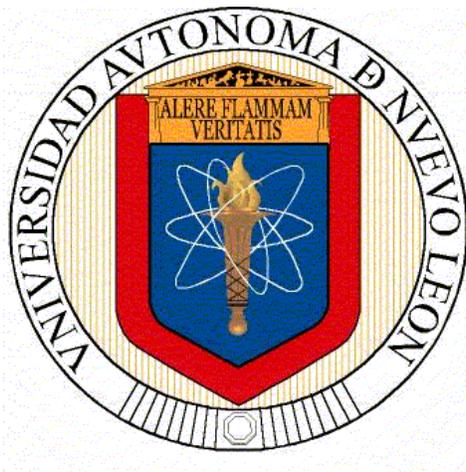


**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



TESIS

**EFICACIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN
PROCESOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES –
PERÍODO 1999-2011 EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO BOLIVIANO**

PRESENTA:

MARÍA ELENA CLAURE VILLARROEL

PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

JUNIO 2013

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**EFICACIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN PROCESOS
ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES - PERÍODO 1999-2011 EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO BOLIVIANO**

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTORA EN DERECHO

PRESENTA:

MARÍA ELENA CLAURE VILLARROEL

DIRECTOR DE TESIS:

DR. RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES

Cd. Universitaria, San Nicolás de los Garza, N.L., junio de 2013.

A Dios por las bendiciones de todos los días.

A mi familia por el apoyo y el aliento incondicional en este desafío existencial.

A los profesores citados y estudiados por las lecciones doctrinales en esta travesía académica.

Y a Anabel por su colaboración.

A la memoria de mi abuelo Gualberto Villarroel López signo de coherencia y tenacidad de sus principios sociales.

Contenido

INTRODUCCIÓN.	14
CAPÍTULO I: SISTEMA O MODELO GARANTISTA	31
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.	31
1. <i>Función descriptiva y prescriptiva del Derecho.</i>	40
2. <i>Deslegitimación del proceso democrático</i>	46
2.1. Crisis del principio liberal- democrático, imposibilidad de la separación de poderes y eliminación de la supremacía constitucional.	48
2.2 PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN	53
II. OPERADORES DE JUSTICIA Y EL MALESTAR SOCIAL	61
1. <i>Defensa general de la revisión judicial, crítica general a la revisión judicial y defensa contextual de la revisión judicial de las leyes.</i>	76
2. <i>Legitimidad del Órgano Judicial boliviano</i>	83
2.1. Subordinación de los Tribunales de Amparo	95
2.1.1. Función de la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional.	118
LA CONSULTA, EN CASO DE RECHAZO DEL INCIDENTE, SERÁ CONOCIDA POR LA COMISIÓN DE ADMISIÓN LA QUE RESOLVERÁ SOBRE SU PROCEDENCIA EN EL PLAZO DE DIEZ DÍAS.	124
2.1.2. Malestar social contra instituciones públicas.....	124
2.1.3. Defensor del Pueblo y la Administración Pública	134
CAPITULO II: ENTRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO O LA PETRIFICACIÓN NORMATIVA	144
I. SEGURIDAD JURÍDICA PRINCIPIO CONDENSADOR.....	144
1. <i>Las líneas jurisprudenciales como fuente de Derecho.</i>	157
1.1. Reconocimiento Constitucional y Legal de la Jurisprudencia	167

1.2. Criterios de aplicación de la Jurisprudencia y los derechos fundamentales.....	171
2. <i>Jurisprudencia contradictoria: sus efectos y responsabilidades</i>	177
3. <i>El gobierno de los jueces y el neoconstitucionalismo</i>	196
3.1. Derechos, Valores, Garantías y Principios constitucionales- Normas Constitucionales versus normas legislativa, normas reglamentarias y directrices.....	216
CAPÍTULO III: USO LEGÍTIMO DE LA REVISIÓN JUDICIAL O DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	228
I. MÉRITOS DEMOCRÁTICOS EN LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	228
1. <i>Acceso procedimental a la justicia constitucional: Sus efectos y realidad</i> ...	249
2. <i>La repercusión de la legislación delegada, su necesidad y los límites</i>	265
3. <i>Los poderes implícitos de la Administración Pública y la presunción de inconstitucionalidad</i>	276
CAPITULO IV: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	282
I. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	282
1. <i>Tradición Francesa: los derechos Código</i>	285
2. <i>Tradición Americana: la primacía de los derechos</i>	287
II. AMBIVALENCIA DE LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL EUROPEA.....	289
1. <i>Control de constitucionalidad de derecho objetivo: Francia</i>	291
2. <i>Control de constitucionalidad de derecho subjetivo: Estados Unidos</i>	292
3. <i>Control de constitucionalidad europeo: Privilegio del legislador</i>	293
4. <i>Repercusiones del control de constitucionalidad</i>	293
4.1. Nulidad y anulabilidad de la ley inconstitucional.....	293
4.2. Responsabilidad por la ejecución de la ley inconstitucional.....	294
4.3. Límites del control de constitucionalidad de las leyes.....	295
III. CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD: ¿PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS VERSUS PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY?.....	296
1. <i>Control difuso: experiencia mexicana</i>	298

2.	<i>Presunción de inconstitucionalidad: experiencia argentina</i>	309
2.1.	Cuando estamos frente a “derechos o libertades preferidas” (<i>preferred rights o preferred freedoms</i>):.....	312
2.2.	Frente a ciertas “distinciones o categorías sospechosas”.	317
2.3.	Frente a normas regresivas en materia de derechos sociales, económicos y culturales:	325

CAPÍTULO V: BOLIVIA PERIODO DE 1999-2011 ENTRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE LEGALIDAD331

I.	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR VÍA DE LA EXCEPCIÓN DATOS Y CIFRAS	335
1.	<i>Categorías sospechosas en el control de constitucionalidad boliviano</i>	342
1.1.	Derecho a la seguridad jurídica disposiciones y normas transitorias constitucionales y legales.	342
1.2.	Ley anterior al proceso principio, irretroactividad de la Ley.	351
1.2.1.	La irretroactividad de la ley y la aplicación de la ley favorable en Procesos judiciales.	353
1.2.2.	La irretroactividad de la ley y la aplicación de la ley favorable en procesos administrativos.....	359
2.	<i>Redefinición de la responsabilidad judicial por omisión en el control difuso de inconstitucionalidad</i>	365
2.1.	La cosa juzgada en omisión de aplicación objetiva de la ley.	374
II.	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA UNA CONTRIBUCIÓN O UN FRENTE PARA LA DEMOCRACIA.....	376
1.	<i>Resoluciones Administrativas fuera del control de constitucional</i>	380
2.	<i>Silencio Afirmativo en la administración, cambio de las reglas de juego democrático</i>	385
3.	<i>Jurisdicción administrativa retenida – Recurso Contencioso Administrativo</i>	393
3.1.	Óbice constitucional: se ha derogado del orden jurídico boliviano el Recurso Contencioso Administrativo	394
3.2.	Exegesis del control de legalidad -el control de constitucionalidad...	396
3.3.	Instrumentalización de la desconstitucionalización.....	399

3.4. La sostenible laguna sobre el Control de Constitucionalidad en el Recurso	400
CAPÍTULO VI: SEDE INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	417
I. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA VIOLACIÓN DE GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO.	417
1. CASOS ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	422
2. SISTEMA DE PETICIONES Y CASOS INDIVIDUALES	427
2.1. <i>Derechos Fundamentales y Pedagogía constitucional.....</i>	<i>432</i>
CAPITULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	438
BIBLIOGRAFÍA	444
ANEXOS	456
ANEXO 1: PAPELETAS DE VOTACIÓN TRIBUNAL SUPREMA DE JUSTICIA PANDO , LA PAZ , CHUQUISACA RESULTADO VOTACIÓN MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA	457
ANEXO 3: AUTOS Y SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN PROCESOS JUDICIALES APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD – TABLA 50	462
ANEXO 4: CRITERIOS JUEZ, COMISIÓN ADMISIÓN Y TRIBUNAL GARANTÍAS MATERIA PENAL: APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD – TABLA 51.....	464
ANEXO 5: AUTOS Y SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD – TABLA 53 Y TABLA 54.....	465
ANEXO 6: CONSTATACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE PLAZO PARA LA REMISIÓN ANTE EL TRIBUNAL, FALTA DE MOTIVACIÓN DEL AUTO, AUSENCIA DE TRASLADO PARTE CONTRARIA - TABLA 55	466
ANEXO 7: REGULARIZACIÓN DE TRÁMITE - TABLA 56.....	470
ANEXO 8: CONFUSIÓN O DESCONOCIMIENTO JUEZ/AUTORIDAD - TABLA 57.....	471
ANEXO 9: INCOHERENCIAS DE LA COMISIÓN DE ADMISIÓN - TABLA 58	472

ANEXO 10: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS - TABLA 62	477
--	-----

Índice de Tablas

TABLA 1: PARTICIPANTES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	38
TABLA 2: DICOTOMÍA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	64
TABLA 3: LEGITIMIDAD DEL PODER JUDICIAL.....	69
TABLA 4: VARIABLES DE LA CORRIENTE CONTRA MAYORITARIA.....	81
TABLA 5: RESULTADOS ELECTORALES ELECCIÓN DIRECTA ÓRGANO JUDICIAL	89
TABLA 6: RESULTADOS POR DEPARTAMENTO DE LA	93
TABLA 7: PROGRAMA DE MEJORAMIENTO JUDICIAL.....	99
TABLA 8: MODIFICACIONES PROCESALES AL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL (RAC) PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	101
TABLA 9: MODIFICACIONES PROCESALES AL (RAC) PRINCIPIO DE INMEDIATEZ	102
TABLA 10: IMPROCEDENCIA DEL RECURSO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AMPARO CONSTITUCIONAL	104
TABLA 11: REVISIÓN FALLO - TRIBUNAL GARANTÍAS COMISIÓN DE ADMISIÓN VERSUS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	105
TABLA 12: ¿DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY? SUBSIDIARIEDAD / TUTELA EFICAZ.....	107
TABLA 13: LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE ADMISIÓN DE (RII) / (AIC) EN AMPARO CONSTITUCIONAL	112
TABLA 14: RII / AIC EN AMPARO CONSTITUCIONAL	113
TABLA 15: RESUMEN CUADRO 16: RII / AIC EN AMPARO CONSTITUCIONAL	117

TABLA 16: FUNCIÓN DE LA COMISIÓN EN CASO DE ADMISION DEL RECURSO/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA.....	119
TABLA 17: FUNCION DE LA COMISION DE ADMISION EN CASO DE RECHAZO POR AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA.....	120
TABLA 18: TABLA COMPARATIVA DE PERCEPCIÓN 2004-2010	127
TABLA 19: PERCEPCIÓN DE CORRUPCIÓN SEGÚN HOGARES.....	128
TABLA 20: PEQUEÑA CORRUPCION.....	129
TABLA 21: LA CORRUPCIÓN EN CIFRAS.....	130
TABLA 22: RESUMEN DE QUEJAS SOBRE VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA ADMINISTRACION PÚBLICA	142
TABLA 23: RECURSOS PRESENTADOS POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO .	143
TABLA 24: DIFERENCIA ENTRE VALORES Y PRINCIPIOS JURÍDICOS.....	221
TABLA 25: DIFERENCIAS ENTRE NORMAS LEGISLATIVAS Y CONSTITUCIONALES.....	227
TABLA 26: VOTACIÓN HETEROGENEA DEL LEGISLADOR	229
TABLA 27: VOTACIÓN HETEROGENEA EN PENA DE MUERTE.....	230
TABLA 28: MODELOS DE ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	251
TABLA 29: GRADOS DE INTENSIDAD DE OBJECION DEMOCRATICA.....	254
TABLA 30: MODO O VÍA DE ACCESO A LA REVISIÓN JUDICIAL DE LEYES O CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	255
TABLA 31: MODOS O VÍAS DE ACCESO POR ESTADOS.....	256
TABLA 32: EFECTOS CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EEUU FRECUENCIA DE DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES POR ESTADOS	257
TABLA 33: EFECTOS CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ARGENTINA ...	259
TABLA 34: EFECTOS CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ESPAÑA	259
TABLA 35: EFECTOS CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ESPAÑA	260
TABLA 36: EFECTOS CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MÉXICO.....	261
TABLA 37: EFECTOS CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD BRASIL	262

TABLA 38: SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA PERIODO 1999-2007	264
TABLA 39: MATERIAS HABILITADAS LEGISLACIÓN DELEGADA DERECHO COMPARADO.....	271
TABLA 40: MATERIAS RESTRINGIDAS - LEGISLACIÓN DELEGADA	272
TABLA 41: LEGISLACIÓN DELEGADA Y DETERMINACIÓN DE PLAZO	273
TABLA 42: RATIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DELEGADA.....	273
TABLA 43: LEGISLACION DELEGADA EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DERECHO	274
TABLA 44: RII RECHAZO EN PROCESO JUDICIAL O PROCESO ADMINISTRATIVO.....	340
TABLA 45: RII ADMISIÓN EN PROCESO JUDICIAL O PROCESO ADMINISTRATIVO.....	340
TABLA 46: RII EN PROCESO JUDICIAL O PROCESO ADMINISTRATIVO DE OFICIO.....	341
TABLA 47: OTRAS MODALIDADES DE RESOLUCIÓN	341
TABLA 48: SEGURIDAD JURIDICA EN PERIODOS DE TRANSICIÓN	347
TABLA 49: SENTENCIAS CONSTITUCIONALES RETROACTIVAS IRRETROACTIVAS.....	349
TABLA 50: AUTOS Y SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN PROCESOS JUDICIALES APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD	353
TABLA 51: CRITERIOS JUEZ, COMISIÓN ADMISIÓN Y TRIBUNAL GARANTÍAS MATERIA PENAL: APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD	355
TABLA 52: ¿APLICACIÓN DE LA LEY FAVORABLE EN MATERIA PENAL? ...	356
TABLA 53: AUTOS Y SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD.....	359
TABLA 54: ¿LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY?	361
TABLA 55: CONSTATACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE PLAZO PARA LA REMISIÓN ANTE EL TRIBUNAL, FALTA DE MOTIVACIÓN DEL AUTO, AUSENCIA DE TRASLADO PARTE CONTRARIA	367
TABLA 56: REGULARIZACIÓN DE TRÁMITE	369

TABLA 57: CONFUSIÓN O DESCONOCIMIENTO JUEZ – AUTORIDAD	370
TABLA 58: INCOHERENCIAS DE LA COMISIÓN DE ADMISIÓN.....	371
TABLA 59: RII Y LA COSA JUZGADA.....	375
TABLA 60: LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS SIN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	381
TABLA 61: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN PROCESO JUDICIAL.....	382
TABLA 62: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS	384
TABLA 63: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	408

Índice de Gráficos

GRAFICO NO. 1: EFECTOS DE LAS MODIFICACIONES AL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL	100
GRAFICO NO. 2: CORRUPCIÓN POR INSTITUCIONES.....	126
GRAFICO NO. 3: INCREMENTO DE LAS CIFRAS QUE INVOLUCRAN CORRUPCIÓN.....	131
GRAFICO NO. 4: ESTADO DE SITUACIÓN DENUNCIAS CORRUPCIÓN	132
GRAFICO NO. 5: RAZONES DE NO DENUNCIA	132
GRAFICO NO. 6: TOTAL DE DENUNCIAS RECIBIDAS POR AÑO	422
GRAFICO NO. 7: TOTAL DE CASOS Y PETICIONES EN TRÁMITE AL 31 DE DICIEMBRE DE 2010 POR PAÍS.	423
GRAFICO NO. 8: PETICIONES EN LAS QUE SE HA DECIDIDO INICIAR TRÁMITE DURANTE EL AÑO 2010 POR PAÍS.	423
GRAFICO NO. 9: TOTAL DE INFORMES DE ADMISIBILIDAD E INADMISIBILIDAD PUBLICADOS	424

GRAFICO NO. 10: DENUNCIAS ADMITIDAS POR CIDH POR AÑO.....	424
GRAFICO NO. 11: CASOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS POR AÑO.....	425
GRAFICO NO. 12: CASOS HABILITADOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA POR AÑO.....	426
GRAFICO NO. 13: CASOS PRESENTADOS A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DURANTE EL AÑO 2010 POR PAÍS.	426
GRAFICO NO. 14: CASOS INDIVIDUALES 1. 936, POR PAISES	428
GRAFICO No. 15: PETICIONES ACEPTADAS 137, POR PAISES	429
GRAFICO NO. 16: CASOS PRESENTADOS ANTE LA CORTE:12	430
GRAFICO No. 17: CASOS POR PAISES.....	430

Resumen

La presente tesis doctoral, ha tenido como objeto identificar el grado de eficacia del control de constitucionalidad en procesos judiciales y en procesos administrativos, tomando el período de junio 1999 hasta agosto de 2011 como marco de delimitación.

El sistema o modelo de control de constitucionalidad boliviano se lo ha catalogado como un modelo mixto: control difuso por mandato constitucional que coexiste con el modelo concentrado a través de dos vías de interposición: la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta o directa y la Acción de Inconstitucionalidad Concreta Incidental o Indirecta.

De los 2.021 expedientes cotejados, 1.418 corresponden a procesos judiciales y 603 a procesos administrativos. El control de constitucionalidad mediante la Acción de Inconstitucionalidad fue promovido a instancia de parte en 1.987 casos, de oficio se han promovido 34 ya sea por el juez o la autoridad administrativa correspondiente. De los 2.021 expedientes 1.331 cuentan con Auto Constitucional o Sentencia Constitucional, lo que significa que a la fecha de corte establecida en la investigación el 35% expedientes restantes se encontraban rezagados.

Para medir la eficacia de la Acción de Inconstitucionalidad Concreta se ha tomado los criterios de los jueces y autoridades y se los ha comparado con los criterios de la Comisión de Admisión y del propio Tribunal Constitucional, resultados que se han expresado en tablas.

Luego se ha identificado las violaciones a los derechos, las garantías o principios constitucionales que son objeto de aplicación directa y operativa como: a) la ley anterior b) el mandato imperativo de supremacía constitucional y jerarquía normativa cuyo incumplimiento pueden horadar el sistema

constitucional por el grado de inseguridad jurídica y / o deslegitimación que puede producir su omisión. c) se ha prestado especial atención, a la interposición simultánea de la Acción de Inconstitucionalidad Concreta en la Acción de Amparo y en el Recurso Contenciosos Administrativo.

A manera de contribución y conclusión se identifica que la Acción de Inconstitucionalidad precisa de reforma procedimental profunda, que incluya la figura de control estricto de constitucionalidad, silencio positivo administrativo a favor de los derechos de las personas a fin de preservar el derecho de igualdad ante la ley, debido procesos y seguridad jurídica.

Palabras clave: Constitución, Control de Constitucionalidad, Recurso/Acción de Inconstitucionalidad, Eficacia, Control estricto de constitucionalidad, derecho- principio- garantía, presunción de inconstitucionalidad, irretroactividad del Derecho.

Abstract

This dissertation intends to identify the degrees of efficiency of diffuse constitutional review in judicial and administrative procedures, considering period from June 1999 to August 2011.

It can be inferred that the constitutional system in Bolivia is a mixed model, a diffuse control system by constitutional mandate that coexists with concentrated constitutional system control. These systems coexist in two ways: 1) the unconstitutionality abstract or direct and 2) concrete unconstitutionality incidental or indirect action.

Of the 2,021 records compared and analyzed 1,418 correspond to judicial processes and 603 to administrative processes. Constitutional control was initiated for 1,987 records at the request of a party and 34 records were promoted either by the judge or administrative authority. Of the 2,021 records 1,331 have Constitutional Sentence, which implies that 35% of the records are laggard.

To measure the effectiveness the unconstitutional actions judges and authorities criterias have been taken in consideration, and these have been compared with the criteria of the Admission Committee and the Constitutional Court (results shown in tables). Then rights, guarantees, or principles that are subject to direct and operational application have been identified specifically:

- a) The law before legal or constitutional transition.
- b) The mandates of constitutional supremacy and hierarchy rules whose breach can pierce the constitutional system
- c) Special attention has been paid to the simultaneous filing of Unconstitutionality Concrete Actions and Administrative Litigation Resource.

As a contribution and conclusion Unconstitutionality Action needs a deep procedure reform, which need to incorporate a strict control of constitutionality, a

positive administrative silence for the rights of people in order to preserve the right of equality before the law, right process and legal certainty.

Keywords: Constitutional Control, Resource / Unconstitutional Action, Efficiency, Strict Control of Constitutionality, Right-first-security, Unconstitutionality Presumption, Non-retroactivity Law.

EFICACIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES - PERÍODO 1999-2011 EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BOLIVIANO

“De ese modo, no es ya el derecho el que puede ser concebido como instrumento de la política, sino por el contrario, es la política la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho y más precisamente de los principios y derechos inscritos en ese proyecto a la vez jurídico y político que es la Constitución”.¹

Luigi Ferrajoli

Introducción.

El reto del constitucionalismo es y ha sido establecer la primacía de las libertades y derechos fundamentales confiriéndoles resistencia constitucional, salvaguardando el contenido de los mismos de los avatares del ejercicio del poder político. Reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales que es fidedigno y fehaciente, si o sólo si el ordenamiento constitucional incluye garantías políticas y jurídicas.

Largo camino ha recorrido el constitucionalismo para garantizar derechos fundamentales, por ejemplo el Recurso de *Habeas Corpus Act* fue recién instituido en 1679 como procedimiento jurídico para restablecer la libertad de las personas en caso de detención ilegal o indebida pese a que la *Carta Magna de 1215* estipuló las condiciones de detención amparando la libertad de las personas de abusos de las autoridades. Se precisaron cuatro siglos para estructurar la defensa jurisdiccional del derecho a la libertad física y garantía de detención legal.

¹ Ferrajoli Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Ed. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica/Filosofía del Derecho Nº 15. Primera reimpresión 2001. Bogotá. Pág. 135.

Garantías jurisdiccionales de las libertades y de los derechos fundamentales que fueron paulatinamente incorporadas en las Constituciones. Sin embargo encontramos precedentes jurisprudenciales garantistas como el fallo del Juez Coke (1610) en el caso Bonham, juez que fundamento su voto aplicando principios del derecho natural de que nadie puede ser juez, al mismo tiempo determinaba: “ cuando una ley del Parlamento es contraria a la *common law* y a la razón o repugnante o de imposible aplicación, el *commow law* prevalece e impone la invalidez de aquella”.²

De igual manera el derecho a la seguridad jurídica forjado en el principio de supremacía constitucional, sí bien fue constitucionalizado en la Sección Segunda del Artículo VI de la Constitución Americana de 1787 que a la letra estipula: “Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgaren, y todos los tratados hechos o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán ley suprema del país. Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere algunas disposición contraria en la Constitución o en los códigos de los Estados”

Principio de supremacía constitucional y derecho fundamental de seguridad jurídica que sólo fue aplicado años más tarde en la famosa sentencia del Juez Marshall 1803 en el caso Marbury versus Madison fallo fundamentado por el Juez Marshall que decía el gobierno de los Estados Unidos ha sido enfáticamente denominado un gobierno de las leyes y no de hombres.

“(...) Los poderes de la legislatura son definidos y limitados, y para que estos límites no puedan ser equivocados u olvidados, la Constitución es escrita. (...) la exposición del Juez Marshall ha sido sintetizada por Claudio O Johnson a) La Constitución es una ley superior, por consiguiente, un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley. b) es siempre deber del tribunal decidir

² Bidegain Carlos María. *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*. Ed Abeledo-Perrot. Tercera Edición. 1981. Buenos Aires. Pág. 88.

entre dos leyes en conflicto. c) si un acto legislativo está en conflicto -la Constitución- claramente es deber del tribunal rehusar aplicar el acto legislativo d) si el tribunal no rehúsa aplicar dicha legislación, se destruye el fundamento de toda la constituciones escritas.³

La base y fundamento del principio de supremacía constitucional se arraigó gracias a la práctica del control judicial de las leyes o la *judicial review* americana, control difuso de constitucionalidad o control subjetivo. Al amparo de este principio de supremacía constitucional que permite el control difuso de las leyes, se puede afirmar que el derecho de las personas a la seguridad jurídica es un derecho fundamental, que incumbe a la certidumbre que precisan las relaciones humanas sobre la normativa a ser aplicada tanto en controversias judiciales y administrativas.

Entre las garantías jurídicas constitucionalizadas o legalizadas según el ordenamiento jurídico que se trate contamos con: a) las garantías jurídicas jurisdiccionales reflejadas en los recursos o acciones constitucionales que pueden ser formulados en la justicia ordinaria o en la justicia constitucional de forma preventiva o reparadora para proteger o restablecer la violación o amenaza de violación de derechos, garantías y principios. b) la garantía jurídica institucional plasmada en la figura del Defensor del Pueblo como instancia de recepción de quejas ciudadanas respecto de las violaciones de los derechos, libertades o garantías en las que incurre la administración pública, institución defensorial adoptada en las reformas de las Constituciones latinoamericanas en los años 90 y c) las garantías jurídicas que se refieren a las garantías procesales o de seguridad jurídica que para algunos autores se traducen en los principios informadores para la interpretación constitucional.

Sebastián Linares expresa que la revisión judicial de las leyes es una

³ Dermizaky Pablo. *Derecho Constitucional*. Ed Kipus. Cochabamba. Novena reimpresión. 2010. Bolivia. Pág. 62

“(…) institución que se ha difundido en las últimas tres décadas, como uno de los vértices del fenómeno de la expansión ‘ global de los jueces’. Aunque este proceso incluye a muchos regímenes no democráticos, es indudable que la expansión de la revisión judicial en el mundo ha estado ligada a la tercera ola de democratización. Hacia 2005, más de tres cuartos de los países del mundo, consagraban alguna forma de control judicial de constitucionalidad o revisión judicial”.⁴

La preocupación de académicos, juristas del siglo pasado y del presente se ha inclinado por replantear las razones, los métodos y las diversas justificaciones de la interpretación judicial y constitucional en la aplicación de las normas en sede judicial, al referirnos a la sede judicial abarcamos tanto la justicia ordinaria cuanto la constitucional, sin embargo la preocupación es que se arrastra un déficit respecto al control constitucional en sede administrativa. Siendo incuestionable que la inquietud constante sobre el proceso de aplicación del Derecho, se revalida constantemente.

El constitucionalismo encierra en su núcleo un doble encargo difícil de mantener por una parte significa: un compromiso con la idea de derechos y por tanto con una dimensión sustancial y por otra parte un segundo compromiso tiene que ver con la idea de democracia. El primer compromiso se expresa con la adopción de una lista de derechos incondicionales e inviolables. El segundo compromiso se enuncia en la adopción de un régimen de acceso al poder que tiene su eje, por un lado, en la elección periódica de autoridades y, por el otro, en la toma de decisiones políticas legislativas a través de la regla de la mayoría. Ambos ideales – el de democracia y el de los derechos – se encuentran en fuerte tensión.⁵

⁴ Linares Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Ed Marcial Pons. Madrid. 2008. Pág. 17

⁵ *Ibidem*. Pág. 47

La relación estrecha entre los derechos fundamentales, las garantías procesales constitucionales y la concepción de la democracia en el Estado Constitucional significa límite a mayorías conyunturales, que puedan tener la tentación de utilizar el sistema democrático para perpetuarse en el poder o imponer una ideología concreta.

Esta tensión que para el profesor Ferrajoli es un nuevo paradigma en la concepción de democracia constitucional que todavía no ha tomado conciencia y cuyas técnicas de garantía aún está lejos de haberse asegurado a través del papel del Derecho. Lo importante es que se esta tensión o nuevo paradigma redescubre el significado de la Constitución como norma dirigida a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos.⁶

Embargando estas posiciones son dos las innovaciones que deben tomarse en cuenta para el logro del garantismo constitucional: constituciones rígidas que vienen reconocidas como normas que ordenan la legislación ordinaria, a través de la previsión de procedimientos especiales para su revisión, lo que hace que estén los derechos-principios-garantías constitucionales fuera del accionar de los legisladores ordinarios (Legislativo y Ejecutivo) y , la institución del control de constitucionalidad de las leyes que determinan supremacía constitucional y jerarquía normativa por la que todos los órganos, actos de poder quedan sujetos a la ley suprema la Constitución.

La relevancia de la presente tesis es contribuir a adoptar desde el Derecho mecanismos o condiciones y presunciones que posibiliten grados mínimos de eficacia al control difuso de constitucionalidad lo que significa profunda modificación de las presunciones, mecanismo o condiciones adoptadas en el orden jurídico boliviano que han resultado ineficaces para el acatamiento del fin ontológico y deontológico de la supremacía constitucional y jerarquía normativa.

⁶ Ferrajoli. Ob.Cit. Pág. .162.

La motivación inicial para la elección tema objeto de la tesis fue el grado de deslegitimación del Órgano Judicial expresado en estudios e informes del Defensor del Pueblo analizado en clases como docente de Derecho Constitucional y en Derecho a la Seguridad Social. A lo que se sumó la verificación empírica del actuar de autoridades administrativas y judiciales en los trámites y procesos de jubilación que tuve a mi cargo como abogada independiente, procesos que permitieron constatar las debilidades y fortalezas de los operadores que deben ejercer control difuso y concentrado así como la frustraciones, angustias de personas “ciudadano Juan Nadie” que no comprenden como normas inferiores pueden sobreponerse a normas superiores o que normas entren en contradicción y colisión sin posibilidad de resolución ninguna a su caso particular.

Dentro de este contexto, la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales no han encontrado en el control de constitucionalidad un freno al poder político que contribuya al fortalecimiento de una justicia constitucional que ofrezca líneas de reducción en la vulneración de las garantías fundamentales de seguridad jurídica y debido proceso.

Luego surge la hipótesis ¿El control de constitucionalidad en procesos judiciales y administrativos ha logrado tutela eficaz procesal en el orden jurídico boliviano respecto de derechos de seguridad jurídica?

En cuanto a los objetivos generales se ha logrado identificar los obstáculos legales, procedimentales y jurisprudenciales en la aplicación e interpretación del principio de supremacía constitucional y jerarquía normativa, de igual forma se ha realizado un levantamiento estadístico de los recurso/ acciones interpuestos en sede judicial y en sede administrativa. Se ha identificado criterios jurisprudenciales del control de constitucionalidad respecto de derechos de seguridad jurídica en cuanto a tratamiento de irretroactividad de la ley, periodos de

transición legal y constitucional, control de constitucionalidad sobre el poder reglamentario del Órgano Ejecutivo y la Administración Pública,

La metodología de la investigación se ha realizado en dos contextos: primer contexto como mandato imperativo y un segundo contexto como garantía constitucional que espera de la autoridad jurisdiccional o administrativa actividad reparadora o preventiva de administración de justicia cuando se promueve a instancia de parte o de oficio al menos en sistema jurídico boliviano interponiendo el Recurso Incidental de Inconstitucionalidad (RII) / Acción de Inconstitucionalidad Concreta (AIC) en procesos judiciales y administrativos.

El trabajo adopta un enfoque interdisciplinario se adoptan proposiciones normativas propias de la filosofía del Derecho, proposiciones empíricas propias de la ciencia política y proposiciones programáticas propias de la ingeniería institucional. Entre las proposiciones normativas hemos encontrado desarrollo teórico y propuestas de cambio que nos ayuda a comprender, esclarecer y sopesar las metas y valores en juego debemos confesar que los profesor Linares, Tawil, Gil Domínguez, Prieto Sanchís, Rupérez, han sido de invaluable ayuda. En cuanto a las proposiciones empíricas los informes del Defensor del Pueblo y los estudios del Ceres y Gallup han permitido explicar el descontento institucional. Las proposiciones programáticas, propias de la ingeniería institucional no han permitido contrastar las deficiencias de la tutela procesal efectiva.

Siendo esta una investigación documental se ha adoptado el método científico a lo largo de la tesis, además para los dos primeros capítulos el método histórico-comparativo. En el tercer capítulo se ha empleado el método dialéctico que nos ha permitido la confrontación de tesis sobre la defensa y crítica de la revisión constitucional, en el cuarto y quinto capítulos se ha utilizado el método sistemático con la recopilación de datos y expedientes.

Se ha delimitado para la investigación el periodo que abarca desde el primer auto constitucional emitido por el Tribunal Constitucional en 1999 hasta los autos o sentencias al 28 de agosto 2011. Lo que representa 2.021 expedientes de recursos incidentales de inconstitucionalidad o acciones de inconstitucionalidad concreta de los que 1.331 cuentan con autos constitucionales o sentencias constitucionales.

Es indispensable aclarar que la diferencia entre expedientes cotejados y autos y sentencias analizadas se debe a la grave crisis que ha soportado el Tribunal Constitucional en las gestiones 2007-2009, debido primero a las renuncias de los Magistrados del Tribunal antes de la conclusión del periodo de sus mandatos y a la serie de juicios de responsabilidades iniciados y archivados en año 2008 periodo en el que el máximo Tribunal de Garantías quedo con una sola magistrada, la misma que renuncio el 2009.

Añadido a este escenario, la circunstancia estructural que la reforma constitucional boliviana 2009 fue precedida por la deliberación de la Asamblea Constituyente (2006-2007) sin resultado final de texto constitucional, lo que motivó la promulgación de Ley Interpretativa a fin de concluir el proceso constituyente en el Congreso Nacional haciendo viable de esta manera el referéndum constitucional. De acuerdo al texto constitucional refrendado, los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura acceden a la magistratura por voto popular directo, proceso electoral que se llevó a cabo en diciembre 2011, con elementos de plurinacionalidad, por un período de mandato de seis años sin lugar a reelección.

Es preciso recalcar que entre el 2009 producida la acefalia del Tribunal y quedando la realización de elecciones judiciales 2011 que no contaban con la legislación de detalle para la elección, se dio una etapa de transición institucional para el Órgano Judicial y Tribunal Constitucional que si bien es

cuestionable en su constitucionalidad sobre todo por el procedimiento de designación interina a cargo del Presidente del Estado, violando la ultraactividad de la anterior Constitución. En los hechos, se produjo el interinato en el Órgano Judicial en el período 2010-2011 tanto de Ministros de la Corte Suprema de Justicia, como de los Magistrados Tribunal Constitucional por mandato de la Ley 3 de enero 2010.

Etapa de transición hacia un Órgano Judicial elegido ha significado una reingeniería constitucional en lo formal y en cuanto a lo sustancial la transición produjo acumulación de causas sin resolver o las causas fueron resueltas al calor del inconstitucional interinato.

La Ley 003 en el Art. 3 instituye los interinatos en el siguiente tenor:

I. Se declara la transitoriedad de todos los cargos de la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores de Distrito y Juzgados, Tribunal Agrario Nacional, el Tribunal Constitucional y el Consejo de la Judicatura, hasta el primer día hábil de enero de 2011, debiéndose aplicar la Disposición Transitoria Sexta de la Constitución Política del Estado, en los casos que corresponda.

II. Hasta tanto entre en funciones el Órgano Judicial y el Tribunal Constitucional Plurinacional, el Presidente del Estado Plurinacional, tomando en consideración la conformación plurinacional y la equidad de género, nombrará con carácter interino a las siguientes autoridades de los cargos que, actualmente o de manera sobreviniente, se encuentren acéfalos: Ministras y Ministros de la Corte Suprema de Justicia,

Magistradas y Magistrados del Tribunal Constitucional, Miembros del Consejo de la Judicatura.

III. Las autoridades designadas de manera interina por el Presidente del Estado Plurinacional deberán cumplir con los requisitos establecidos por la Constitución Política del Estado.

De igual manera el Art.4 dispuso:

I. 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.

II. 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 Política del Estado.

Tiempo de transición que fue insuficiente motivo por el que la Ley 040 de 1 de septiembre de 2010 estableció un nuevo panorama transitorio del Artículo 3

I. Las Magistradas y Magistrados del Tribunal Constitucional una vez concluida la liquidación de causas presentadas hasta el 6 de febrero de 2009, conforme se dispone en el Artículo 4 parágrafo I. de la Ley N° 003, entre tanto no sean electas y posesionadas las nuevas autoridades del Tribunal Constitucional Plurinacional, resolverán las acciones de defensa de derechos fundamentales: acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de protección de privacidad, acción de cumplimiento, acción popular; presentados a partir del 7 de febrero del año 2009, en estricta sujeción a la Constitución Política del Estado vigente. Las demás acciones y recursos corresponderán ser resueltas por las autoridades electas por voto popular.

El voto en disidencia de la Sentencia Constitucional 0025/2010 de 20 de septiembre 2010 resume la anarquía del indicado interinato:

“ (...) En el caso Boliviano, la Constitución Política del Estado vigente a partir del 7 de febrero de 2009, abrogó expresamente la Constitución de 1967 y sus reformas posteriores, estableciendo disposiciones transitorias para, entre

otros, el régimen electoral, el órgano legislativo, la autonomía departamental, el escalafón judicial.”⁷

Sin embargo de las diez disposiciones transitorias del texto constitucional, ninguna hace referencia a las disposiciones necesarias para los trámites y procesos en curso, disposiciones transitorias que se concentraron en determinar plazos a la Asamblea Legislativa Plurinacional para la sanción de leyes, lo que provocó un vacío legal y constitucional de la norma a utilizarse en procesos que se encontraban a medio trámite a su conclusión o recién iniciados.

“De dichas disposiciones transitorias, se puede extraer que la nueva configuración orgánica establecida en la Constitución debe ser paulatinamente desarrollada, entendiéndose que, mientras no se dé cumplimiento a los procedimientos y requisitos previstos en la Constitución, los órganos e instituciones preexistentes a la reforma, deben continuar funcionando hasta que las nuevas las remplacen de conformidad a las normas constitucionales vigentes. Es dentro de ese contexto que fue promulgada la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, por la cual se dispone un "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, así como efectuar la convocatoria 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" .⁸

Hasta este punto el voto en disidencia guarda coherencia en beneficio de los casos que quedaron en curso de resolución.

⁷ Bolivia. Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional 0025 /2010. Sucre 20 de septiembre de 2010. Expediente: 2007-16335-33-R11.

⁸ Idem.

Fueron las Leyes 003 y 040 por las que el Tribunal Constitucional interino queda facultado a: 1) Revisar y liquidar los recursos constitucionales presentados hasta el 6 de febrero de 2009; es decir, hasta antes de la vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero 2009. Es decir, la revisión de los recursos y resoluciones pronunciadas en las acciones tutelares de hábeas corpus, amparo constitucional y hábeas data presentados hasta el 6 de febrero de 2009. 2) Una vez concluida la liquidación de causas presentadas hasta el 6 de febrero de 2009, resolver las acciones de defensa: acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de protección de privacidad, acción de cumplimiento, acción popular, presentados a partir del 7 de febrero de 2009.

En interpretación del Art. 3 de la Ley 040 el Tribunal transitorio emite la SSCC 025/10 declarando “improcedencia por inconstitucionalidad sobreviniente” en cambio el voto disidente fundamento en sentido contrario, con el siguiente entendimiento:

“Tribunal Constitucional transitorio es competente para resolver todos los recursos previstos en el Art. 120 de la CPE Abrog. y en la Ley del Tribunal Constitucional (Ley 1836) pendientes de resolución hasta el 6 de febrero de 2009 y, por ende, dentro del ámbito del control normativo de constitucionalidad, puede conocer los recurso directos de inconstitucionalidad, los recursos incidentales de inconstitucionalidad y los recursos contra tributos y otras cargas públicas.”⁹

Si bien parte del Tribunal Constitucional identificó la figura de inconstitucionalidad sobreviniente, no es menos evidente que tampoco podía declarar IMPROCEDENCIA, ¿excedió de forma flagrante las atribuciones transitorias derivadas de las leyes 003 y 040 en lo menos? El bien mayor afectado es la negación al test de constitucionalidad a que tiene derecho toda persona a que se aplique normas constitucionales. En lo institucional la omisión

⁹ Idem.

constitucional de disposiciones transitorias, agravó la incertidumbre procedimental ya que la Sentencia Constitucional 025/10 RII desnuda el problema de competencia del propio Tribunal transitorio.

Esta extensa explicación tiene por objeto contextualizar la realidad del control de constitucionalidad, que ofrece una vertiente más a ser analizada, en las situaciones de modificación o reforma sea de ley o de reforma constitucional, el manejo de los principios como el irretroactividad y el de ultraactividad del Derecho precisan de mayor meditación jurídica.

Este panorama institucional es una de las razones por la que se han tomado los datos que abarcan desde que inició actividades el Tribunal Constitucional hasta el 28 de agosto 2011 como fecha de corte, lo que nos ha permitido metodológicamente dividir en tres periodos la labor realizada por el Tribunal Constitucional en Bolivia.

Estos períodos o cortes son: el Tribunal Constitucional fruto de la reforma de 1993-1995 que inicia sus actividades en 1999¹⁰, el Tribunal Constitucional en

¹⁰ El Tribunal Constitucional de Bolivia fue creado con la reforma constitucional de 1994 e institucionalizado mediante la Ley N° 1836 de 1° de abril de 1998. Los primeros Magistrados fueron elegidos por dos tercios de votos del Congreso Nacional el 24 de julio de 1998 y tomaron posesión de sus cargos, en sesión solemne del mismo Congreso realizada el 5 de agosto de ese año en la Casa de la Libertad de la ciudad de Sucre, capital constitucional de la República, con lo que quedó instalado el nuevo órgano judicial. La Disposición Transitoria Segunda de la Ley N° 1836, aprobada el 1° de junio de 1998, estableció una *Vacatio-legis* de 365 días, a partir de su instalación, de manera que el Tribunal Constitucional debía comenzar a ejercer su jurisdicción el 5 de agosto de 1999. Sin embargo, el Tribunal aceleró su organización interna y logró abreviar la *Vacatio-legis*, situación que se hizo constar en una reunión de los tres poderes del Estado realizada en la ciudad de La Paz el 16 de enero de 1999, hecho que determinó que el 29 de mayo de 1999 el Congreso Nacional aprobara la Ley N° 1979, cuyo artículo tercero dispuso la modificación de la Disposición Transitoria Segunda de las Disposiciones Transitorias de la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional en los siguientes términos: "Segunda.- Vigencia plena de la ley. La presente Ley entrará en vigencia plena el 1 de junio de 1999", fecha que marcó el inicio de las labores jurisdiccionales del Tribunal.

crisis institucional entre renuncias y amague de juicios de responsabilidades (2004-2008), el Tribunal Constitucional de transición, fruto de la Ley 003 de enero 2010.

Es motivo de otro análisis los Autos y las Sentencias Constitucionales emitidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional cuyos miembros han sido electos por voto e iniciaron sus actividades en enero 2012.

