramente hermenéuticas hasta desplegar operaciones más complejas como la manipulación de la disposición impugnada a fin de evitar la declaración de inconstitucionalidad ya sea adicionando o suprimiendo aquello que la norma omite o contempla para ser conforme con la Constitución. Mientras que en otros casos, los Tribunales, entendieron que la mejor forma de resolver el vicio de inconstitucionalidad era limitando su labor a la mera constatación del defecto, y convocar a los actores constitucionales con legitimidad para corregir el elemento de inconstitucionalidad. Empero, esta segunda modalidad de reparación, de igual modo implicaba el alejamiento por parte de los intérpretes supremos de la Constitución del enclave indivisible de la inconstitucionalidad/nulidad. En ambos casos, los Tribunales entendieron a toda esta operación como un mecanismo inevitable a fin de alcanzar con su rol dentro del sistema de control de constitucionalidad, y cumplir su función de custodio de la Constitución.

Por ello, si bien es cierto que con la continuidad en la emisión de esta modalidad de pronunciamientos por parte de los Tribunales Constitucionales, se renueva el escenario de debates sobre la función, los límites y la validez misma de aquellas categorías decisionales no menos cierto es, que los debates actuales deben centrarse también, no sólo en la elaboración de

una tipología de los distintos modelos que se apartan en forma gradual de aquel lejano arquetipo del legislador negativo, sino también, los esfuerzos teórico doctrinales deben concentrarse en la edificación de los supuestos y las variables en los que el Tribunal queda autorizado para corregir el vicio de inconstitucionalidad unilateralmente o con la colaboración de quienes constitucionalmente estén llamados a hacerlo, y partir de ello estructurar fundamentos que sustenten los variados mecanismos que adoptan los Tribunales ha momento de resolver el juicio de constitucionalidad.

CONCLUSIONES

1. Desde que el Tribunal Constitucional (TC) decidió alejarse del paradigma del «legislador negativo» dada la insuficiencia técnica y funcional que se manifestó sobre todo en la rigidez del binomio «inconstitucionalidad–nulidad», pues la aplicación literal de aquella, habría generado una situación de mayor inconstitucionalidad que la anulación de la norma inconstitucional, pasó a adoptar una conducta más activa en el control de constitucionalidad de la ley, que no se limitó a la mera constatación del vicio de inconstitucionalidad y la consiguiente declaración de nulidad de la norma impugnada, sino que además, empezó a adoptar medidas reparatoras, que evitaron la producción de vacíos legales y la consiguiente inseguridad jurídica.

A esta conducta asumida por parte del TC, la doctrina constitucional se encargó de catalogarla como el modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad, categoría genérica que sirvió como corolario al TC para dictar las «*sentencias unilaterales*», cuya característica principal se centraba en que la sentencia constitucional no se limitaba a suprimir el precepto legal declarado inconstitucional del ordenamiento jurídico, sino que a través del empleo de técnicas específicas como las sentencias interpretativas, manipulativas y aditivas entre otras, pretendió otorgar efectos positivos a sus decisiones, lo que en su momento, también le sería acusado por llevar a cabo una actividad paralegislativa.

2. En este panorama, un análisis amplio sobre la dimensión, alcances y efectos de las sentencias interpretativas, sólo es desprendible del estudio realizado a la experiencia de la jurisprudencia constitucional italiana, donde el debate doctrinal sobre los efectos de la sentencia constitucional, vino a constituir el núcleo central de la construcción teórica y práctica del sistema de control de constitucional que se caracterizó por la insuficiente previsión normativa, y ello debido a que el art. 136 de la Constitución italiana, sólo se limitó a hacer referencia en su regulación, a los efectos generales derivables de las sentencias estimatorias.

En efecto, en el análisis comparativo, quedó constatado que uno de los países con más práctica en el manejo de las sentencias unilaterales es Italia, donde la Corte Constitucional, desde inicios de su funcionamiento, recurrió a la fórmula de la *sentencia desestimatoria interpretativa*, debido a la insuficiencia de las sentencias de estimación y desestimación simples para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad que se fueron suscitando. Dada la ausencia de mayores previsiones legales sobre el pronunciamiento constitucional, la Corte, a fin de articular las decisiones interpretativas, tuvo que desenvolverse en base a tres pilares teóricos como fundamento, es decir, reafirmó su *libertad para interpretar la ley*, reivindicó el *principio de interpretación conforme* como mecanismo para evitar la declaración de inconstitucionalidad de la norma y, en base a la distinción teórica entre *disposición y norma*, dejó por sentado, que el objeto del juicio de constitucionalidad, lo constituía la norma y no así, la disposición.

En este escenario, conforme transcurría la década de los 50, la Corte empezó a desarrollar su función hermenéutica, empero, a partir de la interpretación sobre los

alcances del Art. 136 de la Constitución italiana, fue surgiendo a su vez, una negativa rotunda para reconocer algún grado de eficacia a las sentencias desestimatorias, ya sea en relación al juez a quo, o a la magistratura ordinaria en general. Precisamente, aquellos rechazos condicionaron el sistema de efectos de los pronunciamientos constitucionales, al punto que terminaron determinando el posterior desarrollo de nuevos instrumentos de decisión por parte de la Corte. La persistencia de los debates, y las férreas oposiciones hacia aquel tipo de pronunciamientos, hicieron que la Corte Constitucional, realice un último esfuerzo, previo a renunciar al dictado de aquella categoría decisional. En ese sentido, apostó fuertemente por la técnica de la *doppie pronuncie*, formulada inicialmente por Crisafulli. El recurso a aquella nueva fórmula le permitió a la Corte dotar de una fuerza vinculante a las sentencias desestimatorias, introduciendo expresamente en el fallo, tanto la estimación de la inconstitucionalidad de una interpretación, como la desestimación de la cuestión en función a la norma considerada constitucional por la Corte. De esta forma, el dispositivo adoptaba una naturaleza por demás compleja. Empero, ni la aplicación de aquella fórmula compleja logró sortear las críticas y rechazos provenientes del juez y de la magistratura ordinaria, reafirmando nuevamente, el rechazo a reconocer eficacia alguna hacia esta nueva categoría de pronunciamiento constitucional. Por lo mismo, luego de todos aquellos intentos fallidos por desprender algún tipo de eficacia al pronunciamiento desestimatorio interpretativo, la Corte no abdicó, y en su lugar asumió una decisión radical, es decir, a fin de lograr la eficacia de sus pronunciamientos, se decantó por la emisión de sentencias estimatorias interpretativas. A partir de aquella nueva fórmula decisional, la Corte pudo proyectar otras especies de pronunciamiento, denominadas *sentencias de estimación parcial* o *manipulativas*, a través de las cuales, la Corte continuó modulando los efectos de las sentencias. Aunque claro, con aquella técnica novedosa, la libertad hermenéutica de la Corte se desarrolló al extremo, lo que suscitó críticas de naturaleza funcional, puesto que, no solamente se hablaba de minar la relación con la magistratura ordinaria general, sino también con el Legislativo.

Como todo proceso cíclico, Corte y magistratura buscaron nuevamente mantener un cierto equilibrio institucional. El punto de consenso a tal efecto, fue el surgimiento de la doctrina del «*diritto vivente*», en virtud a la cual, la Corte, antes que construir e imponer su interpretación, debía considerar la interpretación jurisprudencial de la norma adoptada por la magistratura, y en especial por el Tribunal de Casación. De este modo, la libertad hermenéutica de la Corte devenía como subsidiaria en relación a la interpretación jurisprudencial asumida de corriente por la praxis jurisprudencial ordinaria. En aquel escenario, la Corte debía desestimar la cuestión, en todos aquellos casos en los que existía un derecho vivo que guíe la interpretación de la norma en consonancia con la Constitución, y la misma podía ser el resultado del entendimiento ordinario manejado desde la magistratura o, por el mismo Tribunal de Casación. No cabe duda alguna, que la articulación del *diritto vivente*, significó un replanteamiento en las relaciones entre Corte Constitucional y magistratura, en la que la primera debió ceder su prelación hermenéutica a favor de la interpretación de la magistratura. Por lo mismo, siguiendo la línea del diálogo entre Corte y Magistratura, a través de la técnica del *diritto vivente* y el *principio de interpretación conforme*, la Corte, contemporáneamente, empezó a desarrollar una nueva técnica de reparación de la inconstitucionalidad de carácter *bilateral*. Dicho mecanismo se vio reflejado en la emisión de las *sentencias aditivas de principio*, por las que la Corte Constitucional limitó su labor a precisar la

inconstitucionalidad de la norma, y paralelamente estableció un principio jurídico que debió ser desarrollado por el legislador para reparar la inconstitucionalidad. En tanto ocurría aquello, los tribunales ordinarios quedaron habilitados para reparar, de igual modo, la inconstitucionalidad en base a dicho principio. Sin duda, aquella conducta denotaba una muestra del *–self restraint–* de la Corte, que en último término, buscó ejercer su labor de custodio de la primacía constitucional, en forma corresponsable con las otras instituciones del Estado.

3. El prototipo italiano de reparación unilateral de la inconstitucionalidad, fue acogido por otros Estados como el español, por el cual –al igual que en el caso italiano– el Tribunal Constitucional (TCE), comenzó su travesía por el sendero del dictado de los pronunciamientos interpretativos, sin contar con mayor cobertura normativa que la prevista en los artículos 164 de la Constitución y 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Reproduciendo a su par italiano, el TCE en su temprana jurisprudencia, comenzó a emitir sentencias desestimatorias interpretativas, a partir de las cuales, determinó la conformidad con la Constitución de la disposición, limitando su pronunciamiento a las normas que de ella podían obtenerse, ya sea señalando el sentido en el que debía ser entendida necesariamente la disposición o, precisando el sentido en el que aquella no podía entenderse. A través de la primera fórmula, el Tribunal identificaba la única norma que podía desprenderse de la disposición para que aquella fuera conforme con la Constitución, y a la vez, implícitamente desechaba las demás normas desprendibles de la disposición por inconstitucionales. A la inversa, en el segundo supuesto, el Tribunal declaraba la inconstitucionalidad de una de las normas expresadas por la disposición para mantener la constitucionalidad de aquella.

Dada las consabidas reacciones provenientes desde la doctrina, así como de la magistratura ordinaria, hacia la emisión de pronunciamientos interpretativos, el TCE, supo matizar el dictado de las sentencias desestimatorias interpretativas con otras de naturaleza estimatoria, pero, igualmente hermenéuticas. Independientemente de ello, la dimensión de la decisión constitucional no variaba, y ello debido a la estructura de las sentencias interpretativas. Es decir, venía a constituir lo mismo, el declarar conforme a la Constitución una disposición siempre que se entendiera de cierto modo (o siempre que no se entendiera de cierto modo), que declarar la inconstitucionalidad de una disposición siempre que no se entendiera de cierto modo (o siempre que se entendiera de cierto modo). En consecuencia, la sentencia estimativa interpretativa no declaraba la inconstitucionalidad de ninguna ley o disposición, resultando la estimación meramente *aparente*. Así, es necesario destacar, que lo relevante de todo esto, no se trataba de que en el fondo del asunto subyacía la declaración de inconstitucionalidad de normas o, de declaración de conformidad con la Constitución de normas, sino más bien, que a través aquellos tipos de pronunciamientos se mantenía incólume la disposición.

Empero, si cabe algún reproche hacia aquellas fórmulas de desestimación/estimación interpretativas, ello depende estrictamente de la incidencia que ejerce el Tribunal en relación a los destinatarios de la sentencia constitucional. Así, si bien es ponderable que a través de las sentencias de estimación interpretativas, no se condiciona en modo alguno, la interpretación futura de la disposición, dejando el margen de interpretación abierto a la derivación de otras normas de la disposición, con independencia de la precisada por el Tribunal, lamentablemente, a través de la misma estimación

interpretativa, el mismo puede establecer la inconstitucionalidad de todas las normas que pueden derivarse de la disposición, salvo una, es decir, la señalada por aquella instancia de control. En esta última fórmula, está claro que el TCE, llega a condicionar totalmente la interpretación de la disposición a futuro, siendo la única norma válida deducible de la disposición, la formulada por el intérprete supremo de la Constitución. Por todo ello, la doctrina y jurisprudencia ordinaria han reflexionado al Tribunal a que, si la finalidad perseguida a través del dictado de sentencias interpretativas es mantener la validez de la disposición, se opte por la emisión de pronunciamientos desestimatorios, siendo estos últimos, los adecuados a tal fin.

4. Empero, más allá de las críticas y recomendaciones, el TCE, al igual que su similar de Italia, no abandonó el dictado de las sentencias interpretativas; y en su lugar – continuando en la línea del modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad – decidió adoptar un rol más activo ha momento de reparar el vicio de inconstitucionalidad. Así, incursionó en la emisión de las denominadas *sentencias manipulativas*, a partir de las cuales, el Tribunal no se limitó a salvar la norma de ser declarada inconstitucional, con la condición de asumir o desechar la interpretación señalada por aquella instancia de control. Bajo aquel nuevo ropaje de las sentencias, el TCE se aventuró a producir una norma *ex novo*, en tanto que la misma no constituía el resultado de la interpretación de la disposición enjuiciada, sino que, a juicio del Tribunal, devenía impuesta por la Constitución para salvaguardar la validez del precepto. Luego, lo delicado de aquella nueva tipología de sentencias, resultó siendo su elevado grado de creación normativa, puesto que, las normas obtenidas no derivaban de la propia disposición, independientemente de que en forma posterior se la atribuyeran a aquella.

En efecto, pronto se logró advertir, que las sentencias manipulativas, al adoptar la forma *sustitutiva* o *aditiva*, incidían enormemente en el ordenamiento jurídico, más allá de que a través de ellas el precepto impugnado quedase incólume al ser considerada conforme a la Constitución. Es decir, si bien a través de una *sentencia aditiva* la disposición no se vio alterada puesto que ninguna de sus partes era declarada inconstitucional, en tanto que la decisión de inconstitucionalidad recaía en una parte ausente de la disposición, sin embargo, el precepto sometido a control, era declarado conforme a la Constitución con un plus normativo construido por el Tribunal. Así, el Tribunal dejó por sentado, que la declaración de inconstitucionalidad tenía su fundamento en la ausencia de norma deducible a *contrario sensu* de la disposición constitucional. Por lo mismo, para que la disposición fuera declarada constitucional, era necesario, a juicio del Tribunal, desprender el plus normativo que, si bien era cierto no se trataba de uno de los posibles significados de la disposición, empero, se trataba de una exigencia constitucional.

Mientras aquello ocurría con los pronunciamientos aditivos, las *sentencias sustitutivas* también se encargaron de abrir otro foco de críticas en cuanto a su contenido y alcance. De este modo, si bien es cierto que, al igual que en el caso de las *aditivas*, las *sustitutivas* no llegaban a afectar la disposición enjuiciada, que era declarada conforme a la Constitución, no menos cierto resultaba, que el Tribunal, a la vez de declarar la inconstitucional de una norma, producía otra a partir de la Constitución.

En el criterio del TCE la declaración de inconstitucionalidad en aquel tipo de pronunciamientos, podía ser catalogada de aparentemente, puesto que la inconstitucionalidad recaía en un supuesto previsto por la disposición, en lugar de otro, que aparecía como el indicado para ser conforme a la Constitución.

En cualquiera de las dos formas que adoptase la sentencia manipulativa, aquella categoría de pronunciamientos representó, en la percepción doctrinal, así como de la magistratura ordinaria, un instrumento que desnaturalizaba la posición y función del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución. Se criticó el hecho de que el Tribunal haya pasado de crear normas, a crear prácticamente nuevas disposiciones, solapado bajo el ejercicio del control de la constitucionalidad. Al carecer de autoridad normativa para innovar el ordenamiento jurídico, se instó al Tribunal a adoptar un comportamiento más leal y deferente para con el Legislativo y los demás destinatarios de sus fallos.

5. En efecto, luego de un largo e intenso trajinar por el modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad, con sus aciertos e inconvenientes, pronto en el concierto jurisprudencial constitucional llamó la atención una nueva modalidad de corrección del vicio de inconstitucionalidad. Dadas sus características, inmediatamente la doctrina la catalogó como el *modelo bilateral o multilateral* de reparación de la inconstitucionalidad, que hasta aquel entonces era llevada cabo –sin parangón alguno– por la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional austriaco (TCA). Aquel prototipo que fue de recibo en la jurisprudencia constitucional de otros países europeos y luego latinoamericanos, presentaba a un Tribunal Constitucional que se limitaba a detectar el vicio de inconstitucionalidad, más no declaraba su nulidad, ni la repara unilateralmente, sino que convocaba al legislador y, en su caso, a los tribunales ordinarios para que fueran éstos quienes coparticipen en el restablecimiento de la situación de inconstitucionalidad. Con base en el modelo austriaco, los tribunales constitucionales de otros Estados, desarrollaron este nuevo mecanismo con sus propias particularidades, ya sea retrasando la expulsión de la norma declarada inconstitucional del ordenamiento jurídico, o dictando sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad como en Alemania, hasta situaciones en que el propio Tribunal, advirtiendo el vicio de inconstitucional, señalaba paralelamente las directrices y principios que debían uniformar la actuación de los tribunales ordinarios como sucedió con la Corte Constitucional en Italia. Aquella diversidad en la articulación del modelo bilateral, se debió a que su aplicación –tal como sucedió con el modelo unilateral– fue llevada a cabo sin ningún soporte normativo, lo que en muchos casos significó ir inclusive, en contra de la previsión normativa establecida al efecto. En ese sentido, el marco general que sirvió de fundamento para la adopción y aplicación de aquel modelo, se encontraba en la prelación del principio de la *supremacía constitucional*, a partir del cual se destacó la necesidad de armonizar –en tanto fuera posible–, la variedad de bienes jurídicos de rango constitucional en juego, como la seguridad jurídica y los mismos fines del proceso de control de constitucionalidad entre otros. A su vez, el hecho de promover la participación de otras instituciones (como el legislativo y los tribunales ordinarios) en el restablecimiento de la constitucionalidad desde sus respectivos ámbitos de competencia, fueron factores preponderantes ha momento de justificar la necesidad, no sólo de abandonar la rigidez del binomio inconstitucionalidad–nulidad, sino también, evitar los consabidos problemas funcionales del modelo unilateral de reparación.