- De los 2.021 expedientes 1.418 corresponden a procesos judiciales y 603 a procesos administrativos. (menos de la mitad corresponden a procesos administrativos)
- Sólo 34 son promovidos de oficio por el juez o la autoridad administrativa, lo que significa que 1.987 son promovidos a instancia de parte. (sólo el 1.68 % promovido ante duda razonable de la autoridad judicial y administrativa)
- De los 2.021 expedientes 1.331 cuentan con Auto Constitucional o Sentencia Constitucional. Como consecuencia de la falta de estabilidad institucional en el Tribunal Constitucional en los períodos demarcadas por el estudio, el rezago en la resolución de casos, es evidente alcanzando al 35% los casos que se encontraban pendientes de resolución

La metodología empleada en la identificación de los casos analizados, ha sido establecida bajo los siguientes criterios:

74)
997
AC N° 0052/2010
Expediente: 2007-17080-35-RII

74) significa al orden correlativo de la sentencia o autos analizados en la materia (Recurso Incidental de inconstitucionalidad en Amparo Constitucional o en aplicación de irretroactividad).

997 corresponde al número correlativo de la Sentencia o Auto bajado de la web hasta el 28 agosto de 2011.

AC N° 0052/2010 Auto constitucional o sentencia constitucional.

Expediente: 2007-17080-35-R11 Corresponde al Auto Constitucional en este caso y número de expediente oficial del Tribunal Constitucional.

En consecuencia se ha estructurado la presente tesis en siete capítulos. En el primer capítulo se revisan los factores funcionales de deslegitimación del proceso democrático incompatible con el Estado Constitucional dentro de un contexto de integración o mundialización económica que remueven los principios y valores del constitucionalismo como el principio de supremacía constitucional, principio democrático y principio liberal de libertad civil que repercuten en el orden jurídico y constitucional surgiendo corrientes y criterios sobre el control de constitucionalidad que se sintetizan en : a) la de defensa de la revisión judicial de las leyes, b) la de crítica de la revisión judicial de las leyes y, c) la de criterios contextualistas de la revisión judicial de las leyes. En el segundo capítulo se aborda las certezas e incertidumbres de la aplicación del Derecho desde la interpretación por principios en lugar de reglas genéricas y abstractas contrarias a la realidad humana y existencia social que siempre es concreta y particular. Sí bien en esta etapa de evolución y desarrollo del constitucionalismo queda despejada la cuestión de cuál es la norma de cierre en el ordenamiento jurídico, queda espacio de debate sobre quién o qué instancia debe ser la autoridad de cierre del sistema en administración de justicia. En el tercer capítulo se examina el fenómeno que produce el desbordamiento constitucional, el mismo que nos ofrece un contenido material de valores,

principios, derechos y directrices cuya concreción al aproximarse a la realidad individualizada produce factores de obediencia o adhesión. En el cuarto y quinto capítulos posicionamos el tema reflexionando sobre las repercusiones que ha suscitado en el control de constitucionalidad la aplicación de las normas, de garantías y de principios constitucionales en sede administrativa y judicial; la emergencia que suscita la tensión entre el control de constitucionalidad y el control de legalidad de los actos de la administración pública en términos generales cuando se violan derechos, libertades y principios constitucionales. El sexto capítulo pretende abarcar reflexiones sobre la eficacia de los derechos, garantías y principios constitucionales en sede internacional, así como la pedagogía cultural constitucional. Y finalmente el séptimo capítulo de conclusiones y recomendaciones.

Analizados los datos cotejados surgieron los cuestionamientos y premisas

- 1) ¿el control difuso estipulado en la Constitución boliviana es eficaz en la protección y resguardo de derechos fundamentales de seguridad jurídica como de aplicación de supremacía constitucional, a la irretroactividad de la ley, al debido proceso, a la igualdad ante la ley, tutela efectiva?
- 2) ¿ las autoridades, los jueces, como operadores encargados directos de realizar control de constitucionalidad en casos concretos, a través del Recurso/ Acción de Inconstitucionalidad Concreta gozan de la suficiente jurisdicción y competencia para aplicar el principio de supremacía constitucional?
- 3) ¿ la presunción de constitucionalidad de las leyes y de las resoluciones emanadas del poder de reglamentación del Órgano Ejecutivo y de la Administración Pública son contrarios al control difuso de constitucionalidad sobre poniéndose y anteponiéndose a los principios y derechos fundamentales de las personas establecidos en la Constitución ¿
- 4) ¿el control de legalidad de los actos de la administración pública quedan fuera de la sede constitucional estaríamos frente cuestiones de privilegio de la administración pública?
- 5) ¿los Autos Constitucionales son instrumentos idóneos para crear o modificar las líneas jurisprudenciales?

Las Sentencias y Autos que se encontraban hasta el 2011 en página web del Tribunal Constitucional, en tres modalidades de presentación primero numeradas correlativamente, con identificación de expediente, la segunda modalidad de presentación en cuadros estadísticos que mostraban el porcentaje de causas resueltas con identificación individualizada de cada uno los Recursos resueltos por cada gestión anual. Y Finalmente la tercera forma de acceso era con la identificación del número de expediente, o el número de resolución o nombres de las partes. La forma de acceder a la información era por cinco vías, la general y la de estadística y la de identificación de expediente, resolución y nombre de partes intervinientes. En la actualidad sólo queda la última forma, lo que es la lamentable ya que el acceso a la información ha sido cercenada.

La dificultad en la investigación ha sido esencialmente la dificultad de acceder bibliográfica, esto es comprensible por el déficit estructural boliviano, donde han proliferado las Universidades, pero apenas algunas cuentan con bibliografía actualizada en el tema, por otra parte la información electrónica ha sido de mucha ayuda.

En la redacción se encontrará dobles denominaciones de institutos jurídicos como de instituciones jurídicas debido a que las reformas constitucionales han apostado por la sobre nominación por ejemplo el Recurso de *Habeas Corpus* hoy es denominado Acción de libertad, el *Habeas Data* se ha convertido en la Acción de Protección de Privacidad por lo que se utilizará ambos términos en merito que las Sentencias y Autos según el periodo en el que hayan sido emitidas tienen una u otra terminología, lo propio ha sucedido con el Recurso Incidental de Inconstitucionalidad como Acción de Inconstitucionalidad Concreta.

Capítulo I: Sistema o Modelo Garantista

I. Consideraciones previas.

A fin de posicionar teórica y doctrinalmente el tema, debemos referirnos sucintamente a la evolución del Derecho en la esfera de su aplicación. De ahí que es bueno recordar o acordar las características del Derecho pre moderno, del Derecho en el Estado Legislativo de Derecho y del Derecho en el Estado Constitucional en cuanto a la eficacia, validez y existencia de las normas.

En el Derecho pre moderno las condiciones de existencia y validez de las normas no dependían de un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, es la pluralidad de fuentes la regla. En consecuencia, “ fueron las diversas fuentes (...) doctrinales, jurisprudenciales, y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes (Imperio, Iglesia, municipios, corporaciones) sin que ninguna tuviera monopolio sobre la producción jurídica, la validez del derecho no dependía de su forma de producción sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos”.¹¹

En el Estado Legislativo, el Derecho se fundó en la afirmación del principio de legalidad como criterio de identificación, el Derecho válido o una norma jurídica se consideraba válida no por ser justa, sino por haber sido puesta por una autoridad dotada de competencia normativa.¹² El principio de legalidad perfiló a la ley como un acto normativo supremo e irresistible al que no le era oponible ni el derecho natural, ni derechos especiales. La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ansien Régimen*. El Estado de Derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley, la exclusión o por lo menos la sumisión a ley, de todas las

¹¹ Gil Domínguez Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Ed. Ediar. Buenos Aires.2005. Pág. 11-12

¹² *Ibíd*em

demás fuentes del derecho.¹³ En este modelo la ciencia jurídica deja de ser normativa y se convierte en un método explicativo, un objeto (el derecho positivo) autónomo y separado de ella. La legitimación del derecho proviene de la fuente de producción normativa: la legalidad.¹⁴

El Estado Constitucional de Derecho pretende superar la debilidad estructural de lo jurídico otorgando a la Constitución un carácter normativo y vinculante, siendo

(...) los derechos fundamentales límite a todo poder. En pensamiento de Ferrajoli expresado en su obra “Pasado y futuro del Estado de derecho” el Estado Constitucional supone a) la necesidad de intentar establecer quién detenta la última palabra y cómo se configura la norma de clausura en el marco de un Estado Constitucional de derecho y b) la suposición de que la condición social de efectividad de todos los ordenamientos constitucionales y de sus sistemas de garantías consiste en el sentimiento de que cada uno tiene de sus propios derechos y de su identidad como persona, de donde deriva su disposición a la lucha por la defensa y realización de los derechos fundamentales¹⁵

En este contexto, la interpretación constitucional adquiere un sentido distinto del que cumplía en el Estado Legislativo de Derecho, al ser la Constitución la norma que tiene la tarea de reconducir el sustrato pluralista del Estado Constitucional hacia un ámbito de convivencia común. De la interpretación concebida como una mera fórmula de determinación textual proveniente de una voluntad unívoca y homogénea (la soberanía del legislador) se pasa a la interpretación como una combinación de principios, valores y métodos en el orden de integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho.¹⁶

¹³ Zagrebelsky Gustavo. *El derecho dúctil .Ley, derechos y justicia.* .Ed Trotta. Segunda Edición Madrid. 1997. Pág. 24

¹⁴ Gil Ob. Cit. Pág.12-13

¹⁵ Apud. Gil Ob. Cit. Pág. 13

¹⁶ Ibidem

Entre las características del Estado Constitucional reflexiona el profesor Andrés Gil Domínguez, una de ellas tiene que ver con la validez de la normas, validez que no depende únicamente de la forma de producción sino también de la compatibilidad de los contenidos con los principios constitucionales. La ciencia jurídica adquiere un tono crítico en relación con su propio objeto y persigue la eliminación o corrección de las lagunas y antinomias que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenido establecidas por la Constitución, la jurisdicción se robustece por cuanto debe aplicar las normas siempre y cuando éstas sean formal y sustancialmente compatibles con la Constitución.

La corriente del neoconstitucionalismo impulso la concepción del Estado Constitucional ante la crisis del Estado Legislativo de Derecho, reclama a la democracia constitucional un límite sustancial que tiene que ver con límites impuestos a los poderes y a las mayorías en forma de prohibiciones y obligaciones que de no mediar dicha interdicción, alcanzarían el grado de absolutos. Las prohibiciones y obligaciones se configuran como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales poderes, que podrían fagocitar el sistema democrático. En resumen, en el Estado Constitucional de Derecho el poder público está limitado en sus posibilidades de decisión política y disposición normativa.¹⁷

La corriente del neoconstitucionalismo se traduce en un sistema de constituciones normativas y garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad dotando así al Poder Judicial de la última palabra en cuestiones controvertidas. Respecto al carácter garantizador de la Constitución este supone: a) que sus preceptos pueden hacerse valer a través de procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de derechos b) que sí la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede

¹⁷ Gil Domínguez. Ob. Cit. Pág. 15

quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización.

La existencia de un Tribunal Constitucional no es, desde luego, incompatible con el neoconstitucionalismo, pero sí representa un residuo de otra época y de otra concepción (kelseniana), que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que aquella no era una fuente de Derecho, sino una fuente de fuentes, cuyos conflictos habían de dirimirse ante un órgano especialísimo con un rostro mitad político mitad judicial.

18

Por su parte Zagrebelsky encausa el fundamento del control de constitucionalidad en la diferencia existente entre la ley y los derechos instituida por la Constitución. En consecuencia hay distancias sustanciales entre el control de constitucionalidad de derecho objetivo francés, el control de constitucionalidad de derecho subjetivo como en Estados Unidos y el sistema europeo distinto al francés denominado privilegio del legislador.¹⁹

Francia ha mantenido durante mucho tiempo el dogma de la omnipresencia de la asamblea parlamentaria y de la ley “ (...) el “gobierno de los jueces” se considera la peor de las aberraciones constitucionales. De ahí que sean claras las razones por las que en Francia el control de constitucionalidad de la ley solo se ha desarrollado recientemente y como instrumento de tutela objetiva de la Constitución, más que como garantía de los derechos²⁰

Zagrebelsky afirma la tutela de los derechos aparece como consecuencia de la conformidad de la ley con la Constitución, el procedimiento de control *a priori*

¹⁸ Cfr. Prieto Sanchís Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación Judicial*, Ed Palestra. Lima.2002. Pág.117

¹⁹ Zagrebelsky. Pág. 62-63

²⁰ Idem.

se desarrolla como confrontación entre texto normativos, con independencia de su aplicación puntual a casos concretos, y si bien ha habido aperturas a la exigencia de un juicio contradictorio. En el estilo de la doctrina francesa sigue prevaleciendo la idea de un derecho “de una sola vertiente” un derecho como legislación (ordinaria o constitucional).

La lógica del sistema norteamericano se desarrolló desde un principio sobre la base de las exigencias de tutela judicial inmediata de los derechos fundados en la Constitución. La tutela de estos derechos, y no otra cosa, constituyen la razón esencial de ese sistema de justicia constitucional, en el que el control de la ley, al menos desde el punto de vista conceptual, tiene lugar *per incidens* en procedimientos judiciales sobre controversias que afectan de manera concreta a los derechos de las partes y en los que las razones del legislador no encuentran ningún espacio de defensa autónoma. “(...) se basa en la apreciación de las razones de los derechos tal y como aparecen reflejados en los casos concretos, según el método casuístico que no se deja atrapar por las pretensiones “planificadoras” generales y abstractas del derecho europeo. Más que al servicio del derecho objetivo, la ciencia del derecho se pone al servicio de los derechos subjetivos.”²¹

El privilegio del legislador de los sistemas europeos distintos al francés, el control de constitucionalidad de las leyes está organizado para garantizar un equilibrio entre las exigencias del legislador y las exigencias de los derechos. Excluyendo el *judicial review of legislation* americano, desarrollado en forma “difusa” por todos los jueces en el ámbito de su jurisdicción, se ha querido crear un sistema especial que evitase desembocar en el *judicial supremacy*, lo que hubiese significado afirmar la supremacía de los derechos sobre la ley, a través de la jurisdicción.

²¹ Idem.

“Razón por la que se encarga el control de constitucionalidad de las leyes a órganos *ad hoc* separados de la jurisdicción ordinaria, denominada justicia constitucional destinada a atender tanto las exigencias de la ley y del legislador junto a las de los titulares de los derechos constitucionales. (...) A este respecto se ha hablado de privilegio del legislador, expresión que indica que el legislador tiene su propio juez, que actúa a través de procedimientos particulares y está formado por personal no exclusivamente judicial, capacitado para tener debidamente en cuenta, junto a la exigencias de los derechos, las exigencias propiamente políticas expresadas en la ley.”²²

Pese a las diferencias de principio entre los distintos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, ha habido importantes pasos de aproximación. El Tribunal Supremo de Estados Unidos es ahora el juez especial de grandes cuestiones de constitucionalidad, semejante a los Tribunales constitucionales europeos, y, de otra parte, la introducción del control de las leyes a través de cuestiones prejudiciales de constitucionalidad ha situado a los Tribunales constitucionales europeos en el circuito de justicia ordinaria, con resultados asimilables en muchos aspectos a los del sistema estadounidense.²³ Zagrebelsky afirma que las diferencias persisten y están vinculadas a la diferente relación entre la ley y derechos originariamente instituidos por la Constitución.

Peter Häberle manifiesta: “Hasta ahora, la teoría de la interpretación constitucional se ha planteado dos cuestiones: La cuestión de las funciones y los objetivos de la interpretación constitucional, y la cuestión de los métodos (procedimientos) de la interpretación (reglas de interpretación).”²⁴ En cambio- añade- se ha descuidado el problema de la ubicación sistemática en que se encuentra la tercera (y nueva) cuestión de los participantes en la interpretación

²² Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 65

²³ Idem.

²⁴ Peter Häberle. *Estado Constitucional*. Ed. UNAM. 2001. Mexico. 2001. Pág 149

constitucional, pregunta provocada por la práctica: un diagnóstico da por resultado un círculo muy amplio, pluralista de participantes, incluso difuso.

La teoría de la interpretación constitucional estaba demasiado centrada en la “sociedad cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución, y su ángulo de visión se estrechaba todavía más, porque observaba primordialmente la interpretación por el juez constitucional y el procedimiento formalizado. Si una teoría de la interpretación constitucional pretende tomar en serio el tema de “Constitución y realidad constitucional”... así como en los métodos más recientes de interpretación referida al espacio público y al bien común entonces hay que plantear de manera más decidida la cuestión de quien configura la realidad constitucional.

La teoría de interpretación abierta sostenida por Peter Häberle puede resumirse en los siguientes parámetros: 1) en los procesos de interpretación constitucional están incluidos todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos, contrastando el tratamiento de la interpretación constitucional en una sociedad cerrada sinónimo de los intérpretes jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional. 2) El concepto de interpretación utilizado es aquel que incluye a los sujetos que viven la norma. 3) Toda actualización de la Constitución por cualquiera es, cuando menos un pedazo de interpretación constitucional anticipada 4) Los ciudadanos y los grupos, los órganos del Estado y la opinión pública son “fuerzas productivas de la interpretación”, intérpretes previos. 5) la responsabilidad permanece en la jurisdicción constitucional como intérprete de “última instancia” que no es lo mismo que los intérpretes primarios que son los que viven en y con las situaciones de hecho reguladas por la norma y de forma directa o indirecta la interpretan.

**TABLA 1: PARTICIPANTES DE LA INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL**

Las funciones estatales	Los participantes	Espacio público democrático- pluralista
Decisión de última instancia: El Tribunal Constitucional Sujetos llamados a producir decisiones obligatorias pero revisables: la jurisdicción, el legislador, el ejecutivo	<ul style="list-style-type: none"> • Peticionario y contraparte. • Otros participantes legitimados para pronunciarse o adherirse • Dictaminadores comisiones parlamentarias • Expertos y representantes de intereses en las audiencias, peritos judiciales, asociaciones, partidos políticos. • Cabilderos, delegaciones • Participantes en procedimientos administrativos 	Medios de comunicación cartas de lectores. Iniciativas ciudadanas

ELABORACION PROPIA

FUENTE: PETER HÄBERLE

“En la democracia cívica pluralista, *todos los ciudadanos* son “guardianes” de la Constitución, (...) lo que en las antiguas teorías del Estado concedían solamente como privilegio y predicado a un presidente, o las más recientes al tribunal constitucional, ya no resulta ser, desde la perspectiva de la teoría constitucional de la actual etapa evolutiva, el monopolio de un solo poder o personas, sino *asunto de todos*.”²⁵

Los ciudadanos, los grupos, los que interponen recursos constitucionales, todos los órganos estatales, tienen que defender la Constitución en el marco de sus competencias (...) hay también una multiplicidad de competencias y procedimientos formalizados, de instituciones e instrumentos que sirven a la protección de la Constitución, el “arsenal” de medidas para la defensa es sumamente rico.

²⁵ Peter Häberle, Pág. 286-287.

No obstante el perfeccionamiento de estas buenas intenciones, es preciso recordar que, “en última instancia” , una Constitución solamente puede ser protegida políticamente o en la profundidad cultural, si bien los instrumentos jurídicos son importantes, solamente son eficaces cuando todos poseen una “voluntad de Constitución” y ésta desenvuelve duraderamente su fuerza normativa

Bajo esta premisa el profesor Haberle ensaya proposiciones que contribuyan a la mejor solución relativa para la cultura política de un pueblo: protección del contenido esencial o el núcleo de los derechos fundamentales en una garantía expresa, la prohibición de rupturas o quebrantamientos constitucionales, limitación de las modificaciones constitucionales, limitaciones al proceso constituyente, garantías del orden fundamental de libertad y democracia, finalidad del estado de excepción, y el derecho de resistencia.²⁶

Ante este panorama de omnipresencia o irradiación de la Constitución, el activismo constitucional implica que ya no está centrado en la producción de derecho, sino en la aplicación del Derecho. Sea de forma cotidiana, administrativa y judicial siendo necesario preguntar sí el control de constitucionalidad o revisión judicial de las leyes realizado por cualquiera de los sistemas de control ha arrojado control de legalidad o control de constitucionalidad este último implica flexibilidad de procedimientos y fuentes en cuanto a la protección de derechos fundamentales en base a principios , valores de dignidad humana en situaciones de dinamismo procesal de determinación de derechos y obligaciones.

De una u otra forma las Constituciones asignan, al sistema de justicia constitucional la tarea de resolver las distintas problemáticas jurídicas que se presentan a consecuencia de sus tres principales ámbitos de acción: control

²⁶ Idem

normativo de constitucionalidad, los conflictos de competencia entre poderes, y la protección de los derechos fundamentales.²⁷

1. Función descriptiva y prescriptiva del Derecho.

El control de constitucionalidad va más allá del sistema o modelo seleccionado por cada Estado, para asegurar el ejercicio, resguardo y en su caso restitución de las libertades, garantías y derechos, fundamentales, no es nuestro objetivo ingresar como debería ser a un debate filosófico- político profundo sobre los elementos intrínsecos que hacen al control de constitucionalidad, creemos que se ha desarrollado la suficiente teoría y doctrina, solo estableceremos un orden en el consideramos deben analizarse los conceptos de validez, eficacia, y vigencia sin desdeñar otros, siendo estos los necesarios para nuestro trabajo. El orden en la aplicación del Derecho no en su producción y como estos abordan la realidad es:

Una de las búsquedas incansables del Derecho fue y es establecer un elemento a partir del cual pudiera verificarse de las normas y consecuentemente, su obligatoriedad y oponibilidad que podría graficarse:

Norma(N)= Validez (V) = elemento (X), de forma tal que una N es V si cumple con los requerimientos solicitados por X
--

FUENTE: GIL DOMÍNGUEZ

Desde una perspectiva histórica –política, las distintas variables que aportaron un contenido al elemento (X) tuvieron por objeto limitar la arbitrariedad y abuso del poder.

²⁷ Durán Rivera, William. *Principios, Derechos y Garantías Constitucionales*. Ed .El Pais.Bolivia. 2005.Pág. 189

La norma se incorpora al ordenamiento a partir del momento en que adquiere vigencia. La vigencia de una norma es equivalente al inicio de su propia existencia como tal, por lo que hay una dinámica conexión con su validez y eficacia. La vigencia suele estar unida a la publicación, publicidad que no debe entenderse, en sentido material sino en sentido formal: no está destinada al conocimiento efectivo y real de la norma por los ciudadanos, sino a la posibilidad de su conocimiento. Lo que significa se pone a disposición de los ciudadanos los medios necesarios para que éstos pueden conocer el Derecho aplicable, lo que constituye un requisito necesario para dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica.²⁸ Salvo el plazo de *vacatio legis* que puede prever la propia norma.

El iusnaturalismo, el positivismo y el garantismo en sus diversas manifestaciones han intentado- con mayor o menor éxito – proteger a la persona frente a los detentadores de poder. El iusnaturalismo, frente a la presencia omnipotente del monarca opuso el elemento X en la ley divina o los derechos innatos dados por la naturaleza, el positivismo, frente a la voluntad de los doctores y jurisconsultos que respondían a los gobernantes opuso como elemento X a la forma de producción del Derecho ; y el garantismo,²⁹ frente a los deseos de las mayorías coyunturales opone como elemento X la posibilidad de evaluar el sistema normativo por medio de juicios de validez y juicios de vigencia.

Cual el fundamento de esta posibilidad de evaluación normativa esto se debe a que el garantismo constitucional reconoce garantías primarias negativas en forma de límites y prohibiciones impuestas por los derechos de libertad y garantías positivas en forma de vínculos u obligaciones impuestas por los derechos sociales. Las garantías secundarias se vinculan al control de constitucionalidad del orden jurídico.

²⁸ Idem

²⁹ Gil Domínguez. Ob.Cit. Pág. 33

Por lo que los juicios de vigencia tienen por objeto constatar la simple existencia de una norma en el ordenamiento jurídico, en otras palabras es una condición técnica que exige verificar que la norma cumpla con los requisitos formales que le son exigibles. Los juicios de validez no se vinculan con los aspectos formales o procedimentales, sino con su contenido y afectan a la relación que debe tener la norma con las determinaciones existentes en niveles superiores vinculándolos a los valores y principios constitucionales lo que obliga a la ponderación de distintos valores que expresan las normas e incluye la posibilidad de desviación respecto de los principios de los principios es lo que permite formular juicios de validez, lo que motiva que sea un juicio complejo pero de carácter jurídico. Juicios de validez que tienen un componente formal: el texto constitucional, lo que no permite es cualquier interpretación.

De igual forma la problemática de la validez de las normas es relacionada con la legitimidad, la validez de una supone la transferencia de legitimidad ya que el ordenamiento establece cuál es el órgano con capacidad para producir y el procedimiento adecuado. Una norma es válida, y en ese sentido es jurídica cuando es producida de acuerdo a los procedimientos establecidos por el ordenamiento, ahora bien, la validez, en cuanto calidad jurídica, es un atributo de la norma, mientras no se determine por los órganos de control correspondiente su invalidez.³⁰

“Esto nos lleva, con Mondugno, ‘a la diferenciación de los conceptos de validez: la validez- existencia, que implica la pertenencia de la norma al ordenamiento y, por tanto, el desarrollo de sus efectos (eficacia), y a la validez- legitimidad, que implica la conformidad de la norma con el parámetro de juricidad establecido por el ordenamiento.’ Naturalmente, una norma puede ser válida en

³⁰ CAMARA VILLAR, Gregorio, LOPEZ AGUILAR, Juan Fernando, BALAGUER CALLEJON, María Luisa, MONTILLA MARTOS, José Antonio. Manual de Derecho Constitucional. Ed. Tecnos. Volumen I. Cuarta Edición. Madrid. 2009. Pág 74-75

los dos sentidos”³¹ valida legítimamente y jurídicamente eficaz. Si una norma es válida, esto es, si existe y es legítima, esa norma despliega su eficacia en cuatro ámbitos el territorial, personal, materia y temporal.

Esto es lo natural en un ordenamiento jurídico, que ocurre con una norma valida pero ineficaz o que ocurre con una norma eficaz pero cuestionada de invalidez, esas respuestas son las que se exigen de la justicia constitucional.

De ahí que las exigencias herméuticas para la concreción del Estado Constitucional de Derecho reclama para la jurisdicción ordinaria pleno ejercicio y no debe abandonar a criterios éticos de responsabilidad y compromiso de las autoridades a realizar el control constitución, no se equivocan los neoconstitucionalistas al afirmar que Constituciones normadas y garantizadas requieren de nuevas teorías en el orden político y jurídico, por lo que mientras se avanza en esta perspectiva por lo menos se deben tomar medidas mínimas para evitar el desmoronamiento de la constitucionalidad e institucionalidad lograda.

El otro vértice puesto en la balanza doctrinal es el la eficacia jurídica:

La eficacia de las normas ha sido entendida tradicionalmente en dos sentidos, como eficacia formal o jurídica y como eficacia real (efectividad). “La eficacia formal hace referencia a su pontencialidad normativa, a los efectos jurídicos previstos por el ordenamiento jurídico para la norma (deber de cumplimiento por parte de los destinatarios, aplicación por parte de los agentes jurídicos) efectos que varían en función de la fuente del Derecho en que la norma incluya como modificación de otras normas, resistencia frente a la derogación de tal modo que la eficacia de la fuente determina la eficacia de la norma, esta eficacia formal supone una relación de la norma con el propio ordenamiento jurídico.”³²

³¹ Idem.

³² Idem.

La eficacia real implica la relación de la norma con el objeto social regulado.

Por lo que la validez implica la relación de la norma con las fuentes de su juricidad que determinan las condiciones de su producción y su permanencia legítima en el ordenamiento jurídico. La eficacia por lo contrario supone su relación con las otras normas o las situaciones sociales que regula.³³

Hay que tomar en cuenta que cuando una norma desarrolla su eficacia sobre otra norma, puede fundamentar y condicionar la validez de esta última. De ahí que la imbricación entre validez y eficacia sea tan estrecha, resultando difícil establecer donde comienza una y termina cada una. Si la eficacia de una norma condiciona la validez de otra, y con ello implica a la vez la determinación de la propia eficacia de esta última, ello es porque la validez no es algo inherente a la norma, sino una mera cualidad de misma.³⁴

“El concepto de eficacia del Derecho para Hans Kelsen (...) significa: que los hombres se comportan en la forma en que, de acuerdo con las normas jurídicas, deben comportarse, o sea, que las normas son realmente aplicadas y obedecidas”

Por lo que en el primer momento del pensamiento kelseniano, existía entre validez y eficacia una relación importante, así, la eficacia constituía una ‘condición de la validez porque es eficaz pero no la razón de la misma’ y por tanto ‘una norma no es válida porque es eficaz; es válida si el orden al cual pertenece tiene, en general, eficacia’. Luego, en una segunda etapa, al aceptar el *desuetudo* o desuso, la eficacia, pasa a ser la condición de validez tanto del ordenamiento jurídico como de una norma aisladamente considerada.”³⁵

³³ Idem.

³⁴ Idem.

³⁵ Gil Dominguez. Ob. Cit. Pág. 42-43

En un Estado Constitucional de Derecho, la eficacia es una condición necesaria de la validez de las normas constitucionales. La eficacia puede verificarse en el cumplimiento espontáneo de las normas constitucionales por parte de los órganos de poder y de los particulares derivado del sentimiento constitucional o de la cultura constitucional. Es posible “que se observen distintos grados de incumplimiento, pero cuando esto se torna automático y abusivo, emerge una sociedad donde la *anomia boba* conduce al autoritarismo y a la improductividad”.³⁶

Si el primer nivel de obediencia y cumplimiento de norma no se produce, la eficacia descansa en el sistema de garantías instaurado, en cuyo control de constitucionalidad (más allá del sistema implementado) los jueces ejercen la última palabra (en torno a la validez y vigencia de la regla de reconocimiento constitucional) y adquieren el rol de defensores de última instancia de las normas constitucionales.³⁷ Y si los jueces renuncian al control de constitucionalidad, o bien realizan un control de constitucionalidad en que el auto restricción se convierte en la nota preponderante, la ineludible consecuencia es que no sólo las normas, derechos, principios y valores constitucionales carecen de eficacia y que, consecuentemente, la Constitución se transforma ineficaz en un simple papel de buenas intenciones.

Los derechos fundamentales exigen de un juez imparcial e independiente sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar la validez de sus actos. *“Este es el sentido de la frase: ‘ ¡ Hay jueces de Berlín!: debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar derechos de un individuo aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unan contra él’*³⁸.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ Ibidem. Pág. 44

En la elaboración del Derecho como en su aplicación la fuerza rectora de los derechos fundamentales se hace expansiva. En este sentido, la Constitución ha dejado de ser un texto jurídico de reglas normativas para convertirse en expresión de una situación cultural dinámica en el que deben intervenir la ciudadanía y los órganos jurisdiccionales, ya que el resultado de su trabajo influye de manera directa o indirecta en la vida cotidiana.³⁹

2. Deslegitimación del proceso democrático

Se alza ante nosotros una realidad incuestionable. El Estado Constitucional sólo adquiere auténtica entidad y significado pleno en Europa, cuando el mismo se presenta bajo la forma de Estado constitucional democrático y social, la idea de un sistema político basado en los principios de democracia y libertad se mantuvo plenamente vigente, hasta los últimos años del siglo XX.⁴⁰ Comienza entonces una nueva etapa – nos advierte el autor Ruipérez – que da lugar a una doble incertidumbre o certidumbre: por un lado, la Constitución al menos en su concepto liberal burgués, está en crisis. Por otro lado, se hace presente la necesidad de que la Constitución se adapte a la nueva realidad política, social y económica.

Los que sostienen la necesidad de reformulación del constitucionalismo inician su construcción desde la siguiente consideración: al haber desaparecido la política de bloques y en consecuencia haberse incrementado las relaciones de todo tipo entre los distintos Estados, el viejo Estado nacional, ha dejado de tener sentido. De tal suerte no dudarán en afirmar que lo que debe hacerse, es abandonar aquel, caduco e inoperante, para de manera inmediata, ponerse a

³⁹ Aguilera Portales, Rafael Enrique *et al.* Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales Ed. Porrúa. México. 2010. Pág.7

⁴⁰ Ruipérez Javier. *El Constitucionalismo democrático en los tiempos de globalización.* Universidad Autónoma de México. 2005. Pág. 128

trabajar en la construcción de la llamada “aldea global”. Baste ahora con indicar que lo que se propone pura y simplemente es la sustitución de la lógica política democrática por la lógica política económica de la globalización.⁴¹

Desde esta óptica, lo político se encuentra subordinado a lo económico, y en perspectivas más pesimistas o realistas, de alguna manera es menester que lo político sea eliminado. En efecto, de la mano del neoliberalismo tecnocrático, se pretende reducir todo el debate político a una mera discusión sobre cuestiones técnicas para obtener la máxima rentabilidad económica. En él, las ideas políticas no tienen cabida y, de manera fatal, se ven substituidas por la lógica económica instrumental.⁴² Lo que realmente importa ahora es tan sólo advertir que esta misma técnica de eliminación de lo político y de las ideologías es la que está conduciendo los actuales procesos de integración.

Ya desde la década de los 50 mantuvieron los teóricos de la tecnocracia que el adelgazamiento del Estado y el correlativo ensanchamiento de una sociedad regida por las leyes del mercado debía conducir a una especie de paraíso terrenal, donde el individuo convertido en ciudadano del mundo no sólo sería más libre, sino también más feliz. Incluso van al extremo de falsear la realidad negando la violencia e inseguridad ciudadana, manipulando datos de censo de delincuencia en términos generales, sosteniendo que si hay violencia, desocupación, inmigrantes la responsabilidad será del partido que ocupaba anteriormente el gobierno, de cuya ineficacia se derivan todos los males actuales, y al que, en consecuencia, se le niega toda legitimidad para actuar como oposición.

Los procesos de integración para Ruiperez con la disculpa de edificar un sistema político global, lo que en realidad están construyendo es un mercado mundial (migración de los centros de producción Corea , India(...)) donde los

⁴¹ Idem.

⁴² Ibidem .Pág. 168

costes salariales casi son inexistentes) disfrazando como un altruista interés por beneficiar, social y económicamente al Tercer Mundo. Se trata, en todo caso, de un mercado mundial que, en la medida en se construye sobre la idea de la sociedad como algo contrario al Estado, se regirá por leyes propias. Imponiéndose la ley de hierro del beneficio, al proceder los neoliberales a la negación de los problemas reales de la sociedad, lo que sucede es que el individuo queda insatisfecho en sus necesidades personales y, por lo mismo, sumido en la más absoluta de las frustraciones. Lo que, en tanto no puede localizarse racionalmente, acaba orientándole hacia los movimiento antisistema.

Las dificultades y problemas que plantea la lógica tecnocrática e instrumental, se hacen evidentes a pesar de declaraciones del mantenimiento de las constituciones y del constitucionalismo. Sin embargo se trata de meras declaraciones realizadas desde la ideología de la Constitución y no desde la ideología del constitucionalismo.⁴³

Y con ello en realidad lo que hace la mundialización es eliminar los esquemas políticos y jurídicos nacidos en Westfalia lo que significa negar los principios y valores del constitucionalismo moderno como: 1) negación del principio liberal en nombre de la libertad económica desde dos vértices a) imposibilidad de la libertad civil b) imposibilitar la división de poderes. 2) crisis del principio democrático 3) eliminación del principio de supremacía constitucional.

2.1. Crisis del principio liberal- democrático, imposibilidad de la separación de poderes y eliminación de la supremacía constitucional.

La tensión derivada de la creación de la aldea global denomianda asi por Ruipérez y el mantenimiento de los actuales Estados, se desprende una

⁴³ Ibidem . Pág.174.

amenaza más peligrosa que amenaza la libertad de los individuos aisladamente considerados que proviene del hecho de que en nombre de una incierta libertad económica- que en todo caso es de unos pocos- se lleva a cabo la renuncia a la libertad política - ahora de todos. Lo que se hace es renunciar al *status de ciudadanos libres*, para devenir en meros consumidores de las empresas transnacionales las que están transformando en la auténtica constitución en sentido material, convirtiéndose así en los auténticos nuevos soberanos del orden político mundial.⁴⁴ Ciertamente es, que no es esto, lo que formalmente ofrece el neoliberalismo tecnocrático en sus proyectos de integración. Propone un sistema en el que con la recuperación y separación entre Estado y sociedad, el individuo habría de disfrutar del máximo libertad posible y como consecuencia le da plena operatividad al capitalismo.

El liberalismo diferenció la democracia o si se prefiere libertad de los antiguos, que agota la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales desconociendo la noción de derechos individuales. En radical oposición a esta concepción surge democracia o libertad de los modernos que lejos de preocuparse por la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, lo que pretende el liberalismo es lograr que el individuo sea completamente libre en sus decisiones privadas.

Ruipérez sostiene que autores como Rousseau se negaron a sacrificar el pacto social a la libertad natural de los individuos, separándose de las conclusiones de Spinoza y Hobbes, Grocio y Puffendorf que sustentaron que es discutible la validez de un contrato por el que un individuo se despoje de su libertad a favor de otro, sin posibilidad de revocabilidad. Los revolucionarios liberal-burgueses articularon un sistema político al combinar la democracia y liberalismo (libertad total). No hay *democracia sin libertad ni libertad sin democracia*. Sí la libertad requiere de la obediencia a la ley *vivere libero* ocurre

⁴⁴ Ruipérez. Ob. Cit. Pág. 174

que para que el hombre sea verdaderamente libre esa ley ha de ser obra suya *vivere civile*.

Los derechos del hombre y ciudadano se encuentran en la más absoluta indefensión y esto es ante la inercia del Estado, en el mundo globalizado son muchas las declaraciones internacionales sobre derechos humanos sin embargo no aseguran su eficacia. ' Kelsen puso de manifiesto que de nada sirve atribuir a los individuos determinados derechos, si aquella atribución no se encuentra debidamente protegida.' Se edificaron en ese sentido los sistemas de garantías normativas y jurisprudenciales de libertad , para que estas últimas sean efectivas, su articulación requiere inexorablemente dos condiciones:1) libertad civil la que corresponde a los hombres por el hecho de serlo – que permanece en poder de los individuos una vez que éstos se integran en la comunidad política, toda la problemática de los derechos fundamentales ha de plantearse, no en el marco de una difusa sociedad civil universal, sino en el cuadro de una comunidad política concreta y determinada. 2) cuando se incorporan los derechos fundamentales a la Constitución como parte de la voluntad del Constituyente se deberían imponer a gobernantes y gobernados.⁴⁵

De igual forma sostiene la paulatina imposibilidad de la división de poderes:

“El cuestionamiento democrático a los partidos políticos sostenido en principio por Washington, Madison, Danton, Robespierre se convertirán en el contenido esencial conservador y totalitario a partir del primer tercio siglo XX, la crítica a las organizaciones políticas se convirtieron en la crítica a la democracia, toda vez que, como afirmo Kelsen ' Sólo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos. La democracia, necesaria e inevitablemente requiere de un Estado de partidos. La experiencia nos enseña (...) que cuando los partidos desaparecen, los que les substituyen son los grupos

⁴⁵ Ruipérez. Ob. Cit. Pág. 185

de presión, los magnates de las finanzas o los demagogos con vocación de dictadores.’ (...) Ciertamente es que la consolidación del fenómeno partidista ha generado unas profundas transformaciones en el Estado liberal, en el sistema representativo liberal – basado en el mandato libre – el mismo que ha quedado reducido a la condición de una mera pieza de museo y que ha cedido al mandato de partido, que de una u otra forma, se convierte en la versión moderna del mandato imperativo.”⁴⁶

En consecuencia del debate parlamentario en lugar de ser sede en la discusión pública para permitir la formación de la voluntad unitaria del Estado, en la actualidad ha perdido esa condición prominente que le habían otorgado los primeros liberales, para convertirse, de manera inevitable, cada vez más en una fachada en la que se formalizan los acuerdos inter partidarios, previamente adoptados en sus comités ejecutivos.”⁴⁷

Finalmente ha cambiado la relación con los órganos del Estado en la medida en que los poderes Legislativo, Ejecutivo y de algún modo el Judicial van a estar ocupados por unos mismos sujetos, las relaciones ya no serán de confrontación sino de colaboración, ahora bien esto no autoriza a decretar que la separación de poderes ha dejado de existir. “La eficacia real de la división de poderes no depende tanto de lo que formalmente establezca el texto constitucional, cuanto de la existencia de varios partidos operantes en el Estado de que se trate”.⁴⁸

Cabe indicar que el marco del Estado constitucional de democrático y social constituido en una auténtica sociedad corporativa donde la distinción Estado/sociedad adquiere un carácter funcional la articulación de pesos y contrapesos o frenos y contra frenos no puede realizarse como lo concibió Montesquieu entre

⁴⁶ Ruipérez. Pág.180

⁴⁷ Idem

⁴⁸ Ibidem. Ob. Cit. 182

el Legislativo, Ejecutivo y Judicial en la medida que el Judicial es un poder políticamente neutro de algún modo invisible y nulo. La relación de oposición se concreta entre el Legislativo y el Ejecutivo.

Por esto la moderna división de poderes habrá de materializarse como la confrontación del poder político, poder económico y poder comunicativo. Y como el poder económico controla el poder comunicativo la relación dialéctica se da entre el poder público y el poder privado.⁴⁹

No son las organizaciones partidarias las que quiebran este principio. Es la dicotomía entre poder público y poder privado que abre la compuerta para la concentración de poder. La característica del poder privado sean sindicatos, asociaciones empresariales, bancos, aseguradoras, titulares del capital, monopolizan el proceso de decisiones. El menos cabo se produce en la sustitución de la lógica política por la lógica de la globalización económica.

En consecuencia ingresa también en crisis el principio democrático: la lógica de la globalización pretende eliminar la teoría democrática del poder constituyente al resucitar la contraposición entre el Estado y la sociedad, lo que el neoliberalismo propone es el total y absoluto sometimiento de la política a los dictados de la razón tecnocrática e instrumental.⁵⁰ Y que el Estado se organice según la lógica empresarial donde son los técnicos y no todos los ciudadanos los que adopten las decisiones, también en el Estado ha de existir una élite dirigente que, en base a su formación técnica, controle el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales.

⁴⁹ Ibidem. Pág. 183

⁵⁰ Ruipérez. Ob. Cit. Pág. 187

2.2 Principio de supremacía constitucional y los procesos de integración

Las relaciones internacionales y transnacionales están debilitando los poderes de los Estados-nación modernos y soberanos. La globalización genera proceso de interconexión económica, política y jurídica que erosionan los Estados-nación; Maquiavelo, en el siglo xv, contempló la fragmentación y la debilidad de los Estados italianos y apostó por su fortalecimiento y conservación como garantía segura frente al caos, la guerra y la inseguridad. Indudablemente, las amenazas son otras; pero volvemos a asistir a una desintegración de los Estados modernos, por diferente causa.