6. Así, en la técnica austriaca, el TCA, con base en la fórmula contenida en el artículo 140.5 de la Constitución Austriaca (CA), dejó establecido que en determinados supuestos podía ser conveniente dar cierto margen de tiempo al legislador para llenar el vacío jurídico que provocaba la derogación de una norma inconstitucional, y mucho más si se tenía presente que el procedimiento legislativo requería de la concesión de un determinado tiempo de espera para poder contar con una respuesta normativa. De este forma, la modalidad empleada por el TCA ha momento de reparar el vicio de inconstitucionalidad, fue la de diferir la entrada en vigor de la derogación, abriendo el margen necesario para una «*vacatio*» durante la cual, el legislador ordinario debía ser quien solucione el vicio de inconstitucionalidad, según vea oportuno. Empero, ni siquiera el contar con el soporte normativo salvó al TCA de las críticas hacia aquella modalidad empleada. Así, por un lado, se reprochó que este mecanismo previsto en el ordenamiento constitucional austriaco como una excepción, haya sido adoptado por el TCA como la regla para sus pronunciamientos. Por lo mismo, se sostuvo que la previsión constitucional que permitía el retraso de la entrada en vigor de la norma inconstitucional, no se encontraba a la absoluta disposición del TCA, y que la misma debía aplicarse tan sólo en aquellos supuestos en los que la gravedad de la inconstitucionalidad, o la trascendencia del vacío jurídico que generaría la derogación, serían más perniciosos. Es más, sectores de la doctrina sostuvieron que, el retraso de la entrada en vigor de la derogación no reparaba en nada el vicio de inconstitucionalidad, y que al contrario de lo que se perseguía con aquella medida, agravaba aún más la situación de inconstitucionalidad, al tolerar la vigencia ultra – activa de una norma contrastante con la Constitución.

En aquel contexto de férreas críticas, el TCA quedó obligado a adoptar una postura más cautelosa, y diferir la derogación de la norma declarada inconstitucional, sólo cuando fuera necesario evitar el «*horror vacui*», o propiciar un «*tránsito sin rupturas*» de la inconstitucionalidad hacia la constitucionalidad. Aquella medida buscó evitar situaciones gravosas, sobre todo cuando el objeto de control lo constituían temas vinculados con prestaciones públicas y regulaciones tributarias.

Empero, más allá de los parámetros genéricos establecidos, el recurso a aquella técnica por parte del TCA siguió presentando dificultades prácticas, en la medida en que se carecía de un criterio que le permitiera al Tribunal determinar cuándo, o los supuestos en los que debía aplicarse aquella. Lastimosamente, las reformas constitucionales llevadas a cabo, no se encargaron de precisar aquella situación. El sector doctrinal tampoco coadyuvó a determinar el cuándo sería aconsejable o no diferir la entrada en vigor de la derogación de la norma inconstitucional. En consecuencia, aquella ausencia de fundamentos que permitieran orientar la oportunidad y viabilidad para la aplicación de dicha técnica, hicieron que el TCA continúe desarrollando la misma, valiéndose como único sustento para ello, la previsión contenida en el artículo 140.5 de la CA.

7. Más allá de las dificultades que entrañó la técnica austriaca, el modelo fue asimilado por sus pares europeos, tal el caso de Alemania y España. En el caso alemán, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) planteó su propia fórmula a la que se denominó la «*declaración de inconstitucionalidad sin nulidad*», a partir de la cual, el Tribunal se limitó a declarar la inconstitucionalidad sin llegarla a expulsar formalmente del

ordenamiento jurídico mediante la anulación, pero, en forma coetánea, emplazó al legislador para que repare el vicio de inconstitucionalidad a través de una respuesta normativa. En ese sentido, el TCFA también llegó a prescindir del binomio inconstitucionalidad–nulidad, en aquellos supuestos en los que el vacío jurídico producido por la declaración de nulidad de la ley declarada inconstitucional hubiese generado situaciones de mayor inconstitucionalidad que el mantenimiento del régimen jurídico inconstitucional.

Ahora bien, cabe recordar que, para llevar a cabo la aplicación de aquella particular forma de reparación bilateral de la inconstitucionalidad, el TCFA tuvo que desarrollar dicha modalidad, sin un sustento normativo que fundamente su aplicación, yendo incluso contra el arraigado sistema de los efectos *«ex tunc»*, y la rigidez del binomio inconstitucionalidad–nulidad, previsto en el artículo 78 de la LTCFA. Así, el TCFA, empezó a emitir fallos de *«nulidad parcial cualitativa»*, o denominados también, de *«nulidad parcial sin reducción del texto»*. La labor del Tribunal, en consecuencia, se reducía a declarar la inconstitucionalidad de la norma deducible de la disposición impugnada como consecuencia de la interpretación desarrollada sobre aquella. Al prescindir de la declaración de nulidad, el TCFA dejaba en manos del legislador la tarea de reparar el vicio de inconstitucionalidad.

Desde luego, no podía negarse que, –de inicio–, el dictado de este tipo de pronunciamientos por parte del TCFA, creó una situación de incertidumbre, en tanto que el Tribunal sólo se limitaba a declarar la inconstitucionalidad de la norma, ya sea porque violaba un determinado precepto constitucional, y en consecuencia era incompatible con la Constitución, o porque era simplemente inconstitucional. Aquel accionar distaba mucho de aquellos fallos en los que el TCFA, una vez declarada la incompatibilidad de la norma, la nulidad de la misma operaba inmediatamente. Las dudas se fueron ampliando aún más en la medida en que se desconocían los supuestos en que era viable apartarse del binomio inconstitucionalidad–nulidad, pero por sobre todo, ha momento de cuestionarse sobre las consecuencias jurídicas deducibles de aquella categoría de pronunciamientos.

Con la finalidad de disipar aquellas dudas y, habiéndose reconocido la utilidad de aquella técnica empleada por el TCFA, el legislador procedió a positivizar –a inicios de la década de los setenta–, el mecanismo de la declaración de la inconstitucionalidad sin nulidad. Empero, es necesario recordar, que dicho proceso de reforma legal, no fue correctamente aprovechado, teniendo como resultado actual, una regulación a la que se la catalogó como confusa e incompleta. Así, la imprecisión se desprende del contenido del artículo 78 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán (LTCFA), que a la vez de regular el mecanismo de la inconstitucionalidad sin nulidad recoge, también el binomio inconstitucionalidad–nulidad. La insuficiencia de aquella regulación se deriva de la falta de determinación de los supuestos en que puede ser aplicable la técnica de la inconstitucionalidad sin nulidad, así como el silencio en cuanto a las consecuencias jurídicas que se pueden deducir de su aplicación. Luego, el resultado de aquella apresurada reforma legal, se tradujo en la concesión hacia el TCFA de un auténtico *«cheque en blanco»*, para definir los supuestos de su aplicación y las consecuencias jurídicas que de ellas podían desprenderse.

En este nuevo escenario, distinto de aquel caracterizado por la ausencia de regulación normativa sobre la figura de la inconstitucionalidad sin nulidad, la doctrina asumió un rol preponderante, al delimitar el campo de acción de aquella categoría de pronunciamientos. A partir de ellos, el TCFA se vio obligado a replantear su jurisprudencia, limitando la aplicación de la figura de la inconstitucionalidad sin nulidad sólo para aquellos casos en los que la nulidad podría generar situaciones de mayor inconstitucionalidad como consecuencia del vacío jurídico, pero a su vez, el Tribunal debía pronunciarse sobre los concretos efectos jurídicos que debían desprenderse de este tipo de fallos, todo con la finalidad de crear mayores situaciones de seguridad jurídica.

8. En lo que toca a la jurisprudencia constitucional española, ésta también fue heredera en buena parte, de la tradición del modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad. Aunque, cabe señalar, que el recurso a aquella técnica por parte del Tribunal Constitucional español (TCE) fue llevado a cabo *ex Constitutione* y *ex lege*, es decir, de la regulación constitucional y legal, se desprende claramente la rigidez del binomio inconstitucionalidad–nulidad y los efectos *ex tunc* de los pronunciamientos, que cierran el paso a cualquier otra categoría y eficacia del pronunciamiento constitucional.

En ese sentido, si bien el TCE comenzó a transitar por el sendero de los pronunciamientos bilaterales o multilaterales, su consolidación aún se encuentra sujeta –en gran medida– a la determinación de las concretas consecuencias jurídicas que se puedan reconocer a las mismas, así como del modo en que se vayan a compatibilizar los distintos bienes jurídicos que concurren en la reparación de la inconstitucionalidad. Desde luego, todo ello pasa indudablemente por establecer su encaje en el ámbito normativo constitucional y legal vigente. De este modo, del análisis realizado a los artículos 39.1 de la LOTC, y 164.2 de la CE, se pudo advertir la contradicción existente entre ambas disposiciones, en tanto que la primera prevé el binomio inconstitucionalidad–nulidad y, contrariamente, la segunda no la reconoce. En efecto, para Jiménez Campo, a tiempo de comentar y justificar el recurso a la técnica del diferimiento de la nulidad de la norma declarada inconstitucional por parte del TCE en ocasión de pronunciar las SSTC 195/1998 (Reserva Natural de Santoña) y 208/1999 (Ley de Defensa de la Competencia), manifestó enfáticamente, que de la previsión contenida en el artículo 164.2 de la CE, no se desprendía mandato expreso alguno que determine la pérdida de vigencia de las normas impugnadas tras su declaración de inconstitucionalidad, es decir, que la Constitución no obligaba al TCE a operar en forma inmediata la declaración de nulidad luego de haberse declarado la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Una vez advertida aquella contradicción, surgió el cuestionamiento de si el TCE podía actuar ex artículo 39.1 de la LOTC. La respuesta que se desprendió fue un no rotundo, frente a lo que sólo quedaba afirmar la inexistencia de un espacio para las sentencias de nulidad diferida, o por el contrario, en virtud del artículo 164.2 de la CE, promover la reforma del artículo 39.1 de la LOTC, en el sentido que posibilite prescindir del binomio inconstitucionalidad–nulidad, o flexibilizar dicha rigidez, y permitir al TCE modular los efectos de sus pronunciamientos. Precisamente, un intento por plasmar aquel planteamiento, se dio en el Anteproyecto de reforma de la LOTC de fecha 25 de

noviembre de 2005, donde el Gobierno barajó aquella posibilidad, al proponer como contenido del artículo 39.1 LOTC, que «No obstante, motivadamente y para preservar los valores e intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años», asimismo, aparejada a la figura de la inconstitucionalidad sin nulidad o con nulidad demorada, el Anteproyecto de reforma preveía también, otro supuesto de modulación de la vinculación entre la declaración de inconstitucionalidad y la de nulidad. Así, el apartado 3 del artículo 39, señalaba textualmente: «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si este incumpliera dicho mandato, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia». A través de la perspectiva de estudiosos, catedráticos, y autoridades de las Cortes Generales y de aquellos que en su momento estuvieron vinculados al TCE, emitieron una serie de apreciaciones para manifestar su apoyo o desacuerdo en relación a la propuesta de reforma que habría permitido al Tribunal, conceder cobertura legal a un fenómeno sobre el que ya había incursionado, y era necesario legitimarlo a la luz de su ley reguladora. Sin embargo, más allá de las buenas intenciones, la propuesta concreta no prosperó, y se entiende que se desperdició una gran oportunidad para dotar al TCE de un soporte normativo que precise el contenido y alcance de aquella categoría de pronunciamientos. Entretanto, estando vigente todavía la contradicción, es posible justificar y legitimar la técnica del diferimiento de la declaración de nulidad, tomando en cuenta no solamente la prelación de la Constitución que no prohíbe al Tribunal aplazar los efectos derogatorios de la norma declarada inconstitucional, sino también, porque el fundamento utilizado por el TCE para justificar el recurso a la técnica bilateral, deviene como imperativo por determinación constitucional hacia el intérprete supremo de la Constitución.

9. Ahora bien, más allá de las imprecisiones, o de la ausencia normativa con las que tuvieron que lidiar los tribunales constitucionales a fin de encaminarse en el dictado de pronunciamientos bilaterales, no puede dejarse de lado las *deficiencias* que en sí mismas encerraban la aplicación de aquella categoría decisional. Así la primera dificultad en presentarse radicó en el ámbito de aplicación de dicho mecanismo, es decir, no había claridad sobre los supuestos en los que estaba permitido su empleo. El segundo problema radicó en el comportamiento que debían adoptar los operadores jurídicos mientras duraba el periodo interino que abarcaba desde el momento en que el TC declaraba la inconstitucionalidad del precepto hasta que el legislador respondiera con la sanción de la ley reparadora. Y como consecuencia de los primeros, la tercera dificultad radicaba en definir cuál debía ser el contenido y alcance de la futura ley reparadora de la inconstitucionalidad que debía ser aprobada por el legislador. En esta última situación, no se contaba con las garantías suficientes de que el legislador efectivamente actúe ante la convocatoria realizada por el TC, como que tampoco existían las cauciones necesarias que le impidan reproducir la norma declarada inconstitucional.
10. En relación al primer problema, es decir cuando el Tribunal optó por diferir la entrada en vigor de la nulidad, la interrogante inmediata que surgió fue respecto a qué hacer con el precepto normativo impugnado, que si bien había sido declarado inconstitucional más no fue expulsado del ordenamiento jurídico, provocando una serie de dudas y confusiones entre los operadores jurídicos. Así, en países como

Austria, se optó por precautelar el principio de la «*seguridad jurídica*» como el bien jurídico preponderante, y se autorizó que la norma declarada inconstitucional continúe siendo aplicada hasta que el legislador responda a la convocatoria del TC dentro del plazo fijado para el efecto. Sin embargo, en la jurisprudencia constitucional alemana (antes de la reforma de la LOTCFA) y española, debido a la arraigada tradición dentro de sus sistemas de la nulidad «*ex tunc*» y del binomio inconstitucionalidad– nulidad, no sólo dificultaron la aplicación de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, así como la nulidad demorada, sino que además impidió a los operadores jurídicos, continuar aplicando dicho precepto, al sobrepasar la fecha de publicación de la sentencia constitucional. En otros casos, se optó por permitir la continuidad en la aplicación de la norma declarada inconstitucional, empero, ello trajo aparejado serios inconvenientes por lo que, en el caso español, el TCE, volvió a decantarse por la inaplicación del régimen normativo, delegando a los tribunales ordinarios la integración del vacío normativo. Eso es lo que sucedió en la STC 36/1991 (procedimiento corrector de menores), donde el Tribunal a tiempo de diferir la nulidad de la norma impugnada, recordó al legislador la «imperiosa necesidad» de reformar la legislación tutelar de menores, y a su vez emplazó a los tribunales ordinarios a llenar el vacío normativo, tomando en cuenta la jurisprudencia constitucional y la Convención de los Derechos del Niño, hasta que el legislador respondiera normativamente. Empero, los tribunales ordinarios no siempre estuvieron facultados para integrar el vacío normativo y ello debido a algunas limitantes como la reserva de ley establecida para regular determinados ámbitos materiales.

Una decisión mucho más drástica en cuanto al destino de la norma declarada inconstitucional, pero no nula, fue aplicada en la jurisprudencia constitucional alemana, en un sistema en el cual se determinó la inaplicabilidad de la norma inconstitucional y la consecuente suspensión de los procedimientos administrativos y judiciales que pudieran verse afectados por la misma. De ese modo, en aquel sistema se optó por precautelar la eficacia del control de constitucionalidad, así como el principio de igualdad entre los diversos supuestos que podían plantearse durante el periodo interino, buscando garantizar con ello, que la ley reparadora pudiera ser aplicable tanto a los casos anteriores no resueltos definitivamente, como a los que pudieran plantearse durante dicho periodo. Aunque, en el caso alemán, el TCFA se vio obligado a mantener un equilibrio entre la figura del *Anlassfall* y la posterior *Parallelfalle*, para evitar la carrera por ser el premio al recurrente.

Ambas determinaciones, es decir, la que planteó dejar en manos de los propios operadores jurídicos la compensación de la inaplicación del régimen jurídico a través de la integración, así como la que determinó que el régimen jurídico declarado inconstitucional se inaplique durante el período interino y, en consecuencia, se interrumpen los procedimientos administrativos y judiciales en curso, o que se planteen durante dicho periodo hasta la entrada en vigor de la ley reparadora, desencadenaron una serie de inconvenientes, por lo que la jurisprudencia constitucional se encargó de construir una *tercera vía* que consistía en que los operadores jurídicos debían aplicar un *régimen jurídico provisional* establecido por el propio TC en su sentencia. Dicha técnica fue ampliamente desarrollada en la jurisprudencia constitucional alemana, siendo un ejemplo claro de ella la Sentencia 39,1, de 22 de junio de 1975, donde el TCFA, al declarar la inconstitucionalidad de la Ley que regulaba como no punibles los abortos

practicados hasta los tres meses de embarazo, pasó a establecer reglas provisionales aplicables a todos aquellos supuestos que se presentasen, hasta que el legislador aprobase el régimen jurídico por el cual se reparase la inconstitucionalidad. Luego no faltaron las críticas hacia aquella regulación transitoria que, si bien buscó dotar de un mayor ámbito de certeza y seguridad jurídica al periodo interino, no dejaba de constituir una medida que excedía el paradigma del legislador negativo, en tanto que la regulación provisional adquiriría una naturaleza creativa de un régimen jurídico *ex novo*, que convertían al Tribunal en un legislador positivo. Pero a su vez, se criticó que el TCFA no tomara en cuenta, que en muchos supuestos el régimen jurídico provisional pudo haber sido corregido de diversas formas a la asumida por aquel. A ello, debía sumarse el hecho de que el régimen provisional establecido por el Tribunal no siempre asumía un carácter transitorio, pues su consolidación definitiva llegó a convertirse en la regla, y ello debido a que los supuestos de hecho resueltos mediante la aplicación de dicho régimen interino no siempre fueron revisados una vez que entró en vigor la ley reparadora, y más cuando de normas tributarias se trataban.

11. En lo que concernía a la ley reparadora que debía ser aprobada por el legislador, aquella situación no dejó de representar una dificultad propia del modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad. Téngase en cuenta, que la eficacia de aquel modelo, dependía en gran medida de la participación efectiva del legislador, quien debía aprobar la ley correctora de la inconstitucionalidad, y con ella, poner fin al periodo interino, devolviendo la certeza a los operadores jurídicos acerca de su comportamiento dentro del mismo y hacia el futuro. En ese sentido, la experiencia de la jurisprudencia constitucional comparada dejó advertir que la intervención del legislador en el proceso de reparación de la inconstitucionalidad, no era algo que debía darse por descontado, sino al contrario, exigió del emplazamiento previo del Tribunal Constitucional. Salvo Austria, donde el llamamiento al legislador se encontraba implícito en la misma sentencia, en los demás países analizados, la convocatoria al legislador, necesariamente debía ser expresa, y las formas de dicha convocatoria variaron de un Estado a otro. Así, en la experiencia jurisprudencial alemana fue posible advertir una marcada evolución en relación a los emplazamientos realizados por el TCFA hacia el legislador, que abarcaron desde los genéricos deducibles de los fundamentos jurídicos, hasta los expresos y temporalmente limitados previstos en los mismos pronunciamientos.
12. Más allá de las convocatorias realizadas por los tribunales constitucionales hacia el legislador, la *ausencia* de una *respuesta normativa* fue una constante en los países estudiados. Sin embargo, la inercia manifestada por los legisladores contaba con una justificación de tipo constitucional y legal, puesto que el mecanismo del emplazamiento resultaba extraño, y no faltaron motivos para cuestionar la naturaleza de aquel llamamiento. Desde luego, no era lo mismo concebir al emplazamiento como una simple invitación al legislador para actuar normativamente, a que la misma, constituya una obligación que debía ser cumplida por el legislador, entendiendo que aquél se encontraba vinculado por la eficacia de la sentencia.