Entonces se constituían los Estados-nación, hoy comienza su crisis crónica, tal vez, irreversible especialmente en algunos países de América Latina, aunque no se trata de su desaparición sino de una pérdida progresiva de competencias y poder⁵¹.

Para el profesor Ruipérez el cierre del proceso de globalización conlleva la eliminación del principio de supremacía constitucional, el proceso de integración afecta al modelo de la Constitución rígida y al sistema de control de constitucionalidad. Hace evidente su preocupación en las siguientes manifestaciones:

“(...) el proceso de globalización depara la inviabilidad del principio de supremacía constitucional. La Constitución deja de ser en la actualidad la norma jurídica suprema que como tal, que se impone por igual a gobernantes y gobernados, y respecto de la cual todas las demás normas jurídicas, cualquiera que sea su forma y origen, se encuentran subordinadas y han de ceder, en caso de conflicto, ante ella. Esto se hace evidente en los procesos de integración

⁵¹ Aguilera Portales. Rafael Enrique. *Teoría política del Estado Constitucional*. Ed. Porrúa. México. 2011. Pág. 256

desarrollada en Europa. (...) el interés por erigir la unidad política en Europa ha conducido a que la controversia entre el funcionalismo y el federalismo, que es la que presidió los primeros pasos de la construcción de la actual Unión Europea, se haya resuelto a favor de la segunda opción, la tendencia federalista resulta, en todo caso indiscutible tras la aprobación del Tratado de la Unión Europea en 1986, y de manera fundamental a raíz de Maastricht (1992) y su continuación en los Tratados de Ámsterdam y Niza.”⁵²

“Lo que realmente nos interesa aquí es que la opción por el federalismo y con la conclusión de los citados Tratados, se ha iniciado en Europa una práctica jurídica y política claramente lesiva para el principio de supremacía constitucional. El contenido de los textos constitucionales, que, como expresión de la voluntad soberana del pueblo de los respectivos Estados, debería imponerse siempre, queda subordinado a la exigencia del propio proceso de integración. Sin duda, esta situación se agravará con el Tratado por el que se instituye una Constitución para la Unión Europea. (...) tal norma no va ser, conforme al clásico modelo confederal, un mero tratado internacional que venga a substituir a los anteriores tratados comunitarios, procediendo a una mejor y más clara organización de los órganos comunitarios, y que, como norma convencional, regulará la vida política futura de la Unión en cuanto que verdadera Confederación en su forma moderna, sino que, muy por el contrario, va a tener la consideración de ser una auténtica Constitución”⁵³

Premonición que no se ha dado por el rechazo de Francia y los países bajos a ratificar el tratado constitucional aperturando un periodo de reflexión y ante las dificultades de ratificación, el Consejo Europeo admitió que la Constitución no ha superado la resistencia y que los cambios propuestos a este Tratado constitucional se mantendrían en un tratado que iba a reemplazar todos los tratados anteriores, tomando la denominación de Tratado de Lisboa, el trece

⁵² Ibidem. Pág. 196-198

⁵³ Idem

de diciembre de 2007, el tratado fue firmado. A diferencia del Tratado Constitucional el Tratado de Lisboa sólo enfrentó el rechazo en Irlanda.⁵⁴

Cabe rescatar de la enconada preocupación del profesor Ruiperez los siguientes elementos: 1) los procesos de integración han erigido unidades políticas funcionales a manera de confederaciones en su forma moderna 2) las dificultades jurídico- políticas que depara la eficacia de los tratados en el reconocimiento de jerarquía constitucional interna 3) en realidad ya estamos ante la presencia de que las declaraciones internacionales son aplicables con preferencia a las Constituciones estatales en el ámbito de los derechos fundamentales, bajo mandato expreso de las Constituciones que se adhieren a esta corriente.

Por su parte el profesor Gil Domínguez al respecto reflexiona sobre el tema incluyendo factores como la crisis del principio de legalidad motivada por la inflación normativa, la disfunción del lenguaje legal, ruptura del monopolio exclusivo de los Estados sobre la producción jurídica permitirán que en un futuro no muy lejano nos enfrentemos a un nuevo modelo: el del Estado internacional de derecho. Este paradigma está cimentado por la transnacionalidad emergente del derecho comunitario y del derecho de los derechos humanos. Es evidente que el Estado Constitucional conserva las formas y sustancias pero ampliadas al plano supranacional y recrea una nueva sujeción: la de las constituciones nacionales a una Constitución supranacional.⁵⁵ La lógica consecuencia sin lugar a dudas es que los principios del Estado Constitucional como el de rigidez constitucional y de control de constitucionalidad que se vean removidos⁵⁶.

Los procesos de integración comportan remoción de las concepciones y los conceptos de soberanía popular, supremacía constitucional, Constitución rígida y control constitucional o revisión judicial de las leyes. El principio de supremacía

⁵⁴ Camara Villar y otros . Ob. Cit. Pág. 224-226

⁵⁵ Gil Domínguez. Pág. 16

⁵⁶ Idem.

constitucional a parte de enfrentar este embate internacional debe resolver internamente, por lo menos en algunos de los Estados la confrontación entre el principio de legalidad y el principio de constitucionalidad que no se ha arraigado.

Habíamos comenzado nuestro recorrido en una época constitucional muy distinta, cuando el señor del derecho era el legislador y esos elementos que componen el derecho se encontraban todos reunidos en él, en la ley. La transformación del Estado legislativo decimonónico al Estado constitucional del siglo XX parece haber comportado ese cambio de mano, ciertamente al margen de las intenciones y de las previsiones de autores de la Constituciones actuales se llega al punto que parece lógico preguntarse qué es lo que queda de la ley.⁵⁷

La legislación es hoy en día cumple una función de simple actuación de los derechos y de la justicia, totalmente vinculada a los principios de la Constitución, o sí queda, al menos en parte algo de su originaria libertad para determinar sus contenidos? El debate desatado es hablar sobre constitucionalismo o sobre legalismo. Este debate es crucial en el ámbito político y los procesos de legitimación democrática versus los procesos de deslegitimación democrática.

Apunta el profesor Zagrebelsky que debe tomarse en cuenta, si la Constitución ha sido concebida como un “marco abierto” de principios, cuya combinación histórico-concreta se remita a las vicisitudes políticas sucesivas, o como un “marco cerrado” consistente en un “ordenamiento de valores” estructurados según una rígida jerarquía que domine todo el desarrollo legislativo y cualquier otra función estatal.

En los países de la Europa continental, sin excluir ninguno⁵⁸, la pasividad ante las exigencias de transformación que se reclaman con fuerza sobre la magistratura produce un sentimiento generalizado de insatisfacción, que no

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 150

consigue encontrar salidas constructivas. Los jueces continúan cultivando la idea anacrónica de sí mismos, como depositarios de conocimientos eminentemente técnicos-jurídicos válidos en cuanto tales, alejándose así de las expectativas que la sociedad pone en ellos sin recibir respuesta. Los políticos aprovechan la crisis de legitimidad de la jurisdicción para intentar operaciones involutivas que supondrían un abandono no sólo de las exigencias del Estado constitucional, sino del Estado de derecho.⁵⁹ Por consiguiente, es importante situar el puesto del legislador en el Estado Constitucional.

El constitucionalismo envuelve completamente la legislación en una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales. El legalismo se preocupa de la autonomía del legislador y por eso exige que el control de la jurisdicción sobre el legislador discurra dentro de límites compatibles con tal autonomía. Desde la óptica de la doctrina de las fuentes, para el “constitucionalismo” la Constitución es un programa positivo de valores que ha de ser “actuado” por el legislador. Para el “legalismo” la Constitución es un bosquejo orientativo que ha de ser simplemente respetado por el legislador, los jueces en este caso, se verán inducidos a reconocer al legislador amplios ámbitos de libertad no prejuzgados por normas constitucionales, en cambio para el constitucionalismo los jueces están autorizados a realizar un control de fondo e ilimitado sobre todas sus decisiones y en todos sus aspectos.

Según las concepciones europeas, toda construcción conceptual que no reconozca las razones del legislador un lugar adecuado e independiente, debe temerse como un peligro para el equilibrio constitucional. La legislación tiene un fundamento constitucional propio, es expresión de derechos políticos que, en virtud de la Constitución, están en el mismo plano que los otros derechos y principios de justicia. En caso de contradicción, cede la ley, como exige la Constitución rígida, lo que no autoriza en absoluto a negar a la legislación su carácter originario y espontáneo, despolitizarla degradándola a mera función

⁵⁹ Idem.

técnica para la actuación de contenidos constitucionales, por más elevados y seductores que éstos puedan ser.

Aunque la vieja concepción de la ley como instrumento de autogobierno popular haya caído en descrédito bajo los embates de la crítica realista, es al menos la concepción menos infundada e ilusoria que en cualquier otro régimen. Por ello, en tanto que expresión de derechos democráticos, a la ley debe reconocérsele un valor en sí misma que puede deslegitimarse por contradecir la Constitución.

Zagrebelsky aclara la importancia y reconocimiento de la legislación como función originaria y no derivada depende necesariamente de que la Constitución sea concebida, no como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos. Sólo así es posible que la existencia de una Constitución que contiene principios sustantivos no contradiga el pluralismo, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. Pensar lo contrario no sólo representa una manifestación de soberbia de los juristas, sino que constituye un riesgo holístico de asfixia política por saturación jurídica. De la tensión entre Constitución y democracia se comprende lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación.

“El intento de favorecer la jurisdicción negando a la legislación el valor que le pertenece, se presentó en el llamado uso alternativo del derecho de los años setenta que postulaba: derivación directa de los principios constitucionales en reglas aplicables en sede judicial como alternativa a las establecidas por el legislador. 1) Cuando la Corte Constitucional pretende decidir cuestiones de constitucionalidad sin limitarse a declarar la inconstitucionalidad y diferir al legislador la aprobación de nueva regla. 2) Cuando la Corte establece la regla que extrae directamente de la Constitución y la indica sin ninguna alternativa, terminando dando una interpretación cerrada del marco constitucional, debilitando los derechos del legislador, reduciendo las leyes a tímidas propuestas facultativas. La

reserva a la aplicación alternativa del derecho es contra la creación judicial de reglas, no se refiere a la labor de integración judicial del ordenamiento que puede resultar necesaria para satisfacer el caso concreto, en caso de ausencia de ley, pero fundada en derecho reconocido por normas constitucionales de principio. Por lo que “El legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como parte del derecho, y no como ‘todo el derecho’.”⁶⁰

El peligro manifestado en esta reserva esencialmente va cuando el cuadro de principios constitucionales es cristalizado en detrimento de la libertad de apreciación política del legislador. Tal peligro no existe cuando la derivación de la regla la hacen los jueces ordinarios, cuya jurisprudencia puede ser siempre superada por una diferente valoración del legislador en el marco de las posibilidades constitucionales. El peligro existe si la derivación de la regla deviene de la Corte constitucional que pueda conducir a la juridificación (...) de la vida política.⁶¹

Los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador del pasado siglo. Son los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre la ley, derechos y justicia. Entre Estado constitucional y cualquier señor del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.

El ciudadano medio, “Juan Nadie”, cuestiona cómo puede afirmarse que el Estado constitucional, democrático y social está en peligro, cuando nunca como hoy el discurso de la clase política se encuentra plagado de referencias a la Constitución. Se ha operado, la sustitución de la ideología del constitucionalismo por la ideología de la Constitución. Lo que significa que la inicial y originaria defensa de la Constitución como medio para hacer verdaderamente efectivos

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Zagregelsky.Ob. Cit. Pág. 153

todos aquellos principios y valores que determinaron la aparición del constitucionalismo- ideas de libertad y democracia- , se ha visto sustituida por una nueva práctica , consistente en no realizar aquellas ideas, sino en la defensa numantina de un determinado y concreto texto constitucional ⁶². La ley constitucional, entonces, ha de ser defendida no por motivos racionales, sino por razones de amor y fe.

En consecuencia el Estado Constitucional de Derecho parece reclamar una nueva teoría del Derecho, la crisis de la ley no responde sólo a la existencia de una norma superior, sino también a fenómenos conexos al constitucionalismo, como son : el procesos de integración , el desarrollo de la autonomías territoriales, la revitalización de las fuentes sociales del Derecho, la pérdida o deterioro de las propias condiciones de racionalidad legislativa de generalidad y permanencia. La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho que pretendió, y tal vez este sea el síntoma más visible de la crisis de la teoría del Derecho positivista, forjada en torno a dogmas de estatalidad y de legalidad. Pero seguramente la exigencia de renovación es más profunda de manera que el constitucionalismo esté impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes son : más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa y reglamentaria, omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario, y , por último, coexistencia de una constelación plural de valores a veces con tendencias contradictorias, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a puñado de principios coherentes entre sí, y en torno, sobre todo, a la sucesivas opciones legislativas.⁶³

⁶² Ruipérez. Ob.Cit pág 60

⁶³ Prieto Sanchis. Ob.Cit. Pág. 121

II. Operadores de justicia y el malestar social

En los países de la Europa continental, sin excluir ninguno⁶⁴, la pasividad ante las exigencias de transformación que se reclaman con fuerza sobre la magistratura produce un sentimiento generalizado de insatisfacción, que no consigue encontrar salidas constructivas. Los jueces continúan cultivando la idea anacrónica de sí mismos, como depositarios de conocimientos eminentemente técnicos-jurídicos válidos en cuanto tales, alejándose así de las expectativas que la sociedad pone en ellos sin recibir respuesta. Los políticos aprovechan la crisis de legitimidad de la jurisdicción para intentar operaciones involutivas que supondrían un abandono no sólo de las exigencias del Estado constitucional, sino del Estado de derecho.⁶⁵

A esta insatisfacción, se suma una corriente que toma cada vez más fuerza en el Estado constitucional denominada interpretación abierta de la Constitución, que fundamenta que la interpretación de la Constitución debe corresponder a todos, desde el Tribunal Constitucional como supremo interprete, que no único, del código jurídico-político fundamental, hasta el último ciudadano del Estado. En este caso las interrogantes y cuestionamiento se extienden ¿cuál es el desencuentro entre la defensa de la interpretación abierta y aquella pretensión de erigir a los jueces como los actuales señores del derecho? Pues en ellos, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia.⁶⁶

Veamos primero los reclamos a la magistratura judicial en este cambio de mano de la legislación a la jurisdicción que ha supuesto el Estado Constitucional, una de las notas que presenta el Estado Constitucional de Derecho es la omnipotencia o preponderancia judicial, dicho órgano se encuentra en una

⁶⁴ Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 150

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Ibidem. Cit. Pág. 150-151

situación temporal de detentador de la última palabra respecto de las decisiones colectivas, lo que genera un natural desplazamiento del legislador; esto implica necesariamente una elección a favor de la legalidad constitucional y de la argumentación judicial considerada como la mejor opción posible en torno a la custodia de la fuerza normativa constitucional.⁶⁷ En lugar de la formulación del modelo de democracia por deliberación.

La mencionada opción no significa que desde la Constitución se impongan límites sustanciales al legislador democrático, sino que en la determinación de los derechos se sustituye el procedimiento legislativo por el judicial: en lugar de ser la mayoría del Parlamento quien acuerda que derechos tenemos, es la mayoría del Tribunal quien titulariza el control de constitucionalidad. Los legisladores siguen ejerciendo sus facultades plenamente siempre y cuando no vulneren aquello que los jueces constitucionales consideren como contenido de los derechos fundamentales.

Las objeciones a la opción que realiza el Estado Constitucional de Derecho provienen de la corriente que sostiene que el Poder Judicial es contra mayoritario y que, por ende, carece del valor epistémico suficiente para titularizar la última palabra. Esta postura se funda en que los jueces no son elegidos directamente por el pueblo ni responden por sus decisiones ante él a través del debate colectivo, por lo que su legitimidad es indirecta y se diluye con el correr del tiempo.

Otros argumentos expresan que, por la rigidez de la Constitución, el Congreso no puede neutralizar fácilmente la decisión del juez de declarar la inconstitucionalidad de la ley.

La última objeción radica en la controvertibilidad interpretativa de la Constitución (especialmente en materia de derechos y libertades) dada la abundancia de conceptos esencialmente abiertos y de colisiones derivadas de las

⁶⁷ Gil. Ob Cit Pág. 90-91

diversas disposiciones.⁶⁸Esta postura crítica se reduce necesariamente a decisiones jurisdiccionales capaces de producir un impacto colectivo.

“Cuando la cosa juzgada en un sistema de control de constitucionalidad no produce efectos derogatorios de la norma y se circunscribe al caso concreto, no se juzga lo legislado por el Congreso, sino en todo caso, la negativa que puede resultar de esa decisión legislativa en un caso particular. En este supuesto, no existe un enfrentamiento entre un congreso representativo y un juez no democrático, sino un magistrado que en la decisión de un caso opta por no aplicar una ley sin producir efectos generales.”⁶⁹

La objeción democrática respecto de la designación de los jueces y su duración vitalicia en el cargo no es más que un velo que encubre el verdadero debate sostiene Ronald Dworkin, el debate de fondo se centra en la lealtad que todo funcionario o juez al momento de ponderar la norma a ser aplicada tiene la responsabilidad de desafiar la voluntad popular (la norma cuestionada) cuando las garantías constitucionales (derechos de las personas) están en juego.⁷⁰

¿Cuál es el mejor modelo de convivencia que se plantea ante la dicotomía Estado constitucional de derecho y democracia de mayoría? ¿Quién debe detentar la última palabra cuando deban resolverse cuestiones que involucren al conjunto de la sociedad? En este escenario por el profesor Gil Domínguez distingue algunos elementos que aclaran el panorama.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Gil. Ob. Cit. Pág. 91

⁷⁰ Cfr. Gil. Ob. Cit. Pág. 91 afirmación de Ronald Dworkin en su obra Liberalismo, constitución y democracia

TABLA 2: DICOTOMÍA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Estado constitucional de derecho	Democracia de mayorías
Regla de reconocimiento Constitucional	Regla la deliberación
Última palabra poder judicial = control de constitucionalidad	Última palabra órganos de representación
Límites a las mayorías coyunturales.	Sin límites a las mayorías coyunturales.

FUENTE: GIL DOMÍNGUEZ

Por su parte, John Ely sostiene desde la óptica norteamericana - que la Constitución es la instauración de procedimientos adecuados tanto en el nivel político (de creación del derecho) como en el judicial (de aplicación de ese derecho en casos concretos). La Constitución debe defender una determinada forma de gobernar y no una determinada ideología. Los jueces deben limitarse a proteger el proceso democrático asegurando dos tipos de derechos: los derechos de participación en el proceso político y los derechos a no ser discriminado procedimentalmente, es decir que las leyes no se gesten en un proceso político enturbiado por la presencia de prejuicios de primer grado (sentimientos de pura hostilidad) y de segundo grado (estereotipos inaceptables). En definitiva no son los valores fundamentales sino las condiciones estructurales las que aseguran el buen funcionamiento del proceso democrático, condiciones que los magistrados deben imponer al legislador a través de las cláusulas super abstractas del texto constitucional.⁷¹

¿Por qué si vivimos en una sociedad democrática debemos aceptar la primacía de la opinión de los jueces en lo que atañe a cuestiones constitucionales fundamentales? ¿Por qué la rama del poder menos democrática (en tanto no elegimos directamente a sus miembros, ni podemos removerlos cuando estamos en desacuerdo con ellos) puede derrotar las ramas que se encuentran bajo nuestro control? ¿Qué es lo que justifica que dicho poder judicial preserve el derecho de pronunciar la última palabra institucional? Las respuestas a favor de

⁷¹ Idem.

la corriente contra mayoritaria elaborados por Gargarella encuentran también las siguientes réplicas.⁷²

1.- Si examinamos el origen de la mayoría de las constituciones (generadas a partir de exclusiones sociales) resulta difícil sostener el control de constitucionalidad de las leyes como defensa de la voluntad popular. Aunque éstas tuvieran un origen irreprochable, ¿por qué no suponer que las más altas expresiones actuales del consenso social respetan la verdadera voluntad del pueblo?

Gargarella no toma en cuenta: que instrumentos internacionales ya han re materializado los contenidos de las viejas constituciones al otórgales carácter de universalidad y expansividad. Tampoco el consenso social ha demostrado que puedan ser una opción mejor y superior al control de constitucionalidad (salvo en modelos ideales inexistentes o sobre valoración de los mecanismos representativos).⁷³

Consideramos sin embargo que el sistema internacional de protección de derechos humanos dado los años de existencia que tiene y los problemas de accesibilidad debe ser mejorado, socializado, y si bien, en materia penal ha establecido sentencias proceras lo mismo que en áreas de discriminación, respecto de los derechos civiles y sociales no ha tenido la misma dedicación.

2.- No existe evidencia empírica acerca de que el control judicial como control democrático que respeta a la mayoría y a la minoría sea más efectivo que otras alternativas.

Gargarella no toma en cuenta: que es posible constatar más antecedentes históricos de quiebre del sistema democrático influidos por la acción

⁷² Gil. Ob. Cit. Pág. 94

⁷³ Gil. Ob. Cit. Pág. 95

de la mayorías abrumadoras que por la de poderes judiciales El control judicial de constitucionalidad reafirma los pilares procedimentales de la democracia ya que habilita dos formas de sujeción que se retroalimentan: la política (que se encarga de la deliberación) y la judicial (que garantiza la participación).

Consideramos: que se deben imprimir los esfuerzos necesarios en la formación de los operados judiciales y de la administración pública en la ingeniería procesal sobre debido procesos y seguridad jurídica.

3.- La crisis de representación de los órganos políticos no puede derivar en su sustitución por el órgano judicial. Si se parte de una visión de la democracia basada en deferir a las mayorías o a sus representantes la interpretación de la Constitución, lo que corresponde es perfeccionar los mecanismos mayoritarios y no deshacerse de ellos.

Replica: Gargarella no toma en cuenta: que es posible mejorar los mecanismos de selección, designación, duración, remoción y capacitación de los jueces, y de esta manera superar muchas de las actuaciones críticas que se le imputan.

En lo que hace al Estado boliviano, la interpretación de la Constitución está encargada vía directa al Congreso y vía indirecta al Tribunal Constitucional que resuelve el control constitucional abstracto que lleva a la derogación o abrogación de leyes, decretos y demás resoluciones, del control de constitucionalidad concreto que conlleva inaplicabilidad de ley, decreto o demás resoluciones.

4.- El hecho de que los jueces no representen a las mayorías en términos numéricos, no se deriva que los mismos representen o tengan interés de servir a las minorías.

Gargarella no toma en cuenta que: la función judicial no está exclusivamente orientada a servir a las minorías, sino a garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales para todos por igual, la dictadura de los jueces no es más que un estribillo ridículo y aberrante por cuanto es la única dictadura que nunca existió⁷⁴. Un ejemplo de ello es que los jueces argentinos de primera y segunda instancia en la Argentina en la crisis económica del 2001 defendieron el sistema de derechos frente a una avalancha por parte del Poder Ejecutivo y Legislativo convertidos en verdaderos poderes contra mayoritario.

Los ordenamientos jurídicos cuentan en la actualidad con la herramienta de la discriminación positiva, reconversión procesal y primacía de derechos fundamentales los que hay sido establecidos con el fin de equilibrar procesalmente desigualdades que se dan en cualquier sociedad. Y toca a control de constitucionalidad ponderar justamente esas situaciones.

5.- El razonamiento judicial no garantiza la toma de decisiones imparciales, como sí lo hace la deliberación colectiva. Ello es así porque el dialogo entre jueces y ciudadanos no es equitativo. Pues sólo una de las partes representada por la justicia tiene la última palabra y puede mantener su posición modificada por el tiempo que desee.

Gargarella no toma en cuenta: que la argumentación judicial (une al debate el procedimiento y la participación de los posibles afectados) lo que obliga a una mayor justificación en la toma de decisiones con repercusión colectiva que la realizada únicamente en debate político.

Consideramos: que el sistema representativo, mejor dicho el sistema electoral tiene sus peculiaridades en cada Estado, no obstante los efectos de sobre representación y subrepresentación no han sido superados y tienden a crear representación ficticia.

⁷⁴ Ibidem. Pág. 92

Por su parte (...) Carlos S Nino intento superar la teoría epistémica que cuestiona el control judicial de constitucionalidad, estableciendo que el control de constitucionalidad proviene de la existencia de situaciones insatisfechas por lo que el aspecto político no es epistémicamente superior al proceso judicial. La constitución como práctica social promueve que los jueces puedan intervenir en forma justificada para invalidar la ley democrática a fin de proteger la convención constitucional que garantiza la eficacia de las decisiones democráticas.⁷⁵

Las corrientes contra mayoritarias ortodoxas, por lo general niegan calidad democrática a cualquier forma de legitimación que no sea la electoral sin tener en cuenta los grandes problemas de efectividad que padecen los procedimientos participativos en la actualidad, como así también que la legitimidad democrática y mayoritaria no son coincidentes, de modo tal que aunque el poder judicial pueda no estar legitimado mayoritariamente, sí lo está democráticamente.⁷⁶

Eugenio Raúl Zaffaroni⁷⁷ sostiene que la difusa imputación de falta de legitimidad democrática no es más que una expresión coyuntural de las muchas con que se quiere combatir la democracia o con las que se pretende disputar un espacio de poder. Desde esta óptica, la legitimidad democrática no se juzga únicamente por el origen, sino también, y a veces fundamentalmente por la función, lo prioritario es la función democrática de la función judicial, es decir, la utilidad para la estabilidad y continuidad democrática. Dicho autor agrega que nada autoriza a calificar de aristocrática cualquier función que sea desempeñada por una persona no electa popularmente (ejemplo, profesionales universitarios o directores de hospitales seleccionados mediante concurso)

⁷⁵ Ibidem. Pág. 96

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Idem

Antonio Manuel Peña Freire aborda el problema de la legitimación del poder judicial desde tres puntos de vista:

TABLA 3: LEGITIMIDAD DEL PODER JUDICIAL

Justificación funcional	Legitimidad constitucional	Legitimidad democrática
<p>Para un sistema constitucional –democrático resolver las continuas demandas dirigidas a él implica una exigencia de auto regulación.</p> <p>La incorporación de una serie de referentes axiológicos de difícil materialización, hace indispensable la existencia de una instancia encargada de mantener abiertos los canales comunicativos con el entorno, de ofrecer respuesta a pretensiones jurídicamente justificadas y de garantizar que la desviación ordinaria no alcance niveles patológicos respecto de los principios constitucionales del sistema.</p> <p>De esta manera, el poder judicial asume las funciones que le vienen atribuidas en el modelo constitucional permite la comunicación entre el sistema jurídico y su entorno y evita la aparición de crisis que pudieran afectar la estabilidad y supervivencia del sistema jurídico-político.</p>	<p>La función jurisdiccional se halla legitimada en el seno del Estado constitucional de derecho.</p> <p>La pretensión del texto constitucional de ser eficaz, de tener vigencia sociológica y, por ende, de asegurar los derechos fundamentales, es el sustrato de la legitimidad de la función jurisdiccional en los ordenamientos actuales, proceso de legitimación que se intensificará en la medida que el poder judicial sirva a los fines que constitucionalmente tiene atribuidos: garantía de los derechos fundamentales de las personas y la corrección entre los distintos planos o niveles jurídicos.</p>	<p>La democracia constituye algo más que un simple procedimiento de validación o legitimación de decisiones políticas: ella presenta ante todo una especial vinculación con los valores que inspiran el modelo de Estado constitucional de derecho. La opción por la democracia es una de las decisiones del pacto constituyente del Estado y del derecho porque estos principios de organización aparecen como los más adecuados para asegurar y promover la libertad y la igualdad de las personas. Estos motivos justifican la no identificación entre democracia y regla de la mayoría, puede dejarse de decidir acerca de determinados asuntos. En este marco la tutela deber ser entendida como un mecanismo para la defensa de los individuos, de las minorías y de sus derechos frente a la acción política. Cuando una regla de reconocimiento constitucional faculta al poder judicial para que realice el control de constitucionalidad como último y máximo interprete, la legitimidad de dicho órgano surge expresamente y en igualdad de condiciones respecto de los otros poderes. Son las convenciones constituyentes las que establecen quien detenta la última palabra tenga una legitimidad distinta a la electoral o al principio de mayoría.</p>

ELABORACION PROPIA
FUENTE: GIL DOMÍNGUEZ

Dentro de la corriente contra mayoritaria Sebastián Linares ha desarrollado la teoría de la “objección democrática” o de la ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes, reconociendo en primer lugar la gran popularidad del fenómeno del control judicial de leyes, y en segundo lugar la importancia de la distinción entre el modelo americano y el modelo europeo respecto de la revisión judicial de las leyes. En el modelo americano todos los jueces pueden declarar la invalidez de las leyes, pero es la corte suprema la que cierra el orden jurídico fijando la “última palabra institucional”. En el modelo europeo la función de control de constitucionalidad es ejercida por un tribunal fuera de la órbita del poder judicial ordinario. La justificación de esta distinción para este autor, permite comprender que la tercera ola de democratización no sólo ha expandido el control judicial de las leyes, sino que han importado el modelo europeo, salvo algunos países latinoamericanos donde conviven con elementos del modelo americano.

Para el profesor Linares la tercera ola de democratización obtuvo en el control judicial de las leyes: 1) un seguro institucional, ya que debido a que la apertura democrática que se generó, se dio un marco de incertidumbre, en el cual los líderes políticos temen perder el poder y la revisión judicial en manos de

un tribunal independiente, aparece como un mecanismo que reduce el riesgo de represalias políticas en caso de perder el poder en el futuro. 2) el control judicial expresa una mejor manera de organizar la sociedad dando un sentido al Estado Democrático de Derecho según esta línea de pensamiento, la Constitución es una norma que debe ser respetada. ¿Por qué los gobernantes deciden acatar la constitución? ¿Qué incentivos tienen? Pues bien, para que el imperio del derecho pueda convertirse en un equilibrio que determine la conducta de todos los individuos, es necesario que exista una distribución de poder en la que ningún agente tenga poder absoluto, ningún actor debe ser lo suficientemente poderoso para destruir a sus adversarios.⁷⁸ Para que el imperio del derecho sea un equilibrio estable, deben existir controles horizontales y verticales dispersos sobre los gobernantes, concretizar la teoría "*checks and balances*" (controles y contrapesos).

De esta idea básica, surgen un sin número de propuestas programáticas: establecer agencias horizontales de control de legalidad, fortalecer la independencia, el acceso y eficiencia de la justicia, "empoderar" a los ciudadanos y a los movimientos sociales y consagrar el control judicial de las leyes. La propagación de la revisión judicial estuvo respaldada por una corriente del pensamiento filosófico liberal muy poderosa que ve en el control judicial de las leyes una institución esencial dentro de un Estado Democrático de Derecho, tan pronto como contribuiría a someter a las autoridades políticas al imperio del derecho lograría a su vez afianzar el respeto a los derechos humanos.

Empero el modelo de justicia constitucional da lugar a que se manifieste una tensión institucional entre la jurisdicción y la legislación; cada vez que los jueces analizan la validez de una ley del Congreso (o Parlamento) aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo con la posibilidad de anular una ley estaremos ante esta tensión institucional.⁷⁹

⁷⁸ Linares. Ob. Cit. Pág 18-20

⁷⁹ Linares. Idem

Dando lugar a preguntarse ¿Cómo puede el criterio de un reducido grupo de jueces que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares, pueda prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? Ésta es la denominada dificultad contra mayoritaria del control judicial de las leyes, la misma que es sencilla de comprender, pero las soluciones son copiosas y complejas, se trata de una dificultad que divide a filósofos, juristas, políticos y ciudadanos pues el tema de fondo es la legitimidad democrática del control judicial de las leyes.⁸⁰

Es pertinente aclarar previamente que la dificultad contra mayoritaria sostenida en la teoría de Linares genera tres tipos de objeciones: la objeción democrática a secas, la objeción intemporal y la objeción de la revisión judicial.

La objeción democrática a secas es aquella cuestión conocida como el “coto vedado de derechos” la propia Constitución establece limitaciones constitucionales como: cláusulas pétreas o derechos preferentes que no pueden ser modificados o en su caso precisan de mayoría calificada para su modificación, la propia reforma constitucional debe ser llevada a cabo por votación calificada, en consecuencia éstas mayorías precisan de los votos de las minorías.

Finalmente la objeción democrática de la revisión judicial de las leyes desnuda la dificultad de justificar el modelo robusto de control constitucional que concede a los jueces constitucionales el poder de vetar, con carácter definitivo, las leyes del Congreso.

Aclarados estos aspectos, la tesis defendida por Linares sostiene:

⁸⁰ Idem

“el control judicial de las leyes, bajo una constitución rígida, significa una afrenta a los valores que dan sentido a un gobierno democrático y a los valores de igual dignidad y autonomía personal”⁸¹

La postura no cuestiona la legitimidad del control de judicial de los actos del poder ejecutivo, ni impugna otras funciones que la justicia constitucional pudiera tener

(Resoluciones de acciones de amparo o resoluciones de conflictos de competencia entre poderes siempre que no involucren la validez de una ley). Sin embargo establece como eje de su posición grados de intensidad de objeción democrática que se producen entre leyes contemporáneas y leyes no contemporáneas sometidas a la revisión judicial de las leyes.⁸²

Su estudio demuestra que leyes contemporáneas, aprobadas por el Congreso en funciones, arrojan mayor grado de intensidad de objeción democrática y las leyes no contemporáneas aprobadas por legislaturas anteriores arrojan una menor intensidad de objeción democrática. Al mismo tiempo afirma que el veto judicial a las leyes aprobadas en gobiernos anteriores en ocasiones puede ser de utilidad para las legislaciones que actualmente están en el poder.⁸³

En base a este planteamiento de mayor o menor grado de intensidad de objeción democrática de leyes no contemporáneas y de mayor tensión sobre leyes contemporáneas, el modelo robusto de control constitucional concede a los jueces constitucionales el poder de vetar con carácter definitivo, las leyes de Congreso, da lugar a que a través de la acción abstracta de inconstitucionalidad se coloque a los tribunales europeos en una posición delicada, por cuanto estas

⁸¹ Linares. Ob. Cit. Pág. 28

⁸² Ibidem. Pág. 22

⁸³ Ibidem. Pág. 149

acciones propician la judicialización de las leyes contemporáneas. Por lo que entre los planteamientos propuestos tenemos⁸⁴:

- 1) Los jueces ordinarios inferiores a la Corte Suprema tengan prohibido declarar la invalidez de las leyes contemporáneas, pero puedan dictar “*declaraciones de incompatibilidad*” para advertir al Congreso de los problemas jurídicos y morales que plantean las leyes.
- 2) Sólo la Corte Suprema puede declarar la invalidez de leyes contemporáneas.
- 3) El Congreso pueda invocar con posterioridad a una sentencia de inconstitucionalidad de la Corte, la cláusula “override” para hacer prevalecer su voluntad, tras una audiencia pública en la que se expongan las razones de su decisión, de esta manera haría posible un dialogo entre el poder judicial y el Congreso, aprovecharía las virtudes deliberativas del control judicial de las leyes, y respetaría asimismo, las mejores credenciales democráticas del Congreso.⁸⁵
- 4) La objeción democrática del control constitucional de las leyes sólo cuestiona la revisión judicial de las leyes en el contexto de constituciones rígidas.

De ahí que el debate sobre las crisis de la soberanía del legislador o primacía parlamentaria que parecía enterrada por los principios del constitucionalismo vuelva a adquirir vida cuando se plantea la legitimidad de la revisión judicial de las leyes. Si partimos de la base de que vivimos en sociedades marcadas por “el hecho del pluralismo” que refiere a la circunstancia de que nuestras sociedades están habitadas por personas con distintos planes de vida, personas que pese a reconocerse independientes y necesitar de los demás, discuten sobre:

- 1) Cómo acomodar mejor sus intereses comunes.

⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 22

⁸⁵ *Idem*.

2) Qué decisiones son más justas.

En ese contexto el desacuerdo es profundo e incluso en el caso que acuerden una decisión política-que se plasma en una pieza de derecho-⁸⁶ discuten también acerca de cómo interpretar el derecho. En conclusión, las sociedades modernas viven un profundo desacuerdo respecto de qué concepciones de vida es más valiosa, por lo que es sustancial identificar qué tipo de desacuerdos se tienen, el profesor Linares identifica los siguientes que considera preponderantes: 1) desacuerdo sustantivo acerca de lo qué es la justicia 2) desacuerdo epistemológico de lo qué es la justicia 3) desacuerdo respecto del procedimiento legítimo para la toma de decisiones políticas colectivas 4) desacuerdo jurídico respecto de cómo interpretar la piezas de derecho aprobadas por los procedimientos legislativos.

Ser parte de una comunidad significa reconocer que existen intereses comunes, al mismo tiempo que somos interdependientes y que necesitamos de acción colectiva. ¿Qué razones tenemos para pensar que las decisiones colectivas serán respetadas u obedecidas dada la realidad de los desacuerdos y el hecho de la pluralidad? Nos interroga Linares.

Los criterios que otorgan legitimidad a las decisiones colectivas pueden tomar: a) el criterio procedimental de quién y cómo deben tomarse las decisiones políticas? Es cuestión de autoridad y procedimiento, y b) el criterio sustantivo sobre cuál es el contenido justo o correcto de las decisiones políticas.

Alejándose del sustantivismo radical y del procedimentalismo radical, la doctrina nos permite acercarnos a las figuras representativas tanto del sustantivismo débil y del procedimentalismo débil. Son R Dworkin y J Waldron⁸⁷ los representantes de estas corrientes:

⁸⁶ Linares. Ob. Cit. Pág. 29

⁸⁷ Ibidem. Pág. 62

Ronald Dworkin identificado con el sustantivismo débil, reconoce que los derechos básicos deben limitar el procedimiento democrático, el objeto definitorio de la democracia es que las decisiones políticas sean tomadas por instituciones que traten a todos los miembros de la sociedad con igual consideración y respeto.⁸⁸

Mientras para el procedimentalismo débil sustentado por Jeremy Waldron,⁸⁹ es la regla de la mayoría (expresada en las elecciones y el procedimiento legislativo) la única- vistos los desacuerdos- que toma en serio el derecho de todos y cada uno, de forma que su voz cuente en pie de igualdad con la de cualquier otro. Si el procedimiento democrático tiene prevalencia es porque valora la dignidad y autonomía de las personas. La noción de los derechos presupone la idea de que los seres humanos son agentes autónomos, con capacidad de reflexionar, deliberar y averiguar conjuntamente qué derechos tienen. Jürgen Habermas,⁹⁰ a pesar de sostener la co-originalidad de lo sustantivo y de lo procedimental debido a que se entrecruzan y se presumen mutuamente, se inscribe dentro del procedimentalismo débil al sostener que las respuestas sustanciales deben quedar en manos de los participantes en el marco de un procedimiento democrático⁹¹. Las implicaciones institucionales en este sentido, identifican el sustantivismo con un constitucionalismo fuerte o “robusto”, que propugna un espacio protegido de derechos que prevalece frente a las decisiones tomadas por las mayorías legislativas. El constitucionalismo fuerte defiende la existencia de un modelo robusto de justicia constitucional, el mismo que atribuye a los jueces constitucionales la potestad de vetar las leyes del Congreso.⁹² En cambio el procedimentalismo débil va asociado con la propuesta

⁸⁸ Ibidem. Pag .36

⁸⁹ Ibidem . Pág. 37

⁹⁰ Citado por Linares.

⁹¹ Idem.

⁹² Ibidem. Pág. 42

programática de la democracia mayoritaria o del “constitucionalismo débil” en el que es la voluntad de la mayoría absoluta de los legisladores o constituyente o la ciudadanía expresada en referéndum la que debe tener la “última palabra institucional”.

Son numerosas las razones que se han empleado para defender o justificar el modelo robusto de control judicial de las leyes, Linares identifica tres posiciones: defensa general de la revisión judicial de las leyes, crítica general de la revisión judicial de las leyes y la defensa contextual de la revisión judicial.

1. Defensa general de la revisión judicial, crítica general a la revisión judicial y defensa contextual de la revisión judicial de las leyes.

La defensa general de la revisión judicial de las leyes materializada por Ronald Dworkin insiste en mirar la cuestión de legitimidad democrática de revisión judicial no como un debate sobre si es contraria a la democracia, sino sobre lo que es la democracia. Según el autor, el objetivo definitorio de la democracia es “que las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos, con igual consideración y respeto.”⁹³ La democracia significa “gobierno sujeto a condiciones”, las que podrían denominarse “condiciones de igualdad de status para todos los ciudadanos”. Cuando las instituciones mayoritarias proveen esas condiciones democráticas, entonces el veredicto de estas instituciones debería ser aceptado por todos. Pero cuando no lo hacen, o cuando no las proveen o respetan suficientemente entonces no puede objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que protegen mejor esas condiciones.⁹⁴

⁹³ Ibidem. Pág. 37

⁹⁴ Ibidem. Pág.63

En su análisis Dworkin sostiene que la mayoría de las constituciones contemporáneas establecen derechos individuales con un lenguaje muy amplio y abstracto como ejemplo “El Congreso no dictará ninguna ley que restrinja la libertad de expresión”, estas cláusulas abstractas deben interpretarse con el entendimiento de que se refieren a principios morales de justicia y decencia política. En caso de que surja una controversia, el argumento versará sobre: si la protección de la libertad de expresión es compatible con la sanción de leyes contra la pornografía, o si permite quema de banderas, o expresiones racistas; en consecuencia los jueces deben decidir cuál es la mejor interpretación del principio moral consignado en la Constitución (lectura moral de la constitución).

Para Dworkin la lectura moral de la Constitución despierta varias perplejidades, el texto constitucional es incierto y controvertido dando lugar a simultáneas interpretaciones por ejemplo respecto al derecho a la vida en tanto que tácitamente proscribiera la pena de muerte.