En ese sentido, también debió atenderse al *plazo* otorgado al legislador para que opere la reparación de la inconstitucionalidad, pues si bien aquella medida pudo otorgar mayores situaciones de certeza, también entrañaba un alto riesgo, es decir, que el

legislador no respondiera normativamente, debido a múltiples circunstancias como la ausencia de una voluntad política, el exceso en la carga parlamentaria, la complejidad de los temas y los múltiples debates inacabables sobre el contenido de la futura ley reparadora, hasta situaciones extremas como la disolución del mismo parlamento (en aquellos sistemas parlamentarios) que, desde ya, comprometían seriamente el accionar del legislador.

Ahora bien, así como pudieron identificarse las múltiples variables atendibles que habrían impedido al legislador responder con la aprobación de la ley reparadora, también existieron situaciones en las que la inercia del legislador resultó una postura meramente recalcitrante, contra la cual, los ordenamientos constitucionales de los países analizados no contaban con un mecanismo concreto que permitiera corregir aquella impostura legislativa. Sin duda, aquella situación obligó en muchos casos a los tribunales constitucionales, a adoptar medidas radicales a fin de sancionar la inactividad del legislador, ya sea declarando la nulidad de la norma o, determinando la derogación de la ley declarada inconstitucional, tal como sucedió en el sistema normativo austriaco, en el que, una vez concluido el plazo otorgado por el TCA al legislador para que apruebe la ley reparadora, la derogación de la norma declarada inconstitucional operaba en forma inmediata ante la ausencia de respuesta normativa por parte del legislador. Situación un tanto distinta es la que presentó la fórmula empleada por el TCFA, al prever una fecha límite para que el legislador pueda actuar positivamente, y que al cabo de la misma, además de la declaración de inconstitucionalidad, sobrevendría la declaración de nulidad. Por su lado, el TCE empleó técnicas a través de las cuales llegó a advertir al legislador que de continuar la renuencia a aprobar la ley reparadora, en una próxima vez, se le limitaría el plazo dentro del cual debía responder normativamente. Empero, independientemente de las fórmulas de emplazamiento utilizadas, debía tenerse en cuenta que, la solución radical plateada por el Tribunal Constitucional, de dictar la nulidad de la norma declarada inconstitucional como sanción a la inercia del legislador, no constituía la solución más acertada, puesto que aquella salida suponía no solamente el fracaso del modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, sino también, irremediablemente remitía al Tribunal, a tener que afrontar los consabidos problemas del binomio inconstitucionalidad–nulidad.

Por otro lado, no debe olvidarse que la aplicación de aquellos emplazamientos en los que se empezaron a señalar plazos y límites para la actuación del legislador en la aprobación de la ley reparadora, más allá de lograr una respuesta oportuna por parte del legislador, lo que provocó fue un efecto adverso, es decir, que el legislador se sintiera constreñido y se mostrara más reacio a participar en la solución al problema de la inconstitucionalidad. En aquel escenario de ausencia de diálogo entre el Tribunal y el legislador, se discutió bastante sobre la existencia o no de un legislador con amplias libertades para decidir sobre el contenido y alcance de la futura ley reparadora, todo ello, en atención a la diversidad de posibilidades que se presentaban como legítimas para reparar la inconstitucionalidad. En ese sentido, en algunas ocasiones, el legislador se limitó a reproducir los lineamientos establecidos por el Tribunal Constitucional en la regulación provisional que se aplicó mientras estaba vigente el período interino. Esta medida era común sobre todo, cuando se refería al tratamiento de los regímenes tributarios declarados inconstitucionales. Desde luego, no faltaron escenarios en los cuales, el legislador no fue recíproco en el trato deferente que un día el Tribunal le

brindó, al evitar declarar la nulidad de la norma declarada inconstitucional. En aquel ámbito, el legislador reprodujo la norma acusada de inconstitucional, dejando de lado el emplazamiento realizado por el TC, así ocurrió en España cuando el legislador, apartándose de la doctrina señalada en la STC 208/1999, reprodujo los vicios de inconstitucionalidad en ella vetadas, al promulgar los mismos preceptos declarados inconstitucionales en el entendimiento del TCE. En todo caso, a fin de corregir aquel desacierto legislativo, quedaba abierta la posibilidad para que el juez «a quo» replantee la cuestión de inconstitucionalidad de la nueva ley.

Por ello, la doctrina generalizada ha coincidido en que, para evitar estas situaciones desagradables, es necesario promover una conducta por parte de los Tribunales Constitucionales, que se limite a encauzar la reparación, condicionando al legislador dentro de lo estrictamente necesario. Y en lo que toca al legislador, aquel debe asumir su rol funcional contribuyendo con su participación en la aprobación de la ley reparadora, tomando en cuenta el escenario social que en muchos casos requiere de una respuesta positiva y pronta de este poder público del Estado. Sólo así se podrá articular el modelo bilateral de reparación, dentro de una actitud ética, leal y responsable por parte de todos los órganos que intervienen en dicho proceso.

13. En lo referente a la formación del sistema boliviano del control de constitucionalidad, se pudo advertir, que el modelo adoptado en la Constitución de 1826, fue uno próximo al «*sistema de control político*» en tanto que la custodia de la primacía de la Constitución, era ejercida por la Cámara de Censores. Sin embargo, la vigencia de aquella instancia fue bastante corta, puesto que por decisión política de aquel entonces fue suprimida del texto constitucional como consecuencia de las reformas posteriores operadas en aquel documento. Fue en 1861 que se repuso aquel mecanismo, pero en aquella ocasión, la facultad le fue conferida al Consejo de Estado. Pero además, es necesario recordar, que en la reforma a la Constitución de aquel año, se introdujo a la par, el sistema de «*control jurisdiccional*» delegando a la Corte Suprema de Justicia (CSJ) la facultad de conocer y tramitar el recurso de *inaplicabilidad* por inconstitucionalidad de toda disposición legal que contrastase con la Constitución. Aquel modelo «*difuso*» del control de la constitucionalidad se mantuvo vigente hasta después de la reforma de la Constitución de 1967.

Ahora bien, más allá de lo vanguardista que pudo significar en su momento, el contar con dos dispositivos de control de la supremacía constitucional, es decir, el control político y el jurisdiccional, en los hechos, ninguno de los dos tuvo eficacia alguna. Así, el Consejo de Estado, como instancia política, no terminó de institucionalizarse, ya sea por el desinterés hacia aquel cargo, o por su falta de reglamentación, producto de la desatención prestada por los gobiernos de turno respecto a aquella institución, en tanto suponía un incómodo control sobre los actos del poder político de entonces.

En aquel panorama, al control jurisdiccional de la constitucionalidad, no le fue mejor. De hecho, la CSJ, se limitó a asumir una posición institucional a la que se catalogó de tímida, tangencial y hasta contradictoria. Empero, debe tenerse en cuenta que, a la Corte, no se le podía exigir más allá de lo que el marco general de la Constitución le permitía. Recuérdese que la CSJ no contaba con una norma que regulase su accionar ha momento de pretender determinar la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Al

no contar con la regulación respectiva sobre su accionar, se generó la desorientación por la falta de un procedimiento, lo que sin duda dificultó la labor de aquella alta magistratura, al igual que la de los propios abogados litigantes, quienes manifestaron, no sin razón, sus dudas en cuanto al contenido y alcance del control, así como de la eficacia del eventual pronunciamiento judicial. Fue a la luz de aquella experiencia descrita, que surgieron planteamientos que defendían la necesidad de cambiar el modelo del control de constitucionalidad, hacia otro de naturaleza «concentrada».

14. En efecto, años después, con la reforma a la Constitución de 1995, el legislador introdujo al texto constitucional la figura del Tribunal Constitucional (TCB). Aquella nueva instancia de control vino a sustituir a la CSJ en la labor del control de la constitucionalidad. A raíz de ello, el modelo de control pasó a ser concentrado. Cabe recordar, que como en todo proceso de reforma, la inserción de la figura del TCB, no fue pacífica. Hubieron quienes se opusieron a la creación de aquella instancia «especializada» de control de la constitucionalidad. Para ello, se valieron de múltiples argumentos, como los que catalogaban a aquella situación, como una flagrante usurpación de funciones y facultades que, según entendían, eran propias y privativas de la Corte Suprema. Así también, no faltaron quienes desde el interior de la propia CSJ, expresaron su rotundo rechazo a la creación del Tribunal, al extremo de considerar a aquella medida como atentatoria contra la independencia del Poder Judicial y a través de la cual, se pretendía socavar la autoridad de la máxima instancia de administración de justicia. De igual modo, se sostuvo que, el establecimiento de un ente especializado «ad hoc» implicaba consolidar un cuarto poder al interior del Estado, que terminaría socavando el equilibrio de poderes.
15. Sin importar las críticas recibidas, el TCB inició sus actividades en junio de 1999, a un año de haberse promulgado la Ley del Tribunal Constitucional (LTC o Ley No. 1836). Ahora bien, pese al corto tiempo de funcionamiento, el TCB, supo asimilar la experiencia jurisprudencial de sus pares europeos y latinoamericanos, y desarrolló de igual forma, una tipología de «*sentencias atípicas*», o denominadas también como *sentencias interpretativas* o *intermedias*, a partir de las cuales, el Tribunal ponderó los valores y principios constitucionales en juego, para adoptar las soluciones menos lesivas al ordenamiento jurídico (evitar el horror vacui), y que sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución. Empero, a diferencia de sus pares europeos, el TCB pudo recorrer por el sendero de la emisión de pronunciamientos interpretativos —y adscribirse de esta forma dentro del modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad—, gracias a determinadas previsiones establecidas en la LTC. Así, el artículo 4 (Interpretación Constitucional) facultaba al Tribunal a que en caso excepcional de que una ley, decreto o cualquier género de resolución admitiera diferentes interpretaciones, «...en resguardo del principio de conservación de la norma...» adopte «...la interpretación que concuerde con la Constitución...». Pero además, la misma LTC, en su artículo 48 (Forma y contenido de la sentencia) facultó al Tribunal la posibilidad de dimensionar la eficacia y el contenido del pronunciamiento constitucional, lo que en cierto modo, otorgó al TCB una visión flexible del binomio constitucionalidad—inconstitucionalidad, salvo que a juicio del Tribunal, la inconstitucionalidad de la disposición fuese total, situación en la cual, la rigidez del binomio tuvo que ser aplicada en razón del artículo 58.II de la LTC.

En base a aquellas disposiciones, el TCB desarrolló ampliamente las sentencias de «interpretación conforme» a la Constitución, evitando declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados, cuando aquellos podían desprender –en algún sentido– una interpretación «*secundum constitutionem*». Pero a su vez, el Tribunal quedaba facultado para eliminar aquellas otras interpretaciones incompatibles con la Constitución, indicando de ese modo, el único sentido en que la norma impugnada era acorde con la Norma Fundamental. Una muestra de aquella gama de pronunciamientos interpretativos emitidos por el TCB, pudo verse expresado en las SSCC 052/2001 (sobre la Tributación Ganadera), 009/2004 (Tutela judicial y administrativa del contribuyente), 0101/2004 (Disposición Transitoria Tercera de la Ley No. 1970), y 0079/2005 (sobre la Ley de Capitalización) entre otros más. En cada uno de aquellos supuestos, el TCB supo insertar en el fallo, una remisión genérica hacia los fundamentos jurídicos del pronunciamiento, debiéndose desprender de aquella, la interpretación que a juicio del Tribunal debía asignarse –o no asignarse– a la disposición para ser conforme con la Constitución.

16. Ahora bien, en el caso boliviano, a diferencia de lo que ocurrió en la experiencia de la jurisprudencia constitucional italiana y española, donde –de inicio, el juez a quo y la magistratura en general–, plantearon los rechazos y objeciones por reconocer cualquier tipo de eficacia a las sentencias interpretativas, sean estimatorias o desestimatorias de la inconstitucionalidad, en la jurisprudencia constitucional boliviana –independientemente de las dificultades con los que tropezó el funcionamiento del Tribunal– las reacciones hacia aquella categoría de pronunciamientos fueron distintas. De entrada, las sentencias interpretativas dictadas por el TCB, no sólo fueron asumidas a cabalidad por los tribunales ordinarios, sino también por los demás poderes públicos, reconociéndose en aquel contexto, el valor vinculante de los fundamentos expuestos en el pronunciamiento, no limitándose el mismo al dictamen del fallo. Es más, hubieron situaciones en las que, desde una perspectiva particular, Magistrados como Rivera Santiváñez, reclamaron –a través de votos disidentes– el no empleo por parte del Tribunal, de pronunciamientos interpretativos en la resolución de algunos casos delicados como el suscitado en la SC 052/2002 (Costo y tiempo de la publicidad electoral), a fin de garantizar el derecho a la igualdad, así como la libertad de expresión de los candidatos a Diputados por circunscripciones uninominales.

De la revisión a la LTC, pudo advertirse el por qué de la aceptación de aquella tipología decisional. Así, los artículos 4, 44 y 52 de la LTC, establecían la obligación para los tribunales, jueces y autoridades de aplicar a sus decisiones la interpretación adoptada por el TCB. Por lo mismo, de las citadas disposiciones se desprendía que, los poderes públicos se encontraban compelidos al cumplimiento de las resoluciones, declaraciones y autos emitidos por el intérprete supremo de la Constitución, siendo en consecuencia aquellas, obligatorias y vinculantes para todos los poderes del Estado, autoridades y tribunales, bajo alternativa de determinarse la imposición de sanciones de carácter pecuniario, a quienes incumplieran las mismas.

17. Desde luego, el TCB, no solamente incursionó en el dictado de sentencias interpretativas. La revisión de la práctica jurisprudencial constitucional boliviana, nos permitió advertir la existencia de otra categoría de fallos igualmente atípicos, en los que el Tribunal no se limitó a condicionar la vigencia de la norma impugnada a una

determinada interpretación conforme con la Constitución. Asumiendo una postura más activista, el Tribunal se aventuró a emitir sentencias a las que la doctrina italiana catalogó como «*normativas*», o «*manipulativas*», y en las que, –como se vio– se engloban a otras subespecies como las *sentencias aditivas* y las *sustitutivas*.

En el primer caso, el Tribunal supo responder a diversas situaciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa a través de una intervención integradora de lo excluido por la norma. En ese sentido, el Tribunal comprendió que la inconstitucionalidad no radicaba en la disposición impugnada, sino en lo que ésta no preveía, centrándose la actividad del TCB –en consecuencia–, en construir el sentido normativo ausente en la disposición. Ese fue precisamente el caso tratado en la SC 0062/2003 (Código de Seguridad Social), por la cual, el TCB para corregir las diferencias arbitrarias establecidas en razón del sexo previstas en las disposiciones impugnadas del Código de Seguridad Social (CSS), procedió a dictar una sentencia aditiva integradora, a través de la cual declaró la inconstitucionalidad de varias frases, porque de ellas se derivaban una serie de supuestos que implicaban una discriminación normativa vulneradora del derecho a la igualdad consagrado en la Constitución, sobre todo para el varón, a quien se exigía mayores requisitos en relación a la mujer para ser considerado beneficiario del seguro. Empero, si bien al eliminar el requisito adicional exigido al varón, insertó en la misma categoría tanto al hombre como a la mujer, como beneficiarios del seguro, lo que hizo el Tribunal fue hacer que el control recaiga no en la norma sino en la disposición. Con ello, el TCB dejó entrever su alejamiento del paradigma del «legislador negativo». Sin duda, aquél no fue el único caso en el que el Tribunal emitió un pronunciamiento aditivo, pues, en otros casos, el TCB procedió a establecer complementos a la normativa que regulaba determinado régimen jurídico, tal el caso de la SC 0169/2007–R, a través de la cual el TCB estableció una serie de requisitos adicionales a los previstos por la propia Constitución y la LTC para interponer el recurso de amparo constitucional como ser la interposición del recurso dentro de los seis meses de cometida la violación al derecho fundamental, o la necesidad de notificar a terceros que pudieran verse perjudicados con la interposición del recurso. Idéntico mecanismo fue el aplicado en la SC 160/2005–R, por la cual, el Tribunal estableció la naturaleza subsidiaria del recurso de hábeas corpus, yendo con ello, más allá de la regulación constitucional y legal.

En cuanto a las sentencias sustitutivas, la práctica jurisprudencial del TCB, presentó limitados casos como el que se dio con la SC 1036/2002–R, mediante la cual, el Tribunal prácticamente modificó el cómputo y el plazo de la etapa preparatoria o de investigación del Código de Procedimiento Penal (CPP o Ley No. 1970), al interpretar que el primer acto del procedimiento, no lo constituía la denuncia ni la querrela como lo disponía el artículo 5 de dicha Ley, sino que el proceso penal se iniciaba con la notificación al imputado con la resolución de la imputación formal, supliendo de esa forma la regulación contenida en el artículo 134 (Extinción de la acción en la etapa preparatoria) del CPP, así como el plazo máximo de duración del proceso.

Si bien las sentencias interpretativas dictadas por el TCB, recibieron alguna crítica, o abrieron margen para el debate, aquellos no adquirieron la dimensión alcanzada en el seno de la jurisprudencia constitucional comparada. En ese sentido, en el caso boliviano no puede afirmarse que las críticas hacia aquel tipo de pronunciamientos,

fueron los que obligaron al TCB a abandonar el modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad. Al contrario, fueron circunstancias concretas las que motivaron al Tribunal, en algunos casos, a resolver personalmente el vicio de inconstitucionalidad. Empero, en otros supuestos, asumiendo una postura apegada al *self restraint*, apeló a la ayuda necesaria para resolver el conflicto de constitucionalidad, valiéndose para ello de las exhortaciones necesarias dirigidas al legislador, para que fuera aquella instancia dotada de la legitimación popular la que enmendara el vicio de inconstitucionalidad, a través de la aprobación de la ley reparadora. En ese sentido, el TCB supo desenvolverse como se advirtió de su amplia jurisprudencia, entre los dos modelos de reparación, el *unilateral* y el *bilateral*.

Así, una expresión de aquella alternancia con el modelo bilateral lo constituye la SC 0024/2004 (sobre la constitucionalidad temporal del Código Civil), en la cual, el TCB al someter a juicio de constitucionalidad determinadas disposiciones del Código Civil, determinó la inconstitucionalidad total del Código, no por su contenido, sino por su origen, puesto que fue aprobado a través de un Decreto Ley (DL) propio de un gobierno de facto, empero, entendió que anudar a la declaración de inconstitucionalidad la de nulidad, habría generado mayores inconvenientes como el *horror vacui*, por el que un sinfín de actos jurídicos regulados por aquel instrumento normativo se habrían visto seriamente afectados. Por lo mismo, el Tribunal declaró la vigencia temporal del Código, y exhortó al Poder Legislativo para que en el plazo de cinco años subsane el vicio de inconstitucionalidad, bajo conminatoria de que en caso de incumplimiento, la misma quedaría expulsada del ordenamiento jurídico. Sin embargo, al igual que en otros casos, pese a los emplazamientos realizados por el TCB, la inercia del legislador fue el común denominador. En ese escenario, no sirvieron de mucho las advertencias realizadas por el Tribunal, sobre las consecuencias que se suscitarían si el legislador no respondía normativamente aprobando la ley reparadora dentro del plazo establecido al efecto. Luego, la norma declarada inconstitucional pero no nula continuó aplicándose ultra – activamente, con los consiguientes riesgos para la seguridad jurídica.

Algo similar sucedió en ocasión de dictarse la SC 066/2005 (redistribución de escaños electorales), en la que se enjuició la constitucionalidad del artículo 88 de la Ley Electoral (LE), en tanto establecía la distribución mínima de escaños por Departamento, pero basado en datos del Censo Nacional (CN) de 1992, cuando en su lugar debían tomarse en cuenta los últimos datos del CN de 2001, tal como lo establecía el artículo 60.VI de la Constitución. En aquella oportunidad, el TCB declaró la inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 88 de la LE debido a la omisión en que había incurrido el Poder Legislativo al no haberla modificado para determinar la nueva distribución de escaños entre los departamentos en base al número de habitantes de cada Departamento, y ello en atención a los datos del último CN de 2001. En consecuencia, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, pero a la vez, exhortó al Poder Legislativo para que corrija el vicio de desarrollarse las elecciones generales de diciembre de 2005. Empero, en aquella ocasión, el Tribunal, al igual que en otras oportunidades, desatendió el llamado realizado por el Tribunal, y la justa electoral se desarrolló a la luz del artículo 88 de la LE declarada inconstitucional.

Sin duda, las situaciones descritas, dejaban vislumbrar, que en la realidad jurisprudencial boliviana, para consolidar el modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad, también debía trabajarse en el afianzamiento de las relaciones entre TCB y el legislador.

18. Más allá de definir lo acertado o no que pudo significar la forma en la cual el TCB se desarrolló en los primeros años de su funcionamiento, lo que no puede dejarse de lado es, que su inserción en el ordenamiento jurídico boliviano, significó un avance muy importante para la consolidación del Estado de Derecho. Empero, como nunca antes había sucedido, –a poco más de cumplir una década de ejercicio del control de la constitucionalidad–, el TCB experimentó un singular episodio de *crisis institucional* provocado por las críticas y ataques dirigidas desde el sector político–gubernamental del Estado. Fue recién en aquel capítulo de la historia del TCB que se empezó a cuestionar el rol y las funciones del intérprete supremo de la Constitución, y junto a ello, la tipología y efectos de sus pronunciamientos.

Una de las principales causas que explican el advenimiento de aquellas críticas hacia la labor desarrollada por el Tribunal, fue la falta de institucionalidad política del Estado boliviano. Luego, aquella desorganización pública, que se tradujo en la falta de consenso que permitiera la adopción de políticas públicas, hicieron que las pugnas partidarias entre la oposición y el oficialismo gubernamental fueran dirimidas en la vía jurisdiccional, por ante el Tribunal Constitucional. En ese sentido, los casos más delicados que el TCB debió resolver, se referían a la determinación de la constitucionalidad del *interinato* de determinados cargos públicos. Una muestra de ello lo constituye la SC 0018/2007 (Designación interina de autoridades del Poder Judicial). En aquella ocasión, el Tribunal, luego de enjuiciar el DS 28993, a través del cual, el Poder Ejecutivo designó interinamente en el cargo a cuatro Ministros de la Corte Suprema de Justicia, determinó la constitucionalidad de aquel, porque entendió que la designación accidental constituía una facultad del Presidente de la República, prevista en el artículo 96.16ª de la CPE. Empero, aclaró a su vez, que según la Ley de 2 de octubre de 1911, el interinato sólo podía contar con una vigencia máxima de noventa días, por lo que ha momento de resolver el recurso, el Tribunal dejó por sentado que aquel plazo había fenecido, y que en consecuencia, los Ministros designados al amparo del DS impugnado, debían dejar sus cargos. A fin de no arriesgar el principio de la seguridad jurídica, el Tribunal optó por declarar la validez de las sentencias y otras resoluciones que hubieran dictado los Ministros, desde el momento en que debieron cesar en sus funciones. Y, al mismo tiempo, el TCB exhortó al Congreso Nacional para que, en uso de sus atribuciones constitucionales, designe a la brevedad posible, a los Ministros titulares de la Corte Suprema de Justicia para cubrir las acefalías producidas como consecuencia de la Sentencia Constitucional.

Para comprender mejor el contexto en el que se dictó la sentencia en cuestión y de cómo aquella desembocó en la desarticulación y parálisis del TCB, era necesario tomar en cuenta que, la designación interina de autoridades constituía un fiel reflejo de la falta de consenso político, y de las ventajas que conllevaba para el Ejecutivo gubernamental designar interinamente a quienes debían serlo por el legislativo. Empero, aquella instancia deliberante no se encontraba posibilitada de realizar designación alguna, en tanto le era difícil conseguir los votos necesarios al efecto. Así, debía comprenderse también, el escenario social en el que se desenvolvía el Estado boliviano, caracterizado

por pretender desarrollar un *proceso de cambio* en todo los ámbitos institucionales. Por lo mismo, las sentencias emitidas por el Tribunal, tal el caso de la SC 0018/2007 (Designación interina de autoridades del Poder Judicial), según los principales representantes del Poder Ejecutivo, no contribuían con aquel proceso, y al considerarlos como un obstáculo, plantearon sin más, la supresión de aquella instancia de control del ordenamiento jurídico. Sin duda, aquella idea fue cobrando cada vez más adeptos, que propusieron su tratamiento al interior del *proceso constituyente* que se vivía en Bolivia. Paralelamente, fueron instaurándose una serie de procesos judiciales en contra de los Magistrados del TCB por parte del Poder Ejecutivo, lo que forzó que sus miembros empiecen a renunciar a sus cargos hasta llegar a paralizar el funcionamiento de la entidad fiscalizadora del cumplimiento de la Constitución por la falta del quórum necesario para resolver los recursos constitucionales.

19. Lo paradójico de todo aquello fue, que luego de haberse provocado la parálisis del TCB, el Poder Ejecutivo no dudó en nombrar interinamente a nuevos Magistrados del Tribunal Constitucional, hasta en tanto se instituyera el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional (TCPB) previsto en el texto de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional (CPEB), y se promulgasen la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP) que inicialmente asume en su seno procedimientos constitucionales, y en particular acciones de inconstitucionalidad, y de manera posterior el Código de Procedimientos Constitucionales (CPC) que si bien deroga parte de la LTCP, replica aspectos procedimentales de ésta.

Si bien es cierto, que con la entrada en vigor de la CPEB, así como de sus Leyes de desarrollo mediante la LTCP y el CPC, se esperaba un cambio trascendental en el sistema de control de constitucionalidad boliviano, no menos cierto es, que las disposiciones contenidas en la nueva Constitución en relación al control de la constitucionalidad, así como en las Leyes reguladoras citadas, no establecían una reglamentación clara que permitiera al Tribunal operar sin mayores complicaciones, que en el pasado reciente le costaron su desarticulación. En ese sentido, no puede desmerecerse el cómo las nuevas disposiciones normativas introdujeron una peculiar forma de designación de los Magistrados del TCPB –esto es, a través del voto directo– o el incremento en el número de sus miembros (de 5 a 7), y la integración plural que abrió paso a la participación del factor indígena, e inclusive, la misma reorganización del Tribunal en Salas. Sin embargo, el panorama normativo no cambió en mucho de su predecesor, a la hora de definir la eficacia de las sentencias constitucionales, o por lo menos no contribuye a esclarecer los supuestos y los límites en los que el TCPB se encontraría habilitado para recurrir al dictado de pronunciamientos atípicos.

20. En ese sentido, pudo constatarse que el legislador, ha momento de proyectar y aprobar la LTCP, se limitó a reproducir la abrogada LTC, sobre todo en lo que concierne a la determinación de la eficacia del pronunciamiento constitucional. Así, el artículo 78.II.3 y 4 del CPC, copió el texto del abrogado artículo 58 de la LTC, facultando al Tribunal a declarar la inconstitucionalidad total o parcial de la norma impugnada, desprendiéndose de ellos el efecto abrogatorio o derogatorio, respectivamente. De ese modo, se pudo advertir, que la nueva regulación –en principio– no admitiría la posibilidad de que el TCPB dicte *sentencias interpretativas*. Empero, a través de un estudio realizado a las disposiciones legales que regulan las acciones de inconstitucionalidad, nos permitió

corregir aquella negación inicial que impedía al Tribunal la posibilidad de dictar *sentencias atípicas*, como sucedió con el anterior TCB.

En efecto, se consiguió apreciar, que de la disposición contenida en el artículo 6 (Criterios de interpretación) de la LTCP, en sus párrafos I y II, se desprende claramente la facultad que se reconoce al TCPB, para desarrollar la función interpretativa. Pero además, la norma establece que en la labor hermenéutica realizada por el Tribunal, debe aplicarse con preferencia la *voluntad del constituyente* de acuerdo con los documentos, actas y resoluciones de la Asamblea Constituyente, y que en cualquier caso, las normas debían ser interpretadas por el Tribunal de conformidad en el *contexto general* de la CPEP, mediante un entendimiento sistemático de ésta, orientado a la consecución de las finalidades que persiga, todo ello en concordancia también, con el artículo 2.II.1 del CPC. En base a aquella batería dispositiva, se pudo desprender la existencia de un primer elemento que serviría para dotar a las sentencias interpretativas del TCPB de un halo de legalidad.

Asimismo, se pudo establecer la existencia de un segundo pilar, sobre el cual, el TCPB podría erigir el dictado de pronunciamientos interpretativos. Ese soporte se lo encuentra en el artículo 2 (Interpretación constitucional) del CPC, el cual señala, que el Tribunal, ha momento de interpretar los derechos reconocidos en la CPEP, tomará en cuenta los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el Estado boliviano, cuando éstos prevean normas más favorables plenamente concordante con el artículo 256 de la nueva Constitución. Luego, si el Tribunal entendiera que algunos de esos Tratados declaran derechos no contemplados en la Constitución, o algunos de ellos son de aplicación preferente por el principio de favorabilidad, éstos deben considerarse como parte del ordenamiento constitucional bajo la égida del bloque de constitucionalidad. Continuando con la articulación de fundamentos normativos, un tercer basamento útil para el dictado de sentencias interpretativas por parte del TCPB, lo encontramos en el artículo 3 (Principios procesales de la justicia constitucional). 1 (Conservación de la Norma), cuya disposición establece, que en los casos en que una ley admita diferentes interpretaciones, el TCPB en todo momento optará por la interpretación que sea compatible con el texto constitucional.

En fin, un cuarto soporte para justificar la facultad para la emisión de pronunciamientos interpretativos por parte del TCPB, lo hallamos en la *reinterpretación* de la disposición contenida en el artículo 78.II.4 del CPC. Así, valiéndonos de la diferenciación entre disposición y norma, planteada en su momento por el maestro italiano Crisafulli, es posible entender, que la disposición, –al prever que la inconstitucionalidad parcial de una norma legal impugnada tendrá efecto derogatorio de los artículos o parte de éstos, sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad, siguiendo vigentes los restantes–, permitiría al TCPB dejar que la declaración de inconstitucionalidad incida sobre uno de los sentidos desprendibles del articulado o soporte normativo, quedando vigentes las restantes normas o sentidos asignados a aquella disposición. Consiguientemente aquella lógica permite una aplicación a *contrario sensu*, es decir, declarar tan sólo una de las normas como constitucionales, y al resto como inconstitucionales, quedando subsistente la interpretación que a juicio del TCPB resulta conforme a la Constitución, o lo que para

el legislador representa la voluntad del constituyente. Desde luego, en este abanico de posibilidades, no se encontraba ausente la posibilidad de que el TCPB, deseche por completo la disposición normativa, en la medida en que de ella no fuera posible desprender un sentido conforme con la Constitución o lo que es lo mismo, la voluntad del Constituyente. De igual modo, el Tribunal, al entender que todos los sentidos normativos, son conformes con la Constitución, se encontraría plenamente facultado para desestimar la declaración de inconstitucionalidad, y con ella, dejar incólume la disposición o soporte lingüístico objeto de interpretación.

Ahora bien, las conclusiones que aquí se plantean, permiten –en cierto modo– reivindicar la potestad interpretativa con la que estaría dotada el TCPB y, por consiguiente defender su facultad para la emisión de pronunciamientos atípicos, empero, como deducciones, no dejan de ser meras labores heurísticas desprendibles de las disposiciones constitucionales y legales, que al igual que nos permiten sostener todo lo señalado, también admiten contraargumentos válidos, que descartarían cualquier posibilidad por parte del Tribunal de modular el contenido de sus sentencias. Con lo anterior, se deja abierta la indeterminación inicial de la tipología y categoría de pronunciamientos en el concierto constitucional boliviano, y esto nos conduce nuevamente a advertir sobre la necesidad de debatir en torno a la legitimidad, funciones y límites del TCPB, todo con la finalidad de anticiparnos a situaciones de crisis como aquella que terminó por desarticular el control de constitucionalidad en Bolivia.

21. En este nuevo panorama constitucional y legal, –como se dejó entrever– la falta de precisión normativa, no solo dificultó la definición concreta de la tipología de los pronunciamientos constitucionales, sino también, no permitió diferenciar y delimitar la eficacia de la sentencia constitucional. Luego, las dificultades advertidas en el marco normativo constitucional y legal abrogados, no fueron resueltos, con lo que los riesgos que ellas entrañan, todavía permanecen vigentes.

En ese sentido, si bien el artículo 203 de la CPEP nos brinda un diseño sobre la eficacia del pronunciamiento constitucional, a todas luces inteligible, en la medida en que sostiene que, las decisiones y sentencias del Tribunal son de carácter *vinculante* y de *cumplimiento obligatorio*, y que contra ellas *no cabe* recurso ordinario ulterior alguno, no puede predicarse lo mismo de su ley reguladora, en tanto aquella, al igual que en el caso español, incorpora un panel de eficacias algo más complicado que las señaladas en la Constitución. Aunque, claro está, aquella regulación de los efectos de las sentencias a nivel legislativo resultó siendo generosa por su amplitud, en relación a la previsión Constitucional.

En esa perspectiva, el CPC, al igual que el artículo 38.1 de la LOTC español, que recoge en su seno a la eficacia de la «*cosa juzgada*», los «*efectos generales*» y la «*vinculación para los órganos de poder públicos en general*», contempla también, las mismas formas de eficacia para el pronunciamiento constitucional boliviano, en los artículos 14 (Sentencias con calidad de cosa juzgada), 15 (Carácter obligatorio, vinculante y valor jurisprudencial de las sentencias), y 78.II (Efectos de las sentencias). Empero, como ya se advirtió, dada la complejidad con que fueron reguladas aquellas, su manejo por parte del TCPB, no siempre fue el correcto.

22. Por ello, en atención a las imprecisiones conceptuales, se intentó aclarar cada una de estas instituciones, tomando en cuenta para ello, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial español, aplicándolos al caso boliviano.

Por lo mismo, una vez que se compulsó –dentro de la normativa boliviana– a los artículos 203 CPEP y 78.II.1 y 4 del CPC, se llegó a determinar que, a diferencia del caso español, la posibilidad de replantear el juicio de constitucionalidad contra una Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, Ordenanza y cualquier género de resolución no judicial sobre las que el Tribunal desestimó la inconstitucionalidad, es plenamente viable. Pero además, aquella posibilidad no se limita a las sentencias desestimatorias puras, sino que abarca también a los supuestos en los que el Tribunal emitió un pronunciamiento desestimatorio interpretativo. Es decir, si a juicio del Tribunal, la Ley impugnada sólo es inconstitucional en alguna de sus partes, aquella constatación le permite declarar la inconstitucionalidad parcial de la norma impugnada, anulando sólo las interpretaciones normativas que no son conformes con la Constitución. Así se desprende de los artículos 4.IV de la LTCP y 3 (Principios procesales de la Justicia Constitucional), numeral 1, del CPC. En consecuencia, al dejar subsistentes las otras normas desprendibles de la disposición, el Tribunal no cierra la posibilidad de replantear el control de constitucionalidad sobre aquellas, ya sea en la misma vía, o a través de la acción concreta de inconstitucionalidad. Empero, tal como le establece el artículo 78.II.1 del CPC, los requisitos para replantear la duda de constitucionalidad contra la misma norma, son: la no concurrencia del mismo objeto o causa, y que no se argumenten los mismos preceptos constitucionales impugnados. Luego, en la medida en que se alegue la vulneración de otros preceptos de la Constitución, o varíen el objeto o la causa, la posibilidad de impugnar ante el TCPB la constitucionalidad de una norma sobre la que el Tribunal ya determinó su conformidad con la Constitución, estaría expedita. De ese modo, luego de haber revisado la dimensión formal de la cosa juzgada, se pudo establecer que su objeto, –la prohibición de volver a acusar la inconstitucionalidad de la norma, una vez que el Tribunal Constitucional haya asumido una decisión– no representa una cuestión definitiva ni absoluta en el caso boliviano. Como no podía ser de otra manera, el sostener la posibilidad de replantear la duda de constitucionalidad a través de otra acción posterior, ya sea en la misma vía o en otra diferente, tendría que suscitar en el concierto jurisprudencial constitucional boliviano, un análisis que, desde luego, sobrepasaba en mucho a la dimensión formal de la «*res iudicata*», llegando a comprometer incluso, a la dimensión material de ésta.

En lo concerniente al efecto «*erga omnes*», se constató que el artículo 133 de la CPEP, reconoce aquella eficacia sólo a las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, guardando un silencio en relación a las que desestiman la inconstitucionalidad de la norma impugnada, tal como sucede en el caso español. Aunque huelga recordar que las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad no requieren de la eficacia *erga omnes*, pues al declararse la norma como constitucional, la misma continúa estando vigente con todos los elementos que la caracterizan, entre ellas la *generalidad*. En consecuencia, no es la sentencia la que desprende la eficacia general, sino la norma misma. Empero, desde la perspectiva doctrinal no faltó un entendimiento particular que defiende para las sentencias desestimatorias, no una eficacia *erga omnes*, sino sólo *inter partes*, es decir, para el caso concreto, de modo tal que, como se vio ha momento

de considerar la eficacia de la cosa juzgada, esa decisión no impedirá plantear otra acción en el futuro.