Otros autores encuentran que la lectura moral de la Constitución combinada con un sistema robusto de revisión judicial parece secuestrar la soberanía moral del pueblo y remitirla a una “banda de guardianes platónicos” (en la posición de Hand, o inspectores de calidad de la democracia con Sager y Garzon Valdés, o censores de la democracia a decir de Ferrero) justamente las cuestiones más importantes y definitorias de la moral política que el pueblo tiene derecho y la responsabilidad de decidir por sí mismo.⁹⁵

Si la interpretación de la Constitución desata rivalidades filosóficas e interpretativas ¿por qué se habría de aceptar que la justicia y en particular la Corte Suprema sea la institución mejor capacitada para definir en última instancia qué decisión colectiva tomar? Dworkin justifica la revisión judicial de las leyes no como una teoría minuciosa de la justicia o de la interpretación jurídica, sino en la teoría del razonamiento judicial en el que prevalecen dos tipos de

⁹⁵ Cfr. Linares. Pág. 64

argumentación: los argumentos basados en principios, y argumentos basados en objetivos sociales colectivos.⁹⁶

Mientras en las legislaturas predomina el razonamiento basado en objetivos sociales colectivos, la negociación de intereses y la cruda votación, en la judicatura predomina el razonamiento basado en principios. Esta diferencia no se debe a ninguna cualidad epistémica sino a una serie de condiciones estructurales

- 1) los jueces están obligados a confrontar todos los reclamos que se les plantean
- 2) los jueces tienen la obligación de justificar sus decisiones tomando como base el texto constitucional, un texto que incluye principios
- 3) la investidura de juez goza garantías institucionales tales como mandato vitalicio, remoción por juicio político, intangibilidad de los salarios, le vuelven menos vulnerable a múltiples presiones o coacciones es más probable que los jueces razonen con arreglo a principios a que negocien y se muevan por intereses egoístas. Los jueces son así foro de principios.⁹⁷

La crítica general de la revisión judicial de las leyes tiene a Jeremy Waldron como su máximo representante, el mismo argumenta que la revisión judicial es una institución cuestionable en cualquier sociedad libre y democrática. Concede primacía al procedimiento frente a la sustancia siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- 1) que exista una legislatura representativa que funcione razonablemente bien, cuyos miembros son elegidos por el pueblo.
- 2) exista un conjunto de instituciones judiciales razonablemente bien ordenadas, cuyos miembros no son elegidos por el pueblo
- 3) exista un compromiso de la mayor parte de la sociedad y de los funcionarios públicos con la idea de derechos fundamentales
- 4) exista un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe entre los miembros de la sociedad sobre el contenido, límites y alcance de los derechos.⁹⁸

⁹⁶ Ibidem. Pág. 65

⁹⁷ Ibidem. Pág. 63 -67

⁹⁸ Idem

Dos de las condiciones tales como las de un buen funcionamiento del sistema representativo y compromiso con los derechos fundamentales se constituyen en el talón de Aquiles de la crítica de la revisión judicial dado que una gran mayoría de los sistemas representativos atraviesa por, problemas de sub representación o sobre representación ⁹⁹ además de si bien se está trabajando en lograr mayor compromiso con los derechos fundamentales, ese desacuerdo justamente es el central al tratar de determinar legislativa o judicialmente el límite y alcance de los mismos.

La defensa contextual de la revisión judicial es sostenida por Juan Carlos Bayón asumiendo una posición conciliadora entre la defensa general de la revisión judicial de las leyes y la crítica general de la revisión judicial de las leyes¹⁰⁰. El contextualismo, antes de tomar posiciones apriorísticas, evalúa si en el contexto pesa más el valor intrínseco del procedimiento democrático entonces se debe dar primacía a la dimensión procedimental e instituir un sistema de supremacía legislativa. Si en el contexto pesa más la mayor probabilidad de producir resultados justos, entonces se debe dar primacía a la dimensión sustantiva y justificar un sistema de revisión judicial.

La pregunta que surge entonces es ¿En qué tipo de contextos se justificaría un sistema robusto de revisión judicial? La respuesta no se deja esperar: 1) en sociedades fracturadas con conflictos étnicos, culturales, lingüísticos, o religiosos que no se comunican entre sí ni comparten ningún interés común 2) democracias nuevas y políticamente inestables; y 3)

⁹⁹ En el caso boliviano por ejemplo hay circunscripciones electorales que con 2.000 personas acceden a un escaño y hay circunscripciones de 76.000 personas que acceden también a un escaño, este fenómeno de sobre representación y sub representación se da tanto en las circunscripciones uninominales como en las plurinominales.

¹⁰⁰ Linares. Ob.Cit. Págs. 83-87

sociedades marcadas por la desigualdad, pobreza y analfabetismo. Fenómenos que distorsionan profundamente el vínculo de representación política.

Sociedades fracturadas son sociedades a través de profundas y violentas divisiones étnicas, culturales, lingüísticas y religiosas. Son sociedades multinacionales habitadas por distintos grupos culturales, étnicos, que no comparten intereses comunes con otros grupos, en resumen, son sociedades que no tienen una visión común de presente ni futuro. En estas sociedades es común que el grupo que controla el poder esté movido por prejuicios y se alíen sistemáticamente contra los otros grupos, en términos generales el procedimiento democrático está bloqueado o distorsionado, por eso la revisión judicial actúa como correctivo.

En el caso de las democracias nuevas o no consolidadas, éstas están marcadas por la inestabilidad política, no existe una sociedad civil comprometida con los derechos, las instituciones políticas no son estables, los partidos políticos no están institucionalizados, estas circunstancias debilitan el proceso democrático o luego de un periodo autoritario estas sociedades suelen ser débiles institucionalmente, fragmentadas y pobremente organizadas, la población suele seguir valorando el régimen anterior. La frontera entre lo público y lo privado es borrosa. Los gobiernos duran poco en sus funciones y culminan sus mandatos en situaciones de crisis sociales y políticas, las decisiones políticas son sometidas a bloqueo permanente, el régimen es incapaz de procesar las demandas ciudadanas, en las democracias viejas los partidos políticos son mediadores legítimos del proceso democrático.

Asimismo, se justifica la revisión judicial de las leyes en sociedades marcadas por la desigualdad, pobreza y analfabetismo, fenómenos que distorsionan hasta la extenuación el vínculo de representación, algunas personas se hallan en condiciones de vulnerabilidad tan grande que resulta insensato pensar que canalizarían sus demandas eficientemente, es un contexto donde los

canales de agregación de preferencias están anulados. En estas circunstancias el control judicial de las leyes se levanta como un procedimiento para fortalecer los canales de formación de la agenda política y vínculo de representación política.

La crítica a la revisión judicial contextual ¹⁰¹ es rebatida por Waldron en los siguientes términos: si una sociedad no cuenta con instituciones electivas y legislativas bien ordenadas, o sus miembros no expresan un fuerte compromiso con los derechos, lo más probable es que tampoco las instituciones judiciales estén bien ordenadas ni que los jueces manifiesten un compromiso robusto con los derechos. Pensar lo contrario sería pensar en una idea ingenua de una justicia constitucional redentora, de unos jueces heroicos capaces de enfrentarse con aplomo al contexto institucional y combatir con entereza la cultura en la que viven. Idea muy sugestiva, pero que pertenece más a una teoría de la ética judicial que a una teoría de la legitimidad política general. ¹⁰²

José Juan Moreso describe las tendencias y variables a la corriente contra mayoritaria ¹⁰³.

TABLA 4: VARIABLES DE LA CORRIENTE CONTRA MAYORITARIA

Las que sostienen que los órganos judiciales deben restringirse a declarar inconstitucionales normas emitidas por legislaturas elegidas democráticamente.	Aquellos que limitan el control de constitucionalidad a la protección de valores básicos de la democracia, al refuerzo de la representación de minorías y a la transparencia del procedimiento de representación.	Aquellos que abogan por una teoría de derechos más sustantivos que deje lugar al activismo de los órganos jurisdiccionales.
Bork	Weschler, Bickel, Ely, Choper	Tribe y Michelman

FUENTE: GIL RODRÍGUEZ

¹⁰¹ Ibidem. Pág. 88-94

¹⁰² Idem

¹⁰³ Moreso citado por. Gil Domingez. Ob Cit Pag. 93-101

Aquellos que persiguen producir una concepción constructiva de la interpretación constitucional que fundamente aún las decisiones más innovadoras	Aquellos que distinguen momentos constitucionales de los momentos de política normal.	Los que consideran que cualquier teoría de la revisión judicial es imposible porque los desacuerdos son radicales o innecesarios.
Dworkin	Ackerman	Tushnet.

FUENTE: GIL RODRÍGUEZ

Queda claro que desde la doctrina se ha realizado el esfuerzo de justificar el control de constitucionalidad, lo que se ha discutido es si los jueces no electos tienen legitimidad para invalidar leyes, sin embargo no hay que perder de vista que la mayor producción del Derecho se encuentra en la Administración Pública cuyos funcionarios son designados en su mayoría y responden a líneas gubernamentales ejecutivas como es lógico. Se solucionarían los conflictos del Derecho en su aplicación cotidiana con la elección de autoridades judiciales o el pueblo se constituye en jurado ciudadano.

El pueblo norteamericano es la justicia cuando ciudadanos comunes elegidos por sorteo hacen de jurado, lo que da imparcialidad a la justicia; y el pueblo elige al 87% de los jueces de los Estados integrante de EEUU¹⁰⁴, lo que incluye a los jueces de las Cortes Supremas de 39 de los 50 Estados de los EEUU. Si mantienen el sistema de designación de jueces por parte del Gobierno a nivel federal. El Japón es otro caso interesante ya el pueblo vota, ratificando o rechazando, las designaciones de los jueces de la Corte Suprema de la Nación, y es esta Corte la que confecciona la nómina de los jueces a ser designados para los tribunales inferiores. Adviértase que en Norteamérica la elección es sólo para jueces inferiores y magistrados de los Estados miembro, no reproduciéndose esta situación a los miembros del Tribunal Supremo.

Soplan vientos de elección judicial, en mi criterio si estas elecciones no van acompañas por disposiciones como mandato vitalicio, formación permanente

¹⁰⁴ Ignacio Posse Molina. Elección de Jueces de la Corte Suprema por voto directo del pueblo. Revista paraguaya Ley. año 26, Nº7. Agosto 2003. pág 825 Disponible en: <http://www.grupoevos.com/revistajuridicapanaama/articulos201001/elec-jueces-post-edic.pdf>

como elementos externos y modificación en procedimientos constitucionales, el control de constitucionalidad seguirá con las mismas sombras para el ciudadano que espera justicia efectiva.

2. Legitimidad del Órgano Judicial boliviano

La conformación del Órgano Judicial boliviano comprendido como Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional y Consejo Judicatura, como en la mayoría de los países, adopto por el mecanismo de designación, el Congreso boliviano fue el encargado de designar por 2/3 de votos de los miembros presentes a los cinco magistrados del Tribunal Constitucional de igual forma a los cuatro consejeros del Consejo Judicatura. Los ministros de la Corte Suprema designados también por el Congreso por 2/3 de voto del total de los miembros de las nominados elevadas por el Consejo Judicatura, la Corte Suprema de Justicia era la encargada de designar a los Vocales de las Cortes de Distritos de los nueve departamentos de las nóminas elevadas por el Consejo de la Judicatura, finalmente los Jueces y demás personal designados por los Vocales de la Cortes de las nóminas elevadas por el Consejo de la Judicatura en mérito de los Arts. 119 (II), 122 (III) y 117 (IV).

Las reformas constitucionales deliberadas por la Asamblea Constituyen se plasmaron en el texto refrendado el año 2009 introdujo elección directa por voto popular, sólo para el nivel más alto, los magistrados del Órgano Judicial. Que el proceso de legitimación en el Órgano Judicial ha sido sustituido profundamente.

Proceso electoral que tuvo lugar en diciembre del 2011 y contemplo la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, de los Magistrados del Tribunal Agroambiental, y de los miembros del Consejo de la Magistratura la preselección de los candidatos por mandato constitucional estuvo a cargo de la Asamblea

Legislativa Plurinacional por 2/3 de los miembros presentes. Art. 158. I. Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina esta Constitución y la ley: (5) Preseleccionar a las candidatas y a los candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura. De igual manera los artículos 182,188, 194 y 197 estipulan el marco general del sistema electoral judicial.

El período de mandato de los magistrados erigidos por voto popular ha sido fijado en 6 años sin posibilidad alguna de reelección el Art. 183 a la letra dice:

I. Las Magistradas y los Magistrados, no podrán ser reelegidas ni reelegidos. Su periodo de mandato será de seis años.

La normativa constitucional establece dos restricciones que dificultan la estabilidad y la institucionalidad de los administradores de justicia, primera limitación se acorta el período de mandato la anterior Constitución establecía un mandato de diez años ahora se estipula un mandato de seis años; la segunda limitación tiene que ver con la prohibición de reelección.

La reducción del período de mandato en seis años y la imposibilidad de reelección, en nuestro criterio, desmerecen el esfuerzo estructural de institucionalizar el Órgano Judicial, las limitaciones adoptadas atentan y desalientan la cimentación de una carrera judicial imparcial, independiente y autónoma. Un Órgano Judicial que en el nivel jerárquico superior, estará en permanente renovación, crea las condiciones ideales para la improvisación procesal y la irresponsabilidad personal de los Magistrados que no responderán ante el electorado.

Peor aún, un Órgano Judicial sin memoria institucional en cuanto que la renovación de las magistraturas es total, puede derivar en un Tribunal

desmemoriado con líneas jurisprudenciales trucas por falta de transmisión de los argumentos, las condiciones y fundamentos de sustento de la línea jurisprudencial, ya que todos los Magistrados serán nuevos siempre. El período de mandato reducido y la prohibición de reelección destinan al Órgano Judicial a una desinstitucionalización paulatina. Surge entonces la pregunta ¿de qué servirá que los magistrados cuenten con apoyo popular si su carrera judicial fenece el momento de su elección?

El mandato vitalicio de los magistrados y jueces fue establecido en la Constitución de 1826 que el Art. 100 establecía “Durarán los magistrados y jueces tanto, cuanto duraren sus buenos servicios.” Tenor que fue conservado en las Constituciones 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1871, 1878 y 1880 , fue la Constitución de 1938 la que fijo en el Art. 145 (a) Los Ministros de la Corte Suprema durarán en sus funciones diez años, periodo de mandato conservado en la Constitución de 1945,1947. La Constitución de 1961 -recogió los principios de la Revolución de 1952- en el Art. 126 estableció, que el mandato de los Ministros de la Corte Suprema era de seis años con posibilidad de reelección.¹⁰⁵ La reforma constitucional de 1967 en el Art. 126 restituyo el período de mandato en 10 años con posibilidad de reelección, la reforma constitucional de 1993-1995 ¹⁰⁶determino un periodo de 10 años con posibilidad de reelección pasado un periodo constitucional.

El marco constitucional para la elección por voto popular de las más altas magistraturas del texto refrendado 2009 establece:

Art. 182.

I. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal.

¹⁰⁵ Galindo De Ugarte Marcelo. *Constituciones Bolivianas Comparadas 1826-1967*. Ed Los amigos del –Libro. Bolivia .1991.

¹⁰⁶ BOLIVIA. Congreso de la República de Bolivia. Ley 1615 de 6 de febrero 1995: Ley de adecuaciones y concordancias de la Constitución Política del Estado.

II. La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral.

III. Las y los postulantes o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos.

IV. Las magistradas y magistrados no podrán pertenecer a organizaciones políticas.

V. Serán elegidas y elegidos las candidatas y los candidatos que obtengan mayoría simple de votos. La Presidenta o el Presidente del Estado ministrará posesión en sus cargos.

Art. 188.

I. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Agroambiental serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismos y formalidades para los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.

II. El sistema de prohibiciones e incompatibilidades aplicado a las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Agroambiental será el de los servidores públicos.

Art. 194.

I. Los miembros del Consejo de la Magistratura se elegirán mediante sufragio universal de entre las candidatas y los candidatos propuestos por la Asamblea Legislativa Plurinacional. La organización y ejecución del proceso electoral estará a cargo del Órgano Electoral Plurinacional.

Art. 197

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.

Art. 198. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.

El texto constitucional refrendado el 25 de enero 2009 y promulgado el 7 de febrero del mismo año, legisló la conformación del Órgano Judicial de forma enunciativa, no hace referencia al número de Magistrados menos al sistema electoral, expresando simplemente que la votación requerida para ser ungido magistrado será de mayoría relativa de votos.

Se dejó a la Ley 026 de 30 de junio 2010 el desarrollo de los detalles de proceso electorario y del sistema electoral. Según esta normativa el Tribunal Constitucional precisa de 28 candidatos preseleccionados por la Asamblea Legislativa Plurinacional por 2/3 de votos, los 7 candidatos más votados accedan a la titularidad por mayoría relativa y los 7 siguientes más votados acceden a la suplencia, igual sistema electoral se adopta para el Tribunal Agroambiental.

Para la conformación del Consejo de la Magistratura la Asamblea Legislativa Plurinacional debe preseleccionar 15 candidatos para que los 5 más votados accedan al mandato de titulares y los 5 siguientes se constituyen en suplentes.

Los Magistrados al Tribunal Supremo de Justicia son fijados en el número de 9 titulares y 9 suplentes la preselección la realiza la Asamblea Legislativa Plurinacional por 2/3 de voto de acuerdo a los siguientes criterios a) En cada departamento (Bolivia cuenta con 9 Departamentos) la Asamblea Legislativa

Plurinacional pre selecciono de acuerdo a calificación de méritos a tres varones y a tres mujeres, esta columna fue diferente en cada Departamento b) Cada elector contó con dos votos, uno para la columna varones y otro para la columna de mujeres, c) En cada departamento se debe elegir dos magistrados, uno titular y uno suplente. El o la más votado o votada accede a la titularidad, siendo el o la suplente más votado del sexo opuesto al que consiguió la titularidad a fin de resguardar la paridad de género, por mayoría relativa de votos tanto la titularidad como la suplencia (ver en anexo N° 1 las papeletas de los departamentos de La Paz, Pando y Chuquisaca a manera de ejemplo)

En el proceso electoral realizado el 16 de octubre 2011 para la elección directa por voto popular de los Magistrados del Órgano Judicial, se adoptó papeleta única debían figurar 77 candidatos distribuidos en cuatro columnas diferenciadas por colores, verde para el Tribunal Agroambiental, anaranjado para el Consejo Magistratura, morado para el Tribunal Constitucional Plurinacional, amarillo para el Tribunal Supremo de Justicia. A demás los candidatos fueron numerados; (la columna de los candidatos al Tribunal Supremo fue subdivida por cuestión de género una para candidatas mujeres, la otra para los varones), la preselección legislativa arrojó sólo 74 candidatos preseleccionados en lugar de 77 candidatos.

La elección de Magistrados en Bolivia se llevó a cabo con serios cuestionamientos, no sólo de la oposición, sino también de expertos en procesos electorales y constitucionalistas. Las observaciones fueron: 1) al procedimiento de preselección de los candidatos, discriminación en la valoración de los requisitos exigidos por los candidatos, 2) la identificación numérica de los candidatos en la papeleta única dio lugar a que aparecieran en las calles: vote 72 amarillo, vote 46 morado realizando de forma encubierta campaña electoral prohibida por mandato constitucional, 3) incapacidad del Tribunal Electoral Plurinacional en la difusión de méritos debido a la cantidad de candidatos 4)

desconocimiento en los ciudadanos sobre las reglas electorales debido a la cantidad de candidatos que debían ser elegidos.

Llevada a cabo la elección, los resultados electorales arrojaron un grado de votos nulos y blancos nunca registrados en el país, ¿fue un voto protesta contra el gobierno? ¿Fue un voto consigna? O simplemente expresión de rechazo por parte de una ciudadanía que ansía una lectura adecuada de la realidad y de las manifestaciones electorales previas a esta elección.

Los resultados totalizados a nivel nacional para los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, los Magistrados del Tribunal Agroambiental y los consejeros del Consejo de la Magistratura nos muestran el siguiente panorama¹⁰⁷:

**TABLA 5: RESULTADOS ELECTORALES ELECCIÓN DIRECTA
ÓRGANO JUDICIAL**

	Votos Válidos distribuidos entre las distintas candidaturas	Votos Blancos	Votos Nulos	Votos Blancos más votos Nulos
Tribunal Constitucional	1.758.283	579.363	1.838.903	2.418.266
Tribunal Agroambiental	1.768.576	629.649	1.779.425	2.409.074
Consejo Magistratura	1.752.010	659.617	1.760.789	2.420.406

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL

Como puede valorarse la cantidad de votos blancos y nulos resultan ser los victoriosos del proceso electoral judicial, de una forma u otra se pone en entredicho el porcentaje de legitimidad de las autoridades elegidas.

¹⁰⁷ Acta del Tribunal Electoral Plurinacional. Elecciones de autoridades del Órgano Judiciales y Tribunal Constitucional Plurinacional de 16 octubre 2011.

Los votos obtenidos por candidatos del Tribunal Constitucional, como al Tribunal Agroambiental y Consejo Magistratura fueron escrutados a nivel nacional, lo que significó que los votos obtenidos por los candidatos fueran sumados en la mesas de cada Departamento, con subtotalización en cada Departamento y sumatoria de todos los votos a nivel nacional, los resultados son por demás elocuentes.

En lo que respecta al Tribunal Constitucional, tres Magistrados que han logrado obtener un apoyo popular del 15% 10% y 7%; cuatro de ellos logran un apoyo del 5%; dos un tienen el apoyo del 4%; tres del 3%; cuatro del 2%; cinco consiguen el apoyo del 1% y tres de fracciones de 0.74; 0.78 y del 0.88%.

VOTOS VALIDOS OBTENIDOS POR CADA CANDIDATA O CANDIDATO			
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL			
Nº	Nombres y Apellidos	TOTAL	Porcentaje
41	MIRTHA CAMACHO QUIROGA	104.621	5,95%
42	MACARIO LAHOR CORTEZ CHAVEZ	77.290	4,40%
43	BLANCA ISABEL ALARCON YAMPASI	67.289	3,83%
44	RUDDY JOSE FLORES MONTERREY	101.481	5,77%
45	SORAIDA ROSARIO CHANEZ CHIRE	89.370	5,08%
46	GUALBERTO CUSI MAMANI	276.037	15,70%
47	LIGIA MONICA VELASQUEZ CASTAÑOS	127.632	7,26%
48	JUAN OSWALDO VALENCIA ALVARADO	68.834	3,91%
49	CARMEN SILVANA SANDOVAL LANDIVAR	63.158	3,59%
50	RICHARD EDDY CARDOZO DAZA	41.602	2,37%
51	EDITH VILMA OROZ CARRASCO	49.815	2,83%
52	EFREN CHOQUE CAPUMA	185.793	10,57%
53	CELY JAKELINE ORDOÑEZ LIMA de VELASCO	21.546	1,23%
54	MILTON HUGO MENDOZA MIRANDA	71.177	4,05%
55	ANA MARIA MORALES NUÑEZ	33.996	1,93%
56	FAUSTO JUAN LANCHIPA PONCE	26.427	1,50%
57	NELDY VIRGINIA ANDRADE MARTINEZ	92.340	5,25%
58	ZENON HUGO BACARREZA MORALES	43.096	2,45%
59	RUTH RODRIGUEZ MALDONADO	13.064	0,74%
60	JAIME DANIEL MENA SORUCO	22.545	1,28%
61	ANTONIETA JANKARLA SAHONERO MOLINA	15.468	0,88%
62	JUAN CARLOS AGUILAR MARTINEZ	13.729	0,78%
63	HELDY SHIRLEY CARDENAS MENDEZ	19.479	1,11%
64	HENRY TEDDY ARANCIBIA DAVILA	37.779	2,15%
65	EUGENIA BEATRIZ YUQUE APAZA	30.919	1,76%
66	VLADIMIR GUTIERREZ PEREZ	11.777	0,67%
67	MIRIAM ELENA ARGANDOÑA QUINO	9.273	0,53%
68	WILLIAM JOSUE AYALA BALDELOMAR	42.746	2,43%

FUENTE: TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL

Los resultados para el Consejeros de la Magistratura, el Magistrado que consiguió mayor apoyo electoral alcanza al 26%; dos que logran el 8%; uno con el 7%; dos con el 6%; dos con el 5%; tres con el 4%; dos con el 3%; y uno con el 2% de votación.

VOTOS VALIDOS OBTENIDOS POR CADA CANDIDATA O CANDIDATO			
CONSEJO DE LA MAGISTRATURA			
Nº	Nombres y Apellidos	TOTAL	Porcentaje
27	ERNESTO ARANIBAR SAGARNAGA	120.010	6,85%
28	CRISTINA MAMANI AGUILAR	461.415	26,34%
29	EMILIO OSVALDO PATIÑO BERDEJA	81.243	4,64%
30	ROXANA ORELLANA MERCADO	98.625	5,63%
31	JUAN ORLANDO RIOS LUNA	75.627	4,32%
32	WILMA MAMANI CRUZ	152.269	8,69%
33	FREDDY SANABRIA TABOADA	153.351	8,75%
34	XIMENA NICOLE ECHENIQUE ESCOBAR	74.959	4,28%
35	ROLANDO MAYTA CHUI	65.215	3,72%
36	MAGDALENA TEODORA ALANOCA CONDORI	104.494	5,96%
37	ROGER GONZALO TRIVEÑO HERBAS	139.615	7,97%
38	BRIGIDA PILAR ALEGRIA SEQUEIROS	50.248	2,87%
39	WILBER CHOQUE CRUZ	111.550	6,37%
40	PAULINA CORONADO SANDOVAL	63.389	3,62%

FUENTE: TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL

En el Tribunal Agroambiental el Magistrado el candidato que obtuvo más votos logra un 16%; el siguiente apoyo electoral es para una magistrada que obtiene 9%; la siguiente votación más alta es de 7%; tres magistrados obtienen el 5%; uno el 4%; seis el 3%, cinco recibieron el apoyo electoral del 2%; seis alcanzan un 1% y uno el recibió solamente el 0.88% de votación.

VOTOS VALIDOS OBTENIDOS POR CADA CANDIDATA O CANDIDATO			
TRIBUNAL AGROAMBIENTAL			
Nº	Nombres y Apellidos	TOTAL	Porcentaje
1	DEYSI VILLAGOMEZ VELASCO	159.997	9,05%
2	JAVIER PEÑAFIEL BRAVO	101.670	5,75%
3	LIDIA CHIPANA CHIRINOS	68.950	3,90%
4	LUCIO FUENTES HINOJOSA	94.388	5,34%
5	GABRIELA CINTHIA ARMIJO PAZ	124.578	7,04%
6	LUIS CARLOS PAZ ROJAS	45.729	2,59%
7	ROMMY COLQUE BALLESTEROS	53.137	3,00%
8	CARLOS MARCELINO CRUZ ARIAS	38.874	2,20%
9	KATIA LILIA LOPEZ ARRUETA	62.725	3,55%
10	JAVIER ARAMAYO CABALLERO	56.429	3,19%
11	FILEMON SANDOVAL ROMERO	36.745	2,08%
12	BERNARDO HUARACHI TOLA	292.740	16,55%
13	PATY YOLA PAUCARA PACO	81.933	4,63%
14	JUAN RICARDO SOTO BUTRON	95.226	5,38%
15	MIRIAM GLORIA PACHECO HERRERA	53.662	3,03%
16	LUIS MARIO MONTAÑO RIVEROS	30.690	1,74%
17	ISABEL ORTUÑO IBAÑEZ	74.227	4,20%
18	RUFO NIVARDO VASQUEZ MERCADO	31.965	1,81%
19	MARIA REINA DURAN ACHAVAL	42.220	2,39%
20	GERMAN ESPADA SAAVEDRA	23.256	1,31%
21	JUDITH SANDRA LEMA FERNANDEZ	43.573	2,46%
22	MARIO PACOSILLO CALSINA	65.158	3,68%
23	SELMA GABRIELA GUTIERREZ CRUZ	18.876	1,07%
24	ABEL DAVALOS VARGAS	15.593	0,88%
25	JENNY IBAÑEZ SIERRA	25.366	1,43%
26	MARBEL DEMETRIO MARK PONCE	30.869	1,75%

FUENTE: TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL

Los resultados electorales obtenidos por los candidatos al Tribunal Supremo de Justicia se han desglosado por Departamentos, debido a que los votos no son totalizados a nivel nacional, cada Departamento formo una circunscripción, la votación fue evaluada a nivel Departamental, resultando elegidos un titular y un suplente en cada Departamento, totalizando 9 magistrados titulares y 9 magistrados suplentes a nivel nacional.

**TABLA 6: RESULTADOS POR DEPARTAMENTO DE LA
ELECCION DIRECTA DE MAGISTRADOS AL TRIBUNAL SUPREMO DE
JUSTICIA**

Departamento de Chuquisaca						
			Votación	Nulos	Blancos	Válidos
	Rita Susana Nava Durán de Pari**	Titular	35.321	80.005	53.350	81.317
	Javier Medardo Serrano Llanos	Suplente	33.694	81.074	52.634	86.231
Departamento de La Paz						
			Votación	Nulos	Blancos	Válidos
	Maritza Suntura Juaniquina	Titular	260.935	450.652	296.758	536.614
	William Eduard Alave Laura	Suplente	197.218	442.879	305.288	536.289
Departamento de Cochabamba						
			Votación	Nulos	Blancos	Válidos
	Fidel Marcos Tordoya Rivas	Titular	149.057	277.054	171.055	351.525
	María Lourdes Bustamante Ramirez	Suplente	143.688	274.711	178.758	346.860
Departamento de Oruro						
			Votación	Nulos	Blancos	Válidos
	Romulo Calle Mamani	Titular	59.073	68.960	45.909	104.727
	Ana Adela Quispe Cuba	Suplente	38.281	68.792	61.318	89.579
Departamento de Potosí						
			Votación	Nulos	Blancos	Válidos
	Pastor Segundo Mamani Villca	Titular	51.246	83.522	81.103	124.719
	Elisa Sanchez Mamani	Suplente	51.135	82.957	85.036	122.610
Departamento de Tarija						
			Votación	Nulos	Blancos	Válidos
	Antonio Guido Campero Segovia	Titular	35.036	83.210	58.675	68.259
	Carmen Nuñez Villegas	Suplente	32.817	83.567	63.496	62.133
Departamento de Santa Cruz						
			Votación	Nulos	Blancos	Válidos
	Jorge Isacc Von Borries Mendez	Titular	155.688	436.109	209.687	276.829
	Carmen Nuñez Villegas	Suplente	97.163	416.922	204.864	269.681

Departamento de Beni						
			Votación	Nulos	Blancos	Válidos
	Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano	Titular	23.472	60.271	38.211	41.234
	Silvana Rojas Panoso	Suplente	22.675	60.343	37.807	39.485
Departamento de Pando						
			Votación	Nulos	Blancos	Válidos
	Norka Natalia Mercado Guzman	Titular	10.192	13.923	6.388	13.392
	Delfin Humberto Betancourt Chinchilla	Suplente	8.964	13.731	6.343	13.302
*Los votos válidos son los obtenidos por distintas candidaturas, separando los votos nulos y blancos.						
** Aplicación de paridad de género.						

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL

Los bolivianos habilitados para el proceso electoral judicial ascendieron a 5.243.375; el Tribunal Supremo Electoral Plurinacional no ha porcentualizado el grado de ausentismo en sus informes oficiales. El ponderar el ausentismo electoral daría lugar a que los porcentajes de apoyo electoral bajaran aún más.

Si bien la elección por voto popular directo para la conformación del Órgano Judicial causó mucha expectativa sobre todo en el ámbito internacional, en el ámbito interno debe dar lugar a una franca reflexión.

Los datos son evidentes: la suma de los votos nulos y los votos blancos superan los votos válidos obtenidos las distintas candidaturas para Magistrados, afectando en principio la legitimidad de las autoridades judiciales.

La elección directa de los magistrados creó expectativa en el ámbito internacional, en cambio en el ámbito interno a partir de los resultados electorales de votos nulos, votos en blanco y ausentismo, y sobre todo por los entretelones pre electorales, constituirá motivo de reflexión.

Coincidimos con el profesor Ronald Dworkin cuando sostiene:

“La objeción democrática respecto de la designación de los jueces y su duración vitalicia en el cargo no es más que un velo que encubre el verdadero debate, (...) el debate de fondo se centra en la lealtad que todo funcionario o juez al momento de ponderar la norma a ser aplicada tiene la responsabilidad de desafiar la voluntad popular (la norma cuestionada) cuando las garantías constitucionales (derechos de las personas) están en juego. (...) La real amenaza que una Constitución plantea a la democracia es más profunda, y no tiene nada que ver con el hecho de que los jueces no sean elegidos. (...) Todo funcionario jura lealtad a la constitución, y es así que tiene la responsabilidad de desafiar a la voluntad popular cuando las garantías constitucionales estén en juego. Pero esa responsabilidad es más vivida cuando se solicita a los jueces que evalúen las leyes promulgadas previamente, esto es, tácitamente consideradas constitucionales por otros funcionarios. Los jueces reclaman así un derecho y un deber a tomar posición frente a lo que los representantes de la mayoría consideran apropiado y en interés de la comunidad como un todo.”¹⁰⁸

2.1. Subordinación de los Tribunales de Amparo

El Recurso de Amparo Constitucional (RAC) fue incorporado, en la reforma constitucional de 1967, la reforma constitucional de 2009 modifica la denominación de Recurso de Amparo Constitucional por el de Acción de Amparo (AA), pese a la modificación en su denominación los fundamentos de su procedencia se han mantenido, esta acción procede contra actos ilegales y omisiones indebidas de autoridades o particulares que restringen o amenazan

¹⁰⁸ Cfr. Gil. Ob. Cit. Pág. 91 afirmación de Ronald Dworkin en su obra Liberalismo, constitución y democracia

restringir derechos fundamentales, bajo el principio de subsidiariedad. Entre las modificaciones que se han introducido tenemos:

1) La procedencia competencial para el tratamiento de la Acción de Amparo, fijado por el párrafo (I) de Art. 128 del texto constitucional refrendada establece que la Acción se debe interponer ante cualquier juez o tribunal competente. Los párrafos (II) del Art. 58 de la Ley 027 ley del Tribunal Constitucional Plurinacional coincidente con el párrafo I. Art. 32 de la Ley 254 Código Procesal Constitucional que a la letra estipula: La acción de libertad podrá interponerse ante cualquier Juez, Jueza o Tribunal competente en materia penal.

El resto de las acciones de defensa se interpondrán ante cualquiera de los siguientes Juzgados: 1. En las capitales de Departamento, ante la Sala de turno de los Tribunales Departamentales de Justicia o ante los Juzgados Públicos de Materia.2. Fuera de las capitales de Departamento, ante los Juzgados Públicos o Juzgados Públicos Mixtos.

Antes de esta estipulación correspondía sólo a las salas la Corte Superior de Distrito en las capitales de Departamento o ante los Jueces de Partido en las provincias.

1) El texto constitucional recogió la previsión de la Sentencia Constitucional 101/2000 sentencia en la que se fijó, que el plazo para la interposición de Amparo fuera de seis meses.

2) Se ha introducido en la Ley 027 la prohibición de interponer dentro de la Acción de Amparo la Acción de Inconstitucionalidad Concreta.

Se ha mantenido el tenor respecto a los efectos de la audiencia, emisión de sentencia por el Tribunal de Garantías y revisión de la sentencia de la Acción Amparo por el Tribunal Constitucional.

El procedimiento de la Acción de Amparo al igual que las Constituciones anteriores determina: una vez realizada la audiencia y emitida la sentencia, el juez o tribunal ordinario -que por mandato constitucional se convierte en tribunal o juez de garantías constitucionales – debe en 24 horas de emitido el fallo constitucional elevar en revisión al Tribunal Constitucional Plurinacional. Y si bien por mandato constitucional el fallo del juez o tribunal garantías debe ser ejecutado inmediatamente - procurando la protección o amparo requerido haciendo cesar los actos ilegales y/o las omisiones indebidas- es en última instancia la revisión ante el Tribunal Constitucional la que decide la situación jurídica.

La revisión de las Acciones de Amparo por el Tribunal Constitucional y la ejecución inmediata pueden producir las siguientes situaciones:

1) La revisión podría revocar, el fallo inicial de concesión de amparo dejando la decisión del Tribunal o juez de garantías constitucionales anulada, debido al mandato de ejecución inmediata queda el margen de incerteza sobre los efectos de una revisión que revoca la concesión inicial.

2) La revisión del Tribunal Constitucional podría revocar el fallo inicial que deniega el amparo concediendo el mismo dejando también anulada la decisión del Tribunal de Garantías.

Se mantiene la centralización de la justicia constitucional quedando intacta la situación de mora procesal en revisión de acciones de amparo.

Nos encontramos, igual que en el pasado ante posibles situaciones que dejan a la jurisdicción al descubierto de sus debilidades procedimentales, las

mismas que no han podido ser superadas en las reformas constitucionales bolivianas de 1995, 2004, 2005 y la de 2009.

Reformas, que han dejado de lado este enredo procedimental, bien podría resolverse estableciendo que la revisión del Recurso / Acción de Amparo por el Tribunal Constitucional, sólo se realizará en caso de que el Recurso/ Acción sea denegado por el Juez o Tribunal de Amparo, lo que contribuiría a reducir la carga procesal del Tribunal Constitucional y produciría una celera e inmediata protección de los derechos vulnerados.

El profesor Neyer Zapata Vásquez en el ensayo sobre el Tribunal Constitucional de Bolivia y la generación/supresión de desigualdades elaborado para el Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA) llevado a cabo en junio de 2009,¹⁰⁹ comparte los siguientes elementos de análisis sobre la aplicación y repercusiones del recurso/acción de amparo constitucional en la práctica constitucional boliviana partiendo de la hipótesis de que agudas desigualdades respecto a ciertos bienes jurídicos dan lugar a efectos perversos, resultantes de las acciones de los actores judiciales que intentan resolver ciertos problemas organizacionales que surgen en la práctica de la aplicación de las leyes y la implementación de reformas legales y judiciales.

Las reformas que se realizaron en la década de los años 1990-2000 en América Latina contenían objetivos o metas a alcanzar en actividades relacionadas con la reformas judiciales (El cuadro es de análisis general no se refiere en particular a Bolivia).

¹⁰⁹ Neyer Zapata Vasquez. Ponencia sobre el Tribunal Constitucional de Bolivia y la generación/supresión de desigualdades elaborado para el Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA) llevado a cabo en junio de 2009. Disponible www.dicyt.umss.edu.bo/archivos/Zapata_Vasquez.pdf

TABLA 7: PROGRAMA DE MEJORAMIENTO JUDICIAL

Objetivos	Indicadores de éxito
Construir un sistema judicial fuerte e independiente como actor político y democrático clave.	Capacidad de revisar/oponerse a los programas gubernamentales. Decisiones en contra de las élites políticas
Modernización judicial como meta en sí misma o para responder a demanda creciente.	Servicio más eficiente, mayor número de casos resueltos. Reducción de casos pendientes.
Eliminación de vicios tradicionales (corrupción, sesgo, incompetencia, retrasos)	Mejor imagen pública, reducción de retrasos. Menos quejas con el tiempo, a corto plazo. Mayor número de jueces disciplinados o despedidos con causa.
Mayor acceso a un rango más amplio de grupos sociales, protección de derechos, tratamiento con equidad, y resolución de controversias efectiva.	Cambio en la identidad socioeconómica de los usuarios. Decisiones que sustenten los derechos Constitucionales.
Refuerzo de las funciones de control de la delincuencia para lograr mayor seguridad Ciudadana y menor violencia social.	Mayor tasa de solución de casos penales. Declinación en la tasa de criminalidad
Mejorar la capacidad de los jueces para manejar controversias económicamente relevantes.	Mayor número de casos económicos a los tribunales. Resolución más rápida ¿crecimiento económico?

FUENTE: HAMMERGREEN (2002, P. 4; 2007, P. 20)

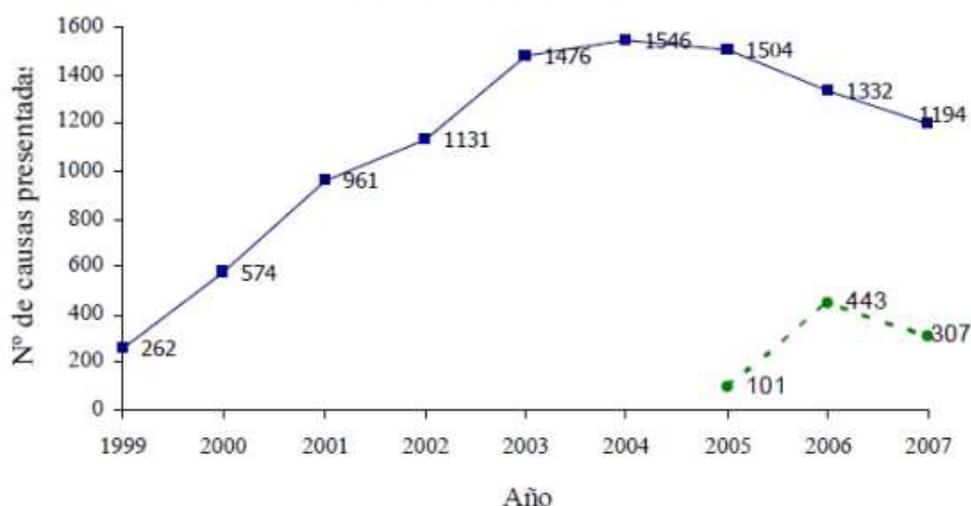
ELABORACIÓN: ZAPATA VASQUEZ.

En este sentido sostiene el Dr. Zapata (...) La creación del Tribunal Constitucional Boliviano (TCB) dio lugar a un interés cada vez mayor de los ciudadanos para acudir al remedio constitucional para solucionar sus conflictos. Objetivo parcial e incompleto ya que lograr acceso a un rango más amplio de grupos sociales debió haber conllevado la creación de más tribunales y jueces y de procedimientos simplificados.

El estudio mencionado muestra que de 1999 a 2004 (línea continua de la gráfica causas presentadas) el número de Recursos de Amparo Constitucional que debía revisar el TCB creció continuamente, de 262 a 1546 casos. Desde el año 2005 hasta el 2007 (que fue el último año completo que funcionó el TCB)

hubo una tendencia a la baja. No obstante, aun cuando las cifras hayan disminuido desde el 2005, comparativamente hablando, estas son mucho mayores que las de los recursos constitucionales tramitados antes de la creación del TCB.¹¹⁰

GRAFICO NO. 1: EFECTOS DE LAS MODIFICACIONES AL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL



FUENTE: ZAPATA VÁSQUEZ.

Las conclusiones a las que arriba el Dr. Zapata se podrían resumir como sigue:

1) Si bien el objetivo de acceso a la justicia era la meta a lograr, se evidenciaba que el problema organizacional de la justicia constitucional se manifestó en la mora procesal. ¿Cómo se resolvió esta realidad entre la mora procesal y el derecho de acceso a la justicia?