Ahora bien, dentro de la eficacia general, convino reflexionar sobre la curiosa regulación contenida en el artículo 78.II.2 del CPC en tanto reconoce a los fundamentos jurídicos de la sentencia, el «*carácter vinculante y general*». Una interpretación preliminar de aquella disposición, nos permitió sostener que la eficacia «*erga omnes*», no alcanzaría a la parte del fallo del pronunciamiento estimatorio, sino solamente a los fundamentos. Bajo este razonamiento, el diseño previsto por el Constituyente daría a entender, que en las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, el fallo no revestiría la eficacia «*erga omnes*», y en su lugar se aplicaría la eficacia de la cosa juzgada, que conllevaría a sostener el establecimiento de un límite subjetivo predicable sólo hacia las partes del proceso constitucional, más no así hacia terceros. En ese sentido, se consideró que la redacción del artículo 78.II.2 del CPC no guarda incongruencia con el mandato contenido en el artículo 133 de la CPEP, que predica la eficacia «*erga omnes*» de toda sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad. Luego, la incoherencia radica en que, por regla general, es el fallo de la sentencia el que contiene y declara expresamente el carácter inconstitucional de la norma impugnada, y como tal debiera encontrarse revestido de aquella eficacia, y no solamente los fundamentos jurídicos del aquel. Si bien es cierto que la parte resolutive de la sentencia se encuentra estrechamente relacionado con la parte motiva de aquella, –sobre todo con la *ratio decidendi*–, y al entenderse que el pronunciamiento constituye un elemento lógico y sistemático entre el dispositivo y el fallo, hace que ambos elementos deban desprender necesariamente la eficacia *erga omnes*, como un imperativo necesario a fin de dotar de aquella fuerza de ley que caracteriza a las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad. Por lo mismo, se dejó entrever, que la forma en la que el legislador reguló el artículo 78.II.2 del CPC, pareciera que fue pensada a fin de que el Tribunal pudiera modular el contenido de la sentencia estimatoria de tipo interpretativa. Luego, las condiciones estarían dadas para que el Tribunal emita pronunciamientos estimatorios interpretativos cuyo objeto sea la eliminación de la interpretación inconstitucional de la ley, dejando incólume la norma impugnada al ser considerada conforme a la Constitución, aunque formalmente exista una declaración de inconstitucional, por lo que prevé o no dicha disposición. En ese sentido, el fallo, al adquirir la calidad de la cosa juzgada, vincularía en primer término a las partes involucradas en el proceso de constitucionalidad, para quienes la declaración haría inaplicable la disposición, ya sea en su dimensión derogatoria o abrogatoria, –según se trate de la extensión de la declaración de la inconstitucionalidad–, mientras que los fundamentos jurídicos donde se encuentra la interpretación que en criterio del Tribunal es contraria a la Constitución, desprendería la eficacia *erga omnes*, es decir, que no se podría asignar a la disposición, la interpretación vetada por el TCPB. En consecuencia, si en forma posterior, se desprendiera una nueva interpretación de la disposición igualmente contrastante con la Constitución, nada obstaría la interposición de una nueva impugnación contra la disposición normativa.

Ya en lo concerniente a la eficacia *vinculación*, se pudo apreciar, que el legislador boliviano, introdujo primeramente en el artículo 203 de la CPEP, y en forma posterior en el artículo 8 (Obligatoriedad y vinculación) de la LTCP, una fórmula similar a la española, en la medida en que no limitó aquel efecto a los procedimientos de

inconstitucionalidad, sino que con carácter general, extendió aquella eficacia hacia todas las formas de pronunciamiento, sin interesar el *decisum* ni el tipo de procedimiento en el que fuera adoptado aquel. Desde luego, no faltaron posturas doctrinales contrarias, que negaron aquel carácter general de la eficacia vinculación, ya que partir de una lectura realizada al artículo 78.II.2 del CPC, sostuvieron que la eficacia de la vinculación era predicable sólo de los razonamientos jurídicos contenidos en las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, dejándose por fuera a las sentencias desestimatorias. A manera de crítica hacia aquel planteamiento reduccionista de la eficacia *vinculación*, no dudaron en calificar a aquella postura como errada. En ese sentido, a fin de precisar la cobertura con la que contaba dicha eficacia, se recurrió a la disposición contenida en el artículo 15 (Carácter obligatorio, vinculante y valor jurisprudencial de las sentencias) del CPC. Así, del párrafo II de aquel precepto, se desprendía una fórmula mucho más afortunada y esclarecedora, sobre el alcance de aquella eficacia, al señalar, que «Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del Poder Público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares.» Consiguientemente, a la luz de aquella regulación, se dejaba por sentado la validez del planteamiento inicial, es decir, que el efecto «*vinculación*» es desprendible de los razonamientos jurídicos contenidos en *cualquier* tipo de resoluciones emitidas por el TCPB, llámense Sentencias, Declaraciones o Autos constitucionales.

Por lo demás, es necesario dejar por sentado, que la verdadera dimensión de la vinculación no debe ser percibida como una obligación de las autoridades hacia ella, sino más bien, debe ser comprendida como un compromiso que afecta y compele a los órganos de poder del Estado, es decir, a la Administración pública en general, para que aquella adecúe sus actos a dicha doctrina, y para el legislador –dentro del ámbito de respeto a su libertad de configuración del ordenamiento– para que no legisle al margen de los criterios de constitucionalidad establecidos por el TCPB en sus pronunciamientos.

23. Como en todo proceso, la vivencia de una etapa crítica suele ser inevitable. Así, luego de vivir una época de apogeo, los tribunales constitucionales, tanto en el ámbito español como boliviano, se vieron envueltos en una profunda crisis institucional, a tal grado que, su recuperación pasaba por asumir radicales medidas reformadoras. Aunque claro está, los resultados no siempre fueron los esperados. En el caso español, si se bien se trabajó un intento por reformar la LOTC, y así dotar de cobertura legal a los pronunciamientos atípicos emitidos por el TCE, lamentablemente aquella iniciativa no prosperó. Trasladándonos al escenario boliviano, la asunción de un TCPB, requirió de toda una reingeniería normativa que pasó por reformar la Constitución, y sus leyes reguladoras, empero, aquellas medidas legislativas, tampoco fueron suficientes como para encauzar la crisis de aquella instancia de control, al contrario, los problemas se profundizaron aún más al instituir no sólo una peculiar forma de designación de los Magistrados, sino también al encomendarle al TCPB la difícil labor de articular el paradigma plurinacional sobre el que se estructura el nuevo Estado boliviano. Pero lo más reprochable fue que se desaprovechó la oportunidad para dotar al Tribunal, de un dispositivo normativo que definiera no sólo la tipología de pronunciamientos que podría emitir aquella instancia de control, sino también la eficacia desprendible de aquellos.

24. Ahora bien, independientemente de los cuestionamientos realizados desde la doctrina o la misma magistratura ordinaria hacia la categoría de los pronunciamientos interpretativos, e incluso, más allá de los intentos frustrados por legalizar la emisión de las sentencias atípicas, lo cierto es que los Tribunales Constitucionales no han dejado de emitirlos. Basta citar en ese sentido, a la sentencia STC 31/2010 (Estatuto de Cataluña) en el caso de España, y la SC 0300/2012 (TIPNIS) en el caso boliviano y ello no denota otra cosa que el carácter imprescindible de aquella categoría decisional.

Sin duda, es innegable la importancia que adquiere la STC 31/2010 dentro del concierto jurisprudencial constitucional español; Primero, porque fue la primera vez que se sometió a juicio de constitucionalidad prácticamente la totalidad de un Estatuto de Autonomía, en aquel caso, el de la Comunidad de Cataluña (EAC), pero a su vez, la trascendencia reside también en el hecho de que el Tribunal se decantó por emitir un pronunciamiento desestimatorio interpretativo en relación a 27 disposiciones impugnadas del citado documento y salvar de ese modo la constitucionalidad de gran parte de las disposiciones del Estatuto, condicionándola –claro está– a la interpretación que a juicio del TCE es conforme con la Constitución. Como era de suponer, la emisión de aquel pronunciamiento constitucional, suscitó nuevamente en el escenario doctrinal y jurisprudencial español más de un escenario de debates y las consabidas críticas hacia la dimensión hermenéutica del pronunciamiento, a tal grado que, ni al interior del propio Tribunal pudo alcanzarse un consenso sobre la necesidad de verter una sentencia desestimatoria interpretativa. Así se vio expresado en los «votos particulares» que motivó la decisión. El punto central de la disidencia, viraba nuevamente, en el empleo de las técnicas interpretativas por parte del TCE y la consiguiente desnaturalización del sentido de las disposiciones sometidas a control de constitucionalidad.

Empero, más allá de las críticas generadas, no puede olvidarse que la STCE 31/2010, no hacía otra cosa que continuar la línea jurisprudencial asentada con anterioridad por el TCE, y que dadas las repercusiones que habría generado el declarar la inconstitucionalidad del Estatuto, el Tribunal optó por la técnica de la interpretación conforme como el mecanismo idóneo para modular la incidencia del pronunciamiento.

De igual modo, el nuevo TCPB, ha momento de someter a juicio las leyes 180 y 222 que autorizaban al Estado Plurinacional boliviano, a construir un tramo carretero que atravesaba el corazón del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécuré (TIPNIS), no dudó en emitir un pronunciamiento desestimatorio interpretativo. Es decir, declaró la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, pero condicionándolas a que previamente el Estado realice un proceso de consulta a los habitantes de los pueblos indígenas que se encontraban albergados al interior del TIPNIS. No debe olvidarse, que los habitantes de aquel resguardo, no estaban de acuerdo con la construcción de la carretera, puesto que la misma habría generado un desastre ecológico sin precedentes. Por lo mismo, decidieron iniciar una marcha desde su lugar de origen hasta la sede de gobierno, recibiendo el apoyo en la totalidad de los Departamentos del Estado boliviano. Pese a que la sentencia no declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones, el condicionamiento del Tribunal a la

realización de una consulta previa entre el Estado y las comunidades, paralizó la construcción del tramo vial.

De ese modo, el joven TCPB, dejó entrever también, el carácter imprescindible de recurrir al dictado de pronunciamientos interpretativos, que en cierto modo, fueron los que le costaron al otrora TCB su desarticulación.

25. Así, en este escenario en el que todavía se desenvuelven los tribunales constitucionales, es necesario aún recorrer en la construcción de un marco doctrinal y normativo que nos permitan precisar no solo la eficacia del pronunciamiento, sino también el límite de los pronunciamientos interpretativos. En ese sentido, es imperioso reflexionar en la línea de pensamiento expresada por el profesor Martín de la Vega, y sostener que el sistema de efectos de la sentencia constitucional, no representa desde ningún punto de vista, un tema menor dentro de lo que hace a la teoría del control de constitucionalidad de las leyes. Y que al contrario de lo que se cree, el estudio sobre la eficacia de las sentencias constitucionales, viene a constituir uno de los elementos centrales ha momento de dimensionar la capacidad con la que cuenta el Tribunal para cumplir sus funciones constitucionales, así como también, para determinar con precisión el «*estatus*» que adquiere aquella instancia de control dentro del esquema de los órganos de poder y, en consecuencia, dentro del sistema político en el que se desenvuelve. Precisamente, de ahí es que nace nuestro interés por reparar en un estudio que permita caer en cuenta acerca del grado de vinculación que se desprenden de sus decisiones, así como de la construcción de aquella compleja y hasta controversial tipología de sentencias, que le permitieron al Tribunal Constitucional, posicionarse dentro del concierto Estatal, y articular su relacionamiento con los órganos de poder del Estado, al ejecutar aquello que dentro de la nomenclatura constitucional se ha llegado a denominar como una «*política constitucional*», que dicho sea de paso, en algunos casos, ayudó a legitimar a esta institución, y en otros, sólo contribuyó a su desinstitucionalización, dada su excesiva incursión en el activismo político.

En ese sentido, creemos que debe partirse por buscar una nueva tipología explicativa de las variables conformadoras del control de la constitucionalidad, y en consecuencia, de la categoría y eficacia de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional. Para ello, ayudaría en mucho, reflexionar también, en la línea de pensamiento esbozada por autores como Pizzorusso o Pegoraro, que han planteado la necesidad de avanzar no sólo hacia una nueva clasificación de los distintos modelos que abandonen en forma total o parcial el viejo paradigma del legislador negativo y tratar de construir supuestos en los que le es permitido al Tribunal reparar el vicio de inconstitucionalidad en forma activa, sino también, trabajar en la articulación de las distintas variables que suponen los mecanismos de resolución del juicio de constitucionalidad, que ofrezcan una explicación coherente de las distintas fórmulas que adoptan los Tribunales ha momento de dilucidar el juicio de constitucionalidad.

Es por ello que, en la fase de desarrollo en la que se encuentran los sistemas de control de constitucionalidad europeo y latinoamericano, sobre todo en lo que concierne al modelo concentrado, se hace necesario centrar la atención no en la resolución de la tensión entre el TC y el legislador, independientemente de que el primero emita pronunciamientos que signifiquen una reconstrucción dispositiva de la norma sometida

a control, sino más bien, en base a la experiencia de la jurisprudencia constitucional desarrollada en cada uno de estos países, diseñar una nueva dogmática del control de constitucionalidad que ante todo permita la consolidación del Estado de Derecho antes que generar una crisis democrática como la vivida en Bolivia. En ese sentido, la tarea a emprender consiste en afianzar un Estado Democrático sólido en cuyo seno se desarrolle un diálogo en comunión entre el TC y los Órganos de Poder del Estado, todo ello en procura de alcanzar el objetivo común que se traduce en la defensa de la Constitución. Luego, la corrección del vicio de inconstitucionalidad sería tan legítima si lo hiciera el legislador ante la convocatoria del TC al efecto, como que lo hiciera el propio TC en atención a la naturaleza de la norma impugnada, siendo indiferente el recurso al dictado de pronunciamientos interpretativos, así como la incidencia en la libertad de configuración del legislador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abad Yupanqui, Samuel. *La reforma Constitucional en Bolivia*. Boletín de la Comisión Andina de Juristas, Núm. 42, Lima, septiembre de 1994.

Aguiar de Luque, Luis, *El Tribunal Constitucional y la función legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión*, en revista de Derecho Político, Núm. 24, Madrid, 1987.

Ahumada Ruiz, María Ángeles, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, en RCEC, enero – abril, n.º 8, 1991.

Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markuz. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998.

Alcántara, Manuel, *Partidos Políticos en América Latina: precisiones conceptuales, estado actual y retos futuros*. En Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004. *La democracia en América Latina*, Alfaguara, Buenos Aires, 2004.

Allorio, Enrico, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935.

Almagro Nosete, Justicia Constitucional (Comentarios a la LOTC), Madrid, 1980.

Almagro Nosete, Justicia Constitucional. Valencia, 1981 (y 1992)

Almagro Nosete, José, Respuestas a la encuesta, en Espín Templado,

Eduardo/Fernández Farreres, Germán/Cruz Villalón, Pedro, *La reforma de la justicia constitucional*, Centro de Estudios Jurídicos, Thompson – Aranzadi, Navarra, 2006.

Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Alonso García, Ricardo, *El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias*, Revista de Administración Pública, 1989.

Amoroso, G., *L'interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, en Foro Italiano, 1998.

Andrioli, V., *Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale*, en Studi sulla Giustizia Costituzionale, Milano, 1992.

Anzon, Adele, *La Corte Costituzionale e il «diritto vivente»*, en Scritti sulla Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, tomo I, Padova, 1985.

Anzon, Adele, *L'additiva di principio en giudizi in via principale*, Giurisprudenza Costituzionale, 2/1993.

Anzon, Adele, Nuove tecniche di decisione di questioni di costituzionalità e attuazione dell'art. 81, quarto comma Cost., en la obra colectiva, *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffré, Milán, 1993.

Anzon Adele, *Nuove tecniche decisorie nella Corte Costituzionale*, GC, 4/1994.

Anzon, Adele, *Il giudice a quo e la Corte Costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, en GC, 1998.

Aparicio Perez, Mihuel, *Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el poder judicial*, en RJC, 1983.

Aragón Reyes, Manuel, *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*, en REDC, 1987.

Aragón Reyes, Manuel, *La función legislativa de los parlamentos y sus problemas actuales, en El parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, 1990.

Aragón Reyes, Manuel, *Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo*, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm 6, enero – abril, 2006.

Arce, Carlos y Urcullo Jaime. *Diccionario de Jurisprudencia Boliviana. Tomo I. Empresa Gráfica Burillo*, Bolivia, 1959.

Arce Zaconeta, Héctor, *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia*, en *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, Memoria conferencia internacional, GTZ – CONCED, Bolivia, 2010.

Arozamena Sierra, Jeronimo, *El recurso de inconstitucionalidad*, en VV.AA., *El Tribunal Constitucional*, Vol. I, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

Asbún, Jorge. *Análisis jurídico – político de la reforma constitucional*. UPSA, Santa Cruz – Bolivia, 1994.

Asbún, Jorge. *El control de constitucionalidad en Bolivia: evolución y perspectivas*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 7, 2003.

Ascarelli, Tulio, y Carnelutti, F., *Giurisprudenza costituzionale e teoría dell'interpretazione*, con «postilla» de F. Carnelutti, en *Revista de diritto processuale*, 1957.

Ascoli, Max, *La interpretazione delle leggi*, Athenaeum, Roma, 1928.

Asís Roig, Rafael, *La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete*, En Peces – Barba, Gregorio y Ramiro Avilés, M.A. (coords), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*. Marcial Pons, Madrid, 2004.

Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.

Asís Roig, Rafael, *El razonamiento judicial*, Editorial Ara, Lima, 2007.

Asís Roig, Rafael, Sobre la interpretación de la Constitución, en VV.AA., La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios En Homenaje a Héctor Fix – Zamudio, Tomo VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México DF, 2008.

Azzariti, Il sindacato di costituzionalità delle leggi, en Rivista di Diritto Procesuale, 1950.

Azzariti, Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi, en Rivista de diritto procesuale, 1950.

Azzariti, Gaetano, La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura, en Foro Italiano, IV 1956.

Azzariti, Corte costituzionale e autorità giudiziaria, en Rivista di diritto procesuale, 1956.

Bachof, Otto, Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik, en VV.AA., Sumuum ius summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, Tübingen, 1963.

Balaguer Callejón, Francisco, El Tribunal Constitucional y creación de Derecho, en Espín Templado, Eduardo et al. La Justicia Constitucional en el Estado Democrático. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

Baldivieso Guzmán, Rene, Derecho Procesal Constitucional. Tribunal, Procedimientos y Jurisprudencia en Bolivia, Sirena, Santa Cruz – Bolivia, 2006.

Barile, Paolo, La Corte costituzionale organo sovrano: Implicazioni pratiche, Giurisprudenza Costituzionale, 1957.

Benda/Klein, Jahrbuch der Verfassungsprozessrecht, Heidelberg, 1991.

Bender, B., Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonforme Auslegung, en Monatschrift für deutsches Recht, 1959.

Berkemann, J., Das Bundesverfassungsgericht und «seine» Fachgerichtsbarkeiten. Auf der Suche nach Funktion und Methodik, en Deutsches Verwaltungsblatt, 1996.

Betterman, K.A., Die Verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren. C.F.Müller, Heidelberg, 1986.

Betti, Emilio, Teoría generale della interpretazione, Giufrè, Milán, 1955.

Betti, Emilio, Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Guifrè, Milán, 1971.

Biscaretti Di Ruffia, Introducción al derecho comparado, México, 1975.

Blasco Soto, María del Carmen, La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad, José María Bosch Editores, Barcelona, 1995.

Bobbio, Norberto, L'interpretazione delle leggi e la ragion di stato, en Scritti in onore di Santi Romano, vol. I, Cedam, Padua, 1939.

Bocanegra Sierra, Raúl, El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982.

Bocanegra Sierra, Raúl, Sobre el alcance objetivo de las Sentencias del Tribunal Constitucional, en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Vol. I, Civitas, Madrid, 1991.

Böckenförde, Ernest, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, Berlín, 1966.

Böckenförde, Wolfgang Ernst, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, en N. J. W., 1976.

Böckenförde, Wolfgang Ernst, Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica, en Escritos sobre derechos fundamentales, Baden–Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

Bolívar, Simón, Discurso al Congreso Constituyente de Bolivia. Lima, 25 de mayo de 1825.

Branca, Giuseppe, L'illegittimità parziale nelle sentenze de la Corte costituzionale, en la Giustizia costituzionale, Firenze, 1966.

Branca, Giuseppe, Política del Diritto, núm. 1, febrero de 1971.

Brewer–Cariás, Allan R. et al., El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado), Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita (Simposio Internacional sobre Derecho del Estado) Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993.

Bryde, Brun–Otto, Verfassungsentwicklung, Baden–Baden 1982.

Bull, H.P., y Mehde, V., Der rationale Finanzausgleich ein Gesetzbungsauftrag ohne gleichen, en Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), 2000.

Burmeister, J., Die Verfassungsorientierung der Gesetzauslegung, Vahlen, Berlín, 1966.

Burmeister, J., Das Bundesverfassungsgerichts als Revisioninstanz, Deutsches Verwaltungsblatt, v.15, 1969.

Calamandrei, Piero, Génesis lógica de la sentencia civil, en Estudios sobre el Proceso Civil, Buenos Aires, 1945.

Calamandrei, Piero, L'illegittimita costituzionale delle leggi nel proceso civile, Padova, 1950.

Calamandrei, Piero, Corte Costituzionale e Autorità guidiziaria, en Rivista de Diritto Processuale, 1956.

Calamandrei, Piero, La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, en su obra Instituciones de derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil), trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, El Foro, vol. III 1996.

Canosa Usera, Raúl, Interpretación Constitucional y fórmula política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

Cappelletti, Mauro, La Giurisdizione costituzionale della liberta, Milán, 1955.

Cappelletti Mauro, Pronunzie di ripetto nell processo costituzionale delle liberta e cosa giudicata, en Rivista de diritto procesuale, 1956.

Cappelletti, Mauro, Sentenze condizionali della Corte costituzionale (a proposito della interpretazione delle leggi nel processo costituzionale), in Rivista di diritto procesuale, 1957.

Cappelletti, Mauro, La pregiudizialita costituzionale nel processo civile, Milán, 1957.

Cappelletti, Mauro, L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione Della norma costituzionale), en Scritti giridici in memoria di P. Calamandrei, III, Padova, 1958.

Cappelletti, Mauro, El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado, UNAM, México, 1966.

Cappelletti, Mauro Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Milán, Giuffrè, (ristampa inalterata), 1978.

Capelletti, Mauro, Rifflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1981.

Cappelletti, Mauro. Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé, en Cappelletti, Mauro. Le pouvoir des juges, Economica y Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París, 1990.

Caravita, Baniamino, La modifica della efficacia temporale delle sentenze della Corte Costituzionale: limiti pratici e teorici, en Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre, Milano, 1988.

Carbone, Carmelo, L'interpretazione delle norme costituzionali, Cedam, Padua, 1951.

Caretti, P. y Cheli, E., L'influenza del valor costituzionali sulla forma di governo: il ruollo della giustizia costituzionale, en Pizzorusso, Alessandro, y Varano V., L'influenza del valori costituzionali sui sistemi giridici contemporanei, Vol. II, Milán, 1985.

Carlassare, L., Rifflessioni sulla Corte costituzionale come giudice «a quo» e sui giudizi de eguaglianza, en Giurisprudenza costituzionale, 1980.

Carnelutti, Francesco, Efficacia dirretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata, en Studi di diritto procesuale, Padova 1925.

Carnelutti, Francesco, Poteri della Corte costituzionale in tema di interpretazione de la legge impugnata, en Rivista di diritto procesuale, 1962.

Casadei Monti, Pier, Il giudice fra sistema político e società civile, en Giustizia e Costituzione, 1978.

Cascajo Castro y Gimeno Sendra, El recurso de amparo, Madrid, 1988.

Cascajo Castro, José Luis, Art. 164, en Comentarios a la Constitución española, Madrid, 1988.

Cascajo Castro, José Luis, en AA.VV Los procesos constitucionales. Segundo simposio de Derecho Constitucional. CEC, Madrid, 1992.

Catelani, E., Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo, en Quaderni Costituzionali, vol.I, 1994.

Cerri, Augusto, Materiali e riflessioni sulle pronunzie di accoglimento «datate», en Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre, 1988.

Cerri, Augusto, Corso di giustizia costituzionale, Milano, 1994.

Cervati, Ángel, Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi, en AA.VV., Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale, Giuffrè. Milán, 1988.

Cervati, Angelo, Inconstitucionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionale Austriaca, Tedesca ed Italia, en Quderni Costituzionali, 1989.

Cheli, Enzo, Il giudice delle leggi, Bologna, 1996.

Chiovenda, Giuseppe, Sulla cosa giudicata, en Saggi di diritto processuale civile, Roma, 1931.

Christmann, T.H., Vom Finanzausgleich zum Maßstäbegesetz, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), 2000.

Clavero, Bartolomé, Tribunal Constitucional entre Estado Plurinacional y Pueblos Indígenas: Un reto inédito en las Américas, en Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional, Memoria conferencia internacional, GTZ – CONCED, Bolivia, 2010.

Clemens, Thomas, Das Bundesverfassungsgericht im Rechts–und Verfassungsstaat, en Piazzola, Michael, Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz 1995.

Colapietro, C., Le pronunce «erogatorie» della Corte costituzionale ed il vincolo costituzionale della copertura finanziaria: le «additive di prestazione» sono per loro natura esenti dai vincoli e limiti dell' art. 81 Cost., en Giurisprudenza costituzionale, I, 1989.

Cordero Carrafa, Carlos, Nueva Constitución, nuevo gobierno, nuevo Estado, en Miradas, Nuevo Texto Constitucional, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), La Paz, 2010.

Cortes Domínguez, Valentín, La cosa juzgada penal, Bolonia, 1975.

Cortes Domínguez, Valentín, Derecho Procesal Civil, con Gimeno Sendra y Moreno Catena. Madrid, 2001.

Costanzo, P., Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1998 e del 1989, en La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino 1990.

Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1985.

Crisafulli, Vezio, I principi costituzionali dell'interpretazione delle leggi, Cedam, Padua, 1939.

Crisafulli, Vezio, Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria, Giurisprudenza costituzionale, 1956.

Crisafulli Vezio, La Corte Costituzionale tra magistratura e Parlamento, en Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei, IV, Padova, 1958.

Crisafulli, Vezio. Disposizione (e norma), en VV.AA. Enciclopedia del Diritto, Tomo XII, Guifré editores, Italia, 1964.

Crisafulli, Vezio, Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale, en Giurisprudenza costituzionale, 1965.

Crisafulli, Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive, en Rivista di diritto processuale, 1966.

Crisafulli, Vezio, Le sentenze interpretative della Corte costituzionale, en Riv. Trim. dir e proc civ., 1967.

Crisafulli, Vezio, Le système de controle de la constitutionnalité des lois en Italie, en Rev. Droit Pub, et de la Sc. Pol, 1968.

Crisafulli, Vezio, La Corte costituzionale ha vent'anni, en Giurisprudenza costituzionale, 1976.

Crisafulli, Vezio, Giustizia costituzionale e potere legislativo, en Aspetto e tendenze del Diritto Costituzionale (Scritti in onore di Costantino Mortati), IV, Milán, 1977.

Crisafulli, Vezio, La Corte vent'anni, en La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale, Il Mulino, Bolonia, 1978.

Crisafulli, Vezio, Relazione generale, en VV.AA., La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale, Bologna, 1978.

- Crisafulli, Vezio, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, volumen II, 4ª, Padua, 1978.
- Crisafulli, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984.
- Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918 – 1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- Cruz Villalón, Pedro, *Acotaciones al proyecto de reforma de la justicia constitucional*, en Espín Templado, Eduardo/Fernández Farreres, Germán/Cruz Villalón, Pedro, *La reforma de la justicia constitucional*, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006.
- Cuenca Gómez, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.
- Daza Ondarza, Ernesto. *La supremacía constitucional y la Corte Suprema como guardián de la Constitución*. Editorial Universitaria, Cochabamba – Bolivia, 1968.
- De Agapito Serrano, Rafael, *Constitución y proceso político. La concepción liberal temprana y la problemática actual*. Tesis Doctoral, Salamanca, 1987.
- De Elizalde y Aymerich, Pedro, *El Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia*, en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, Madrid, 1981.
- Delfino, F., *La dichiarazioni di illegittimità costituzionale delle leggi. Natura ed effetti*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1970.
- Delfino, F., *Omissioni legislative e Corte Costituzionale (delle sentenze costituzionali c.d. creative)*, en *Regione e comunità locali*, 1976, antes en *Studi in onore G. Chiarelli*, Milano, 1974.
- Delfino, F., *Ancora sulle sentenze c.d. creative*, en *Regione e comunità locali*, 1978.
- De Otto Pardo, Ignacio, *La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la Interpretación Constitucional*, en *AAVV, Estudios sobre el Tribunal Constitucional*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1979.
- De Otto, Ignacio, *El Valor de las sentencias del Tribunal Constitucional de Raúl Bocanegra*, en *REDC*, 1982.
- De Vergottini, Giuseppe. *Derecho Constitucional Comparado*. Espasa Calpe, Madrid – España, 1985.
- De Vergottini, Giuseppe, *Balance y perspectivas del derecho constitucional comparado*, *REDC*, No. 19, 1987.
- Del Real Alcalá, Alberto, *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y resistencias*, en *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, Memoria conferencia internacional, GTZ – CONCED, Bolivia, 2010.

De la Oliva, Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso administrativo y penal), Madrid, 1991.

Díaz Revorio, Francisco Javier, La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Palestra Editores, Lima, 2003.

Diez – Picazo, Luis María, La derogación de las leyes, Civitas, Madrid, 1990.

Diez Picazo, Ignacio, Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo, en La sentencia de amparo constitucional. Madrid, 1996.

D'Orazio, G, Aspectos y problemas de la Justicia Constitucional italiana, (Trad. A. Saiz Arnaiz), en RVAP, núm. 31, 1991.

D'Orazio, G., Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e constatazione, en Revista trimestrale di diritto pubblico, 1992.

Donati Donati, F., Sentenze della Corte costituzionale e vínculo di copertura finanziaria ex art. 81, en Giurisprudenza costituzionale, 1989.

Dorado Porras, Javier, El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estado Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional, Dykinson, Madrid, 1997.

Duni, G., L'oggetto dei giudici di costituzionalità e la problematica dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa, en Scritti in onore di Costantino Mortati, IV, Milano, 1877.

Durán Rivera, Willman R, La fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional, en Seminario Internacional de Jurisprudencia, Instituto de la Judicatura, Sucre, 3 y 4 de octubre de 2002.

Durán Rivera, Willman, La protección de los derechos fundamentales como pilar fundamental del Estado de Derecho. El estado de la cuestión en Bolivia, en Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional, Memoria conferencia internacional, GTZ – CONCED, Bolivia, 2010.

Dworkin, Ronald, Gleichheit, Demokratie und die Verfassung: Wir, das Volk und die Richter, en Ulrich K. Preuss (Hg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, Frankfurt a. M. 1994.

Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously, 2nd edition, Duckworth, London, 2002; traducción al español Los derechos en serio, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999.

Eckardt, W.D., Die verfassungskonforme Gesetzauslegung, Duncker & Humblot, Berlín, 1964.

Eisenmann, C., La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, Paris, 1986.

Elia, Leopoldo, Divergenze e convergenze della Corte Costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria, in Riv. it. Dir e proc pen., 1965.

Elia, Leopoldo, Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici, in Giurisprudenza costituzionale, 1966.

Elia, Leopoldo, La Corte nel quadro dei poteri costituzionali, in Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia, Bologna, 1982.

Elia, Leopoldo, Relazione di sintesi, in Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana, a cura di Paolo Barile, Enzo Cheli, Stefano Grassi, Bologna, 1982.

Elia, L., Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (ottobre – luglio 85), in Scritti su la Giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, I, Padova, 1985.

Elia, Leopoldo, Il potere creativo delle Corti costituzionali, in la Sentenza in Europa (metodo, tecnica e stile), Padova, 1988.

Engisch, Karl, Introducción al pensamiento jurídico, Guadarrama, Madrid, 1967.

Ermacora, Félix, L'évolution Constitutionnelle de L'Autriche depuis 1970, en Corpus Constitutionnel, 1976.

Escalera, Juan José, Las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional. Su problemática, en Revista General de Derecho, enero – febrero, 592 – 593, Valencia, 1994.

Espín Templado, Eduardo/Fernández Farreres, Germán/Cruz Villalón, Pedro, La reforma de la justicia constitucional, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006.

Espinoza Carballo, Clemente, Código de Procedimiento Penal, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2009.

Espinoza Carballo, Clemente, Manual de Recursos. Excepciones e incidentes. Ley No. 1970, El país, Santa Cruz de la Sierra, 2009.

Esposito, Carlo, La validità delle leggi, Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale, Giuffrè editores, Padova, 1934.

Esposito, Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia, in La Costituzione Italiana, Saggi, Padova, 1954.

Esposito, Carlo, Nota a la sentenza – 26 gennaio 1957, n. 10, giurisprudenza costituzionale, 1957.

Esposito, Carlos, voz «capo dello Stato», en Enciclopedia del Diritto, volumen VI, 1960.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, La argumentación en la justicia constitucional española, IVAP, Oñati, 1987.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, Diez años de fallos constitucionales, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 31, septiembre – diciembre, Bilbao, 1991.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco, La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional. Tirant lo blanch, Valencia 1999.

Fajardo Francisco. Inconstitucionalidad de Leyes y Decretos Supremos, en Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales. No. 17, Publicación de Facultad de Derecho, Charcas, Sucre – Bolivia, 1947.

Falzea, P., In tema di sentenze di accoglimento parziale, en Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale (Atti del Convegno di Trieste 26 – 28 maggio 1986), Milano, 1988.

Favara, Res iudicata sulla costituzionalità delle leggi?, en Foro Padano, 1950.

Felicetti, F., In tema di sentenze «additive» e d'immisibilità di questioni di legittimità costituzionale, en Cassazione penale, 1984.

Félix Trigo, Ciro. Derecho Constitucional boliviano. Editorial Cruz del Sur, Bolivia, 1952.

Félix Trigo, Ciro, Las Constituciones de Bolivia. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

Fernández Farreres, El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional, Madrid, 1994.

Fernández Farreres, Germán, Comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005, en Espín Templado, Eduardo/Fernández Farreres, Germán/Cruz Villalón, Pedro, La reforma de la justicia constitucional, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006.

Fernández Farreres, Germán, Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española, en El futuro de la justicia constitucional, Actas de las XII jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Fernández Segado, Francisco. El Tribunal Constitucional. Un estudio orgánico. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, No. 15, 1989.

Fernández Segado, Francisco. Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional. REDC, Madrid – España, núm. 49, enero – abril, 1997.

Fernández Segado, Francisco, La Jurisdicción Constitucional en Bolivia: La Ley No. 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1998, Konrad Adenauer Stiftung y CIEDLA, Buenos Aires, 1998.

Fernández Segado, Francisco. La jurisdicción constitucional en Bolivia. Ley No. 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional. UNAM, México, 2002.

Fernández Segado, Francisco, La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo – kelseniano, en Revista del Tribunal Constitucional, No. 6, Sucre, 2004.

Fernández Segado, Francisco. Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Tomo I, 2006.

Ferrari, G. F., Le sentenze «di spesa» della Corte costituzionale, en Il corriere giuridico, No. 8/1994.

Figueruelo, Ángela, La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo, en Revista de Estudios Políticos, nº 81, 1993.

Figueruelo Burrieza Ángela, Veintitrés años de recurso de amparo, en Revista de Derecho Político, núms. 58 – 59, 2003 – 2004.

Fix – Zamudio, Hector, La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad, en La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984.

Fix – Zamudio, Héctor. La justicia constitucional en América Latina, en Lecturas Constitucionales Andinas No 1. Publicación de la Comisión Andina de Juristas, Códice Ediciones, Lima – Perú, 1991.

Fix – Zamudio, Héctor. La Justicia Constitucional en América Latina, en Lecturas Constitucionales Andinas, No. 1, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1991.

Friedrich, Carl, Gobierno Constitucional y democracia, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1989.

Friesenhahn, Ernst, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, en Zeitschrift für Schweizerisches Recht, n. e. tomo 73, cuaderno 2, 1954.

Friesenhahn, E., Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Zeitschrift für Sozialreform, 1954.

Friesenhanh, Zum inhalt und zur wirkung der Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichtes, en Scritti in Onore di Gaspare Ambrosini, I, Milán, 1970.

Friesenhahn, E., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der B. R. Deutschland, en Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band II. Staatsorgane Staatsfunktionen, Munich, 1980.

Gabaldón, José, en Encuesta: Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en Revista Teoría y Realidad Constitucional, núm. 4, 2º semestre, Centro de Estudios Ramón Areces UNED, Madrid, 1999.

- Galindo de Ugarte, Marcel, ¿Tribunal Constitucional o Corte Suprema? Una contribución al debate, Fundación Milenio, Bolivia, 1994.
- Galindo Decker, Hugo. Tribunal Constitucional. Editorial Jurídica Zegada, Bolivia, 1994.
- Galloni, Giovanni, L'interpretazione della legge, Guifrè, Milán, 1955.
- García Belaúnde, Domingo, La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo, Ponencia presentada al VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, organizado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- García de Enterría, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 3ra edición, Madrid, 1980.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás–Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, vol. I, 1999.
- García de Enterría, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, 2001.
- García Pablos, Antonio, Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid, 1995.
- García Pelayo, Manuel, Derecho Constitucional comparado, Revista de Occidente, Madrid, 1952.
- García Pelayo, Manuel, El status del Tribunal Constitucional, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 1, 1981.
- García Roca, Javier, en Encuesta: Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en Revista Teoría y Realidad Constitucional, núm. 4, 2º semestre, Centro de Estudios Ramón Areces UNED, Madrid, 1999.
- García Yapur, Fernando, Balance y escenarios del Referéndum Nacional Constituyente, IDEA/PNUD, La Paz, 2009.
- Gargarella, Roberto, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Ariel, Barcelona, 1996.
- Garrorena Morales Ángel, La sentencia constitucional, en Revista de Derecho Público RDP, 1981.
- Garrorena Morales, Ángel, Artículo 164. Condiciones y efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional, en VV.AA. Comentarios a la Constitución española de 1978, Cortes Generales – Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999.
- Garrorena Morales, Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas, en La Democracia Constitucional. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente, CEPC, Madrid, 2002.