2) Desde el punto de vista jurídico fue escogido, el peor camino de salida, se priorizó bajar la mora procesal en detrimento del acceso a la justicia y de la protección constitucional de los derechos fundamentales. Para el logro de

¹¹⁰ Idem.

este objetivo se utilizó la vía jurisprudenciales: con “innovaciones de procedimiento” y “medidas de fortalecimiento de la Comisión de Admisión” a fin de desincentivar a los ciudadanos, dificultando el acceso y tratamiento del Recurso de Amparo Constitucional.¹¹¹ La secuencia de estas restricciones para disminuir la mora judicial del Tribunal Constitucional fue la siguiente: (el símbolo ¶ a la izquierda indica que favorece al derecho fundamental, el símbolo ¶ al centro de la matriz indica neutralidad, el símbolo ¶ a la derecha indica que favorece a la economía procesal preferente mente)

TABLA 8: MODIFICACIONES PROCESALES AL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL (RAC) PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

¹¹¹ Cfr. Zapata Vasquez, Informe del Tribunal Constitucional 2005-2006

Fin: Derecho fundamental	Principio de Subsidiariedad	Fin: Economía Procesal
¶	Art. 19 CPE Abrog. No establece criterio	
	Art. 94 Ley 1836 del Tribunal Constitucional Debe presentarse luego de agotados todos los recursos ordinarios ¶	
	S/C 1337 /2003 (15-09-2003) Establece reglas y subreglas de improcedencia de amparo por subsidiariedad: 1. Las autoridades judiciales o administrativas no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre un asunto porque la parte no ha utilizado un medio de defensa ni ha planteado recurso alguno. 2. Las autoridades judiciales o administrativas pudieron haber tenido o tienen la posibilidad de pronunciarse, porque la parte utilizó recursos y medios de defensa.	¶
	S/C 090/2007 (23-04-2007) Redefine el entendimiento sobre subsidiariedad El (R A C) debe presentarse luego de agotados todos los recursos previos existentes. El proceso ordinario se considera como uno de esos recursos previos. El Tribunal fundamenta el rechazo de RAC con el argumento de que el caso objeto de recurso puede demandarse en proceso ordinario.	¶

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: ZAPATA

Como puede apreciarse la Constitución y la Ley no establecen restricciones, en cambio las Sentencias Constitucionales (SS/CC) crean vías de neutralización: si no presento o si presento son criterios de neutralización en la Sentencia Constitucional (S/C) 1337 /2003. En la S/C 090/2007 se desnaturaliza en principio de inmediatez del que gozan los derechos fundamentales ante la amenaza o restricción de actos ilegales u omisiones indebidas.

TABLA 9: MODIFICACIONES PROCESALES AL (RAC) PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

Fin: derecho fundamental	Principio de Inmediatez	Fin: Economía Procesal
¶	Art. 19 CPE Abrog. No establece criterio.	
¶	Ley 1836 No establece criterio.	
	S/C 101/2000 (04-02-2000) "El TCB ha decidido que el (RAC) debe presentarse en el plazo de 6 meses. Más allá de ese plazo, los tribunales de recurso deben rechazar los pedidos presentados"	¶
	S/C 1149/2006 (16-11-2006) Redefine lo que debe entenderse por inmediatez "la inmediatez no sólo debe ser entendida como la no interposición del (RAC) dentro del plazo de seis meses conforme lo previsto por la jurisprudencia de este Tribunal, sino... (como) la utilización discontinua o esporádica de los medios y recursos previos a la interposición del amparo."	¶

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: ZAPATA

Por la naturaleza del Amparo Constitucional, instituir plazo para la procedencia del Amparo Constitucional podría calificarse como un indicar neutro o de simple positivización que obliga a la persona a una reacción inmediata ante el acto ilegal u omisión indebida. De ahí a coartar la utilización de recursos sean estos esporádicos o discontinuos si están previstos en el ordenamiento legal como garantía de debido proceso es sustancialmente diferente. La restricción establecida en la S/C 1149/2006 (16-11-2006) es violatoria, por mucho que provenga del Tribunal Constitucional.

TABLA 10: IMPROCEDENCIA DEL RECURSO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AMPARO CONSTITUCIONAL

Derecho fundamental	Improcedencia del Recurso INCIDENTAL de Inconstitucionalidad en Amparo Constitucional	Economía Procesal
¶	Art. 19 CPE Abrog. ...concederá el amparo solicitado siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías..	
	Art.96 Ley 1836 Tres causales de improcedencia ¶	
	S/C 505/05 (10-05-2005) Improcedencia <i>In limine</i> Los recursos que no cumplan lo establecido por el art. 96 LTC son improcedentes " <i>in limine</i> " (es decir, los tribunales deben rechazar el RAC sin decidir "en el fondo" del asunto). La revisión del fallo que rechaza " <i>in limine</i> " debe estar a cargo de la Comisión de Admisión del TCB, ya no del pleno del TCB.*	¶ (500) ¶
El Dr. Zapata ha encontrado por lo menos 500 resoluciones que " <i>rechazan in limine</i> " Recursos de Amparo Constitucional		

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: ZAPATA

La S/C 505/05 (10-05-2005) excede el ámbito de competencias del Tribunal Constitucional (TC) cuando delega a la Comisión de Admisión atribuciones que le están encomendadas por la Constitución, siendo inadmisibles que emergencias de economía procesal se impongan por sobre mandatos de la Constitución. No encontramos en el Art.96 una causal de improcedencia "*in limine*".

Art. 96 (IMPROCEDENCIA) El Recurso de Amparo no procederá contra:

1.- Las Resoluciones cuya ejecución estuviere suspendida por efecto de algún medio de defensa o recurso ordinario o extraordinario interpuesto con anterioridad por el recurrente y en cuya virtud pudieran ser revisadas, modificadas, revocadas o anuladas.

2.- Cuando se hubiere interpuesto anteriormente un recurso constitucional con identidad de sujeto, objeto y causa y contra los actos consentidos libre y expresamente o cuando hubieren cesado los efectos del acto reclamado.

3.- Las resoluciones judiciales que por cualquier otro recurso puedan ser modificadas o suprimidas aun cuando no se haya hecho uso oportuno de dicho recurso.

**TABLA 11: REVISIÓN FALLO - TRIBUNAL GARANTÍAS
COMISIÓN DE ADMISIÓN VERSUS TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

Derecho fundamental	Revisión fallo Tribunal Garantías por el Tribunal Constitucional	Economía Procesal
¶	<p>Art. 19 CPE Abrog. La autoridad judicial..., elevando de oficio su resolución ante el Tribunal Constitucional para su revisión, en el plazo de veinticuatro horas.</p>	
	<p>S/C 107/2006 -07-04-2006 Improcedencia <i>in limine</i>: Si el tribunal de recurso rechaza "in limine" un RAC, se debe enviar la decisión para revisión ante el TCB sí, y solo si, lo solicita el recurrente: "la revisión de las resoluciones de rechazo o improcedencia, por parte de la Comisión de Admisión, será viable únicamente, cuando el o los recurrentes impugnen...; de no darse esta circunstancia, no se abre la competencia de la Comisión de Admisión para realizar dicha revisión"</p>	¶

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: ZAPATA

Sin modificar la Constitución ni la Ley 1836, se procede a modificar jurisprudencialmente el procedimiento de Amparo Constitucional, que por cierto en Bolivia el procedimiento, de notificación, audiencia, sentencia y revisión de sentencia, se halla incluido en la propia Constitución.

El Art. 19 CPE párrafo (IV) Abrog., vigente en ese momento disponía: La resolución final se pronunciará en audiencia pública.... La autoridad judicial..., elevando de oficio su resolución ante el Tribunal Constitucional para su revisión, en el plazo de veinticuatro horas.

Jurisprudencia que contradice la Constitución en los siguientes aspectos:

- 1) Viola porque establece improcedencia *in limine* y rechazo *ad ports* sin análisis en el fondo pudiendo declarar improcedencia en sentencia motivada.
- 2) Viola porque determina que en caso de improcedencia *in limine* será la Comisión de Admisión y no el Tribunal el que resuelva.
- 3) Viola flagrantemente el procedimiento de la revisión de Sentencia de Amparo de oficio por mandato constitucional es convertida a pedido de parte.

Tres violaciones inadmisibles, que sin contar con habilitación constitucional ni legal alguna como afirma el Dr. Zapata fueron aplicadas, en por lo menos 500 causas, de lo que se puede concluir que en 500 causas se violentó el mandato constitucional de debido proceso y seguridad jurídica, independiente de cómo fueron administrados los derechos fundamentales incoados.

“Iniciada la actividad del Tribunal Constitucional se estableció la primera restricción presentación del Recurso de Amparo Constitucional en el plazo de seis meses del acto ilegal o la omisión indebida. En los años 2004 a 2006 se implementaron y aplicaron sistemáticamente las medidas restrictivas detalladas en el cuadro 8 de ahí que se aprecia la disminución de casos de 1.546 a 1.504 en la gestión 2005 , a 1.332 en la gestión 2006 . Aplicando reglas y subreglas jurisprudenciales de admisión, rechazo *in limine* y *ad portas*, modificación principios de inmediatez y de subsidiariedad y delegación de atribuciones el Tribunal Constitucional paso de resolver 101 casos el 2005 a resolver 433 el 2006 y 307 el 2007.”¹¹²

Las evidencias que nos presenta el trabajo del Dr. Zapata son enriquecedoras, los tribunales de garantías constitucionales y el propio Tribunal

¹¹² Zapata Vasquez Neyer. Informe del Tribunal Constitucional 2005-2006

Constitucional en Bolivia ha priorizado la economía procesal bajando la mora procesal a un costo sustancial cuestionable: sacrificando los principios de la justicia constitucional y evitando resolver en el fondo los derechos y garantías constitucionales de las personas.

Se ha encontrado en la presente investigación que las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, tampoco han guardado coherencia en un mismo período de tiempo violentando el derecho de igualdad ante la ley.

**TABLA 12: ¿DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY?
SUBSIDIARIEDAD / TUTELA EFICAZ**

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	PRINCIPIO DE TUTELA EFICAZ
Sentencias Constitucionales en las se rechaza conceder Amparo Constitucional si no se han agotado previamente todos los recursos ordinarios que el orden jurídico dispensa a los recurrentes. Aplicando el principio de subsidiariedad.	Sentencias en la que se admite de forma excepcional el Recurso de Amparo Constitucional pese a no haberse agotado la vía administrativa o judicial por razón de evitar lesión irreparable aplicando el principio de tutela eficaz.
SC 1353/2001	SC 462/2003
SC 725/2003	SC 301/2003
SC 834/2003	SC 657/2003
SC 910/2003	SC 119/2003
SC 1032/2003	SC 142/2003

ELABORACIÓN PROPIA

¿Cuál es justificación de esta disparidad jurisprudencial en el mismo período de tiempo? ¿Falta de comunicación e información entre los miembros del Tribunal Constitucional? ¿Cambio de criterio personal del o de los Magistrados que emiten su voto de conformidad en forma contradictoria dependiendo del caso o de los sujetos procesales? Haciendo abstracción de las causas de la incoherencia jurisprudencial la situación real es que los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales quedan en el limbo dentro del propio seno del Tribunal Constitucional.

Las líneas jurisprudenciales sobre la subsidiariedad del Amparo Constitucional, varían dentro del mismo período, se deja a la discrecionalidad de los miembros de la Comisión de Admisión que presionados por las circunstancias de mora procesal o simplemente por compatibilidad circunstancial, modifican las líneas jurisprudenciales.

En resguardo de los derechos fundamentales, de las garantías de debido proceso, seguridad jurídica, tutela eficaz y de los principios constitucionales la modificación o el cambio de línea jurisprudencial debía en primer lugar contar con una justificación de número de casos o situaciones presentadas, motivación general en base a informes como los de las asociaciones de profesionales, expertos en la materia, criterio de jurisprudencia y finalmente debería la Ley prever la votación unánime del pleno de los miembros del Tribunal Constitucional y no el simple acuerdo de los miembros de turno de la Comisión de Admisión, esto si se quiere en el futuro precautelar el principio de igualdad procesal.

Para la presente tesis se ha investigado la evolución y el desarrollo de las líneas jurisprudenciales respecto de los Recursos Incidentales de Inconstitucionalidad / Acciones de Inconstitucionalidad Concreta interpuesto simultáneamente o paralelamente con el Recurso de Amparo Constitucional.

Antes de ingresar a analizar las líneas jurisprudenciales y sus modificaciones sobre el tratamiento que se da al Recurso / Acción de Inconstitucionalidad Concreta impetrado a través del Recurso de Amparo Constitucional.

Es preciso aclarar que el control de constitucionalidad previsto desde la primera Constitución boliviana 1826 se redactado en los siguientes términos:

“Art.110 Son atribuciones de la Corte Suprema (8) Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar al Ejecutivo para que promueva la conveniente declaración de las Cámaras.”

De lo que se deduce que la Corte Suprema era una especie de intermediador para que las cámaras expresen su opinión, sin lugar a duda era la fiel expresión del Estado Legislativo. Las Constituciones de 1831, 1834, 1839 conservan la misma redacción, es la Constitución de 1861 instituyó el control de constitucionalidad en los siguientes términos Art. 65. Son atribuciones de la Corte de Casación, a más de las que le señalan las leyes: (2) Conocer de los negocios de puro derecho cuya decisión dependa de la constitucionalidad de las leyes. La Constitución de 1868 y 1878 en los arts. 79 (2) y 82 (2) Conocer de los negocios de puro derecho cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes. Es evidente que no sólo debía la Corte manifestarse sobre la constitucionalidad sino también sobre la inconstitucionalidad. La Constitución de 1878 Art. 111 (2) Conocer de los negocios de puro derecho cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones. El control de constitucionalidad se ampliaba a todo el marco productor de normas incluyendo decretos y demás resoluciones. Las Constituciones de 1938, 1945, 1947, 1961 contemplan la misma redacción.¹¹³

La Constitución de 1967 refleja la redacción utilizada hasta entonces, el Art. 127 estableció: Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, además de las señaladas por ley inciso (5) Conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones. Fue en el Código de Procedimiento Civil D.L 10575 del 10 de noviembre 1972 en el que se determinó el trámite y resolución, quedó legislado el control de constitucionalidad, como proceso de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad regido por los Art. 754 al 757 del Procedimiento Civil, Título VII De los procesos y recursos previstos en la Constitución Política del Estado. El Art. 754 establecía la procedencia:

¹¹³ Marcelo Galindo de Ugarte. Constituciones Bolivianas Comparadas. 1826-1967. Ed. Amigos del Libro. La Paz- Cochabamba.1991. Pág.478-495.

Toda persona que se creyere agraviada por los efectos de una ley, decreto, o cualquier género de resolución, podrá ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia demandando se declare la inaplicabilidad de aquellas disposiciones por inconstitucionalidad y se restauren sus derechos.

Como ya se ha expresado, precedentemente es en la reforma constitucional de 1993-1995 que Bolivia instituye el Tribunal Constitucional, como instancia de control de constitucionalidad transfiriendo al reciente Tribunal la atribución ejercida hasta entonces por la Corte Suprema de Justicia. En el Art. 120 expresaba: Son atribuciones del Tribunal Constitucional conocer y resolver: (1) En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto remedial, sólo podrán interponerla el Presidente de la República, o cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de la República y el Defensor del Pueblo.

Reforma constitucional que estableció claramente el control abstracto denominado directo, el control incidental o llamado indirecto fue regulado por la Ley 1836 de 1 de abril de 1998, en realidad fue la encargada de imprimir los procedimientos de ambos recursos reconocidos en la Constitución. En correspondencia a la reforma constitucional 2009, la Ley 1836 ha sido sustituida por la Ley 027 de 6 de julio 2010.

El Art.202 del texto constitucional refrendado prevé “Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional 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 las leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o el Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados. Legisladoras y legisladores y máximas autoridades ejecutivas de las entidades

territoriales. El Art. 109 de la Ley 027 establece: La Acción de Inconstitucionalidad Concreta procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales aplicables a aquellos procesos. Esta Acción será promovida por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte.

Establecida la evolución del control de constitucionalidad previsto en el texto constitucional refrendado y la Ley del Tribunal Constitucional, habiéndose promulgado recientemente el Código Procesal Constitucional.

En resumen la Acción de Inconstitucionalidad Concreta antes (RII) será promovida por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte, dentro de procesos administrativo o judicial donde surja la duda razonable sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma a ser aplicada.

A las vicisitudes que ha enfrentado el Amparo Constitucional, para aliviar la carga procesal, apartándose de objeto, reflexionemos sobre una vertiente más : el tratamiento que ha recibido la interposición de (RII / AIC) dentro del Recurso/Acción de Amparo Constitucional.

En la tabla 13 se compara disposiciones legales y líneas jurisprudenciales en referencia a la posibilidad de interponer el Recurso Incidental de Inconstitucionalidad (RII) /Acción de Inconstitucionalidad Concreta (AIC) en Recurso / Acción de Amparo Constitucional previstas en las disposiciones de la Ley 1836, la jurisprudencia, la Ley 027 y la Ley 254 del 05 de Julio de 2012 Código Procesal Constitucional. : (El símbolo ¶ a la izquierda indica que favorece al derecho fundamental, el símbolo ¶ al centro de la matriz indica neutralidad, el símbolo ¶ a la derecha indica que favorece a la economía procesal preferente mente)

**TABLA 13: LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE ADMISIÓN DE (RII) / (AIC)
EN AMPARO CONSTITUCIONAL**

Derecho fundamental	Ley 1836 No legisla la posibilidad ¶	Economía procesal
¶	Acuerdo Constitucional 105/2000 12/IX/ 2000 Es posible que el (RII) pueda ser promovido dentro del RAC cuando éste ha sido interpuesto previamente y es admitido, debiendo ser deducido el recurso incidental en forma posterior y por separado	
¶	S/C 0664/2003 siempre que sea deducido el RII en forma posterior y por separado	
	A/C 0263/2010-CA se modifica la línea jurisprudencial y se ordena a los Tribunales de Amparo rechazo “ad portas”	
	Ley 027 Art.43 determina la prohibición de interponer dentro de las acciones constitucionales la (AIC)	

ELABORACIÓN PROPIA

Realizadas estas consideraciones observemos en la matriz (infra) tanto el comportamiento del Tribunal de Garantías, como de la Comisión de Admisión y del propio Tribunal Constitucional, de los 10 casos en los que se presenta la dualidad de los recursos, situación no prevista en la Ley del Tribunal Constitucional N° 1836 cuál es que dentro de un Recurso / Acción de Amparo Constitucional se invoque el Recurso/Acción de Inconstitucionalidad Incidental o Concreta situación resuelta por el Acuerdo Constitucional 105/2000.

TABLA 14: RII / AIC EN AMPARO CONSTITUCIONAL

Caso	Tribunal Garantías	Comisión Admisión	Tribunal Constitucional
1) S/C 664/03 Exp-06297-12-RAC	Rechaza RII Niega RAC	Aprueba -I Rechazo RII Revoca y Admite RAC	RII no cumple los requisitos Acuerdo Constitucional 105/00
2) A/C 222/04 Exp-08739-18- RII	Rechaza	Devolución Anula Sentencia , suspende emisión del fallo hasta que se pronuncie Tribunal Constitucional	
3) S/C 0082/04 Exp-08739-18- RII	Rechaza	Revoca	Infundado
4) A/C 346/06 Exp-14205-29 RII	Rechaza	Aprueba - Rechazo RII	
5) A/C281/07 Exp-15956-32 RII	Admite	Devolución	
6) A/C 344/07 Exp-15956-32 RII	Admite	Admite	Constitucionalidad
7) A/C453/2007 Exp-16501-34 RII	Admite	Devolución	
8) A/C 0036/10 Exp-16501-34 RII	Promueve	Revoca - Rechaza Imposibilidad de ingresar al análisis de fondo, corresponde el rechazo del incidente de inconstitucionalidad por basarse en preceptos de la Constitución abrogada	
9) A/C 319/2007 Exp-15684-32 RII	Rechaza	Aprueba -Rechazo	
10) A/C 0257/10 Exp-17922-36 RII	Rechaza	Aprueba- Rechazo	
11) A/C 0263/10 Exp-17907-36 RII	Rechaza	El tribunal de garantías no tiene atribución para rechazar ni admitir solo para promover. Se cambia línea jurisprudencial establecida por SC664/03 No es posible interponer RII. De ser presentado antes o en audiencia de ser rechaza "AD PORTAS" sin que la autoridad jurisdiccional analice sin contiene lo exigido Art. 60 LTC, corra traslado menos envíe al Tribunal Constitucional.	
12) A/C0258/10 Exp-17948-36 RII	Rechazo	Aprueba Rechazo	
10) SC 0025/10 Exp-16335-33 RII Voto disidente	Rechazo	Revoca Admite	Improcedente en mérito a AC 0321/2010-CA

Como puede constatarse: en dos casos (4) y (5) en los que el Tribunal de Garantías admite promover el RII se produce devolución, por falta de motivación del Auto de admisión del Tribunal de Garantías cuando debió mandato de la Ley pasar al Tribunal Constitucional.

En el caso (5) el Tribunal de Garantía reitera su posición pero la Comisión revoca dicha admisión y rechaza el RII.

A la inversa los casos 10) y 2) la Comisión de Admisión revoca el rechazo del Tribunal de Garantías, admitiendo el Recurso. Sin embargo el Tribunal Constitucional declara en un caso Improcedente y en otro Infundado. En resumen se rechaza en el fondo el Recurso, percibiendo sin embargo que el criterio de la Comisión de Admisión es contrario al criterio del Pleno de Tribunal.

En seis de los casos (1) (3) (6) (7) (8) y (9) el Tribunal de Garantías rechaza el Recurso y la Comisión de Admisión aprueba el Rechazo.

El caso 8) corresponde al Auto Constitucional 0263/10 el mismo es muy peculiar debido a que un Auto Constitucional cambia la línea jurisprudencia de una Sentencia Constitucional determinando el Rechazo *Ad Portas* de Recurso Incidental de Inconstitucionalidad en Acción Amparo Constitucional ya sea planteado antes o durante la audiencia de amparo, ordenando no correr en traslado a la otra parte, menos enviar en consulta al Tribunal Constitucional. En el mismo auto la Comisión en un tono de reprimenda hacia el Tribunal de Garantías determina que el Tribunal Garantías ni admite ni rechaza sólo promueve los Recursos de Incidentalidad, observación o reprimenda, no es sólo cuestión de terminología en nuestro criterio.

Sólo en el caso (4) existe un pronunciamiento en el fondo por parte del Tribunal Constitucional. La Sentencia Constitucional 0047/2007 12 de diciembre de 2007, Expediente: 2007-15956-32-RII, declara la constitucionalidad de la norma impugnada.

En el caso (2) A/C 222/2004-CA 15 de abril de 2004, Expediente: 2004-08739-18-RII el Tribunal de Garantías Rechaza ambos recursos. La Comisión de Admisión incluso anula el fallo del Amparo Constitucional emitido por el Tribunal de Garantías. Regularizado el proceso, el Tribunal Garantías vuelve a rechazar el RII, la Comisión Revoca y Admite en S/C 0082/2004 Sucre, 30 de julio de 2004 el Tribunal declara Infundado, sin pronunciarse el fondo que es la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la norma impugnada. El resumen de la situación procesal es la siguiente:

En sólo uno de los diez casos el Tribunal se pronuncia sobre el fondo, es decir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, en una relación de 1 a 9.

En cuatro de los diez casos, ya sea si el recurso fue admitido por el Tribunal de Garantías o rechazado por el Tribunal de Garantías y revocado por la Comisión de Admisión, franqueada la admisión el Tribunal Constitucional tenía la obligación constitucional de emitir sentencia constitucional declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, en consecuencia debíamos estar ante cuatro sentencias y no una sola Sentencia, que resuelve la cuestión de supremacía constitucional, dando una relación de 1 a 3.

Esta relación de 1 a 9 y de 1 a 3, obliga a buscar respuestas a favor de los derechos y garantías fundamentales de las personas, estableciendo mecanismos de protección de los derechos fundamentales que emerjan del propio Derecho.

El atropello a los derechos de seguridad jurídica ha sido de tal magnitud, que incluso el Tribunal Constitucional mediante Auto Constitucional N° 263/10 autoriza retroactividad:

“ (...) no es posible la interposición del recurso o acción indirecta o incidental de inconstitucionalidad; el cual, en caso de ser presentado, ante los jueces y tribunales de garantías, sea antes o en audiencia, corresponderá ser

rechazado “*ad portas*”, es decir, de inmediato, sin que la autoridad jurisdiccional analice si contiene o no lo exigido por el art. 60 de la LTC, corra en traslado el incidente y menos envíe en consulta ante el Tribunal Constitucional, ya que una vez admitido el recurso de amparo, conforme los arts. 100 y 101 de la LTC corresponde fijar día y hora de audiencia, la cual deberá realizarse indefectiblemente hasta concluir con el pronunciamiento de la resolución final. El entendimiento precedentemente expuesto, corresponde ser aplicado no sólo a casos futuros, sino también a los que están en trámite en este momento ante la Comisión de Admisión”.¹¹⁴

Sobre este aspecto, la SC 1135/2006-R de 13 de noviembre, luego de un análisis sobre si rige o no la aplicación del principio de irretroactividad para la jurisprudencia constitucional, partiendo de la SSCC 1426/2005-R y 0076/2005 concluyó que: “...las Sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional, al constituirse en un medio por el cual la Ley Fundamental desplaza su eficacia general, no están regidas por el art. 33 de la CPE, que establece el principio de irretroactividad de las leyes, sino que tienen validez plena en el tiempo; lo que significa que los razonamientos de las Resoluciones constitucionales pueden ser aplicados en los procesos que están en curso; es decir, en aquellos que no tienen calidad de cosa juzgada, sin importar que los hechos a los que ha de aplicarse el entendimiento jurisprudencial hubieren acaecido con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

La exposición de motivos del Auto Constitucional pone en descubierto: 1) que se ha relativizado el examen de constitucionalidad de disposiciones legales, incluso cuando las autoridades judiciales en este caso Tribunales de Garantías encuentra fundadas dudas sobre la constitucionalidad de las disposiciones a aplicar en caso concreto, esta relativización arrastra consiguió que principios constitucionales como la ley anterior al proceso, irretroactividad de la ley que hacen a la garantía de seguridad jurídica quede derrumbada en el mejor de los casos. 2) que la Comisión Admisión, está realizando actividad

¹¹⁴ BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. Auto Constitucional N° 263/10

jurisdiccionales, constituyéndose en un pequeño gran Tribunal Constitucional, debido a que el procedimiento establecido para la tramitación del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad contemplaba en la Ley 1836 el siguiente procedimiento: Si la autoridad o juez dentro el proceso judicial y administrativo admitían el Recurso de Inconstitucionalidad la función de la Comisión era la de distribuir por sorteo el caso. 3) La Ley del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional otorgan a la Comisión de Admisión la posibilidad de revocar la admisión inicial y ser el criterio de la Comisión la que prevalezca, negando en los hechos, que las leyes y disposiciones inferiores rindan examen de constitucionalidad. (El símbolo ¶ a la izquierda indica que favorece al derecho fundamental, el símbolo ¶ al centro de la matriz indica neutralidad, el símbolo ¶ a la derecha indica que favorece a la economía procesal preferente mente)

TABLA 15: RESUMEN CUADRO 16: RII / AIC EN AMPARO CONSTITUCIONAL

Fin: derecho fundamental	Posibilidad de (RII/AIC)	Fin: Economía Procesal
1)	S/C 664/03 Exp-06297-12-RAC RII no cumple los requisitos Acuerdo Constitucional 105/00	¶
2) ¶	A/C 222/04 Exp-08739-18- RII Devolución Anula Sentencia , suspende emisión del fallo hasta que se pronuncie Tribunal Constitucional	
3)	S/C 0082/04 Exp-08739-18- RII	¶
4)	A/C 346/06 Exp-14205-29 RII	¶
5) ¶	A/C281/07 Exp-15956-32 RII Devolución	
6)	A/C 344/07 Exp-15956-32 RII	¶
7) ¶	A/C453/2007 Exp-16501-34 RII	

8)	A/C 0036/10 Exp-16501-34 Rll Imposibilidad de ingresar al análisis de fondo, corresponde el rechazo del incidente de inconstitucionalidad por basarse en preceptos de la Constitución abrogada.	¶
9)	A/C 319/2007 Exp-15684-32 Rll	¶
10)	A/C 0257/10 Exp-17922-36 Rll	¶
11)	A/C 0263/10 Exp-17907-36 Rll El tribunal de garantías no tiene atribución para rechazar ni admitir solo para promover. Se cambia línea jurisprudencial establecida por SC664/03 No es posible interponer Rll. De ser presentado antes o en audiencia de ser rechaza "AD PORTAS" sin que la autoridad jurisdiccional analice sin contiene lo exigido Art. 60 LTC, corra traslado menos envíe al Tribunal Constitucional.	¶
12)	A/C0258/10 Exp-17948-36 Rll	¶
13)	SC 0025/10 Exp-16335-33 Rll AC 0321/2010-CA "Dada la naturaleza jurídica de la acción de inconstitucionalidad, y por expresa previsión legal, el rechazo de la solicitud de parte del recurso incidental de inconstitucionalidad, no suspende el proceso judicial o administrativo, ni impide la dictación de la resolución o sentencia". Voto Disidente	¶

ELABORACIÓN PROPIA

2.1.1. Función de la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional boliviano, se organizó conformando de entre sus miembros por turno la Comisión de Admisión, por lo que imprescindible establecer las atribuciones de la mencionada Comisión en el Recurso/ Acción de Inconstitucionalidad Concreto. Los cuadros que a continuación se presentan muestra, los pasos que siguen por la autoridad, por la Comisión de Admisión y el Tribunal Constitucional tanto en caso de admisión como en el caso de rechazo, presentándose comparativamente lo previsto en la Ley 1836 como en la Ley 027, esto en razón al periodo seleccionado de junio 1999 a agosto 2011.

TABLA 16: FUNCIÓN DE LA COMISIÓN EN CASO DE ADMISION DEL RECURSO/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA



	Autoridad Judicial o Administrativa En caso de Admisión	Comisión Admisión		Tribunal Constitucional
Ley 1836	Prosecución de la tramitación del proceso hasta el estado de dictar Sentencia o Resolución Final	Distribuir directamente por sorteo las causas admitidas		Dicta sentencia en el plazo de treinta días
Ley 027	Prosecución de la tramitación del proceso hasta el estado de dictar Sentencia o Resolución Final	Admitirlas	Distribuir por sorteo las causas	Dicta sentencia en el plazo de treinta días

ELABORACIÓN PROPIA

La ley 027 es atentatoria del mandato otorgado a las personas, jueces, tribunales y autoridades de precautelar la supremacía constitucional (Art. 410) del texto constitucional refrendado control difuso. La autoridad judicial o administrativa que admita el RII sea a instancia de parte o de oficio por tener la autoridad duda sobre la constitucionalidad de la norma a aplicar tendrá que ser admitida previamente por la Comisión de Admisión, procedimiento que evita que pase al pleno del Tribunal para fallar en el fondo convirtiendo a la Comisión de Admisión en un pequeño Gran Tribunal.

De igual manera, la tabla 17 nos muestra los pasos que se siguen en caso de rechazo del Recurso de Inconstitucionalidad dentro de proceso judicial o administrativo incoado a petición de las partes involucradas.

TABLA 17: FUNCION DE LA COMISION DE ADMISION EN CASO DE RECHAZO POR AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA

	Autoridad Judicial o Administrativa En caso de Rechazo	Comisión de Admisión	Votos	Conclusión	
Ley 1836	Prosecución proceso la consulta no suspenderá la tramitación del proceso	Resuelve aprobando rechazo o revocando.	Rechazo por unanimidad	Con el Auto Constitucional	Recurso de Reposición en caso de Rechazo resuelve la propia Comisión reposición que debe resolverse en el plazo de diez días
LLey 027	Prosecución proceso la consulta no suspenderá la tramitación del proceso	Resuelve aprobando o revocando	No específica	Con el Auto Constitucional	Recurso de queja ante el pleno del Tribunal Constitucional que debe resolver en el plazo de cinco días

ELABORACIÓN PROPIA

Comparando los Artículos de la Ley 1836 y la Ley 027 es fácil comprobar que ambas disposiciones legales, regulan de igual forma la procedencia, el criterio de oportunidad, la sustentación del incidente, prosecución de trámite. Salvo la denominación del Recurso/Acción situación muy distinta, cuando el Tribunal de Garantías Admite realizando un cuasi control difuso. Se transcriben los artículos de ambas disposiciones.

Ley 1836 de 1 de abril de 1998

Art. 59.- RECURSO INDIRECTO O INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD.- El recurso indirecto o incidental procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial aplicable a aquellos procesos. Este recurso será promovido por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte.

Ley 027 de 6 de julio 2010

Art. 109. (OBJETO).

La Acción de Inconstitucionalidad Concreta procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales aplicables a aquellos procesos. Esta Acción será promovida por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte.

Ley 1836 de 1 de abril de 1998

Art. 61.- OPORTUNIDAD.- El recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad podrá ser presentado por una sola vez en cualquier estado de la tramitación del proceso judicial o administrativo, aún en recurso de casación y jerárquico, antes de la ejecutoria de la sentencia

Ley 027 de 6 de julio 2010

Art. 111. (OPORTUNIDAD)

La Acción de Inconstitucionalidad Concreta podrá ser presentada por una sola vez en cualquier estado de la tramitación del proceso judicial o administrativo, aun en recurso de casación y jerárquico, antes de la ejecutoria de la sentencia.

Ley 1836 de 1 de abril de 1998

Art. 62.- SUSTANCIACION DEL INCIDENTE.- Interpuesto el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, el juez, tribunal o autoridad administrativa que conoce la causa correrá en traslado dentro de las veinticuatro horas siguientes para que sea contestado en tercero día de notificada la parte. Con respuesta o sin ella, en igual plazo, pronunciará resolución.

1.- Rechazando el incidente si lo encuentra manifiestamente infundado, en cuyo caso proseguirá la tramitación de la causa. La resolución de rechazo será elevada en consulta, de oficio al Tribunal Constitucional, en el plazo de 24 horas.

2.- Admitiendo el incidente mediante auto motivado, en cuyo caso dispondrá se eleve ante el Tribunal Constitucional fotocopias legalizadas de las piezas pertinentes, con nota de cortesía, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Ley 027 de 6 de julio 2010

Art. 112. (SUSTANCIACIÓN).

- I. Interpuesta la Acción de Inconstitucionalidad Concreta, la jueza, juez, tribunal o autoridad administrativa que conoce la causa correrá en traslado dentro de las veinticuatro horas siguientes, para que sea contestada dentro del tercer día de notificada la parte.
- II. Con respuesta o sin ella, en igual plazo pronunciará resolución, que podrá:
 1. Rechazar la Acción si lo encuentra manifiestamente infundado, en cuyo caso proseguirá la tramitación de la causa. La resolución de rechazo será elevada en consulta de oficio al Tribunal Constitucional Plurinacional, en el plazo de las veinticuatro horas.
 2. Admitir la Acción mediante auto motivado, en cuyo caso dispondrá se eleven ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, fotocopias legalizadas de las piezas pertinentes, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, bajo responsabilidad penal.

Ley 1836 de 1 de abril de 1998

Art. 63.- PROSECUCION DEL TRÁMITE.- La admisión del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad no suspenderá la tramitación del proceso, el mismo que continuará hasta el estado de pronunciarse sentencia o resolución final que corresponda, mientras se pronuncie el Tribunal Constitucional.

Ley 027 de 6 de julio 2010

Art. 113. (PROSECUCIÓN DEL TRÁMITE).

La admisión de la Acción de Inconstitucionalidad Concreta no suspenderá la tramitación del proceso que continuará hasta el estado de dictar sentencia o resolución final que corresponda, mientras se pronuncia el Tribunal Constitucional Plurinacional

Ley 1836 de 1 de abril de 1998

Art. 64.- PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-

I.- Recibidos los antecedentes del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, éstos pasarán a la Comisión de Admisión para el fin previsto en el numeral 3 del artículo 31 de la presente Ley.

II.- Sorteada la causa, el Tribunal Constitucional pronunciará sentencia en el plazo de treinta días.

III.- La consulta, en caso de rechazo del incidente, será conocida por la Comisión de Admisión la que resolverá sobre su procedencia en el plazo de diez días. Admitido que sea, se observará lo dispuesto en los párrafos anteriores en lo pertinente.

Art. 31. ATRIBUCIONES DE LA COMISION DE ADMISION.- Recibida una demanda, recurso o consulta será puesta en conocimiento de la Comisión de Admisión, cuyas atribuciones son:

3) Distribuir por sorteo las causas admitidas entre los Magistrados del Tribunal;

Ley 027 de 6 de julio 2010

Art. 114. (PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL).

Recibidos los antecedentes de la acción de inconstitucionalidad Concreta, éstos pasarán a la Comisión de Admisión para el fin previsto en la presente Ley.

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional pronunciará sentencia en el plazo

máximo de treinta días, bajo responsabilidad penal.

II. La consulta, en caso de rechazo del incidente, será conocida por la Comisión de Admisión la que resolverá sobre su procedencia en el plazo de diez días.

Admitido que sea, se observará lo dispuesto en los párrafos anteriores en lo pertinente. Admitida la Acción se notificará al órgano emisor de la norma impugnada a objeto de presentar informe o alegatos en el plazo de quince días.

2.1.2. Malestar social contra instituciones públicas

Hay una distinción entre la directriz política y los principios, la directriz propone un objetivo que ha de ser alcanzado y se vincula generalmente con una mejora de algún rasgo económico, político o social de la comunidad. El principio es una exigencia de la justicia, de la equidad o de alguna dimensión de la moralidad.¹¹⁵

Es difícil la medición del malestar social en las sociedades modernas, dicho análisis conlleva índices de: pobreza, de desarrollo, de discriminación, de deslegitimación institucional, de desconstitucionalización, insatisfacción de derechos sociales, de corrupción burocrática, de desconstitucionalización, de desobediencia de la leyes, de incumplimiento de sentencias judiciales, circunstancias que hacen o tienen que ver con el Derecho, nos encontraríamos con sociedades donde las disposiciones y sentencias existen pero no son obedecidas en forma general.

De ahí que algunos filósofos y juristas nos advierten que sus investigaciones y apreciaciones las realizan para sociedades ordenadas, donde el incumplimiento de las disposiciones son la excepción y no la regla. Asumiendo que hay Estados que a partir de los años 90, por lo menos en Latinoamérica, se

¹¹⁵ Gil. Dominguez. Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos. Pág. 52

han producido modificaciones institucionales para el fortalecimiento democrático como resultado a la necesidad de transitar del Estado Legislativo de Derecho hacia el Estado Constitucional, y si bien, para Europa las dos guerras mundiales fueron la causa de evolucionar hacia el Estado Constitucional, en Latinoamérica esa evolución podría identificarse con las reformas que se emprendieron luego de desterrar los gobiernos de facto.

Los problemas, de constitucionalidad de los derechos y garantías, como de institucionalidad democrática en Estados emergentes tropiezan con diversas fuentes de estudio: desde las económicas, sociales, institucionales y jurídicas. Para abordar esta temática de malestar social, se ha elegido tomar dos vertientes informadoras: una fuente social-institucional a través del estudio de Gallup Internacional realizado en cuatro ciudades (La Paz-Cochabamba- Santa Cruz- El Alto) sobre la base de los estudios de 2005 de Cassal & Asoc y datos del 2008 del Ministerio de Justicia, en una muestra aleatoria de 1.328 casos ¹¹⁶ y en el estudio de: “38 años de conflictos sociales en Bolivia”. La otra fuente social-jurídica que es recogida en los informes de la Defensor de Pueblo ambas fuentes nos muestran de forma aproximada, la realidad sobre las falencias institucionales y los reclamos de los derechos más vulnerados en Bolivia en el periodo 2010.

La fuente social- institucional como la hemos denominado, no es nada alentadora, instituciones judiciales (Juzgados y Corte Suprema) y las instituciones públicas (Funcionarios públicos, Policía, Alcaldía, Aduana) son

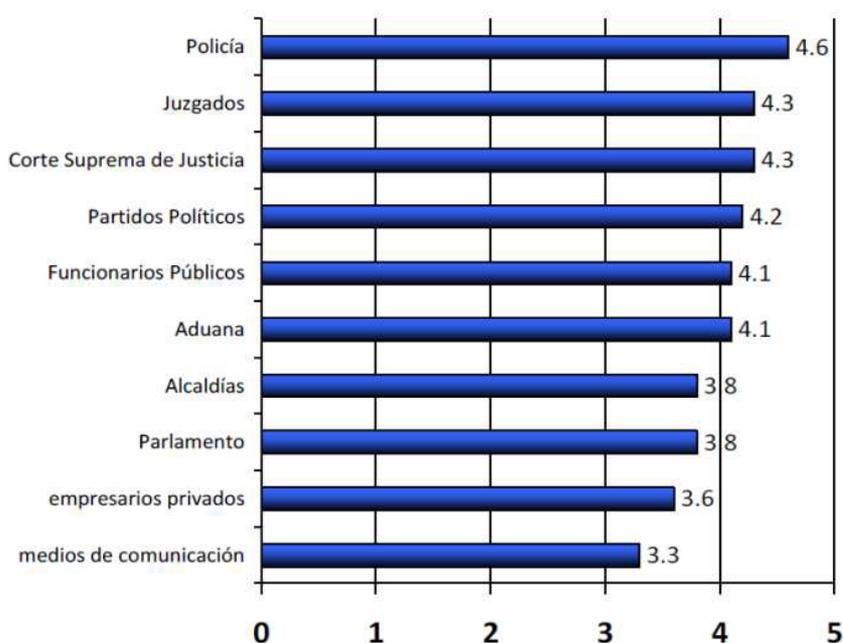
¹¹⁶ Encuestas & Estudios – Gallup International es una firma especializada en cinco temas: Educación, Salud, Democracia, Corrupción y Drogas-Narcotráfico. Desde 1984 desarrolla una serie de evaluaciones sobre esos cinco temas para distintos organismos e instituciones, los mismos que desde 1992 son parte fundamental de la serie **Así Piensan los Bolivianos**.

percibidas como las más corruptas. En ellas las personas desarrollan procesos judiciales y procesos administrativos.

La gráfica (2) expresa la percepción que tienen los bolivianos de la corrupción existente en las instituciones públicas, en una calificación de 1 al 5, tomando el 5 como el grado más elevado de corrupción, este es el panorama de percepción.¹¹⁷

GRAFICO NO. 2: CORRUPCIÓN POR INSTITUCIONES

Percepción de Corrupción por Instituciones (2010)



FUENTE: ENCUESTAS & ESTUDIOS – GALLUP INTERNACIONAL. MARZO 2010

¹¹⁷ ASI PIENSAN LOS BOLIVIANOS N° 142. La corrupción en Bolivia, La Paz- Bolivia, Gallup Internacional. 2010. Pág 6 Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/95686090/Corrupcion-en-Bolivia-Par-Gallup>

El estudio muestra en la gráfica (2) comparativamente la percepción de la corrupción del año 2004 al año 2010.

TABLA 18: TABLA COMPARATIVA DE PERCEPCIÓN 2004-2010

Percepción de Corrupción por Instituciones Comparativa por Años					
	2004	2005	2006	2007	2010
Partidos Políticos	4.9	4.9	4.4	4.4	4.2
Aduana	4.4	4.4	4.1	4.3	4.1
Policía	4.5	4.6	4.4	4.2	4.6
Catastro Urbano o Rural				4.2	
Parlamento	4.6	4.7	4	4.2	3.8
Corte Suprema de Justicia	4.1	4.4	4.3	4.1	4.3
Funcionarios Públicos					4.1
Juzgados	4.1	4.4	4.3	4.1	4.3
Tribunal Constitucional				4.1	
Asamblea Constituyente				4.1	
Alcaldías				3.9	3.8
ONGs (organizaciones no gubernamentales)	2.4	3.1	2.9	3.7	
Servicio de Impuestos Nacionales	3.6	3.5	3.4	3.7	
empresarios privados	3.1	3.2	3.2	3.6	3.6
Prefecturas				3.6	
Fuerzas Armadas	3.6	3.7	3.6	3.5	
Registro Civil	2.9	3.2	3.2	3.5	
Empresa de agua, telefonía o luz eléctrica	2.8	3.1	3	3.3	
medios de comunicación	2.5	3.1	3	3.2	3.3
Servicios médicos	2.8	3.2	3.3	3.2	
Sistema educativo	2.8	3.2	3	3.1	
Iglesia Cristiana o Evangélica			3	3.0	
Iglesia Católica	1.7	2.2	2.1	2.6	
PROMEDIO GLOBAL (ESCALA 1 A 5)	3.43	3.68	3.48	3.71	4.01

FUENTE: ENCUESTAS & ESTUDIOS – GALLUP INTERNACIONAL. MARZO 2010.

Los resultados, expresados comparativamente que abarcan la percepción del 2004- al 2010 ¹¹⁸ permiten extraer las siguientes conclusiones:

a) Sobre la Corte Suprema de Justicia, los Juzgados pesa un alto grado de percepción de corrupción equiparable a percepción sobre la policía y los partidos políticos, con leve tendencia a bajar y repunte inmediato a subir y mantener su posición original.

¹¹⁸ Ibidem. Pág. 7

b) Sobre la percepción del Tribunal Constitucional sin datos previos el 2007 presenta una elevada percepción de corrupción.

c) Los funcionarios públicos: Aduana, Servicios de Impuestos, Catastro, Policía son calificados también por encima del cuarto grado en cuanto a percepción de corrupción.

El estudio sobre la percepción de corrupción en las instituciones bolivianas ha tomado como delimitación a la pequeña corrupción¹¹⁹, o la corrupción administrativa (*petit corruption*) que es pagada por los hogares como se muestra en la tabla 19.

TABLA 19: PERCEPCIÓN DE CORRUPCIÓN SEGÚN HOGARES

Índice de Corrupción por Institución según HOGARES 2010	
Sector	INC _s
Ministerio Público	41.8%
Policía/seguridad	34.9%
Juzgados	30.7%
Alcaldías	29.9%
Aduana	28.3%
Migración	21.7%
Caja Nacional de Salud	21.0%
Derechos Reales	19.1%
Registro Único Automotor	17.6%
Vice Ministerio de tierras	12.7%
Corte Electoral/Registro Civil	11.6%
Vice Ministerio de vivienda	10.6%
Vice Ministerio de defensa	10.2%
Catastro	9.8%
Vice Ministerio de Régimen Interior	9.7%
Establecimientos educativos	9.3%
YPFB/empresas de gas	8.7%
SENASIR	8.3%
Postas o Centros de Salud	8.3%
Empresas de Agua Potable y Alcantarillado	6.9%
Universidades	5.5%
Vice Ministerio de Defensa Civil	2.5%
Fondos (DUF, FNDR, FPS, Fondesif) ²	NE
Otros ³	12.0%
Total	20.7%

FUENTE: ENCUESTAS & ESTUDIOS – GALLUP INTERNACIONAL. MARZO 2010

¹¹⁹ Ibidem. Pág. 13

TABLA 20: PEQUEÑA CORRUPCION

#	Gestiones o Servicios ó Trámites	INC ₂
1	Evitar que un agente de tránsito le saque una multa	67.7%
2	Realizar un trámite para recuperar su automóvil robado	59.8%
3	Evitar que un policía le ponga trampa a su auto o se lo lleve detenido su auto	58.2%
4	Realizar un trámite para pasar sus cosas por la aduana o puesto fronterizo	50.3%
5	Realizar un trámite ante el Ministerio Público para evitar una detención, levantar una denuncia o que se le de seguimiento a un caso	41.8%
6	Hacer un trámite para sacar o meter alguien preso	36.7%
7	Realizar un trámite para recuperar un objeto robado	35.9%
8	Realizar un trámite para obtener la licencia de conducir (brevete)	31.5%
9	Realizar un trámite en un juzgado	30.7%
10	Realizar un trámite para sacar carnet de identidad	30.1%
11	Realizar un trámite para obtener permiso de construcción, demolición, uso de suelos o línea nivel en la alcaldía	29.9%
12	Solicitado una concesión de tierras	27.8%
13	Arreglar para que se atienda con urgencia a un paciente antes de lo que estaba programado	23.2%
14	Realizar un trámite para sacar pasaporte	21.6%
15	Conseguir un certificado de salud para justificar su ausencia o falta	21.0%
16	Realizar un trámite en Derechos Reales	19.1%
17	Regularizar cualquier trámite de su vehículo, motocicleta, camión, micro o minibus	17.6%
18	Nacionalizar un vehículo	15.3%
19	Buscado trabajo en alguna institución del Estado	12.0%
20	Tramitar certificado de nacimiento, defunción, matrimonio o divorcio en el registro civil o corte electoral	11.6%
21	Participado en programas para vivienda social	10.6%
22	Realizar un trámite para obtener la libreta de servicio militar o para no hacer el servicio militar	10.2%
23	Inscribir un hijo (a) en el colegio o escuela	9.9%
24	Realizar un trámite en catastro urbano o rural	9.8%
25	Obtener un permiso para portar armas	9.7%
26	Realizar un trámite para conexión o reconexión del servicio de gas a domicilio	8.7%
27	Ud. o su comunidad/barrio ha solicitado la delimitación de tierras y/o territorios	8.3%
28	Hacer trámites para conseguir su renta de vejez o pensión de jubilado	8.3%
29	Realizar un trámite para obtener certificado de notas en la escuela o colegio	7.3%
30	Realizar un trámite para obtener notas en la universidad	7.0%
31	Realizar un trámite para la conexión o reconexión de agua potable y alcantarillado	6.9%
32	Realizar un trámite para la obtención de un título de bachiller o título universitario	4.8%
33	Para la atención del SUM/Seguro Universal de Salud, ha tenido que sacar una ficha, realizar una consulta o comprar un medicamento	2.6%
34	Ud. o su comunidad han recibido algún tipo de ayuda en caso de desastre natural	2.5%
35	Participar en cualquier programa o proyecto patrocinado por DUF, FPS, FNDR, FONDESIF	NE

■ 10 INC₂ más bajos ■ 10 INC₂ más altos

FUENTE: ENCUESTAS & ESTUDIOS – GALLUP INTERNACIONAL. MARZO 2010

La forma de medir la corrupción de dinero y los efectos que esta tiene en lo social, tarea pendiente en la construcción de cultura ciudadana, las políticas públicas de construcción de ciudadanía con responsabilidad social y de adhesión cultural a los principios del Estado Social de Derecho o Estado Constitucional, va al fracaso ya ha tomado sólo el campo sancionatoria y no el de educación ciudadana mostrando los efectos negativos de la misma. El indicador de Índice Nacional de Corrupción se lo obtiene:¹²⁰

¹²⁰ Ibidem. Pág.15

$$\text{INC} = \frac{\text{Número de veces en las que se dio coima en los servicios}}{\text{Número total de veces en las que se utilizaron los servicios}} \times 100$$

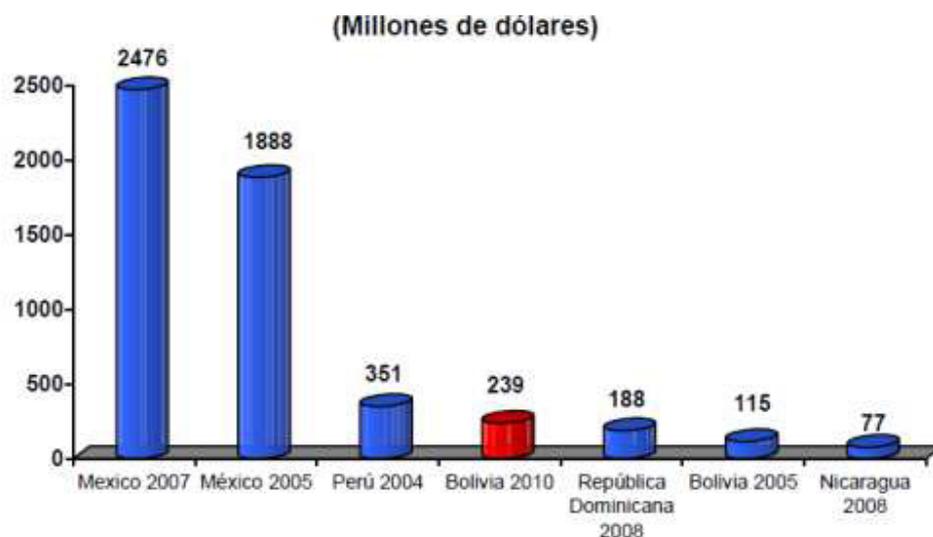
TABLA 21: LA CORRUPCIÓN EN CIFRAS

Monto Involucrado en la Corrupción por Institución en Eje Central (MIC/Sector) 2010 (EN MILLONES)		
Sector	Bs	USD\$
Policía/Seguridad	324.8	45.9
Aduana	228.9	32.4
Migración	115.0	16.3
Juzgados	99.7	14.1
Alcaldías	94.8	13.4
Corte Electoral/Registro Civil	41.0	5.8
Ministerio Público	40.5	5.7
Vice Ministerio de Defensa	21.2	3.0
Universidades	15.1	2.1
SENASIR	13.3	1.9
Establecimientos Educativos	12.3	1.7
Derechos Reales	8.4	1.2
Postas o Centros de salud	8.2	1.2
Registro Único Automotor	6.4	0.9
Caja Nacional de Salud	3.3	0.5
Catastro	2.9	0.4
Empresas de Agua Potable y Alcantarillado	2.5	0.4
Vice Ministerio de Tierras	1.5	0.2
Vice Ministerio de Vivienda	0.8	0.1
Fondos (DUF, FPS, FNDR)	0.5	0.1
Vice Ministerio de Régimen Interior	0.2	0.0
Vice Ministerio de Defensa Civil	0.1	0.0
YPFB/Empresas de gas	0.1	0.0
Otros[2]	70.0	9.9
NACIONAL	1111.5	157.2

FUENTE: ENCUESTAS & ESTUDIOS – GALLUP INTERNACIONAL. MARZO 2010

El monto que los bolivianos pagan en coimas es ciertamente alto. Con este dinero se podría triplicar los sueldos de los 36.000 efectivos que tiene la policía, construir 1.000 postas de salud y duplicar el salario de los maestros.¹²¹ El estudio es sobre la incidencia de la *petit corruption*.

GRAFICO NO. 3: INCREMENTO DE LAS CIFRAS QUE INVOLUCRAN CORRUPCIÓN



CUESTAS & ESTUDIOS – GALLUP INTERNACIONAL. MARZO 2010

En el caso boliviano la medición del año 2005 al 2010 en trámites en que se paga coima ha aumentado en un 42%, el 107% del monto involucrado se da en el área administrativa.

Paralelamente a esta situación, el ciudadano no denuncia estas situaciones, porque la gráfica 7 siente que serviría de nada, le tomaría mucho tiempo, miedo a las represalias, lo hizo pero no gana nada más bien gasta, no sabe cómo hacerlo

¹²¹ Ibidem. Pág. 22

GRAFICO NO. 4: ESTADO DE SITUACIÓN DENUNCIAS CORRUPCIÓN

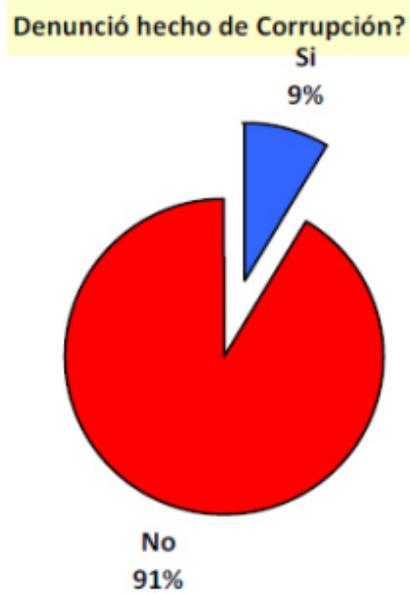
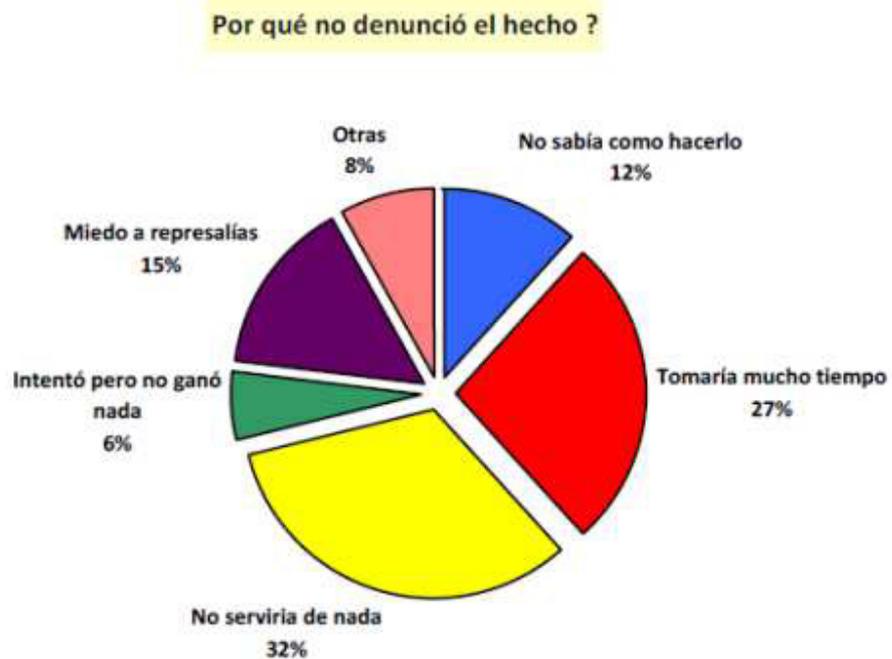


GRAFICO NO. 5: RAZONES DE NO DENUNCIA



FUENTE: ENCUESTAS & ESTUDIOS – GALLUP INTERNACIONAL. MARZO 2010.

El malestar social en Bolivia se ha reflejado en las calles, con manifestaciones, bloqueos, paros, actos de hecho buscando lograr medidas legales o institucionales entre 1970-1982 las principales demandas son sobre temas de política institucional, democracia, Derechos Humanos, a partir de la restauración de la democracia, el detonante fueron de tipo coyuntural contra políticas gubernamentales como la capitalización, reforma educativa, ley de pensiones. Los últimos 9 años la escala de los conflictos son de tipo social participativo, en la designación y destitución autoridades, reclamo de tierras, avasallamientos de tierra.¹²² En lo económico, exigencias de reajuste de salarios, los conflictos vividos en ese período ascienden a 11.983, lo que significa casi uno por día el cuadro siguiente es una muestra esa realidad de malestar social.

(...) Entre 1970 y 1982, una de las principales demandas de los grupos en conflicto se debió a temas de “política institucional”, sobre todo exigiendo mayores libertades democráticas y el respeto a los Derechos Humanos, lo cual va muy de acuerdo con el momento social y político que vivía el país durante esa etapa caracterizada por gobiernos dictatoriales de mano dura.

Luego de la recuperación de la democracia, el segundo detonante más importante de los conflictos pasó a ser de tipo “político coyuntural”, no sólo eso, sino que el porcentaje respecto al total de eventos tiende a ser cada vez mayor. La mayor parte de este tipo de conflictos tiene por objetivo mostrar rechazo a las políticas, acciones o medidas tomadas por el gobierno y en menor medida las prefecturas o las alcaldías, o bien exigir el cambio o modificación de disposiciones legales. Los datos nos revelan que este tipo de demandas y reclamos fueron especialmente intensos en dos momentos: el primero de ellos se da entre 1994 y 1996 y coincide con importantes cambios llevados adelante por el primer gobierno de Sánchez de Lozada, a saber, la capitalización, la participación popular y la

¹²² Laserna Roberto, Villarroel. *Enero de 1970-Enero de 2008, 38 años de Conflictos Sociales en Bolivia*. Ceres.La Paz. 2008. Pág.18-24.

reforma educativa, medidas que fueron en su momento fuertemente rechazadas por la población. El segundo momento ocurre a partir del año 2004 hasta el presente, y corresponde a la agudización de la crisis del Estado y de la institucionalidad democrática que vive Bolivia desde hace aproximadamente diez años.

Durante los últimos 9 años, también se observa una escalada de los conflictos relacionados con las denominadas “luchas sociales”, casi siempre relacionados con demandas de la población a fin de lograr una mayor participación en las designaciones, destituciones o cambios de funcionarios públicos. Sin embargo, a partir de 1997 cobra gran importancia y aumenta el porcentaje de las “luchas sociales” originadas en problemas referentes a la expropiación o apropiación de bienes, terrenos, límites y territorio .

2.1.3. Defensor del Pueblo y la Administración Pública

Para determinar, cual es el reclamo o malestar social- jurídico, se ha acudido a los informes del Defensor del Pueblo, cuya función constitucional es la de recibir las quejas de los ciudadanos contra toda la administración pública.

La canalización de estas quejas ante el Defensor del Pueblo es preventiva o reparadora a fin de rectificar las acciones u omisiones de los funcionarios que provocan violación de derecho fundamental. Constatada la violación el Defensor del Pueblo, establece recomendaciones o recordatorios, instrumento que permite reencausar las garantías de derechos fundamentales. Informes del Defensor del Pueblo que nos permiten describir y descubrir el estado de situación en cuanto a la vulneración de los derechos fundamentales y la repercusión en el sistema de garantías constitucional boliviano. Los informes anuales que presenta el Defensor del Pueblo al Órgano Legislativo nos ilustran el marco general.

Cabe rescatar entre las funciones constitucionales del Defensor del Pueblo: 1) Promueve la difusión y educación sobre derechos humanos y garantías constitucionales 2) recibe las quejas de violación de derechos fundamentales y de garantías constitucionales cometidos por la administración pública a fin de emitir recordatorios y recomendaciones 3) Debe interponer recursos: de Inconstitucionalidad, Directo de Nulidad, Amparo Constitucional, Habeas Corpus / Acción Libertad, Acción de Protección de Privacidad, Acción de Cumplimiento y Acción Popular. La defensoría del pueblo boliviana a través de sus informes ha interpuestos los recursos constitucionales en la siguiente relación.

Tercer Informe anual 2000-2001: El número de quejas presentadas fue de 12.539 de las cuales fueron admitidas 4.931, la diferencia de 7.608 se canalizaron a través de orientación ciudadana que brinda el Defensor del Pueblo.

Entre las instituciones denunciadas se encuentran: los Ministerios en un 30%, el Poder Judicial 11%; las Prefecturas 4%; los Municipios 14% y otros 14%. Del 11% de las denuncias contra el Poder Judicial, el 68% de las mismas son contra la Corte Suprema y 32% contra la Cortes Superiores de Distrito.

Los derechos más vulnerados son los de debido proceso en un 80%.

En este periodo de los Recursos Abstractos de Inconstitucionalidad presentados por el Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional, ninguno tuvo sentencia favorable.¹²³

Cuarto Informe 2001-2002: El número de quejas recibidas fueron 6.486 de las que 4.021 que corresponden al 62.2% fueron derivadas en orientación ciudadana, 2.465 fueron admitidas.

¹²³ III- INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO. La Paz, Bolivia. 2001. p. 225

El 23.2% de las quejas fueron contra la Administración Pública, 0.8% contra los servicios públicos y 13.8% por violación de derechos humanos.

Las instituciones más denunciadas son: 37% Ministerios; 16.1% Municipios; 13.3% Policía; 11% Prefecturas; 11% Poder Judicial.

De los 10 Recursos Abstractos de Inconstitucionalidad presentados, 6 de ellos obtuvieron sentencia favorable.¹²⁴

Quinto Informe 2002-2003: De 9.566 quejas presentadas, el 64% 6.122 derivaron en orientación ciudadana. De las 3.443 admitidas el 11% fueron contra servicios públicos, 24% contra la administración pública.

Las instituciones más denunciadas fueron los Ministerios 32.5%; Policía 17.5 %; Prefecturas 13.5%; Municipios 13.4%; Poder Judicial 6.6%.

Los derechos vulnerados corresponden 38.2% garantías procesales; 11.5% derechos de seguridad social; 8% integridad personal; 5.6% derechos laborales.¹²⁵

Sexto Informe 2003: de 11.591 quejas recibidas, 7.302 o sea el 63% derivaron en orientación ciudadana; fueron admitidas 4.289.

Instituciones más denunciadas 33.9% Poder Ejecutivo; 20.1% Prefecturas; 15.7 % Policía y 3% Poder Judicial.

Los derechos vulnerados seguridad social 27.5%, debido proceso 13.7%, trabajo 10.8%, remuneración 6%, libertad personal 1.4%.¹²⁶

¹²⁴ IV- INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz, Bolivia..2002. 309 p.

¹²⁵ V-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz, Bolivia.2003. 453 p.

¹²⁶ VI-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz, Bolivia.2004. 447 p.

Séptimo Informe 2004: las quejas presentadas 11.988 de las que 4.145 fueron admitidas y 7.742 correspondieron a asuntos privados.

Denuncias presentadas contra la Policía 710; trámites de seguridad social 670; Prefecturas 610 ; Gobiernos Municipales 578; Ministerios 520; Superintendencias 208; Fiscalía 175; Corte Suprema 14; cárceles 81; Fuerzas Armadas 66; Corte Electoral 58 y el Parlamento con 31 quejas.

Derechos más vulnerados efectos de la irresponsabilidad de la administración pública, régimen de vacaciones, garantías procesales, seguridad social.¹²⁷

Octavo Informe 2005 de: 13.093 quejas recibidas, 4.234 fueron admitidas y 8.832 derivaron en orientación ciudadana.

Instituciones más denunciadas entes gestores seguridad social 745; Policía 724; trámites de seguridad social 670; Prefecturas 631; Gobiernos Municipales 619; Ministerios 468; Superintendencias 240; Fiscalía 168; Corte Suprema 191; Corte Electoral 109; Fuerzas Armadas 72; cárceles 40 y Parlamento 10 quejas.

Derechos más vulnerados corresponden: 27.67% responsabilidad administración pública; 19.24% derecho de petición; 7.58% garantías procesales; 7.28% derechos adultos mayores; 4.64% dignidad de las personas; 4.24% integridad personas.¹²⁸

Noveno Informe 2006: quejas presentadas 15.607 admitidas 4.565 y 11.042 derivaron en orientación ciudadana

¹²⁷ VII-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz, Bolivia. 2005. 273 p

¹²⁸ VIII-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz, Bolivia. 2006. 354 p

Instituciones denunciadas Policía; Prefectura; Gobierno Municipal; Ministerios; Fiscalía; Poder Judicial; Corte Electoral; Fuerzas Armadas.

Derechos más vulnerados son en: responsabilidad administración pública, derecho de petición, derechos adultos mayores, garantías procesales, dignidad de las personas, integridad personal, salario justo, trabajo, educación, libertad. El informe no presenta porcentajes.

De los 32 Recursos Abstractos de Inconstitucionalidad presentados 24 fueron cerrados, 8 presentados siete favorables y uno negativo.¹²⁹

Decimo Informe 2007 las quejas presentadas fueron 15.105 y las admitidas 5.030 y 10.045 orientación ciudadana y 30 rechazadas por falta de competencia.

Entre los derechos vulnerados más denunciados de los que 1.386 correspondieron a quejas por violación al derecho de repuesta; 917 a derechos en el trabajo; 826 a violaciones de integridad física; 728 a derechos de seguridad social; 472 afectaron derechos de personalidad jurídica; 447 a derechos sobre el uso y goce de bienes; 423 derechos de petición; 373 nacionalidad; 365 derechos al trabajo y 317 violaciones a garantías mínimas.

Las instituciones denunciadas: la Policía 1.120; Gobiernos Municipales 859;

Prefecturas 819; Poder Ejecutivo 710; Poder Judicial 266; Cortes Electorales 249; Ministerio Público 235 y Fuerzas Armadas 135.

De las 281 instituciones denunciadas 113 resoluciones defensoriales no fueron subsanadas por servidores públicos. El Defensor del Pueblo intervino en 146 conflictos sociales.

¹²⁹ IX-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz, Bolivia. 2007. 299 p.

De los 154 recursos constitucionales presentados, 31 correspondieron a Recursos abstractos de Inconstitucionalidad; 2 Recursos de Habeas Corpus; 109 Recursos de Amparo Constitucional; 7 de revisión de sentencia. De estos 154 recursos 42 fueron admitidos.¹³⁰

Décimo Primer Informe del 2008: establece que se presentaron 15.708 quejas de las que fueron admitidas 5.343, fueron 25 rechazadas y el resto derivó en orientación ciudadana.

De los 510 tipos de vulneraciones; los más recurrentes se identificaron: el incumplimiento de disposiciones legales que regulan la función pública 568; ausencia de respuesta a petición 492; no sanción de funcionarios públicos 36; atentado en el uso y goce de bienes 262; negar o retrasar salario o descuentos no previstos legalmente 255; trato degradante 233; falta de protección del Estado en caso de tortura 208; privar carnet de identidad 200; medidas que restringen acceso a carnet de identidad 188; y falta de regulación del Estado de disposiciones legislativas y reglamentarias respecto del salario de sectores públicos o privados 184.

Las instituciones más denunciadas la Policía 1.144; las Prefecturas 870; Poder Ejecutivo 817; Gobierno Municipal 805; Poder Judicial 221; Ministerio Público 218; Fuerzas Armadas 161 y Cortes Electorales. El Defensor del Pueblo intervino en 154 conflictos sociales.

Fueron presentados 132 Recursos Constitucionales; 111 Recursos de Amparo Constitucional; 20 Recursos Abstractos de Inconstitucionalidad; 4 Recursos de Habeas Corpus y 1 Recurso de Habeas Data.¹³¹

¹³⁰ X-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz, Bolivia. 2008. 206 p

¹³¹ XI-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz, Bolivia. 2009 501 p.

Décimo Segundo Informe 2009: presenta 14.709 quejas, de las que son admitidas 5.124, rechazadas 28.

Entre los derechos más vulnerados: el derecho en el trabajo 896; violación de derecho de respuesta y resolución 684; derecho a exigir responsabilidad de los servidores públicos 560; violación de la integridad física y mental 563; derechos a la seguridad social 450; derecho al uso y goce de bienes 360; derecho al acceso funciones públicas 357, derecho a la personalidad jurídica 307; funciones públicas; garantías mínimas 209; derecho a la salud 186; nacionalidad 196; jurisdicción apropiada 143.

De las 139 resoluciones defensoriales emitidas, 137 corresponden a servidores públicos que no subsanaron observaciones.

Las instituciones más denunciadas, la Policía 815; Gobierno Municipal 392; servicios departamental de educación 339; Fiscalía 118; Corte Superior 111; Corte Electoral 68.

De 153 Recursos 132 corresponden a Recurso de Amparo Constitucional; 7 Acciones Abstractas de Inconstitucionalidad; 7 Acciones de Libertad; 4 Acciones de Cumplimiento y 3 Acciones Populares. De las siete Acciones Abstractas de Inconstitucionalidad una se encontraba en trámite y tres fueron declaradas improcedentes.¹³²

Informe 2010: de 14.149 quejas registradas 5.562 admitidas.

Los derechos vulnerados: contra las resoluciones administración pública 899; derechos en el trabajo 873; responsabilidad resoluciones 618, violación de integridad física y moral 544; derecho al uso y goce de bienes 424; derechos de seguridad social 391; orientación obligaciones generales 297; niveles de enseñanza 294; derecho al trabajo 293; violación de garantías mínimas 238; salud

¹³² XII-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz, Bolivia. 2010 556 p.

219; jurisdicción apropiada 210; personalidad jurídica 201; nacionalidad 187; derechos de petición 153.

Las instituciones más denunciadas : Policía 1.084; Servicio departamental educación 730; Gobierno Municipal del alto 266; Fiscalía 257; Órgano Judicial 198; Senasir 194; Gobierno Municipal La Paz 163; , Ministerio de trabajo 118; Ministerio de Salud y Deportes 114; Ministerio de gobierno 109; Caja de Salud 107.¹³³

¹³³ INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz, Bolivia. 2011. 130 p

TABLA 22: RESUMEN DE QUEJAS SOBRE VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA ADMINISTRACION PÚBLICA

Informes Defensor del Pueblo		Institución Pública	Institución Judicial**	Derecho vulnerado	
	Quejas Presentadas	Quejas Admitidas			
2000-2001	12.539	4.931	30% Ministerios	11% Órgano Judicial	*80% derechos de debido proceso
2001-2002	6.486	2.465	37% Ministerios	11% Órgano Judicial	23% derechos vulnerados por la Administración Pública 0.8 % Servicios 13.8 % derechos humanos
2002-2003	9.566	3.443	32.5% Ministerios	6.6% Órgano Judicial	38% garantías 11.5% derechos a la seguridad social
2003	11.591	4.289	33.9% Poder Ejecutivo	3% Poder Judicial	27.5 seguridad social 13.7% debido proceso
2004	11.988	4.145	Policía 710 casos *	Fiscalía 175c/ Corte Suprema 147c/	Responsabilidad administración pública. Derechos laborales
2005	13.093	4.234	Entes gestores seguridad social	Corte Suprema 191 Fiscalía 168	Responsabilidad administración pública. Derechos de petición.
2006	15.607	4.565	Policía **	Poder Judicial**	Responsabilidad administración pública. Derechos de petición.
2007	15.105	5.03	Policía 1.120	Poder Judicial 266	Derechos de respuesta y derechos laborales
2008	15.808	5.342	Policía 1.114	Judicial 221	Incumplimiento disposiciones legales. Derechos de petición
2009	14.709	5.124	Policía 815	Fiscalía 118 Corte Superior 111	Derechos del trabajo Derechos respuesta o resolución.
2010	14.092	5.445	Policía 1.084	Fiscalía 257c/ Judicial 198c/	Resoluciones Administración Pública. Derechos laborales

ELABORACIÓN PROPIA

* Se ha tomado a la institución pública sobre la que recae la mayor cantidad de quejas

** Se ha tomado como Poder Judicial a la Corte Suprema, Tribunal Constitucional, jueces y fiscalía

Los informes del Defensor del Pueblo ponen en evidencia a las instituciones que violan más derechos fundamentales y que derechos

fundamentales son reclamados por la población afectada. Se ha dividido las instituciones denunciadas por vulneración de derechos fundamentales entre instituciones públicas e instituciones judiciales.

Las personas identifican que sus derechos son violados por estas instancias en las siguientes áreas: por las resoluciones que emiten, por falta de responsabilidad de las autoridades respecto de sus atribuciones, por incumplimiento de disposiciones legales, por violación a los derechos de debido proceso, derechos laborales y derechos de petición.

TABLA 23: RECURSOS PRESENTADOS POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Año	Solicitados	Recurso Abstracto de Inconstitucionalidad Presentados	Amparo Constitucional	Habeas Corpus	Sentencia Favorable
2000		2	4	1	
2001		10			6
2002		3	5		
2003	41	14	22	5	
2004		31 9 en análisis 1 redactado	95		6
2005	150	40 Presentados 2 Ganado 1	97 Presentados 7	3 Presentados 1	6 -RAC 0-HC
2006	24				8
2007	142	31 Interpuestos 3	109 Cerrados 75 4 Admitidos por el Tribunal Constitucional	2 Cerrados	
2008	132	20	111	4	
2009		7	132	7	

ELABORACIÓN PROPIA.

FUENTE: INFORMES ANUALES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Capítulo II: Entre la evolución del Derecho o la petrificación normativa

I. Seguridad Jurídica principio condensador.

De la seguridad jurídica como principio estructural del ordenamiento pueden destacarse los siguientes rasgos:

- 1) La posibilidad de conocimiento por parte de los ciudadanos de las normas en virtud de las cuales serán evaluadas jurídicamente sus acciones.
- 2) La conciencia de que su interpretación del derecho aplicable coincide con la que la propia sociedad asume.
- 3) La confianza en la efectividad del ordenamiento y, por tanto, en la adhesión al mismo por parte de los ciudadanos y en la aplicación consiguiente de sus normas.

El profesor Monroy Cabra define: “ El principio de seguridad está relacionado con otros principios como el orden, la justicia, la legalidad, la publicidad de las leyes, la obligatoriedad de las leyes aunque sean ignoradas, la jerarquía normativa, la cosa juzgada, la irretroactividad de la ley, y el respeto de derechos adquiridos.”¹³⁴

Para Kelsen la seguridad jurídica, esto es, la idea de que el Derecho es un orden fijo que determina de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los jueces y otros órganos encargados de aplicar el Derecho, es una ilusión que la teoría pura del derecho debe procurar destruir. Atienza define la seguridad jurídica en sentido estricto como “la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, es decir, seguros, los valores de

¹³⁴ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Seguridad Jurídica e inflación normativa. En: Aniversario Academia Colombiana de Jurisprudencia 23 de septiembre 2010. Disponible: http://www.acj.org.co/actividad-academica/116_aniversario.htm.

libertad e igualdad". Radbruch sostiene que, la justicia y la seguridad son términos antitéticos.¹³⁵

El tiempo y la búsqueda incesante por dilucidar el significado de la seguridad jurídica, se ve enriquecida con la Sentencia Constitucional en la que:

El Tribunal Constitucional español¹³⁶ ha resaltado la interdependencia de los principios constitucionales, en el que la seguridad jurídica actúa como principio que condensa a los demás, pero al mismo tiempo debe diferenciarse. La seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es suma de estos principios equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad. (STC 27/1981 de 20 de julio, Fj10)¹³⁷.

Que el principio de seguridad jurídica implique un valor adicional al de esos y otros principios constitucionales no responde sino a su condición de presupuesto necesario del ordenamiento mismo. Si bien este principio pudo conformarse en términos más lineales cuando la ley era considerada como la máxima y casi única expresión de seguridad jurídica, no ocurre lo mismo en un ordenamiento complejo en el que la diversidad de centros de decisión conlleva una proliferación de conflictos normativos y una aparente pérdida seguridad.

Por esta razón no es de extrañar que bajo el principio de seguridad jurídica se acojan institutos contradictorios, como es el caso de la presunción de legitimidad y constitucionalidad, o como la fuerza de la cosa juzgada de las sentencias. "No es tal, sino más bien un reconocimiento del dinamismo y la

¹³⁵ Kelsen, Atienza y Radbruch citado por Marco Gerardo Monroy Cabra. Ob. Cit

¹³⁶ Cámara Villar y otros. Ob. Cit. Pág. 95 y 96

¹³⁷ Idem.

pluralidad inherente a un sistema democrático en el que la colisión de intereses debe resolverse por medio del Derecho”¹³⁸

En otros términos los tratadistas Lino Rodríguez –Arias Bustamante pretendieron explicar el significado de la seguridad jurídica en los siguientes términos:

“Lo que en realidad sucede es que no es la justicia sino la seguridad jurídica lo que constituye la ley jurídica fundamental de todo ordenamiento positivo, ya que el Derecho es un orden general y exige ante todo su propia existencia”. Considera fundamental el principio de seguridad jurídica, la realización de este valor es la condición previa indispensable para el cumplimiento de los valores de jerarquía, cuál es la justicia, ya que no puede haber Derecho si no hay un orden cierto y de seguro cumplimiento, que es tanto como decir que no puede haber justicia cuando no hay seguridad”.¹³⁹

Según Stammler el concepto de seguridad es consustancial al Derecho, sin seguridad no hay Derecho ni bueno ni malo. Hay que advertir que todo Derecho es orden, seguridad, pero también justicia. Jurisconsultos a los que les resulta interesante investigar dentro del orden jurídico, cuál de estos dos principios ha de predominar. Teniendo presente que en la teoría de los valores, la justicia responde a un valor de fondo, y la seguridad a un valor de forma.¹⁴⁰

¿Y qué fue de la seguridad jurídica? Probablemente es la pregunta que brota de modo angustioso, al percatarnos de los alcances de la función jurisdiccional. Luis Recansens Siches reflexiona expresando:

“El análisis del proceso judicial o administrativo, en el que pronuncian normas concretas e individualizadas, ha demolido por completo el mito de la deducción mecánica, ha desvanecido aquella falsa ilusión de que las

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Lino Rodríguez , Arias Bustamante y Stammler citados por Monroy Cabra.Ob. Cit.

¹⁴⁰ Idem.

sentencias judiciales y las resoluciones administrativas eran puras conclusiones sacadas de lo que está previsto en preceptos generales. Las lagunas en el Derecho son numerosas y frecuentes. Por lo que la zona de incertidumbre, de duda y hasta de imprevisibilidad es mucho más extensa que lo que de ordinario se creía. La idea de certeza y seguridad como motivación esencial de lo jurídico queda gravemente quebrantada. Lo que no da lugar a renunciar en todo caso, a que el propósito de certeza y seguridad en determinados aspectos de las relaciones sociales siga siendo un valor funcional del Derecho en un sentido no absoluto. Entendiendo que en la vida humana no hay nada ni puede haber nada absoluto, la estructura de la vida es siempre bipolar soledad - compañía, individual- colectiva, orden- aventura, seguridad- cambio. La seguridad si bien es un valor funcional del Derecho no es un valor supremo en el Derecho deba inspirarse, no es posible en ningún orden jurídico contar con la plena certeza y absoluta seguridad, estas consisten en motivación siendo la función esencial del Derecho esperar certeza parcial y relativa seguridad.”¹⁴¹

El profesor Monroy Cabra, en su ensayo Seguridad Jurídica e inflación normativa para abordar el tema de esta moderna dicotomía, sugiere los siguientes elementos:

Hay que analizar, si hoy en día se justifican los principios procesales de “*Jura novit curia*”,¹⁴² y el principio de que la ignorancia de la ley no es excusa, la realidad permite concluir que el ciudadano común queda en estado de indefensión frente a la complejidad del ordenamiento jurídico nacional e internacional.

¹⁴¹ Recasens Siches Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. Tercera Edición. Ed. Porrúa. México. 1980. Pág. 292-293.

¹⁴² “*Jura novit curia*” es un principio jurídico del Derecho procesal que indica que el Juez es conocedor del Derecho, y lo obliga a decidir de acuerdo a las normas legales, aún cuando las partes no hayan expresado las leyes en que fundan sus derechos subjetivos hayan invocado normas jurídicas distintas a las que el Juez considera aplicables al caso concreto. <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/normas-juridicas>

Afirma J. Guasp¹⁴³ que el Derecho es el conjunto de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias. El conocimiento de estas normas se atribuye primero a los abogados, pero sus destinatarios son el pueblo en general. Es necesario conocer la norma para poder aplicarla. Pero, actualmente la búsqueda de las normas resulta una labor ardua y difícil dada su gran extensión y variedad.

La multiplicidad de normas locales, nacionales e internacionales ha conducido a que la inflación normativa se considere una amenaza para la seguridad jurídica cotidiana. Cuestionando y debilitando el principio "*Jura novit curia*", y la presunción de conocimiento de la ley que se traduce en la norma que se enuncia, diciendo que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Sancho de Moncada nos dice que en la antigüedad: los hebreos sólo contaban con 365 leyes, encerradas en muy pocas hojas. De igual forma José Luis Palma Fernández explica que la respuesta o precedente " (...) a la diversidad de normas, (...) ante el desorden de normas y sus peligros (...) el Emperador Justiniano, quien al emprender su magna obra codificadora señala que eran tantas las constituciones y los principios legales contenidos en las obras de los jurisconsultos que 'en los pleitos citaban sé (Sic) muy pocas leyes', porque si bien existían, eran ignoradas, siendo difícil la adquisición de tantos libros, por lo cual más viene se resolvían aquellos por el arbitrio judicial que por la autoridad de las leyes".¹⁴⁴

Señala Joaquín Costa que sólo para formar las Pandectas o Digesto hubo que examinar 2.000 volúmenes de jurisconsultos, que hacían en completo 3.000.000 de renglones. Refundida toda la obra codificadora en dos cuerpos legales, el Digesto y el *Codex repetitae praelectionis*, comprendía el primero 9.000 fragmentos de respuestas, declaradas leyes por el emperador, y más de 4.600

¹⁴³ Cit. por Monroy Cabra. Ob cit.

¹⁴⁴ Sancho de Moncada, Joaquín Costa y Sabino Cassese. Cit. por Monroy Cabra. Ob.Cit

constituciones imperiales el segundo. Pretendía el emperador que en lo sucesivo se pudieran conocer las leyes en forma fácil por cualquiera.

Actualmente asistimos a la formación de un ordenamiento jurídico global. Como lo advierte Sabino Cassese existe una sociedad internacional, en la que están presentes los tres elementos de los ordenamientos jurídicos: pluralidad de sujetos (principalmente Estados), organización (principalmente organizaciones internacionales) y normativa (por lo general la forma de tratados, pero también reglamentos): cerca de 200 Estados, no menos de 400.000 empleados de aparatos supraestatales, 50.000 tratados internacionales registrados en la ONU, miles de reglamentos, resoluciones y directivas de organizaciones internacionales (sólo la Unión Europea ha emanado cerca de 1.500 en el año 2000; el número total desde 1957, se desconoce, pero ocupan 80.000 páginas).

El derecho producido por los organismos supranacionales (como la Unión Europea) o por organizaciones internacionales (como la ONU), o por organizaciones transnacionales, es numeroso. Existen 1.850 organizaciones instituidas por los Estados, o por otras organizaciones internacionales.

La seguridad jurídica es un concepto histórico que aparece en el mundo moderno. (...) sin embargo el concepto medieval se anclaba en la hegemonía ideológica de la Iglesia Católica y la unidad y certeza se establecían al margen del Derecho (en una comunidad, un gremio, una relación de vasallaje, una corporación, donde desde su nacimiento es formado, orientado y protegido hasta la muerte) La seguridad jurídica es un valor del Estado liberal que aparece en el Estado absoluto. (...) “el núcleo central de la idea de seguridad jurídica es creación del pensamiento jurídico liberal, de Estado parlamentario representativo, pero arranca ya en el origen del Estado como Estado Absoluto y se prolonga en el Estado Social”.

Según Gregorio Peces-Barba¹⁴⁵: desde el punto de vista filosófico hay dos tendencias de la seguridad jurídica: como justicia formal o procedimental se encuentra centrada entre dos posiciones extremas en la cultura jurídica moderna, la que cree que el Derecho al existir no sólo crea seguridad sino también justicia y la que contrapone la seguridad a una justicia material identificable por la autoridad de su autor, o por la racionalidad de sus contenidos, Derecho Natural.