Gascón Abellán, Marina, La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción, REDC, núm 41, 1994.

Geiger, Die Beziehungen zwischen der Bundesverfassungsgerichtsgesetz, «DRiZ», 1951.

Geiger, Th., Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), NJW, 1954.

Gerontas, A., Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfestellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, en Deutsches Verwaltungsblatt, 16, 1982.

Giannini, Massimo, L'interpretazione dell'atto amministrativo, Guifré, Milán, 1939.

Giannini, Massimo, Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme, Giurisprudenza costituzionale, 1956.

Giovannelli, Adriano, Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione «política» della Corte costituzionale, en Scritti in onore di Vezio Crisafulli, I, Milano, 1985.

Gómez de la Escalera, Juan José, Las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional. Su problemática, en Revista General de Derecho, enero – febrero, 592 – 593, Valencia, 1994.

Gómez de la Torre Maraño, Misael, Comentarios críticos a la nueva Constitución Política del Estado, Bolivia, 2008.

Gómez Montoro, Ángel, Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, en Caamaño, Francisco, y otros, Jurisdicción y procesos constitucionales, McGraw – Hill, Madrid, 1997.

Gómez Montoro, Ángel, Comentario al artículo 39, en Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, (Coord. Requejo Pagés), TC/BOE, Madrid, 2001.

Gómez Montoro, Ángel, Art. 38.2, en Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Requejo Pagés (coord.), Madrid 2001.

Gómez Orbaneja en Gómez Orbaneja y Herce Quemada, Derecho Procesal civil. Madrid, 1979.

Gómez Orfanel, Germán, Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea, Madrid, CEC, 1996.

Gómez Puente, Marco, La inactividad del legislador: Una realidad susceptible de control, McGraw – Hill, Madrid, 1997.

González Beilfuss, Markus, Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa, CEPC, Madrid, 2000.

González Pérez, Derecho Procesal Constitucional. Madrid 1980.

- Granata, R., La giustizia costituzionale nel 1997, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1998.
- Grant, James. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (Una contribución de las Américas a la ciencia política), UNAM, México, 1963.
- Groppi, T., La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalla decisioni della Corte Costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale, en Constanzo, P., (coord.) *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 1996.
- Grosso, Enrico, *Sentenze Costituzionale di spesa «che non costino»*, Giappichelli Editore, Torino, 1991.
- Grosso, Enrico, La sentenza n. 88 del 1992: un'alternativa alle 'additive di prestazione?', en *Giurisprudenza costituzionale*, II, 1992.
- Guarino, A., Le sentenze costituzionali «manipolative», en *Diritto e Giurisprudenza*, 1967.
- Guasp, *Los límites de la cosa juzgada*. A.D.C., Madrid, 1948.
- Guasp, *Derecho Procesal Civil*, (adap. Aragoneses). Madrid, 1998.
- Guastini, Ricardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993.
- Guastini, Ricardo, *Disposizione vs. norma*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, e ID., *Fragments of a Theory of Legal Sources*, en *Ratio Juris*, Vol.9 No. 4, 1996.
- Guastini, Ricardo, *¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?*, (Trad. M. Carbonell Sánchez) en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm.25, Valencia, 1998.
- Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, (Trad. J. Ferrer), Gedisa, Barcelona, 2000.
- Gutiérrez Sardán, José Luis, *Justicia originaria indígena campesina. Una oportunidad de contribución normativa para el Tribunal Constitucional Plurinacional*, en *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, Memoria conferencia internacional, GTZ – CONCED, Bolivia, 2010.
- Gutiérrez Zarza, María de los Ángeles, *Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español*, en *Revista de Derecho Procesal* No. 3, Madrid, 1995.
- Häberle, Peter, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, en *Juristenzeitung*, 1975.
- Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003.
- Haller, Herbert, *Zur Fristbemessung des VfGH nach Art. 139 ABS. 2 und Art. 140 Abs. 3 B-VG*, *ÖJZ*, 7/1974.

Haller, Herbert, Die Prüfung von Gesetzen. Ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, Springer Verlag. Wien/New York, 1979.

Hauriou, André, Derecho Constitucional e instituciones políticas. Ariel, Barcelona, 1970.

Hausler Richard, Der Konflikt zwischen dem Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, Berlin, 1994.

Hayes Michel, Maria Yamile, El recurso de inconstitucionalidad en Bolivia, en VV.AA., La justicia constitucional en Bolivia 1998 – 2003, Kipus, Sucre – Bolivia, 2003.

Hein, Peter, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 1988.

Heintz, I limiti oggettivi della cosa giudicata, Padova, 1937.

Herrero – Tejedor Algar, Fernando, La fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional, en Casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial 87 – 2006, Madrid, 2006.

Ehmke, H., Prinzipien der Verfassungsinterpretation, en VVDStRL, núm. 20, 1963.

Heußner, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigkeitsklärung, Neue Juristische Wochenschrift, 1982.

Heun, W., Richtervorlagen in der Rechtsprechung des BVerfG, en Archiv des öffentlichen Rechts, 1997.

Hesse, Konrad, La interpretación constitucional, en Escritos de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

Hesse, Konrad, La interpretación constitucional, en Escritos de Derecho Constitucional, Madrid, 1992.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, C.F. Müller, Heidelberg, 1995.

Heussner, Herman, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigkeitsklärung, en Neue Juristische Wochenschrift, n.º 6, 1982.

Heyde, Wolfgang, Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, en Festschrift für Hans Joachim Faller, Manchen, 1984.

Huerta Luis, Los criterios de la interpretación constitucional, en Justicia Constitucional, Reflexiones y análisis, Revista Constitucional No.1, Editorial Judicial, Sucre – Bolivia, 1999.

Ipsen, Jörn, Die Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen, en Deutsche Landesreferate zum II Internationalem Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950, IV, Berlín, 1950.

Ipsen, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Nomos, Baden – Baden, 1980.

Ipsen, Jörn, Nichtigklärung oder Verfassungswidrigerklärung – Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis, JZ, 2/1983.

Jarass, H. D., Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BverfG für die Prüfung von Verstössen gegen Art. 31 BverfG, en 2545 Neue Juristische Wochenschrift 1997.

Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentkicheb Rechte, en edición dedicada a Von Ihering, Rodolf, Mohr – Siebeck, Tübingen, 1905.

Jellinek, Georg, Verfassungsänderung und verfassungswaandlung. Eine staatsrechtlich – politische abhandlung, Verlag von O. Haring, Berlín, 1906.

Jellinek, Georg, Reforma y mutación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Jiménez Campo, Javier, Analogía «secundum Constitutionem», RCEC, núm. 13, 1992.

Jiménez Campo, Javier, Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, en VV.AA., Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Jiménez Campo, Javier. El Tribunal Constitucional como órgano independiente en un Estado de derecho. Reflexiones sobre la Ley de Necesidad de la Reforma de la Constitución Política del Estado. Honorable Senado Nacional – Fundación Milenio, La Paz – Bolivia, 1994.

Jiménez Campo, Javier, Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la Ley en el Derecho español, en VV.AA., La jurisdicción constitucional en España. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979 – 1994, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

Jiménez Campo, Javier, Qué hacer con la ley inconstitucional, en VV.AA., La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley. Actas de las II jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Jiménez Campo, Javier, La declaración de inconstitucionalidad de la Ley, en Jiménez Campo, Javier y Rubio Llorente, Francisco. Estudios sobre Jurisdicción Constitucional. McGraw – Hill, Madrid, 1998.

Jiménez Campo, Javier, voz Sentencia Constitucional, en Temas Básicos de Derecho Constitucional, Aragón Reyes, Manuel (coord.) Madrid, 2001.

Kadenbach, Zur bindenden Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, «AöR», 80, 1955.

Kelsen, La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle), en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, tome quarante–cinquième, 1928.

Kelsen, Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 5, 1929.

Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Autónoma de México, México, 1979.

Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)* en *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo. Debate*, Madrid, 1988.

Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Técnos, Madrid, 1995.

Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de García Maynez, Eduardo, UNAM, México, 1995.

Klecatsky, H.R. y Öhlinger, T., *Die Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts*, Wien, 1982.

Klein, Eckart, Art. 35 VBerfGG, en Benda, Ernest y Klein, Eckart, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 1991.

Klein, Hans, Gedanken zur verfassungsgerichtsbarkeit, en Burmeister, Joachim (ed.), *Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, 1997.

Kleuker, M., Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, en *Duncker & Humblot*, Berlín, 1993.

Koja, A., Il concetto di costituzione di Hans Kelsen e lo sviluppo del diritto costituzionale austriaco, en *Dir. e soc.*, 1981.

Kriele, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2ª. ed. Berlín, 1976.

Kriele, Martin, Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung, en «*NJW*», 1976.

La Pergola, Antonio, Le garanzie giurisdizionale della Costituzione, en *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Bologna, 1978.

La Pergola, Antonio, La Giustizia costituzionale nel 1986, en *L'Attività della Corte costituzionale nel giudizio dei suoi Presidenti (1956 – 1989)*, Roma, 1991.

Lanzillo, R., Poteri creativi della Corte costituzionale nei giudizi incidentali sulla validità delle leggi, en *Rivista di diritto civile*, 1982.

Larenz, Karl, Metodología de la ciencia del Derecho, Ariel, Barcelona, 1980, p. 308. Por su parte, Betti, Emilio, Di una teoría generale della interpretazione, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1965.

- Laserra, Giorgio, L'interpretazione della legge, Jovene, Nápoles, 1955.
- Laumen, Simone, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1997.
- Lavagna, C., Sulle sentenze «additive» della Corte Costituzionale, en Giurisprudenza italiana, 1969.
- Lenk, Kurt, Probleme der Demokratie, en Lieber Hans Joachim, Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart, Bonn 1991.
- Leibholz/Rupprecht, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Köln–Marienburg, 1968.
- Liebman, Enrico, Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale, en Rivista di Diritto Procesuale, 1957.
- Liebman, Enrico, Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata), III – IV, Milano 1983.
- Lignola, Il tema di sindacato dell'autorità giudiziaria sulla costituzionalità delle leggi, en Foro Padano, 1950.
- Limbach, Jutta, Papel y poder del Tribunal Constitucional, en Teoría y realidad Constitucional, núm 4, 2º semestre, 1999.
- Lombardi, G., Sentenze «corretive» di rigetto della Corte costituzionale como sentenze de accoglimento in rapporto al «punto di diritto», en Giurisprudenza italiana, 1961.
- Lombardi, Luigi, Saggi sull diritto giurisprudenziale, Giufrè, Milán, 1975.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, La vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional, en Casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial 87 – 2006, Madrid, 2006.
- López Bofill, Héctor, Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- López Bofill, Héctor, Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2004.
- López Guerra, Luis, El Tribunal Constitucional y el principio del stare decisis, en El Tribunal Constitucional, vol. II, Madrid, 1981.
- López Guerra, Luis, en Encuesta: Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en Revista Teoría y Realidad Constitucional, núm. 4, 2º semestre, Centro de Estudios Ramón Areces UNED, Madrid, 1999.
- López Guerra, Luis, Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho, en Espín, Eduardo y Díaz Revorio, Francisco, La justicia constitucional en el Estado Democrático, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Löwer, W., Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, en Isensee/Kirchoff, en Handbuch des Staatsrechts, vol II, C.F. Müller, Heidelberg, 1987.

Lucas Bizarro, R., Comentari al projecte de reforma constitucional italiana en materia d'autonomia regional i administrativa, en El Clip, núm. 10, Institut d'Estudis Autònoms/Generalitat de Catalunya, 2000.

Lucas Murillo, Pablo, El amparo judicial de los derechos fundamentales, en La aplicación jurisdiccional de la Constitución, Ruiz Rico (coord.), Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Jaén, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

Lucas Verdú, Pablo, Constitución de 1978 e interpretación constitucional. Un enfoque interpretativo de la Constitución española, en Obra colectiva coordinada por Igartua I., La interpretación de la Constitución. Demarcación y perspectivas, Universidad del País Vasco, San Sebastián, III Cursos de Verano, 1985.

Luiciani, M., Le decisione processuale e la lógica del giudizio costituzionale incidentale, Padova, 1984.

Luciani, Massimo, La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989.

Maasen, Probleme der Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts, «NJW» 1975.

Mangiameli, S., Sentenza interpretativa, interpretazione giudiziale e «diritto vivente» (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto – atesino) en Giurisprudenza Costituzionale, vol. I, 1989.

Marín Pageo, La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil, Civitas, Madrid, 1990.

Martín de la Vega, Augusto, Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia, 2002.

Martín de la Vega, Augusto, Cosa Juzgada, eficacia prejudicial y artículo 24. CE., Celarayn, León – España, 2002.

Martín de la Vega, Augusto, La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate constitucional, CEPC, Madrid, 2003.

Martines, Temistocle, Questione vecchie e nuore in tema di attività interpretativa della Corte costituzionale, en Studi XX anniversario della Assemblea Costituente, vol. VI, 1970.

Martines, Temistocle, Considerazioni sul tema, en Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre, 1988.

- Martínez Sospedra, Manuel, El Tribunal Constitucional como órgano político, en El Tribunal Constitucional, Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, Madrid, 1981.
- Maunz, Theodor, Bundesverfassungsgesetz, München, marzo 1992.
- Maunz/Schmidt – Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgesetz, Art. 31, München, 1995.
- Mayer, Ch., Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Nomos, Baden – Baden, 1996.
- Mendonça, D., Exploraciones normativas. Hacia una teoría general de las normas, Fontamara, México D.F., 1995.
- Merola Chiercha, Pietro, L'interpretazione sistematica della Costituzione, Cedam, Padua, 1978.
- Mezzanotte, Carlo, Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritti costituzionale sostanziale, en Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre, Milano, 1988.
- Michel, H., Die verfassungskonforme Auslegung, Juristische Schulung, 1961.
- Mieres, Mieres, L.J., El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales, en IVAP, Civitas, Madrid, 1998.
- Miguel Harb, Benjamin, El sistema constitucional boliviano, en García Belaunde, Domingo et al. Coords., Los lineamientos constitucionales iberoamericanos, Madrid, Editorial Dykinson, 1992.
- Miguel Harb, Benjamin, Tribunal Constitucional, Revista Boliviana de Ciencias Penales, No. 1, La Paz – Bolivia, 1994.
- Moderne, Franck, El control previo de constitucionalidad en la Europa Contemporánea, en La Jurisdicción Constitucional, Juricentro, Costa Rica, 1993.
- Modugno, Franco, Corollari del principio di «legittimità costituzionale» e sentenze «sostitutive» della Corte, en Giurisprudenza costituzionale, 1969.
- Modugno, Franco, La giurisprudenza costituzionale, en Giurisprudenza Costituzionale, 1978.
- Modugno, Franco, La Giurisdizione Costituzionale, en La Costituzione italiana (Il disegno originario e la realtà attuale), Milano 1980.
- Modugno, Franco, Corte Costituzionale e potere legislativo, en VV.AA. Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia, Il Mulino, Bologna, 1982.
- Modugno, Franco, La Corte costituzionale italiana oggi, en Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, Padova 1985.

Modugno, Franco, Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1988.

Modugno, Franco, y Carnavale, P., Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» y declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» de la richiesta addizione, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1990.

Moench, Christoph, Verzichtauf die Nichtigkeitklärung Verfassungswidriger Gesetze, en el Seminario sobre Möglichkeiten und Grenzen verfassungsgerichtlicher Entscheidung, Staatsrechtliches Seminar Ws 1973/74, Freiburg, I. Br. 1973.

Moench, Christoph, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, Nomos, Baden – Baden, 1977.

Monteleone, Girolamo A., I limiti soggettivi del giudicato civile, Padova, 1978.

Montero Aroca, La cosa juzgada: conceptos generales, en *Cuadernos de derecho Judicial*, C.G.P.J. Madrid, 1996.

Montesano, L., Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale, en *Rivista di diritto processuale*, 1958.

Montesano, L., Le sentenze costituzionale e l'individuazione delle norme, en *Rivista di diritto processuale*, 1963.

Montesano, L. Sulle sentenze de inconstitucionalità «interpretative», en *Giurisprudenza italiana*, IV, 1969.

Montilla, M., Tipologia delle sentenze della Corte costituzionale, Maggioli Editore, Rimini, 1992.

Morales Guillen, Carlos, Código de Procedimiento Civil concordado y anotado, Editorial Gisbert, La Paz – Bolivia, 1981.

Moreno Millán, Franklyn, La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho, Editorial Leyer, Bogotá, 2002.

Mortati, Constantino, Istituzioni di Diritto Pubblico, t. II, 7ª edición, Padova, 1967.

Mortati, Constantino, Appunti per uno estudio sui remedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore, en *Foro italiano*, 1970.

Mortati, Costantino, Istituzioni di diritto pubblico, Cedam, Padua, 1975.

Mortati, Constantino. La constitución en sentido material, Madrid, 2000.

Müller, H., Unter welchen Voraussetzungen macht Nichtigkeit eines Gesetzesteiles das Ganze Gesetz nichtig? en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1964.

Müller, F., Juristische Methodik, Duncker & Humblot, Berlín, 1997.

- Nocilla, A propósito de diritto vivente, *Giurisdizione costituzionale*, 1981.
- 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, 2004.
- Nogueira Alcalá, Humberto, Sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, No. 2, julio – diciembre de 2004, Editorial Porrúa, México, 2004.
- Novak, Richard, *Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen, Zugleich ein Beitrag zur Gesetzes – und Verordnungskontrolle durch den Verfassungsgerichtshof*, Springer Verlag, Wien/New Cork, 1996.
- Oberndorfer, P., *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der Staatlichen Funktionen, en Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1988.
- Oblitas, Edgar. Discurso e informe de la gestión de 1993, Sucre, 3 de enero de 1994.
- Oblitas, Fernando, *Notas sobre reformas judiciales y constitucionales*, Editorial Cima, La Paz – Bolivia, 1997.
- Onida, Valerio, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, en *Scritti in onore di Constantino Mortati*, vol. IV, Milano 1977.
- Onida, Valerio, *Considerazioni sul tema, en Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre*, 1988.
- Onida y D'Amico, *I giudizio di costituzionalità delle leggi*, Torino, 1998.
- Ossenbühl, F., *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung*, en *Badura – Dreier (Eds.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. I, 2001.
- Pace, Alessandro, *La tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pedenti*, en *Quaderni Costituzionali*, Aprile, 1984.
- Pace, Alessandro, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, en *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, II, Granada, 1989.
- Paladin, Livio, *Corte costituzionale e principio generale d' eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1984.
- Paladin, Livio, *Le fonti del diritto italiano*. Il Mulino, Bologna, 1996.
- Paladin, Livio, *Diritto Costituzionale*, Padova, 1995.
- Parodi, Gianpaolo, *La Sentenza additiva a dispositivo generico*, Gianpichelli Editore, Torino, 1996.

Pegoraro, Lucio, *La Corte e il Parlamento. Sentenze – indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padua, 1987.

Pegoraro, Lucio, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1998.