Hoy en día ya no existe este enfrentamiento afirma Peces-Barba debido a que el Derecho fundamentado en los principios y valores y los derechos fundamentales, ha superado la dialéctica iusnaturalista y positivista.

En nuestro criterio esta afirmación sólo es posible si los Estados Constitucionales son capaces de probar que los principios y condiciones de supremacía constitucional, tutela efectiva en el ámbito de la justicia ordinaria, igualdad ante la ley, debido proceso son vividos tanto por la población como por las autoridades sean administrativas o judiciales.

En la actualidad la seguridad, como efecto del constitucionalismo del Estado social, ha ampliado su contenido. La seguridad no sólo se vincula al positivismo jurídico sino a la justicia formal y la justicia material.

Hay diversas dimensiones de la seguridad jurídica, sostiene Peces-Barba. Se puede hablar de seguridad jurídica en relación con el poder, en relación con el mismo Derecho y en relación con la sociedad.

La seguridad jurídica en relación con el poder se expresa a través de instituciones, de principios de organización o de valores de Derecho público. La garantía de la seguridad jurídica es el imperio de la Ley, el *rule of law*, o Estado de Derecho.

¹⁴⁵ Gregorio Peces-Barba Cit. por Monroy Cabra. Ob.Cit

La seguridad jurídica en relación con el mismo Derecho supone la existencia de mecanismos, de técnicas, formuladas como principios de organización, de interpretación o como derechos subjetivos que funcionan en el interior del ordenamiento.

En relación con la sociedad, la seguridad jurídica supone la extensión de la acción del Derecho a sectores tradicionalmente abandonados a la autonomía de la voluntad y, que se refieren a las necesidades básicas.

El núcleo central de la seguridad jurídica “se genera con la formación de la concepción liberal del Derecho y se significa, aunque no se agota, en el Derecho privado con la codificación y en el público con el constitucionalismo”.¹⁴⁶ La seguridad jurídica supone aceptar una concepción sistemática del Derecho como conjunto de normas o como ordenamiento. La seguridad jurídica es un valor superior en la Constitución aunque no esté en el enunciado normativo. La seguridad jurídica es un valor formal que comprende la igualdad formal y que incide en el funcionamiento del Derecho como justicia procedimental. El principio de la seguridad jurídica no es tutelable en forma directa sino en conexión con la violación de otro derecho fundamental de los susceptibles de amparo o tutela.¹⁴⁷

Recasens Siches: sostiene las siguientes premisas respecto de la seguridad jurídica como valor funcional del Derecho:

- Los hombres producen Derecho movidos por el deseo de obtener alguna certeza y seguridad en sus relaciones sociales.
- Paralelo al deseo de certeza y seguridad existe una motivación por el cambio y perfeccionamiento.
- Es inevitable que haya un margen de incertidumbre e inseguridad en todo orden jurídico para que éste pueda adaptarse a los cambios de realidad social y pueda ir progresando en las exigencias de justicia. Unas veces por el

¹⁴⁶ Recasens Siches. Ob. Cit. Pág. 294

¹⁴⁷ Monroy Cabra. Ob. Cit.

resultado de un proceso jurisdiccional, en otros por la producción legislativa y reglamentaria de normas jurídicas que no cesa por la modificación, derogación y abrogación que aunque no tienen efectos retroactivos en términos generales y no desconocen por tanto derechos adquiridos, es innegable que por lo menos destruye muchas expectativas fundadas en viejas normas lo que no aumenta el margen de incertidumbre e inseguridad.

- La urgencia de seguridad choca con el deseo de justicia, tales conflictos entre justicia y seguridad se resuelven según el caso concreto a favor de la seguridad o en aras de la justicia.

- Al surgir un conflicto que requiera la intervención del órgano jurisdiccional no es posible predecir con absoluta certeza cuál será la decisión del órgano jurisdiccional. Lo más a que se puede llegar es a la formulación de juicios de probabilidad relativa. Estos juicios de probabilidad relativa no introducen mayor incertidumbre o inseguridad ante las dimensiones creadoras del juez, se dieron incluso cuando se vivió bajo la ilusión de que el juez era y debía ser únicamente la voz de la ley. Lo que aporta el considerar la seguridad jurídica como un valor funcional del Derecho, es que ofrece mayores garantías de que se hará justicia en caso particular, justicia que se inspira en pautas objetivas del orden jurídico positivo al que no debe confundirse con las meras normas legislativas y reglamentarias.¹⁴⁸

El hombre siente angustia en su relación con los demás hombres, siente urgencia de saber a qué atenerse con relación a sus prójimos. Precisa de certeza sobre determinadas relaciones sociales, y además seguridad de que la regla se cumplirá a todo trance, si fuese menester, habrá de ser aplicada por la fuerza.

La certeza y seguridad jurídica siendo un valor funcional adquiere relevancia en la medida de que se trata de una certeza y seguridad en la justicia. Con lo que puede decirse que un *mínimum* de seguridad constituye

¹⁴⁸ Recasens Siches Ob. Cit. Pág 288

una condición para que pueda haber justicia. La seguridad es la motivación inicial o la razón formal del Derecho. Debiendo aspirarse a la certeza y seguridad que sea necesaria como condición de cumplimiento de valores superiores de justicia y de bien estar general. Debe advertirse que la certeza y seguridad jurídicas no significan que forzosamente hayan de ser conocidos de antemano todos los detalles de regulación y todas las soluciones que puedan plantearse. La urgencia radical de certeza y seguridad se satisface relativamente con el hecho de que haya una jurisdicción, la cual habrá de impedir que la arbitrariedad triunfe o que prevalezca la injusticia.¹⁴⁹

Nos preguntamos, entonces dada la importancia y evolución de la seguridad jurídica, no sólo como valor funcional sino como elemento estructurante (Cámara del Villar y otros) ¿Es la seguridad jurídica un derecho fundamental, es una garantía procesal o constituye un principio informador?

En la jurisprudencia boliviana este aspecto fue aclarado en el AC 172/2004 que estableció que la de aplicación objetiva de la ley, debe entenderse 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 los gobernantes pueda causarles perjuicio. En consecuencia, es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a todos, el disfrute del ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que reconocen la Constitución y las Leyes. Ratificado este entendimiento en las Sentencias Constitucionales 287/1999-R, 194/2000-R, 223/2000-R, 300/2000-R, 554/2000-R, 569/2000-R, 158/2001-R, 257/2001-R, 361/2001-R, 567/2001-R, 309/2002-R, 493/2002-R, 405/2002-R, 489/2003-R, 917/2003.

La Sentencia Constitucional 0096/10 emitida por el Tribunal Constitucional interino, modifica esta línea jurisprudencial en los siguientes términos:

¹⁴⁹ Recasens. Siches. Pág 299

La seguridad jurídica, invocada en su momento por la accionante, como "derecho fundamental", cabe señalar que, si bien la Constitución Política del Estado abrogada, en el catálogo de derechos fundamentales contenidos en su art. 7 inc. a), establecía que toda persona tiene el derecho: "A la vida, la salud y la seguridad", a partir de lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció la consagración del "derecho a la seguridad jurídica" como derecho fundamental, y en su mérito, ante la constatación de su vulneración, en repetidas ocasiones otorgó la tutela del amparo.

“No obstante, al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (Art. 178 de la CPE). (...) Esta característica actual, es coincidente con lo establecido por otra Constitución y Tribunal Constitucional, tal el caso de España que en su Constitución en el art. 9.3, establece a la seguridad jurídica como principio, y en su jurisprudencia, a través de la STC 3/2002 de 14 de enero, ha señalado que: ‘la seguridad jurídica es un principio general del ordenamiento jurídico y un mandato dirigido a los poderes públicos que no configura, sin embargo, derecho fundamental alguno a favor de los ciudadanos que pueda interesarse en el proceso constitucional de amparo’ “.

150

Esta línea jurisprudencial que perfectamente califica en la categoría de declaraciones sospechosas, en las que se impone un control estricto de constitucionalidad.

¹⁵⁰ BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional N°0096 de 4 de mayo 2010 Gaceta Constitucional

Si aceptamos, esta línea jurisprudencial además de resultar muy conveniente para los órganos públicos, allanan la real posibilidad de remover otros derechos fundamentales como el derecho a la justicia, la legalidad, la publicidad de las leyes, la obligatoriedad de las leyes, la jerarquía normativa, la cosa juzgada, la irretroactividad de la ley, y el respeto de derechos adquiridos, debido proceso protegidos por las Constituciones como por las declaraciones internacionales. Se demuestra el carácter condensador de la seguridad jurídica que sostiene Cámara del Villar.

El reto del constitucionalismo debe ser avanzar en el reconocimiento de la seguridad jurídica en una triple dimensión: como derecho, como garantía y como principio dejando calidad de principio programático informador al modelo español y boliviano.

Hay ordenamientos constitucionales que resuelven la controversia entre establecer si la seguridad jurídica es un principio informador versus derecho-garantía y principio que proponemos poner sobre la mesa de discusión constitucional.

Este modelo se podría denominar de derivación como lo hace la mayoría de los países centro y sur americanos al ejemplo de México en el que el concepto de seguridad jurídica deriva de una serie de derechos reconocidos como el derecho a la información (artículo 6.º), el derecho de petición (artículo 8.º), la irretroactividad de la ley (artículo 14, párrafo primero), la exacta aplicación de la ley en materia penal (artículo 14, párrafo tercero) y el derecho a la legalidad en materia civil (artículo 14, párrafo cuarto).

En palabras del Nuñez Torres:

“Dentro del Estado Constitucional la seguridad jurídica y la justicia requieren que se mantengan cohesionados el principio democrático con el principio de supremacía constitucional, de tal modo que ni el legislador pretenda una ley formal que monopolice la interpretación del Derecho, ni el juez unas

sentencias legislativas que hagan ilusoria la participación democrática del legislador”¹⁵¹.

A lo que agrega que para lograr este equilibrio en la seguridad jurídica debe:

- 1) Positivizada
- 2) Ser expresión formal de la realidad institucional conforme a las verdaderas posibilidades de la sociedad y su complejo institucional.
- 3) Corresponden a los valores que sustenta

En definitiva las instituciones jurídicas y políticas, a pesar de ser de distinta naturaleza, comparten los mismos fines, son los guardianes del orden, el cual se consigue preservando siempre la dignidad del ser humano.¹⁵²

Las actuales constituciones están plagadas de principios, donde continuamente son empleadas las técnicas de interpretación y argumentación constitucionales en relación a la indeterminación del derecho, podemos advertir que existe lo que se conoce en la teoría del derecho como la derrotabilidad de las normas jurídicas. Se dice entonces que una norma es derrotable o abierta cuando, está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas de antemano, de forma que no permiten previsibilidad, es claro que este tipo de casos difíciles, son aquellos que son presentados ante un juez constitucional, dado el máximo grado de complejidad exigido en sus argumentos.¹⁵³ Esta será la situación del principio de seguridad jurídica mientras no se le devengue la triple dimensionalidad, ser un derecho, garantía procesal y principio del sistema jurídico.

¹⁵¹ Nuñez Torres Michael. La Capacidad Legislativa del Gobierno desde el Concepto de Institución. Ed.Porrúa.México. 2006.Pág.98

¹⁵² Ibidem.Pág. 99

¹⁵³ Aguilera Portales. Neoconstitucionalismo. Ob.Cit. Pág 12

Además y en referencia a los cambios institucionales estos no deberían ser abruptos, sino que tendrían que responder a un procesos evolutivo coherente, coincidente con la posibilidad de adaptación, en ningún caso se debería atentar contra la seguridad que proporciona la estabilidad institucional. De allí que cuando el comportamiento de los órganos políticos o el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico-constitucional deja de ser eventual y se arraiga en la sociedad se dice que se ha institucionalizado, lo que produce sin seguridad.¹⁵⁴

De ahí el punto de partida para sociedades como la boliviana que luego de cada elección o cambio político modifica abruptamente la institucionalidad, cuyas reformas unas veces son formales como el cambio de denominación de instituciones públicas o institutos jurídicos que si bien son una obligación de actualización el abogado, y el jurista constituyen un trauma para el litigante o el administrado. Otras veces modificaciones sustanciales como modificación de plazos y medios de prueba en procesos judiciales o administrativos no concluidos.

1. Las líneas jurisprudenciales como fuente de Derecho.

El proceso de producción del Derecho continúa en la obra del órgano jurisdiccional (juez o funcionario administrativo) el cual en lugar de valorar en términos generales tipos de situaciones tiene que valorar en términos concretos situaciones particulares. Para eso tiene que valorar la prueba, los hechos del caso planteado comprendiendo su especial sentido, calificándolos jurídicamente, y juzgando cuál es la regla pertinente. Mientras el legislador dispone de un ámbito de libertad amplio para elegir las finalidades o los propósitos, el Juez debe atenerse a los criterios adoptados por el Derecho formalmente válido y vigente, sin embargo el juez debe atenerse no tanto al texto de la regla- lo cual le llevaría a disparates e injusticias, sino sobre todo y principalmente a las valoraciones

¹⁵⁴ Nuñez Torres. Ob.Cit. Pág 99

efectivas sobre las cuales está de hecho fundada- más o menos correctamente- y debe aplicar esas mismas valoraciones al caso particular. ¹⁵⁵

La función valoradora no está reservada exclusivamente al legislador. La función axiológica penetra, permea e impregna todos los grados de la producción del Derecho. La función del juez aun manteniéndose como debe hacerlo, dentro de la obediencia al Derecho formalmente válido es siempre creadora, pues se alimenta de un rico complejo de valoraciones particulares sobre lo singular, valoraciones que pueden ser llevadas a cabo con autoridad ya sea por el órgano judicial o por el administrativo. ¹⁵⁶

Los jueces y funcionarios administrativos están constantemente reconfigurando y desarrollando el Derecho, las reglas legisladas ni siquiera cuando éstas aparecen con el máximo grado calidad y predicción posibles, nunca expresen la auténtica totalidad del Derecho con respecto a las conductas que regulan.

Las reglas legisladas emplean el único lenguaje que pueden usar genérico y abstracto. Por el contrario la realidad humana y la existencia social, es siempre concreta y particular. El Derecho perfecto, en el sentido de concluso o terminado, lo es sólo el de las normas individualizadas de la sentencia judicial o de la resolución administrativa¹⁵⁷.

La interpretación judicial y la constitucional en especial nos llevan a superar la idea que persistió durante más de dos siglos de la mal llamada “aplicación del Derecho” positivo se reducía a la aplicación de la Constitución, leyes, reglamentos. El proceso de creación y producción va desde el acto

¹⁵⁵ Recasens Siches. Ob. Cit. 289

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Ibidem. Pág. 280

constituyente, leyes hasta la norma individualizada en la sentencia judicial o en la decisión administrativa sin solución de continuidad.¹⁵⁸

La jurisprudencia *stare decises*, precedente judicial o doctrina jurisprudencial, sentencia normativa, criterio jurisprudencial, es la decisión del más alto tribunal de un país que, al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio tribunal supremo y para todos los órganos jurisprudenciales inferiores, mientras no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo. Así se entiende a la jurisprudencia tanto en el sistema romano germánico, como en el anglosajón.

Messineo¹⁵⁹ dice: “La jurisprudencia viene a ser el reflejo de la vida del derecho, teniendo, sobre la actividad del jurista puro, la ventaja de interpretar la norma, en vista de la solución de una controversia y, por consiguiente, el inmediato contacto con la práctica del derecho”.

En un sentido amplio se entiende por jurisprudencia a toda decisión emanada de autoridad judicial o gubernativa,¹⁶⁰ independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho. Así, por ejemplo se habla de jurisprudencia de la Corte Suprema, jurisprudencia de la Corte Superior, jurisprudencia del Tribunal Fiscal, del Tribunal Registral. Cada sistema jurídico adopta sin embargo criterio particular en este sentido, el principio del *stare decises et quieta movere* (estése a lo decidido, mantenga la quietud) significa que los jueces deben respetar lo decidido anteriormente y no cuestionar los puntos de Derecho ya resueltos. La decisión judicial, además de resolver una controversia, establece un precedente que servirá de fundamento para la solución de casos futuros semejantes.

¹⁵⁸ Recasens Siches. Ob. Cit. Pág. 181

¹⁵⁹ Citado por Torres Vasquez

¹⁶⁰ Cfr. Torres Vasquez.

En breve síntesis, sobre el origen de la institución de la jurisprudencia el profesor Torres Vásquez nos remite al Derecho romano, en él que: con el fin de evitar las arbitrariedades de los reyes, cónsules y emperadores romanos. La jurisprudencia suplió la ausencia de normas, precisó el sentido de las pocas leyes existentes, consagró costumbres y garantizó la independencia de los jueces, evitando que se dicten sentencias *ad hoc* en beneficio de los que ostentaban el poder. Para Justiniano la jurisprudencia- *divinarun atque humanarum rerum notitia, justis arque injustis scientia*- viene a ser la ciencia de lo justo y de lo injusto por lo que la jurisprudencia¹⁶¹, constituye una fuente indirecta del derecho.

Se introdujo en Inglaterra con la invasión de los normandos de origen francés, o sea con la victoria del rey normando Guillermo el Conquistador en 1066. A partir de entonces convivieron en la isla los pueblos originarios y los invasores, lo que originó que se fusionaran los derechos, especialmente costumbristas, de los anglosajones, celtas, romanos y normandos. Esto fue posible debido a que Guillermo el Conquistador respetó la *lex terrea*, creando así, un Derecho distinto al de los otros pueblos europeos, que refleja el espíritu de una nación con una mentalidad política y cultural propia.

En la Edad Media, en la Europa continental la autoridad del rey era omnipotente, contrariamente, en Inglaterra, antes de la invasión normanda, el señor feudal era muy poderoso, los jueces dependían de él y no de un casi inexistente poder central. El poder de los señores feudales obligó a los reyes normandos a que gobiernen con asistencia o a través del consejo real (*curia regia*) integrado por los señores feudales más notables.¹⁶²

¹⁶¹ Torres Vasquez Anibal . *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Disponible en:
<http://www.ettorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html>

¹⁶² Ídem.

Las funciones de gobierno se encomendaron a los ministros de la corte y la función legislativa al Parlamento del rey. La función jurisdiccional se hizo a través de tres instituciones: la *Court of King's Bench* (asuntos administrativos), la *Court of Common Pleas* (controversias civiles) y la *Court of Exchequer* (asuntos tributarios). Sobre la base de estas cortes se ha configurado la organización actual de los tribunales, a partir de las leyes *Administration of Justice Act* (1970) y *Court Act* (1971). En materia penal es original la institución del jurado. Las cortes convirtieron a las costumbres feudales, de las tribus sajonas primitivas y de los pueblos invasores, en el *Common law* (Derecho común). Al interpretar y aplicar el Derecho existente, especialmente costumbrista, a la solución de casos concretos crearon precedentes obligatorios para ellas mismas y para las cortes inferiores, precedentes que ni ellas mismas podían cambiar, salvo por razones de trascendencia, lo que brindó predictibilidad al Derecho, evitó que el rey, sus ministros o el parlamento atentaran contra lo que se había venido considerando como justo o legal, lo que determinó que el *stare decises* se erija como un principio democrático.¹⁶³

En otros términos, en la antigüedad el Derecho inglés, fue consuetudinario, luego con las decisiones de los jueces, quienes no podían decidir en forma distinta donde existiese la misma razón, el Derecho consuetudinario se convirtió en jurisprudencial.

Es decir, resuelto un caso concreto, en lo sucesivo todas las sentencias debían uniformarse a la decisión anterior cuando los casos son semejantes. Lo decidido en un caso concreto se convirtió en norma general, el precedente o *stare decises* debe ser publicado para generar transparencia y consolidar la seguridad jurídica.

¹⁶³ Ídem.

El valor que se le otorga a la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico, dependerá si los Estados se adscriben al sistema del *Common law*, en el sistema Romano Germánico.

En el precedente del sistema del *Common law*, advierte el profesor Torres Vásquez, se distinguen dos elementos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. La *ratio decidendi* o *holding* es el argumento que motiva la decisión normativa de una sentencia, es decir, es el núcleo central de la decisión o la razón de la decisión; sin la *ratio decidendi*, la decisión no sería la misma; se determina la *ratio decidendi* analizando los hechos materiales de la sentencia y su fundamentación.

El *obiter dictum* (dicho sea de paso) se refiere a aquellas consideraciones que no son necesarias para la solución del caso, sólo sirven para robustecer la razón de la decisión, corroboran la decisión pero no tienen efecto vinculante, tienen solamente una función complementaria, persuasiva; si el *obiter dictum* se elimina, la decisión normativa de la sentencia sigue siendo la misma.

Por lo que el “stare decises” - lo decidido- se modifica como consecuencia: a) que, en circunstancias extraordinarias, el tribunal supremo decide modificar su decisión pasada (*overrule or overturn*): b) la dación de una ley del Parlamento; y c) por disposiciones ministeriales (*orders in council*) dictadas en cumplimiento de autorización parlamentaria, o en uso de la regia prerrogativa.

Al igual que en el sistema del *Common law*,¹⁶⁴ en el sistema Romano Germánico, históricamente, la costumbre fue anterior a la legislación. Con la recopilaciones de Justiniano, pasando por las cartas de la Edad Media que establecían los derechos de los señores feudales y los súbditos, las Grandes Ordenanzas de Luís XIV y Luís XV, los códigos prusiano y bávaro, los monumentos jurídicos universales como son el Código Napoleón de 1804, el BGB

¹⁶⁴ Crf. Torres Vasquez. Ob. Cit.

alemán del 1900 y el italiano de 1942, y los monumentos jurídicos latinoamericanos como son el Ezboco de Gómez Texeira de Freitas en Brasil, el Código civil de Andrés Bello que rige, con algunas modificaciones, en Colombia, Chile y Ecuador, y el Código de Vélez Sársfield en Argentina, además de los numerosos códigos y leyes dictadas en los diferentes países de tradición romano germánica, floreció, creció y se desarrolló el Derecho escrito, lo que ha determinado que en el Estado moderno, el Derecho sea obra, casi exclusiva, del legislador.

En el sistema de *Derecho Romano Germánico (civil law)*, la ley, en su acepción material, es la fuente principal de Derecho, a falta de ley rige la costumbre, y a falta de ley y de la costumbre, se aplican los principios generales del Derecho. *La jurisprudencia* complementa el ordenamiento jurídico mediante la interpretación de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. La jurisprudencia, por regla general, no es fuente directa, sino indirecta de Derecho.

En el sistema de Derecho del *Common law* (Derecho anglosajón) la fuente principal del Derecho es el *precedente judicial*. También es fuente de Derecho la ley, pero la importancia inicial del Derecho legislado es inferior al Derecho judicial, pues la norma legal, como dice René David, “solo se verá plenamente incorporada al Derecho una vez que haya sido aplicada e interpretada por los tribunales, y en la forma y medida en que se haya llevado a cabo esa interpretación y aplicación (...) se tiende a citar tan pronto como se pueda, no el texto legal, sino la sentencia en que haya recibido aplicación dicho texto legal. Sólo en presencia de dichas sentencias sabrá el jurista lo que quiere decir la ley, porque solamente entonces encontrará la norma jurídica en la forma que resulta familiar, es decir, en la forma de regla jurisprudencial.”¹⁶⁵

Una vez que la norma ha sido interpretada en un determinado sentido para su aplicación a un caso concreto, esa interpretación adquiere carácter de

¹⁶⁵ Torres Vasquez. Ob.Cit

precedente jurisprudencial, es decir, de norma general y abstracta, de modo que en el futuro todos los casos semejantes al ya resuelto tendrán la misma solución jurídica, lo que garantiza al ciudadano una justicia predecible con la consiguiente seguridad jurídica para el desenvolvimiento de sus actividades.¹⁶⁶

En uno y otro sistema de Derecho, el *Civil law* y el *Common law*, la administración de justicia tiene por función, además de resolver conflictos e incertidumbres sociales, crear seguridad jurídica, tratando igual a los casos iguales y dando a cada parte litigante lo que le corresponde, con las correcciones establecidas por la ley o el precedente judicial, garantizando a la comunidad una justicia predecible. (...) El absurdo de negar y afirmar una misma cosa, como sucede con las sentencias contradictorias que resuelven casos iguales en forma diferente, es un claro signo de la falta de honestidad y capacidad del magistrado, lo que no es raro en países subdesarrollados culturalmente (...) Casos como éstos, en países desarrollados culturalmente, tanto del *Common law* como del *Civil law*, constituirían un gran escándalo público que obligaría al magistrado a irse a su casa sino a la cárcel.¹⁶⁷

El sentido actual de la Teoría de las fuentes ya no tiene mucho que ver con el Estado liberal, no se sitúa entre la ley y la costumbre, porque éstas han pasado a desempeñar un papel estrictamente residual, en el sistema de fuentes de producción normativa¹⁶⁸.

La definición más extendida de fuentes del Derecho, es aquella que considera fuentes del Derecho a todo acto o hecho a los que un determinado ordenamiento jurídico atribuye la idoneidad- (si se trata de hechos, como la costumbre) o la capacidad (si se trata de actos fuente formal)- de producir normas jurídicas. El concepto de fuentes debe centrarse, por tanto, en las

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ Cámara del Vilar . Ob. Cit. Pág. 65

diversas categorías o tipos normativos a través de los cuales se incorporan normas jurídicas al ordenamiento.

La doctrina tradicional nunca estudio con profundidad los modos de producción del Derecho, ni las cuestiones de validez de las normas, que no le interesaban. La doctrina tradicional centro su atención en la eficacia de las normas y en la relación entre ley y costumbre desechando todo aquello que pudiera poner en cuestión de supremacía absoluta de la ley sobre el ordenamiento.

El motivo de la transformación en el análisis de las fuentes del Derecho se ha operado por incidencia de la Constitución con específica vocación normativa y mecanismos jurisdiccionales de aplicación, lo que exige la consideración de: contenidos materiales, procesos globales de producción y aplicación del Derecho. En términos generales el problema de las fuentes del Derecho ya no consiste en identificar el nuevo orden racional frente al tradicional, sino en articular los diferentes centros de producción normativa que confluyen en un mismo ordenamiento. El Derecho internacional y supranacional, el Derecho estatal general, el Derecho regional o autonómico constituyen los grandes núcleos que hay que armonizar.

“La expresión ‘fuentes’ no indica ya el origen de las normas como en el pasado. Fuentes que tienen el mismo régimen jurídico pueden tener un origen distinto (leyes parlamentarias, actos del gobierno con valor de ley, leyes estatales, leyes autonómicas, tipos diversos de ley). Por otra parte, una vez que la fuente incorpora la disposición o la norma al ordenamiento, ésta adquiere vida propia (Sandulli), de tal modo que la aplicación de sus preceptos va a estar condicionada a otros actos normativos que confluirán en la determinación de la norma concreta. La disposición legal y la normativa que finalmente se aplica puede ser muy distinta”.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Idem.

El reconocimiento de las fuentes del Derecho de un ordenamiento no ésta libre de polémica, existiendo consenso casi general a determinar cuáles deben ser consideradas fuentes del Derecho inequívocamente (la ley, el reglamento, la costumbre), no se da el mismo acuerdo a la hora de determinar la inclusión o exclusión dentro de fuentes a otras categorías normativas como el caso de la jurisprudencia, del negocio jurídico o de los principios generales del Derecho.

1.1. Reconocimiento Constitucional y Legal de la Jurisprudencia

El reconocimiento en los ordenamientos jurídicos de México, Guatemala, Perú y Bolivia de la jurisprudencia como fuente de Derecho, tiene las siguientes características.

La Ley de Amparo mexicana, en el segundo párrafo del art. 192, dispone: “Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia de Pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas.”¹⁷⁰

El Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala (arts. 621 y 627) dispone que para que se sienta jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia debe emitir cinco fallos uniformes, no interrumpidos por otro en contrario. Por deducción la modificación del *stare decises* debía producirse en esa línea.¹⁷¹

El ordenamiento jurídico peruano incorpora al precedente judicial o *stare decises* como fuente formal de Derecho. La creación del Derecho debe ser la obra conjunta del legislador y el juez, puesto que el legislador dicta la ley, pero ésta no opera por sí sola, sino a través del juez, quien, mediante la interpretación, establece su sentido con relación a un hecho concreto sometido a su decisión, interpretación que servirá de fundamento para la solución de otros casos futuros iguales, de tal modo que éstos no tengan respuestas jurídicas contradictorias. Desde esta perspectiva, como no puede ser de otra forma, expresa Torres Vásquez el ordenamiento jurídico peruano establece los casos en que los

¹⁷⁰ Citado por Torres Vasquez. Ob. Cit.

¹⁷¹ Idem.

tribunales encargados de administrar justicia crean precedentes o doctrina jurisprudencial vinculatoria.

El Código Procesal Constitucional del Perú (Ley 28237 de 31.5.04), en el art. VII, dispone: *“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”*.¹⁷²

De acuerdo con este texto, en el Perú, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden o no ser vinculantes para el propio Tribunal y demás órganos del Estado. Constituirán precedente vinculante, o sea tendrán un efecto normativo general y abstracto, cuando así lo exprese el propio texto de la sentencia, en cambio, cuando no contengan esta declaración, no tendrán la calidad de precedente normativo obligatorio.

El Art. 40 Código Procesal Civil (CPC) de 1991 peruano, prescribe:

Cuando una de las salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los Vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio. Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

¹⁷² Idem

*El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.*¹⁷³

En el caso boliviano, la referencia a la aplicación de la jurisprudencia en fuente del Derecho estuvo relacionada a disposiciones que comprendan casos semejantes explicitado en el Art. 1 del Código de Procedimiento Civil (II) No podrán excusarse de fallar bajo pretexto de falta, oscuridad o insuficiencia de la ley, en las causas sometidas a su juzgamiento, debiendo pronunciar sentencia según la equidad que nace de las leyes, conforme a las disposiciones que comprenden casos semejantes al hecho particular. En el Art. 193 de la misma disposición legal se establece: “ El juez no podrá dejar de fallar en el fondo de las causas sometidas a su juzgamiento, bajo pretexto de falta, oscuridad o insuficiencia de la ley, ni salvar los derechos de los litigantes para otro proceso. Deberá fundar su sentencia en los principios generales del Derecho, las leyes análogas o la equidad que nace del ordenamiento jurídico del Estado.

En materia constitucional la referencia a la jurisprudencia como fuente de Derecho la encontramos en la abrogada Ley 1836 (Ley del Tribunal Constitucional) en el Art. 5 determinó: “El Tribunal Constitucional en ningún caso podrá excusarse de fallar en las causas sometidas a su conocimiento, alegando insuficiencia, ausencia u oscuridad de la norma.” Sin hacer referencia a que fuentes debía acudir. Paralelamente el Art.4 establecía “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. Los tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional” El Art. 44 legisló sobre la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal párrafo I. Los poderes públicos

¹⁷³ Torres Vasquez. Ob. Cit.

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.

Es interesante observar que la Ley N° 1836 en el párrafo V del Art. 58 disponía “La sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella.”

De lo que podría inferirse que el mandato constitucional adoptaba el modelo de petrificación de la jurisprudencia constitucional de ahí quizá la ausencia de disposiciones o requisitos para la modificación o cambio en las líneas jurisprudenciales.

En realidad ha sucedido todo lo contrario, las líneas jurisprudencias en Bolivia han proliferado no guardan coherencia, las líneas jurisprudenciales establecidas en Sentencia Constitucional incluso han o modificadas incluso por Autos Constitucionales, en otros casos han ido contra la legislación como se ha demostrado *up supra* (modificación en el procedimiento de revisión de la acción de amparo constitucional a cargo del Tribunal Constitucional) e incluso han transgredido la propia Constitución (modificación de jurisdicción en la resolución de procesos contenciosos administrativos) como demostraremos en la tabla 63.

El texto constitucional refrendado el 2009 ha dado lugar a una etapa de transición, en la que los procedimientos de los recursos constitucionales se rigieron por la Ley 1836 en tanto era sancionada y promulgada la Ley 027 Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de 6 de julio 2010 y la Ley 254 de 5 de julio 2012 Código Procesal Constitucional. Las nuevas disposiciones estipulan:

Art. 8. 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.

Art. 11. (Obligatoriedad). Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, no podrán excusarse de fallar en las causas sometidas a su conocimiento alegando insuficiencia, ausencia u obscuridad de la norma.

Art. 15. (Carácter obligatorio, vinculante y valor jurisprudencial de las sentencias).

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.

II. 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.

1.2. Criterios de aplicación de la Jurisprudencia y los derechos fundamentales.

Toda reforma constitucional se constituye en el momento ideal tanto de renovación como de ratificación institucional y societal. De renovación porque está abierta la posibilidad de realizar modificaciones en la estructura fundamental de los derechos, garantías y principios que amparan los derechos fundamentales. Es el momento para el ajuste institucional también de todas las incoherencias, contradicciones o en su caso la inclusión de instituciones que coadyuven al logro de los fines de la sociedad y del Estado, siempre y cuando se tuvieran identificados estos problemas. Es también el momento de ratificación, para todo el andamiaje constitucional que funciona adecuadamente.

No cabe duda, que dependiendo de la reforma constitucional la legislación secundaria tiene la misma posibilidad y hasta obligación de adecuación a fin de evitar las contradicciones, igualmente la reforma será fructífera, siempre y cuando se tengan identificados los problemas y los fines de la reforma posibilitando reparar omisiones legislativas que precisaran habilitación constitucional.

En este sentido, y dentro del tema jurisprudencial en relación a la protección de derechos fundamentales del texto constitucional refrendado y las Leyes 027 y 254 fruto de la reforma constitucional, el panorama jurisprudencial se puede clasificar de acuerdo a los siguientes razonamientos en: a) de ratificación b) de avance normativo c) de encuadre jurisprudencial d) de neutralización e) de contradicción para el ejercicio de derechos fundamentales y seguridad jurídica

a) En cuanto a la ratificación, en nuestro criterio consideramos que se ha mantenido la vinculatoriedad de las resoluciones y sentencias constitucionales el Art. 203 del texto constitucional refrendado establece (...) 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.

Art.78 Código Procesal Constitucional determina:

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.

En términos generales ratifica el Art.58 de la Ley 1836 que estipula la prohibición de demandar de inconstitucionalidad una norma que ha sido declarada constitucional agregando cuando se trate del mismo objeto o causa y se argumente los mismos preceptos constitucionales impugnados. Dejando nuevamente en el vacío la forma procedimiento, legitimación y legitimidad para el cambio de línea jurisprudencial.

b) En cuanto al avance normativo, se ha introducido en el texto constitucional refrendado la supra constitucionalidad a favor de los derechos fundamentales el Art. 256 (I) dispone: “ Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.”

c) En cuanto al criterio de encuadre jurisprudencial, el texto constitucional refrendado en el Art. 196 (II) establece: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto. Reducir la interpretación del Derecho al método literal y exegético, no sólo es un exceso del constituyente sino también una violación del marco valorativo-mitológico de cualquier interpretación en el orden jurídico”.

d) En cuanto al criterio de neutralización, si bien el principio de jerarquía normativa explicada en el inciso (c), pese que el Art. 410 del texto constitucional refrendado establece la supremacía constitucional y jerarquía normativa al expresar:

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

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.
2. Los tratados internacionales
3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena
4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

El Art. 257 (I) texto constitucional refrendado (TCR) determina: Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley. El texto constitucional ingresa en contradicción flagrante.

Ante esta redacción contradictoria se agolpan las interrogantes ¿los tratados o convenios tienen rango superior a la Ley? ¿Tienen rango de ley? Espinosa la tarea de los jueces ordinarios, de los tribunales y jueces de garantías y del propio Tribunal Constitucional.

- e) Criterio de contradicción en el ejercicio de derechos fundamentales de seguridad jurídica.

A primera vista el párrafo (II) del Art. 256 parecería ser una conquista invaluable para el constitucionalismo boliviano; sin embargo en el análisis global del texto refrendado, este mandato ingresa en colisión, con el mandato

del Art. 123 Qué estipula: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá 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”.

Entre los derechos fundamentales recogidos en las Declaraciones Internacionales sobre derechos humanos figuran el debido proceso, el de ser escuchado en juicio contradictorio, el de contar con una instancia de revisión de la sentencia. Declaraciones que sostienen, el principio de que la ley rige para lo venidero lo que da lugar a hacer justiciable el derecho a la irretroactividad de las leyes o en su caso el principio de presunción de inocencia. Deja al ámbito constitucional de cada Estado el grado de validez y de jerarquía, estas Declaraciones se nutren de la corriente monista o dualista, cuya concreción sostenemos tiene que ver el derecho a la seguridad jurídica.

En ese sentido el Art. 410 establece que los tratados y convenios de derechos humanos gozan de la misma primacía que la Constitución y por su parte el Art. 256 los derechos fundamentales reconocidos por las Declaraciones gozan de primacía respecto de la propia Constitución.

Las Declaraciones sobre derechos fundamentales protegen el derecho de la irretroactividad de la ley estableciendo salvedades en dos materias: materia penal si beneficia al sindicado y materia laboral si beneficia al trabajador siempre que expresamente se establezca la retroactividad.

En consecuencia de la comprensión literal del Art. 123 del texto refrendado, se infiere que el texto avala la retroactividad en materia de corrupción, que es materia penal, abriendo la posibilidad de criminalizar actos y hechos acaecidos con anterioridad cuando no constituían delitos, violando el principio *nulla pena sine lege*, allanando la aplicación de leyes ex post facto.

Está contradicción del Art. 123 del texto refrendado con las Declaraciones de protección de derecho humanos, precisará de un Órgano Judicial que opte por la eficacia del Art. 256 como principio de seguridad jurídica, sin embargo la réplica estatal, estará abierta para poner en tela de juicio la soberanía como razón de Estado frente a los derechos fundamentales.

Doctrinalmente las leyes *ex post facto* tienen la sutileza de diversidad de formas:

a) convierten una conducta - antes permitida socialmente o por lo menos no sancionada a pena corporal- en delito. Por ejemplo en los países que practican poligamia penalizar la bigamia todos entrarían a la cárcel por bígamos ley *ex post facto* otra es la situación de penalizar la bigamia bajo el principio de que la ley rige para lo venidero, solo cometerían delito de bigamia aquellos que adoptaren un segundo matrimonio sin la disolución del primero desde el día de publicación o vigencia de la ley b) agravan la sanción penal por ejemplo una persona comete delito y la ley vigente en ese momento de acaecer el hecho sancionada a cadena perpetua, en el ínterin del proceso judicial cuando aún no cuenta con sentencia, la sanción es cambiada por el legislador a pena de muerte. La sanción que debe cumplir esta persona es aquella regla o norma anterior al proceso, es decir la cadena perpetua. Sin embargo todos los que incurren en el mismo delito pero lo cometen luego de que la ley fue publicada estarán condenados a pena de muerte porque su acto es cometido cuando la nueva regla en este caso la sanción ya fue establecida. c) son *leyes ex post facto* también cuando la nueva ley reduce los medios de prueba, si la norma ley anterior al proceso establecía como pruebas: la documental, testifical, peritaje y en el ínterin del proceso por reforma legislativa la nueva disposición establece como medio de prueba solo la documental esta nueva regla será aplicada solo a los procesos que se inicien a partir de su publicación o puesta en vigencia.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Dermizaky. Ob. Cit. Pág 281

El dinamismo, el desarrollo y la evolución del Derecho deben resguardar este mínimo derecho a la seguridad jurídica que se expresa en el principio de que la ley rige para la venidero y no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal sólo si benéfica al encausado y en materia social cuando la ley así lo determina.

El Magistrado que resuelve casos semejantes en forma diferente, sin motivar las razones por las que toma tal decisión, degenera gravemente la administración de justicia. Carece de toda razonabilidad y racionalidad, por contravenir elementales principios lógicos que ninguna ley o decisión judicial pueden dejar sin efecto, que el juez califique a un mismo supuesto fáctico como válido e inválido, como nulo y anulable, como rescindible y resoluble, como procedente e improcedente, como fundado e infundado.¹⁷⁵

Por lo que es ineludible reflexionar sobre las repercusiones negativas que se producen sobre los derechos procesales cuando la jurisprudencia es contradictoria, porque afecta no sólo la seguridad jurídica sino el derecho de igualdad ante la ley. Si bien la decisión del Tribunal de Garantías o el Tribunal Constitucional según el modelo adoptado entendemos que tiene sus propios fundamentos que lo diferencian en lo sustantivo es en lo procedimental: requisitos de legitimación, procedencia, plazos, formas de resolución deben constituir regla general.

2. Jurisprudencia contradictoria: sus efectos y responsabilidades

Nocivos efectos de la jurisprudencia contradictoria, que el precedente vinculante o *stare decises* esté regulado en el ordenamiento jurídico peruano sostiene el profesor Torres Vásquez, pero que no sea seguido por los órganos que integran el Poder Judicial y el Ministerio Público, al emitir decisiones que no son congruentes con las anteriormente dadas en casos iguales o análogos, genera una administración de justicia impredecible que deslegitima al Poder Judicial, promueve la corrupción, encarece y retarda la impartición de justicia,

¹⁷⁵ Torres Vasquez Ob.Cit

incrementa la carga procesal, sacrifica la calidad de las sentencias haciendo prevalecer lo adjetivo sobre los sustantivo, es decir, las formas sobre los derechos fundamentales de la persona.¹⁷⁶

“El Código Procesal Constitucional Peruano (Ley 28237 de 31.5.04), en el Art. VII, dispone: *“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”*.

De acuerdo con este texto, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden o no ser vinculantes para el propio Tribunal y demás órganos del Estado. Constituirán precedente vinculante, o sea tendrán un efecto normativo general y abstracto, cuando así lo exprese el propio texto de la sentencia, en cambio, cuando no contengan esta declaración, no tendrán la calidad de precedente normativo obligatorio.

El Código Procesal Civil Peruano (CPC) de 1991, prescribe: *“Art. 400. Doctrina jurisprudencial. Cuando una de las salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los Vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.*

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio. Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

¹⁷⁶ Torres Vasquez. Ob.Cit.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad”.

Manifiesta el Dr. Torres Vásquez que no obstante el tiempo transcurrido desde la vigencia del CPC sorprende que no se haya realizado ningún Pleno Casatorio. Resulta incomprensible agrega que la Corte Suprema de Justicia de la República no ha tomado la decisión de llevar a cabo la más importante, innovadora, y menos costosa de las reformas que conduciría a que el Perú cuente con una justicia predecible que legitimaría al Poder Judicial ante la ciudadanía. Nada justifica, ni la falta de recursos, ni la falta de reglamentos, ni cualquier otra excusa para que la Corte Suprema tome la decisión de crear la doctrina jurisprudencial, removiendo cualquier pequeño obstáculo que se pueda presentar en el camino, erigiéndose de este modo en un verdadero poder del Estado.