Pegoraro, Lucio, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004.

Peláez Gantier, Gabriel. *El Tribunal Constitucional y la Corte Suprema*, Artículo publicado en el periódico *Presencia*, en *La Paz*, el fecha 25 de mayo de 1993.

Pensovechio, Antonio, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1972.

Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

Pestalozza C., *Noch verfassungsmäßige und «bloß verfassungswidrige» Rechtslagen*, en *Bundesverfassungsgerichts und Grundgesetz*, vol. II, Mohr Tübingen, 1976.

Pestalozza, C., *Verfassungsprozessrecht*, München, 1991.

Pibernat Doménech, Xavier, *La sentencia constitucional como fuente del Derecho*, en *Revista de Derecho Político*, núm. 24, Barcelona, 1987.

Picardi, N., *Le sentenze «integrative» della Corte Costituzionale e vincolo del giudice*, en *Giurisprudenza civile*, 1979.

Pierandrei, Franco, *La Corte Costituzionale e l'attività «mayeutica»*, en *Giurisprudenza italiana*, 1961.

Pierandrei, Franco, *voz Corte Costituzionale*, en *enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, 1962.

Pierandrei, Franco, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, en *Scritti di dirittocostituzionale*, Spe, Turín, 1965.

Pisaneschi, Andrea, *Le sentenze di «costituzionalità» e di «incostituzionalità non dichiarata»: la transitorietà nel giudizio costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, II, 1989.

Piza Escalante, Rodolfo, *Legitimación democrática en la nueva justicia constitucional*, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1995.

Pizzorusso, Alessandro, *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale: Comandi o consigli?*, en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1963.

Pizzorusso, Alessandro, *Delle «doppie pronunce» alle decisioni «overruling»*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971.

Pizzorusso, Alessandro, *Fonti del diritto. Art. 1 – 9 disp, prel.*, Zanichelli/Il Foro Italiano, Bologna/Roma, 1977.

Pizzorusso, Alessandro, Garanzie Costituzionali, en Comentario della Costituzione a cura de Giuseppe Branca, Bologna, 1981.

Pizzorusso, Alessandro, Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale, en Rivista di diritto e procedura penale, 1982.

Pizzorusso, Alessandro, Las Sentencias «manipulativas» del Tribunal Constitucional Italiano, en VV.AA., El Tribunal Constitucional, Vol. I, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

Pizzorusso, Alessandro, I sistemi di giustizia costituzionale: dei modelli ella prassi, en Quaderni Costituzionali, año II, N° 3, diciembre 1982.

Pizzorusso, Alessandro, Lecciones de Derecho Constitucional, Vol. II, Madrid, 1984.

Pizzorusso, Alessandro, La Corte Costituzionale tra giurisdizione e legislazione, en Foro italiano, 1985.

Pizzorusso, Alessandro, Tutela dei diritti costituzionali e cobertura financiera delle leggi, en Revista di Diritto Processuale, 1990.

Pizzorusso, Alessandro, Il controllo sull'uso della discrecionalita legislativa, en Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale, Giufrè Editore, Milano, 1998.

Pizzorusso, Alessandro, La justicia constitucional en Italia, en Teoría y realidad constitucional, No. 14, 1999.

Pohle, Albrecht., Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, Lang, Frankfurt a.M./Bern, 1979.

Politi, F., Effetti di una sentenza additiva «di principio» (comportante maggiori spese) e giudizio de ragionevolezza: le esigenze del bilancio e la sempre maggiore imprevedibilità dell'es'to del giudizio de costituzionalità, en Girusprudenza Costituzionale, fasc. IV, 1996.

Prieto Sánchez, Luis, Ley, principios, derechos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1998.

Prümm, H.P., Verfassung und Methodik, Duncker y Humbolt, Berlin, 1977.

Pugiotto, A., Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive, en Giurisdizione Costituzionale, 1992.

Pugiotto, A., Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie, en Giurisprudenza Costituzionale, 1994.

Pugliese, voces Giudicato civite (diritto vivente) y Giudicato costituzionale, en Enciclopedia del Diritto, V y XVIII, Milano, 1962.

Punset Blanco, Ramón, Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los arts. 39.1 y 40.1 de la LOTC, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, núm. 7, 1999.

Punset Blanco, Ramón, Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la inconstitucionalidad de las leyes, en VV.AA., La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Radbruch, Gustav, Filosofía del Derecho, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

Redenti, E., Legittimità delle leggi e Corte Costituzionale, Milano, 1957.

Revenga Sánchez, Miguel, Notas sobre Justicia Constitucional e interpretación de la Constitución (O en defensa de la interpretación como diálogo), en Teoría y Realidad Constitucional, No. 16, UNED, Madrid, 2005.

Richter, Ascimani, Guillermo, Análisis crítico de la nueva Constitución Política del Estado, en Miradas, Nuevo Texto Constitucional, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), La Paz, 2010.

Rivera Santivañez, José Antonio. El control de constitucionalidad en Bolivia, en Revista del Tribunal Constitucional, Sucre, 1999.

Rivera Santivañez, José Antonio, Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba – Bolivia, 2001.

Rivera Santivañez, José Antonio. Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia. Kipus, Bolivia, 2004.

Rivera Santivañez, José Antonio, Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno, en Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales No. 002, Vol.4, Universidad de Talca, 2006.

Rivera Santivañez, José Antonio, El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional, IMAG, Sucre – Bolivia, 2007.

Rizza, G., La Corte Costituzionale fra politica e diritto: appunti preliminari, en Diritto e società, 1973.

Rocco, Alfredo, La teoría generale della interpretazione delle norme giuridiche e la sua applicazione alle singole categorie di norme, en Scritti di diritto commerciale, Roma, 1933.

Rocco, Trattato di diritto processuale civile, Torino, 1966.

Rolla, Giancarlo, El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma, en Cuadernos de Derecho Público, N° 3, enero – abril. 1998.

- Romano, Santi, L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico, en Scritti minori, 1950.
- Romano, Santi, L'ordinamento giuridico, Sansoni, Florencia, 1951.
- Romboli, Roberto, Introduzione al Seminario de la giustizia costituzionale a una svolta, Atti del Semnario di Pisa del 5 maggio, Torino, 1990.
- Romboli, Roberto, Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte, en la obra colectiva, Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione, Giuffré, Milán, 1993.
- Romboli, Roberto, La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la inconstitucionalidad de la leyes planteado en vía incidental, REDC, núm. 48, 1996.
- Romboli, Roberto, Italia, en Aja Eliseo y González Beilfuss Markuz. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. Ariel, Barcelona, 1998.
- Romboli, Roberto, La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia, (Trad. R. Velázquez Álvarez) en Cuadernos de Derecho Público, n.7, 1999.
- Rosenberg, Tratado de Derecho Procesal civil (trad. Romero Vera), Buenos Aires. 1955.
- Roth, W., Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht um die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde, en Archiv des öffentlichen Rechts, 1996.
- Rousseau, Dominique. La Justicia constitucional en Europa, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Rubio Llorente y Aragón Reyes, La justicia constitucional, en La Constitución española de 1978. Estudio sistemático, Madrid, 1980.
- Rubio Llorente, Francisco, La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, núm. 22, enero – abril, 1988.
- Rubio Llorente, Francisco, La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho, en La forma del poder, (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 495 – 536, y Figueruelo, Ángela, La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo, en Revista de Estudios Políticos, nº 81, 1993.
- Rubio Llorente, Francisco, Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa, en obra colectiva Manuel Fraga, Homenaje Académico, vol. II, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997.
- Rubio Llorente, Francisco, La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho, en la Forma del Poder: Escritos sobre la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Rubio Llorente, Francisco, La jurisdicción constitucional en España, en Estudios sobre jurisdicción constitucional, obra conjunta con Jimenez Campo, Javier, Madrid, 1998.

Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel, Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad, Revista de Estudios Políticos, No. 7 (nueva época), enero – febrero de 1979.

Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel, Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad, REP, 7, 1999.

Ruggeri, R., Le attività consequenziali nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore, Giuffrè, Milán, 1988.

Ruggeri, Antonio, Vacatio sententiae, «retroactividad parcial» e nuovi tipi di pronunzie della Corte Costituzionale, en Giurisprudenza Costituzionale, 1988.

Rupp, Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, en Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968.

Sachs, M., Bindungswirkungen bei verfassungskonformer Gesetzauslegung durch Bundesverfassungsgericht, en Neue Juristische Wochenschrift, vol. 8, 1979.

Sachs, M., Teilnichtigkeit: Von der Kassation zur Gesetzneugestaltung durch das Bundesverfassungsgericht, en Deutsches Verwaltungsblatt, 1979.

Sánchez Agesta, Luis, El sistema político de la Constitución española de 1978, Editora Nacional, Madrid, 1980.

Sandulli, Aldo, Sulla posizione della corte costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato, en Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 1960.

Sandulli, Aldo, Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti, Milano, 1967.

Sandulli, Aldo, Illegittimità delle leggi e rapporti giuridici, en scritti giuridici, I, Napoli, 1990.

Sandulli, Aldo, Atto Legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale, en Scritti giuridici I, Napoli 1990.

Santamaría, Pastor, Tribunal Constitucional. Trabajos Parlamentarios. Cortes Generales, Madrid, 1980.

Santos Vijande, Jesús María, Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios, Comares, Granada, 1995.

Savigny, M.C.F., Sistema de Derecho Romano Actual, 4ª edición, Centro Editorial Góngora, Madrid, 1989.

Schäfer, Heinz, Gesetzskraft und bindende Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, NJW, 1954.

Schäffer, Heinz, Die Execution der Erbenntnisse des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, en Österreichischen Zeitschrift für öffentliches Recht, Nene Folge, 1968.

Schäffer, Heinz, Verfassungsgericht und Gesetzgebung, en VV.AA., Staat–Verfassung–Verwaltung, 1997.

Schäffer, Heinz, La relación entre Tribunal Constitucional y legislador, en Aja Eliseo y González Beilfuss Markuz. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. Ariel, Barcelona, 1998.

Schäffer, Heinz, Verfassungsgericht und Gesetzgebund, en Festschrift anlässlich des 65. Geburtstages von Prof. Friedrich Koja, 1998.

Schäffer Heinz, Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador en Weber, Albrecht, La Justicia Constitucional alemana en Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markuz. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. Ariel, Barcelona, 1998.

Schlaich, Klaus, El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, Madrid, 1984.

Schlaich, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht, Beck, Munich, 1994.

Schlaich, Klaus, Der Entscheidungsauspruch bei Normenkontrollen, en Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen. C.H.Beck, 4 ed., München, 1997.

Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, Alianza, Madrid, 1931.

Schmitt, Carl, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, Der Hüter der Verfassung», en Archiv für öffentliches Recht, La defensa de la Constitución, (Traducción de Sánchez Sarto), Tecnos, Madrid, 1982.

Schneider, H.P., Die Verbindlichkeit von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Deutsches Verwaltungsblatt, 1954.

Scialoja, Vittorio, Sulla teoría dell'interpretazione delle leggi, en Studi in onore di F. Schupeter, Diritto Odierno, Turín, 1898.

Segni, Comentario del Codice Civile, Torino, 1964.

Segni, Scritti giuridici, Torino, 1965.

Serra, Cristóbal, La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo, Tecnos, Madrid, 1999.

Serra Domínguez, La jurisdicción, en Estudios de derecho procesal, Madrid, 1967.

Serra Domínguez, La Jurisdicción, en Estudios de derecho procesal, Barcelona, 1969.

Serra Domínguez, «artículo 1252», en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. T. XVI, 2º, Madrid, 1981.

Shenke W. R., Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, Neue Juristische Wochenschrift, 1979.

Scheuner, Das Bundesverfassungsgericht und die Bindungskraft seiner Entscheidungen, «DöV», 1954.

Endemann, Zur Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde, Festschrift für Gedhard Müller, Tübingen, 1970.

Schneider, Die Verbindlichkeit von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DVBI, 1954.

Silvestri, Gaetano, Le sentenze normative della Corte Costituzionale, en AA.VV., Escritti su la Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, vol. I, Cedam, Pádua, 1985.

Simon, Helmut, La Jurisdicción constitucional, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Manual de Derecho Constitucional, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Pina, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1996.

Skouris, B., Teilnichtigkeit von Gesetzen, Duncker & Humblot, Berlín, 1973.

Smend, Rudolf, Constitución y derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

Soehn, H., Die abstrakte Normenkontrolle, en Bundesverfassungsgericht, homenaje a los veinticinco años del Tribunal Federal Constitucional, tomo I, 1975.

Söhn. Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, Darmstadt, 1974.

Sorace, D., L'art. 81, quarto comma Cost., e tre tipi di sentenze della Corte costituzionale, en la obra colectiva, Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione, Giuffré, Milán, 1993.

Sorrentino, Federico, Considerazioni sul tema, en Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre, Milano, 1988.

Spanner, H., Die Verfassungskonformen Auslegung in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts «Archiv des öffentlichen Rechts», n.91, 1966.

Spanner, Das bundesverfassungsgericht, München, 1972.

Spatolisano, Francesca, Il requisito della rilevanza e l'autonomia del giudizio costituzionale: alcune riflessioni sulla più recenté giurisprudenza della Corte Costituzionale (1977 – 1982), en Giurisprudenza Costituzionale, 1982.

Stuth, Sabine, *Il Bundesverfassungsgericht e il profilo técnico delle sue pronunce*, en *Quaderni costituzionali*, 1989.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Rights, Distribution, and Access to Justice*, en *XX 1st World Congress Of Law and Social Philosophy Internationale Vereinigung für Rechts – und Sozialphilosophie, Juridiska Institutionen Juridicum, Lund Universitet*, 12 al 18 de agosto de 2003. Lund, Suecia. «Rights, Distribution, and Access to Justice», en Peczenik, Aleksander (Hrsg.) *Proceeding of the 21 st Internazionale Vereinigung für Rechts – und Sozialphilosophy World Congress*, en *Archives in Rechts und Sozial – Philosophie, Beiheft 95*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2004.

Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.

Tejedor Bielsa, Julio, *Inconstitucionalidad y nulidad demorada. ¿Paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad?* La STC 195/1998, de 1 de octubre, en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 101, enero – marzo, Civitas, Madrid, 1999.

Tomás y Valiente, Francisco, *Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador*, en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Trocker, *La Cosa juzgada civil y sus límites objetivos y subjetivos: apuntes de derecho comparado*, en *Estudios de Derecho procesal en honor a Víctor Fairén*, Valencia, p. 562.

Troncoso, Antonio, *Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático*, en Espín Templado, Eduardo y Díaz Revorio, Francisco, *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Tucciarelli, C., *Le istituzioni a due marce: Corte costituzionale e Parlamento tra sentenze poco seguite e seguito poco sentito*, en *Quaderni Costituzionali*, número 2, 1996.

Urías Martínez, Joaquín, *Sobre las sentencias de control de leyes*, en *El futuro de la justicia constitucional*, Actas de las XII jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Urcullo Reyes, Jaime. *Proceso democrático. Situación jurídica y reforma constitucional en Bolivia*. Urquiza Editores, La Paz – Bolivia, 1993.

Urcullo Reyes, Jaime. *El control constitucional en Bolivia antes de 1994. Legislación y jurisprudencia, Una Mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes. Lecturas Constitucionales Andinas*, núm. 4, Lima, 1995.

Urcullo Reyes, Jaime. *El control jurisdiccional de «revisión judicial» o «difuso» en Bolivia*, en Baldivieso Guzmán, René et al. *Tribunal Constitucional. La Justicia Constitucional en Bolivia 1998 – 2003*. Kípus, Bolivia, 2003.

Vásquez Villamor, Luis Ángel. *Tribunal Constitucional. Comentarios y anotaciones en el ordenamiento jurídico boliviano*. Tomo I. Fondo editorial de los Diputados, Bolivia, 1999.

Vecina Cifuentes, Javier, *Las sentencias «aditivas» del Tribunal Constitucional y el respeto al Legislador*, en *Revista Justicia* 93, Núm. III – IV, Bosch, Barcelona, 1993.

Vignudelli, A., *La Corte delle leggi*, (Osservazioni sulla cosiddetta efficacia «normativa» delle sentenze della Corte costituzionale), Rimini 1988, ristampa, 1996.

Virreira, Rodolfo, *Código de Procedimiento Civil*. Amigos del Libro, Bolivia, 1987.

Vogel, Klauss, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, I, Tübingen, 1976.

Vogel, Klauss, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, I, Tübingen, 1976.

Vogel, Klauss, *Rechtskraft und Gesetzskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, en *Bundesverfassungsgerichts und die übrigen Verfassungsorgane*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 1988.

Voßkuhle, A., *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 125, 2000.

Volpe, Giuseppe, *L'ingiustizia delle leggi* (Studi sui modelli di giustizia costituzionale), Milán, Giuffrè, 1977.

Volpe, Guiseppe, *L'orologio della Corte ovvero l'enigma dell'ora e la persistenza della memori*, en *Effetti temporali delle sentenze della cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, atti dei seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 e 24 novembre, Milano, 1988.

Von Arnin, H. *Demokratie vor neuen Herausforderungen*, en *Zeitschrift für Rechts-politik*, 1995.

Weber, Albrecht, *La Justicia Constitucional alemana en Aja*, Eliseo y González Beilfuss, Markuz. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998.

Weber, Albrecht, *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania*, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, 1999.

Wintrich Josef, *Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung*, en *Verfassung und Verwaltung*, homenaje a Lafort, Munich, 1952.

Wintrich, Josep: *Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, en homenaje a Hans Nawiaski, Munich, 1956.

Wroblewsky, J, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.

Wroblewsky, Jerzy, An outline of a general theory of legal interpretation, en Obra colectiva coordinada por Igartua I., La interpretación de la Constitución. Demarcación y perspectivas, Universidad del País Vasco, San Sebastián, III Cursos de Verano, 1985.

Yañez Cortez, Arturo, Excepciones e incidentes, Talleres Gráficos Gaviota del Sur, Sucre, 2009.

Zafra, José, La interpretación de las Constituciones, en Revista de Estudios Políticos, 1971.

Zagrebelsky, Gustavo, La Corte Costituzionale e il legislatore, en Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia, Bologna, 1982.

Zagrebelsky, Gustavo, La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución, en López Pina, A., (Editor), División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional, Tecnos, Madrid, 1987.

Zagrebelsky, Gustavo, voz Processo costituzionale, en Enciclopedia del Diritto, vol. XXXVI, Milano, 1987.

Zagrebelsky, Gustavo, La giustizia costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2ª ed., 1988.

Zagrebelsky, Gustavo, Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce, en Quaderni Costituzionali, anno IX, n. 1, aprile, 1989.

Zagrebelsky, Gustavo, La dottrina del diritto vivente, en Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale (Tai del Convengo, Trieste 26 – 28, maggio 1986), Milano, 1998.

Zagrebelsky, Gustavo, El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia, Giulio Einaudi editore, Torino, 1992.

Zippelius, R., Verfassungskonforme auslegung von Gesetzen, en Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol II, Mohr, Tübingen, 1976.