A falta de los plenos casatorios, los casos aun los más sencillos son resueltos en forma contradictoria, como por ejemplo:¹⁷⁷

1°. Cuando hay oposición entre el derecho de propiedad y el embargo, en unos casos se hace prevalecer al de propiedad sobre el embargo, aunque aquél no haya sido inscrito y éste sí (Casaciones: 2974-01, 2472-2001, 3662-01 y 2720-2002), y en otros, se dispone que prevalece el embargo inscrito sobre el de propiedad no inscrito (Cas. 2683-2001)

¹⁷⁷ Idem

2°. En unos casos se dispone que el pago parcial sea causal de contradicción al mandato ejecutivo (Cas. 1123-2000) y en otros que no es causal de contradicción (Cas. 3147-98)

3°. Tratándose de títulos valores en los que estén involucradas personas jurídicas, en unos casos se sostiene que sólo es exigible que se consigne el nombre de los representantes y no el número de su DNI (Cas. 1778-2005) y en otros se declara la nulidad de las letras de cambio por no haberse consignado el DNI del representante de la empresa (Cas. 1742-2003)

4°. En unos casos se establece que no procede el recurso de casación respecto del pago de costas y costos del proceso, por tratarse de un asunto accesorio (Cas. 3322-2000) y en otros se afirma que se ha incurrido en la vulneración del debido proceso al haberse condenado indebidamente al pago de costas y costas (Cas. 3742-2000. Lima)

5° cuando la resolución que es materia de la demanda contencioso administrativa ha sido expedida por el Consejo directivo del OSINERG, en unos casos se establece que el conocimiento de la causa compete al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (Cas. N° 794-2004-LIMA) y en otros, que compete a la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva (AP. N° 3535-2006-LIMA, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema)

6°. Cuando el demandado por reivindicación alega que también es el propietario, en unos casos se dice que en la vía reivindicatoria no se puede discutir el mejor derecho de propiedad (Cas. 2550-98) y en otros, que sí es posible (Cas. 1240-04. Tacna). En materia de nulidades y en general de ineficacia de actos jurídicos, especialmente de contratos, la cosa es espantosa.

7° El Código de Procedimientos Penales dispone: *“Art. 301.A. 1. La sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el*

art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Pagina Web del Poder Judicial. 2. Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de la Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo –en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional- se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta.

En este supuesto no se requiere la intervención de las partes, pero se anunciará el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial”.

El no acatamiento de este mandato da lugar a que en materia penal se den casos emblemáticos, como el siguiente: El personal policial que efectuaba el patrullaje de rutina por La Avenida Perú de la ciudad de Trujillo, intervino, el 17.3.2001, al ciudadano Adolfo Pacheco Mejía, encontrando en su poder una pistola con un proyectil sin percutar; con el atestado policial se formaliza la denuncia, instaurándose el proceso penal por el delito de peligro común – tenencia ilegal de armas de fuego, en agravio del Estado (Inst. Nº 489-2001, 2do. Juzgado Penal).

El procesado, persona de escasos recursos, es sobrino de un magistrado de la Corte Superior de la Libertad, quien le pagó un Abogado para que lo defendiera. Se tramitó la instrucción en la vía del proceso ordinario; efectuados los informes finales del Fiscal Provincial y el Juez, se elevó el expediente a la Sala Penal Superior, quien, de conformidad con lo solicitado por el Fiscal Superior, declaró insubsistente los informes finales y mandó que el Juzgado de origen adecue el proceso a las normas del proceso sumario (3.9.2001).

El juez hace la adecuación al proceso sumario y dicta sentencia el 24.9.2002, absolviendo al procesado, por no haberse determinado que el arma sea idónea para lesionar el bien jurídico tutelado. El expediente sube en apelación a la Sala Penal Superior, quien, esta vez contrariamente a lo que antes resolvió en este mismo caso, anula la sentencia y dispone que el juez de origen adecue la causa al trámite del proceso ordinario (primero dijo que se sumarice, y ahora que se ordina rice el proceso).

El juez ordinaria el trámite y con los informes finales eleva el expediente a la Sala Penal Superior, quien luego de efectuado el juicio oral dicta sentencia absolviendo al procesado. El Procurador interpone recurso de nulidad; la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Resolución de fecha 29.9.2005, anula la sentencia y dispone que el juez de la causa sumarice el proceso, o sea después de haberse resuelto el caso en un juicio público, contradictorio, de prueba plena, el Supremo Tribunal de la República, anula lo actuado y dispone que el caso lo resuelva el juez en vía sumaria.

El juez de la causa, seguramente desconcertado por las decisiones de las instancias superiores y cansado de ordinarizar y sumarizar el proceso, adecua el trámite al proceso sumario y dicta sentencia el 1.3.2007, colocando al procesado en el *border line* entre la libertad y la cárcel, es decir, condenándolo a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida.

El sentenciado cuenta lo sucedido a su tío que pagó a su abogado; el tío, anonadado por lo sucedido en un juicio que viene durando más de seis años, le dice que apele; el sentenciado contesta que no, que mucho mejor hubiera sido que desde un inicio lo envíen a la cárcel por tres o cuatro años, que a la fecha ya habría salido y estaría trabajando tranquilo.

Este hecho acredita que en el Perú nadie puede estar seguro de ser víctima de las “injusticias de la justicia”, ni los propios magistrados, como ha sucedido en este caso con el magistrado que pagó un abogado para que defendiera a su sobrino, confiando, no diremos ingenuamente, que si puede haber justicia por parte de sus colegas.¹⁷⁸

Con un mínimo de sentido común se deduce de estos ejemplos que (...) nuestros magistrados (no todos por supuesto, porque hay excepciones) en vez de solucionar conflictos los complican más o los dilatan innecesariamente. Ellos se comportan de este modo porque tienen asegurada su mensualidad, mientras que los litigantes, desde la persona más modesta hasta el empresario más próspero, a quienes obligan a transitar por años por los pasillos del Poder Judicial, tienen que trabajar día y noche para ganarse el sustento y pagar impuestos con los que se cubre también las remuneraciones de los magistrados.¹⁷⁹

La Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 22, establece: “*Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las ejecutorias que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.*”

Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de

¹⁷⁸ Idem

¹⁷⁹ Idem

obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial El Peruano, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”

¿Qué es lo que sucede al interior de la Corte Suprema? ¿Cuáles son las razones por las que no ha activado los mecanismos del Art. 22 de su propio estatuto para generar la predictibilidad de las decisiones judiciales? La credibilidad del Poder Judicial depende de que imparta una justicia predecible. No es creíble cuando frente a las críticas al sistema de justicia, los jueces contestan diciendo que eso se debe a que en todo proceso judicial hay un ganador y un perdedor, que la parte perdedora siempre se queja. En verdad, el que pierde porque no tenía razón no protesta, salvo, por supuesto, algunos litigantes o abogados carentes de ética que no faltan; se queja el litigante a quien se le ha privado de su derecho haciendo prevalecer la falsedad sobre la verdad; también se queja el litigante vencedor porque la justicia le ha llegado demasiado tarde o porque le ha resultado muy costosa.¹⁸⁰

La justicia predecible es uno de los presupuestos, sino el más importante, de la seguridad jurídica de un país. No ganamos nada penalizando nuestros problemas sociales o incrementando penas con una justicia penal impredecible que puede someter a proceso o condenar a inocentes, o no procesar o dejar libres a avezados delincuentes. Todos los esfuerzos para promover las inversiones

¹⁸⁰ Torres Vásquez. Ob. Cit.

nacionales y extranjeras caen en saco roto ante una justicia civil, comercial, laboral, tributaria, impredecible. Con sentencias contradictorias sobre casos semejantes, nadie puede estar seguro si va a resultar vencedor en un proceso judicial por más que le asista toda la razón del mundo, ni nadie puede asegurar que no va a ganar la *litis* que ha promovido sin que le asista ninguna razón.

Como lo señalan el Código procesal civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial, la publicidad de las sentencias que establecen precedentes vinculantes permite: que sean conocidas y acatadas por los magistrados de todas las instancias; que su predictibilidad genere seguridad jurídica; que la doctrina jurisprudencial no sea sustituida por interpretaciones caprichosas de algunos jueces; que la ciudadanía confíe en el Poder Judicial; que genere críticas, debates académicos, con el fin de enmendar errores; que la administración de justicia sea transparente, de calidad, y esté sometida al escrutinio popular.

Las sentencias contradictorias y ocultas, conocidas sólo por las partes litigantes o son fuente de corrupción o esconden la idoneidad de sus autores para administrar justicia. En cambio, las sentencias dictadas en conformidad con el precedente vinculante y conocible por todos son fuente de Derecho y legitiman al Poder Judicial.

La Corte Suprema de Justicia de la República¹⁸¹ viene publicando las sentencias dictadas en casación, dos o tres cuadernillos cada cierto tiempo, pero lo hace sin ningún orden, con letra chiquita que dificulta su lectura, muchas de ellas contradictorias por resolver casos semejantes en forma diferente, sin que se pueda saber cuál o cuáles de ellas constituyen precedente vinculante. Se repite con frecuencia el mandato legal que dice que la casación tiene como objetivo la unificación de la jurisprudencia nacional (art. 384), pero cuando los jueces de las instancias inferiores o los abogados invocan una sentencia casatoria, la Corte Suprema contesta que “la ejecutoria suprema invocada no constituye doctrina

¹⁸¹ Idem.

jurisprudencial, por no haber sido expedida con los requisitos establecidos en el art. 400 del CPC". Esto es como decir Yo administro justicia como me da la gana. Evidentemente esta actitud de nuestro tribunal supremo viola el principio de igual de todos los litigantes ante la ley y hace tabla rasa del ordenamiento jurídico, lo que indudablemente genera responsabilidad política, administrativa, civil y penal que se debe determinar en cada caso.

En el caso boliviano, si bien está regulada la jurisprudencia como fuente de derecho la regulación es insuficiente y puramente enunciativa como ya hemos manifestado. Las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional por el momento quedan a la voluntad, ánimo y criterio de los circunstanciales miembros de la Comisión de Admisión mientras no se supera el conflicto de interpretación que tiene el Tribunal Constitucional sobre la Ley del Tribunal Constitucional.

A la práctica jurisprudencial constitucional boliviana queda mucho camino por recorrer apartándose de las formas que le han servido de excusa para evadir el fondo del asunto o los asuntos que son de interés de la ciudadanía: el control de constitucionalidad de las leyes y demás resoluciones, como derecho , garantía y principio de los derechos fundamentales y límite del poder político.

El primer paso a seguir será superar las contradicciones en las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional que han tenido los miembros de gestiones pasadas y la presente es sobre la propia Ley del Tribunal Constitucional.

Entre las líneas jurisprudenciales, en que se han hallado contradicciones se encuentra la cuestión de oportunidad para interponer el Recurso Incidental de Inconstitucionalidad en situaciones de ejecución de sentencias , sobre que sujetos gozan de la capacidad procesal para ejercer legitimación activa, sobre la legitimidad o ilegitimidad de las resoluciones de las autoridades judiciales y

administrativas que ejerciendo el mandato imperativo de la Ley (1836) los faculta a admitir o rechazar el Recurso Incidental de Inconstitucionalidad para que siga el procedimiento correspondiente, finalmente observamos las contradicciones jurisprudenciales respecto al control judicial de las leyes y las más representativas versan sobre si el control de constitucionalidad incluye los procesos arbitrales, si incluye actos de personas privadas, si incluye la actividad reglamentaria del Órgano Ejecutivo.

1) En cuanto a la oportunidad para la interposición del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad en las demandas de tercería de dominio excluyente que de acuerdo al Art. 513 del Código de Procedimiento Civil en procesos ejecutivos, sólo procederán las tercerías de dominio excluyente y las de derecho preferente en el pago las que podrán presentarse en primera o segunda instancia y en ejecución de sentencia.

Por A/ C 483/2002-CA Sucre, 22 de octubre de 2002 Expediente: 2002-05283-10-RII se rechaza la posibilidad interponer el Recurso Incidental de Inconstitucionalidad en ejecución de sentencia en los siguientes términos: “En el supuesto de que en esta fase del proceso pudiera determinarse la inconstitucionalidad de la norma impugnada, tal determinación no haría sobrevivir la inscripción que caducó, dado que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad no modifican actos ya cumplidos o ejecutados durante su vigencia, por cuanto su cumplimiento es para lo venidero, de conformidad a lo dispuesto por el art. 121.III in fine de la Constitución Política del Estado; además, en ejecución de la sentencia del proceso ejecutivo referido..”

Sin embargo el AC 0236/2004-CA de 21 de abril señaló que: “...si bien es cierto que el referido proceso judicial se encuentra en ejecución de sentencia, no es menos cierto que la solicitud fue planteada dentro del incidente de tercería de dominio excluyente” (...) “el juez de la causa resolverá el caso en estricta aplicación de la norma -impugnada- prevista por el art. 1553.I del CC, de manera

que la decisión final a adoptarse en el incidente de tercería de dominio excluyente, depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicha norma, para que el Juez pueda declarar probada o improbada la tercería.

La S/C 0057/2004 Sucre, 23 de junio de 2004 Expediente: 2004-08771-18-Rll aclara que si bien es cierto que se tramita como un incidente de la causa principal, no es menos cierto que conforme a la doctrina del Derecho Procesal constituye un proceso autónomo, con intereses opuestos del tercerista con relación al de las partes; en consecuencia, la tercería deberá concluir con un auto interlocutorio definitivo que materialmente tendrá los efectos de sentencia con relación al asunto dilucidado en la tercería.

El razonamiento del Auto 0236/2004 y de la Sentencia 0057/2004 vuelve a ser reconducido por A/C 0337/2010-CA Sucre, 15 de junio de 2010 Expediente: 2008-18384-37-Rll (...) Es evidente que la jurisprudencia constitucional de la Comisión de Admisión en gestiones pasadas, admitía este incidente en ejecución de sentencia, así sea de manera excepcional, tal el caso por lo explicado precedentemente, al constatarse que este entendimiento contraviene a los principios de legalidad, seguridad jurídica y celeridad, que por previsión constitucional, son la base de la potestad de impartir justicia, emanada del pueblo boliviano, tal cual prevén los arts. 178. I y 180 de la CPE, en aplicación del art. 4.II de la Ley 003, corresponde reconducir dicho entendimiento jurisprudencial de orden procesal. En consecuencia, en los casos en que el incidente de inconstitucionalidad sea planteado en ejecución de sentencia, a solicitud de parte o de terceros, al no darse los presupuestos mínimos de procedencia y existir un límite legal al respecto, corresponde el rechazo, debiendo proseguir la fase ejecutiva del proceso correspondiente.

2) El criterio jurisprudencial sobre la capacidad procesal para ejercer legitimación activa para pedir la apertura de la cuestión de inconstitucionalidad vía el Recurso Incidenta de Inconstitucionalidad.

En los AACC 356/2003-CA, 357/2003-CA, 057/2005-CA, 290/2005-CA, 337/2005-CA y otros, se estableció que sólo el juez, tribunal o autoridad administrativa están legitimados para promover el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad.

Criterio ratificado por las SC 007/2005, de 17 de enero, coherente con lo expresado en la SC 45/2004, de 4 de mayo, estableció que: "Uno de los requisitos esenciales para la admisión del Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad es la acreditación de la legitimación activa. En ese orden, cabe señalar que, dada la naturaleza jurídica de este recurso y el modelo de control de constitucionalidad adoptado por el Constituyente, la legitimación activa está reconocida de manera restringida a los jueces o tribunales judiciales o las autoridades administrativas ante quienes se sustancie el proceso judicial o administrativo dentro del cual se promoverá el recurso (...)"

El AC 454/2005-CA-Bis Sucre, 22 de septiembre de 2005 Expediente: 2005-11836-24-RII en mérito al art. 59 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC) establece que el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una Ley, Decreto o cualquier género de Resolución no judicial aplicable a aquellos procesos. Este recurso será promovido por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte. Del precepto legal anotado, en conexión con lo establecido por el art. 60.I de la LTC, se infiere que las personas naturales o jurídicas que son parte dentro de un proceso judicial o administrativo en el que se promueve el recurso, lo son también en un Recurso Incidental de Inconstitucionalidad, y en consecuencia, tienen legitimación activa.

Como puede apreciarse los criterios son dispares dentro de un mismo periodo de tiempo afectando el derecho de igualdad ante la ley y quedando en entre dicho la posibilidad de acceso a la justicia constitucional

3) A la mesa constitucional le toco además fallar sobre la legitimidad o ilegitimidad de las resoluciones de las autoridades judiciales y administrativas que ejerciendo el mandato imperativo de control difuso ante la duda de constitucionalidad de una norma (ley, decreto, resoluciones) admitieron el Recurso IncidentaI de Inconstitucionalidad.

El A/C 026/2007-CA Sucre, 16 de enero de 2007 Expediente: 2006-15172-31-RII dentro recurso de alzada que cuestionó la constitucionalidad del art. 7 de la Resolución Normativa de Directorio (RND) 10-0021-04, de 11 de agosto de 2004, que fundamenta la supuesta no procedencia del beneficio de Reducción de Sanciones por ilícitos Tributarios, duda que mereció de la autoridad administrativa Auto de admisión del recurso incidental de inconstitucionalidad acto procesal que obtuvo la réplica de la Comisión de Admisión en los siguientes términos . (...) En lo que atañe al recurso incidental de inconstitucionalidad, este Tribunal en la SC 007/2005, de 17 de enero, coherente con lo expresado en la SC 45/2004, de 4 de mayo, los jueces o tribunales judiciales o las autoridades administrativas ante quienes se sustancie el proceso judicial o administrativo dentro del cual se promoverá el recurso (...)", no tienen "... competencia alguna para admitir un recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, ya que ello es atribución exclusiva del Tribunal Constitucional, pues conforme a la norma prevista por el art. 62.2 de la LTC (...)", sólo tienen "la atribución de admitir el incidente de promover el recurso, y por lo tanto promoverlo mediante un Auto motivado en el que deberá cumplir con los requisitos esenciales previstos por los arts. 30 y 60 de la LTC (...)". Por lo que se ordena nulidad y DEVOLUCIÓN del expediente a la autoridad consultante a objeto de que, regularizando procedimiento, emita una nueva Resolución debidamente fundamentada e imprima el trámite de rigor.

De un problema de control de constitucionalidad sobre normas sancionatorias impositivas la Comisión de Admisión del Tribunal hace derivar en un problema de celo competencial sobre las facultades de la autoridad administrativa en este caso el Superintendente Tributario que en el primer pronunciamiento concede el Recurso empero cumpliendo la orden de regularización ordenada por la Comisión cambia su primigenio Auto de Admisión por un Auto de Rechazo del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad.

Sorprendentemente, la Comisión de Admisión revoca el rechazo y admite su tratamiento ante el Tribunal Constitucional. El pleno del Tribunal Constitucional declara IMPROCEDENTE el Recurso Indirecto o Incidental

4) El criterio antagónico se reproduce en materia de control de constitucionalidad en procesos arbitrales.

Por A/C 147/2005-CA Sucre, 8 de abril de 2005 Expediente: 2005-11176-23-RII en el que se demanda la inconstitucionalidad del art. 4º de la Ley 1770 en la frase “capacidad del Estado para someter estos actos”, sin efectuar una definición de lo que son los “derechos disponibles” o el alcance de esta capacidad y por tanto, cuáles son los derechos indisponibles viola el art. 137 de la Constitución Política del Estado (CPE).

En consecuencia la Comisión establece (...) que el proceso arbitral no forma parte de los procesos (judicial o administrativo), dentro de los que puede promoverse el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, por lo que al haber sido interpuesto el presente recurso dentro del proceso arbitral seguido por SAAM, S.A. contra ASP-B, sin tener en cuenta lo dispuesto por el art. 59 de la LTC referido a la existencia previa de proceso judicial o administrativo, hace inviable la admisión del presente recurso.

Contrariamente a esta línea jurisprudencial, la S/C 0003/07 va más allá incluso, deja sin validez el Laudo Arbitral. La S/C 0003/2007 Sucre, 17 de enero de 2007 Expediente: 2006-14500-30-RII demando la inconstitucionalidad de los arts. 68 y 69 del Código de Procedimiento Civil (CPC), en cuanto al primero se adicione la omisión de no prever la designación de un defensor de oficio para el declarado rebelde, y con relación al segundo, suprimiendo la parte que señala “(...) y constituirá una presunción de verdad respecto a los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo que se la declare.”, por considerarlos contrarios al principio de igualdad y a los derechos a la presunción de inocencia, a la defensa y la garantía del debido proceso, consagrados por los arts. 6. I y 16.I, II y IV de la Constitución Política del Estado (CPE). Con relación a la solicitud de enmienda, se constata que en la parte in fine del Fundamento Jurídico III.5. De la SC 0003/2007, se consignó que la norma impugnada fue aplicada al momento de pronunciar el Laudo Arbitral 08/2006, en lugar de señalar que esa norma pudo ser aplicada al momento de pronunciar el Laudo Arbitral 08/2006 por lo que declara no ha lugar la complementación y enmienda.

El Tribunal Constitucional, falla declarando sin efecto la validez del Laudo Arbitral en virtud de la jurisdicción y competencia que le confiere el art. 50 de la LTC, resuelve: “Por lo expresado, corresponde al Tribunal Constitucional dejar sin efecto el Laudo Arbitral 08/2006, de 8 de septiembre, así como el pronunciado el 11 de septiembre por el que se ratificó la validez del Laudo Arbitral 08/2006, toda vez que fueron pronunciados no obstante haber sido interpuesto el presente recurso incidental de inconstitucionalidad, a través del cual se constató la inconstitucionalidad del art. 69 del CPC”.

5) Auxilio judicial en materia de arbitraje y conciliación

En A/ C 636/2006-CA Sucre, 19 de diciembre de 2006 Expediente: 2006-15053-31-RII se concluye que el auxilio judicial constituye una etapa de control jurisdiccional de los procesos arbitrales, por lo que no puede existir un óbice legal

que impida se aplique el régimen legal de la prescripción, como el establecido por el art. 70.II y III de la LAC.

Por A/ C 0417/2010-CA Sucre, 5 de julio de 2010, Expediente: 2008-18599-38-RII demandando la inconstitucionalidad del art. 70.II y III de la Ley de Arbitraje y Conciliación (LAC), por la supuesta vulneración los arts. 16 de la Constitución Política del Estado abrogada (CPE Abrog.), 8.1 y 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica, señalando trasgredidos los derechos a la seguridad jurídica, a la certeza jurídica, a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad y a la garantía del debido proceso, sin especificar las normas constitucionales que los contienen. ...”; por lo expuesto, se establece que el recurso indirecto o incidental de inconstitucional, ha sido interpuesto dentro del auxilio judicial, cuando el Laudo Arbitral -de 31 de junio de 2000-, fue radicado y corrido en traslado al Servicio Nacional de Caminos (fs. 4), como consecuencia de haber adquirido la calidad de ejecutoriado; por consiguiente, el incidentista a momento de interponer el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, no observó la disposición contenida en el art. 61 de la LTC (Oportunidad), de lo que se concluye, que el presente Recurso fue presentado extemporáneamente, circunstancia que impone la necesidad de proceder a su rechazo.

6) Saneamiento procesal o incoherencia de criterios

Por A/C 0052/2010-CA Sucre, 5 de abril de 2010, Expediente: 2007-17080-35-RII cuestionando el Reglamento de Aranceles de la Cámara Nacional de Comercio en general y art. 12 del mismo Reglamento en especial, por considerar que viola los arts. 16. II, 31, 32, 59.1ª y 228 de la Constitución Política del Estado abrogada (CPE Abroga.) Por otra parte, esta Comisión de Admisión ha verificado que en oportunidad de dictar el Laudo Interlocutorio 09/07 de 9 de noviembre de 2007, el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio no dio cumplimiento al mandato del art. 60 de la LTC, por cuanto no se refirió en absoluto al hecho de que el incidentista hubiera observado o no los requisitos de contenido.

Al contrario, el mencionado Laudo Interlocutorio 09/07, es impreciso y no cumple las condiciones establecidas por Ley, careciendo de fundamento jurídico-constitucional, omisión que, en circunstancias normales, ameritaría la devolución de obrados para que el citado Tribunal Arbitral salve dicha inobservancia. Sin embargo, por el tiempo transcurrido, esa determinación provocaría mayores perjuicios y afectaría a la celeridad de la justicia, por lo que en aplicación del principio de economía procesal, se ingresa a resolver la consulta efectuada. POR TANTO

La Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, en virtud de la atribución conferida por los arts. 4 de la Ley 003, 31 inc. 4) y 33.I inc. 1) de la LTC, dispone: 1° REVOCAR el Laudo Interlocutorio 09/07 de 9 de noviembre, cursante de fs. 136 a 137, pronunciado por el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio. 2° RECHAZAR la solicitud de promover el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, contra el Reglamento de Aranceles de la Cámara Nacional de Comercio en general y art. 12 del mismo Reglamento. 3° LLAMAR LA ATENCION al Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio por haber dictado el Laudo Interlocutorio 09/07, sin la debida fundamentación, recordándole que es deber de los jueces y tribunales que, en oportunidad de rechazar o admitir las solicitudes para que se promueva el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, deben referirse necesariamente al cumplimiento del art. 60 de la LTC por parte del incidentista.

Otro tratamiento recibe el caso 0383/2010-CA, a pesar de que el período de análisis y tratamiento data del 2010, sólo que uno es resuelto en abril y otro resuelto en junio. En ambos existía inconstitucionalidad sobreviniente, lo que nos lleva a reflexionar, si estas incongruencias lo que en el fondo están afectando es otro derecho que tiene que ver con la igualdad ante la ley.

AUTO CONSTITUCIONAL 0383/2010-CA Sucre, 30 de junio de 2010 Expediente: 2008-18491-38-RII, demandando la inconstitucionalidad del art. 9 del Reglamento de Arbitraje y Conciliación, por supuestamente vulnerar los arts. 6, 7 inc. a), 14, 16, 29, 31, 35, 59.1ª y 228 de la Constitución Política del Estado abrogada (CPE Abroga.), y 17.II de la Ley del Arbitraje y Conciliación (LAC). demandando la inconstitucionalidad del art. 9 del Reglamento de Arbitraje y Conciliación, por supuestamente vulnerar los arts. 6, 7 inc. a), 14, 16, 29, 31, 35, 59.1ª y 228 de la Constitución Política del Estado abrogada (CPE Abroga.), y 17.II de la Ley del Arbitraje y Conciliación (LAC). Dentro del proceso de anulación del laudo arbitral.

“(...) Al respecto, corresponde aclarar que el proceso constituyente que culminó con la promulgación de la Ley Fundamental vigente, constituye una causal sobreviniente ajena a la voluntad de las partes y del propio Tribunal, que impide la admisión del recurso por falta de fundamentación jurídico-constitucional, aclarando que en la labor de control de constitucionalidad, este Tribunal no puede actuar de oficio, sino a instancia de parte. Por ello, ante la imposibilidad de ingresar al análisis de fondo, corresponde el rechazo del incidente de inconstitucionalidad por basarse en preceptos de la Constitución Política del Estado abrogada, por lo que el presente recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad carece de fundamento jurídico-constitucional, debiendo ser rechazada la solicitud formulada, en aplicación del art. 33.I inc. 1) de la LTC”.¹⁸²

La disparidad de criterios en la forma es manifiesta en el caso 0052/10 la comisión aplica economía procesal subsanando directamente en su criterio errores formales, inexplicablemente en el caso A/C 0383/10 declara inconstitucionalidad sobreviniente en ambos casos no obstante en distinta forma, no se manifiesta en el fondo como si las SC 0003/07 fuera inexistente.

¹⁸² BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL 0383/2010-CA Sucre, 30 de junio de 2010 Expediente: 2008-18491-38-RII

A pesar de los esfuerzos del Tribunal de establecer que el arbitraje y la conciliación no constituyen ni proceso administrativo ni judicial o que las acciones fueron interpuestas extemporáneamente, el Tribunal entra en contradicción al declarar la invalidez de Laudo Arbitral, subsanar directamente formalidades procesales en lugar de ordenar saneamiento procesal y no resuelve la inconstitucionalidad sobreviniente por cambio de legislación. Ingresando en un círculo de resuelve pero no resuelve.

3. El gobierno de los jueces y el neoconstitucionalismo.

En el Estado Constitucional de Derecho, los jueces¹⁸³ ejercen el control de constitucionalidad y detentan la última palabra, es necesario repensar las notas esenciales como los límites formales y sustanciales que subyacen a la función judicial.

Entre los límites formales se refieren a la selección, designación y duración en el cargo, remoción y capacitación de los jueces.

En la selección y designación de magistrados deben priorizarse los sistemas profesionales por sobre los políticos, estableciendo plazos constitucionales que operen *ipso jure* respecto de la designación ante la omisión de los órganos respectivos, los plazos constitucionales promueven la seguridad jurídica y garantizan los derechos fundamentales. Los plazos dotan de certeza nuestro accionar, y nos sitúan frente al accionar de los demás. Normativamente se estructuran como reglas, son una de las manifestaciones del objetivo *préambular* de “afianzar la justicia”. Los plazos en el derecho civil, en el derecho penal, en el derecho administrativo y en el derecho procesal están orientados hacia la tutela de los derechos fundamentales respecto del accionar del Estado y de los particulares. La falta de actividad conlleva la pérdida de un derecho de una

¹⁸³ V. Supra. Capítulo I.

persona o la confirmación de dicho derecho en cabeza de un titular distinto, o bien, la actividad genera una prerrogativa o facultad en torno al derecho. Los plazos se aplican *ipso facto* dependiendo de la actividad o inactividad de las personas. Los plazos constitucionales tienen como objeto y fin resguardar los derechos fundamentales consolidando el funcionamiento del sistema democrático. No dependen de la voluntad de los particulares ni de los órganos de poder. Son impuestos por las Convenciones constituyentes como límite al deseo de las mayorías eventuales y en resguardo de la plena vigencia de las instituciones. Por este motivo, su cumplimiento es automático y operativo. Se configura *ipso jure* ¹⁸⁴

Los límites sustanciales se vinculan a los alcances de la interpretación constitucional en la actualidad, uno de los temas más candentes es reconocer el papel de los principios entre las normas que vinculan a los operadores jurídicos. ¿Hasta qué punto o desde qué punto los jueces pueden verse obligados a decidir siguiendo discrecionalmente su propio criterio de resolución en lugar de utilizar un criterio pre establecido por el ordenamiento jurídico?

Las pautas normativas que suelen recibir el nombre de principios, como la libertad, la igualdad no son exclusivos de la Constitución estaban y están presentes en las leyes en forma de apelaciones al orden público, a la moralidad, a la equidad. De manera que, si cabe hablar de alguna peculiaridad de la interpretación constitucional, la diferencia sería más de carácter cuantitativo que cualitativo: las constituciones parecen presentar, en mayor medida que las leyes, un género de normas, que suelen llamarse principios. ¹⁸⁵

El dilema del neoconstitucionalismo entonces es ampliado, Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas ha sido la disyuntiva que resolviera el

¹⁸⁴ Gil.Dominguez. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Pág. 102

¹⁸⁵ Prieto Sanchís. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación Judicial* Ob. Cit. Pág. 127

neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo optando por una conjunción de ambos modelos: constituciones normativas y garantizadas que significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del Derecho, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles.¹⁸⁶

Por un lado el contenido normativo de los textos constitucionales le indican a los poderes públicos lo que deben hacer y con ciertas matizaciones también a los particulares qué no pueden hacer y muchas veces qué deben hacer. La eficacia normativa ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata. A su vez, el carácter garantizado de la Constitución supone que sus preceptos pueden hacerse valer a través de los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos: la existencia de un Tribunal Constitucional no es, desde luego, incompatible con el neoconstitucionalismo, pero sí representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que aquélla no era una verdadera fuente del Derecho, sino una fuente de las fuentes, cuyos conflictos habían de dirimirse ante un órgano especialísimo con un rostro mitad político y mitad judicial. Pero si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización.¹⁸⁷

El constitucionalismo europeo de la posguerra ha conjugado de manera original: la idea rousseauiana de una soberanía popular permanentemente activa que, además de dotarse de una Constitución, quiere prolongarse en la inagotable voluntad general que se hace efectiva a través del legislador. Por su parte han

¹⁸⁶ Ibidem. Ob. Cit. Pág. 116

¹⁸⁷ Prieto Sanchis. Ob. Cit. Pág. 117

acogido además de la tesitura norteamericana que ve en la Constitución la expresión acabada de un poder constituyente limitador de los poderes constituidos, incluyendo al legislador. Combinación que acoge de la concepción americana de la Constitución como regla de juego que se reduce a ordenar el pluralismo político y de la concepción francesa la Constitución no renuncia a incorporar en forma de normas sustantivas lo que han de ser los grandes objetivos de la acción política. Los europeos de la vertiente americana obtuvieron: la garantía judicial que es el método más consecuente de articular la limitación del legislador, del francés dedujeron los parámetros del enjuiciamiento, que ya no son sólo reglas formales y procedimentales, sino normas sustantivas. (Aunque se insistiese más en el principio de legalidad que en el de constitucionalidad).

El constitucionalismo contemporáneo introduce a) Una fuerte re materialización constitucional, la Constitución ya no sólo atribuye al legislador la facultad de establecer el modo de producir Derecho sino también establece amplias esferas de regulación jurídica, y b) un desbordamiento constitucional: inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como norma suprema. Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente. Con lo cual la normativa constitucional deja de estar “secuestrada” dentro de las relaciones entre órganos estatales, deja de ser problema exclusivo que resolver entre el legislador y el Tribunal Constitucional para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones. Desde luego, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional efectuada por este último.¹⁸⁸

¿ El neo constitucionalismo determina una nueva teoría de la interpretación jurídica?

¹⁸⁸ Prieto Sanchis. Ob. Cit. Pág. 120

Algunos autores han respondido afirmativamente, ya que éste género de interpretación es - sobre principios constitucionales- sustancialmente distinto al tipo de interpretación que reclaman las reglas legales. Sin embargo se requiere de una respuesta más cauta¹⁸⁹ 1) porque no existe una sola teoría de la interpretación anterior al neoconstitucionalismo 2) ni una sola alentada o fundada por el neoconstitucionalismo.

El positivismo ha mantenido la tesis de la unidad de la respuesta correcta (paleopositivismo) como la de la discrecionalidad (Kelsen, Hart). Desde el constitucionalismo los defensores de la unidad de solución correcta (Dworkin), de la discrecionalidad débil (Alexy) y de la discrecionalidad fuerte (Guastini, Comanducci).

Sí existe alguna diferencia advierte el profesor Prieto Sanchís es más de carácter cuantitativo que cualitativo: las Constituciones parecen presentar, en mayor medida que las leyes, un género de normas, que suelen llamarse principios y que requieren el empleo de ciertas herramientas interpretativas. Una de estas herramientas es la ponderación judicial en lugar de la subsunción, se impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del Derecho menos estatalista y legalista, presta al surgimiento de fuentes sociales, considerando el impacto que tienen los principios sobre el modo de concebir la norma jurídica, una meditada teoría de la interpretación constitucional a partir de la teoría de la argumentación que re enfoque la tesis de la discrecionalidad judicial.

José Juan Moreso¹⁹⁰ distingue tres modelos de interpretación:

Pesadilla Proviene de una concepción del derecho según la cual los jueces nunca aplican un derecho preexistente a los casos que resuelven, sino que siempre crean derecho.

¹⁸⁹ Prieto Sanchis. Ob. Cit. Pág. 126

¹⁹⁰ Moreso citado por Gil Dominguez.

El noble sueño: Implica que todos los casos constitucionales (aun los más difíciles y controvertidos) tienen una única respuesta correcta y, por ende, los tribunales tienen en todos los supuestos jurisdiccionales una única solución aplicable.

Vigilia: Es inexistente un mundo jurídico independiente de nuestra capacidad de conocer el derecho construido por los seres humanos, podemos determinar el significado de los enunciados constitucionales demostrando que ciertas consecuencias se obtienen de la Constitución.

Si bien no existe una garantía de todas las proposiciones constitucionales sean verdaderas o falsas, a veces hay una respuesta correcta para los casos constitucionales, en ocasiones los tribunales tienen un derecho que aplicar, y que jurídicamente deben aplicar. (Aunque obviamente pueden equivocarse al hacerlo)

“Según este modelo los órganos jurisdiccionales se enfrentarán con casos claros, porque una vez asignado el significado no existe indeterminación, y porque en la asignación del significado las convenciones son suficientemente sólidas como para no arrojar dudas sobre el sentido de la norma constitucional. Pero también se enfrentarán con casos genéricos, difíciles (por problemas de lagunas, antinomias, subsunción genérica), con casos individuales difíciles (por problemas de subsunción individual) o con dificultades de determinación del significado de las normas enjuiciadas o de la norma constitucional aplicable. En estos casos los órganos jurisdiccionales tendrán discreción y su actuación será más de creación de derecho que de aplicación de normas”¹⁹¹.

El modelo de vigilia es el adoptado por el Estado Constitucional para la interpretación de la Constitución, tanto en la determinación como en la ponderación de las normas constitucionales, la clave de bóveda se encuentra en

¹⁹¹ Gil Dominguez. Pág. 104

garantizar la coexistencia plural de valores de una comunidad heterogénea en sus planes de vida e ideales de excelencia humana. Por este motivo, aquellos que ejerzan la potestad del control de constitucionalidad deben ser idóneos, independientes y virtuosos entre los virtuosos.¹⁹²

Los modelos amigables- coloquiales de interpretación sugeridas por Moreso enriquecen el abanico general de la teoría o teorías de interpretación jurídica.

La interpretación, según su naturaleza puede clasificarse de dos formas: la tesis objetiva y la tesis subjetiva de la interpretación.

Las clases de interpretación a) según sus fuentes: doctrinal, judicial, auténtica b) según los alcances de la interpretación: declarativa, modificativa en su versión extensiva, o restrictiva.

Los métodos de interpretación pueden ser: gramatical, lógico, sistemático, histórico, teleológico, empírico y sociológico.

Las doctrinas de interpretación comprenden: la teoría de la exégesis, la teoría dogmática, la teoría de la evolución histórica, la teoría de la libre investigación científica, la teoría del Derecho libre, la teoría pura del Derecho y la teoría egológica.

En cuanto a las tesis subjetiva y objetivista, los partidarios de la tesis subjetivista (referencia más antigua) sostienen que para interpretar una norma debe tenerse como punto de referencia a las intenciones del legislador (*mens legislatore*) lo que quiso establecer o decir. Los adeptos de la tesis objetivista sostienen que sólo lo que aparece redactado en la leyes es lo dispuesto como mandato, una vez puesta en vigencia la norma se desprende de sus autores y

¹⁹² Idem.

tiene vida propia en consecuencia es la voluntad de ley (*mens legis*) lo que debe descubrirse.

En este merito explica Carlos Miguel Franco de la Cuba.

“ al ser puesta en vigencia la ley, se despoja del pensamiento del legislador para ir a vivir una vida propia e independiente, se convierte en la entidad separada de su fuente directa, y esencialmente subordinada al medio social y a sus transformaciones...”¹⁹³

Bagaje de teorías, métodos y clases de interpretación jurídica que confluirán en la interpretación constitucional, ya que ella supone ante todo compromiso con los derechos fundamentales, con los principios y valores superiores que proclama el Estado Social democrático de Derecho o Estado Constitucional.

De ahí que: la revisión judicial de las leyes y compromiso con los derechos es una relación que debe tener en cuenta las siguientes realidades: “algunas cuestiones de derechos son sumamente urgentes como para esperar la emergencia de una legislatura responsable”... muchas legislaturas operan de una manera irresponsable porque saben que no tienen la última palabra, porque confían que siempre estará el dios oculto de la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional para arreglar los entuertos. ... una teoría plausible de la legitimidad no cree en ningún “*deus absconditus*”, y entiende que si en una sociedad los legisladores son irresponsables, lo más probable es que la Corte lo sea también¹⁹⁴.

¹⁹³ Franco de la Cuba Carlos Miguel. La interpretación de la Norma Jurídica. Disponible en : <http://www.elprisma.com/apuntes/derecho/interpretaciondelanormajuridica/default2.asp>

¹⁹⁴ Linares.Ob. Cit.Pág. 89-92

Si bien la revisión judicial de las leyes o control constitucional ha sido adoptados por la mayoría de los Estados, hay autores que establecen que esta sólo se justifica – en la tesis de defensa contextual de la revisión judicial de las leyes- en sociedades fracturadas, en democracias nuevas y en sociedades con crisis profundas.

Sebastian Linares expresa los claros y oscuros de esta defensa contextual. En sociedades fracturadas donde los grupos culturales que controlan el poder están movidos por prejuicios y tienden a alinearse sistemáticamente de los demás grupos culturales, en estas condiciones la revisión judicial se alzaría como un resorte valioso para corregir el procedimiento democrático, la revisión judicial en manos de un tribunal independiente, se dice pondría coto a la tiranía de una mayoría dominada por prejuicios raciales o culturales.

Esto no asegura que la revisión judicial pueda resultar compatible con los derechos de las minorías (caso Dred Scott 1857, que legitimo la idea de que los negros no eran iguales a los blancos) (...) ni siquiera es claro que en el largo plazo, la revisión judicial de las leyes contribuya a reducir la violación de los derechos de los grupos culturales minoritarios, esta intuición parece ratificada, por los estudios contemporáneos sobre el poder judicial que muestran que “las cortes están más o menos alienadas con lo que la coalición política nacional quiere”.¹⁹⁵ En contrario; (...) los que asumen la defensa de que la revisión judicial salvaguarda los derechos de minorías aisladas y discretas fundan esta defensa 1) los jueces están mejor situados debido al principio de independencia a defender a una minoría impopular 2) no rinden cuentas a la ciudadanía lo que hace que sean menos vulnerables a las presiones de las mayorías sociales. La premisa de que los jueces independientes son menos vulnerables a las presiones populares porque es más probable que los jueces defiendan los

¹⁹⁵ Idem

derechos de las minorías, solo podrá cumplirse si se añade que los jueces no forman parte de las mayorías sociales sostiene Waldron¹⁹⁶

En democracias nuevas marcadas por la inestabilidad política, que no cuentan con sistemas de partidos institucionalizados, las ramas del gobierno se boicotean y no existe una sociedad robusta. La revisión judicial de las leyes se justifica prueba de ello son las sentencias constitucionales de Costa Rica y de Colombia las mismas que han vetado leyes que fueron aprobadas sin debate o mediante maniobras abusivas tendientes a eludirlo¹⁹⁷ en estos países se ha empleado la revisión judicial para perfeccionar el funcionamiento de las instituciones democráticas.

La Corte Constitucional de Guatemala en 1993 declaró la inconstitucionalidad de las normas dictadas por el Presidente en la que decretaba la disolución del Congreso y la suspensión de la Constitución. En el caso peruano el Tribunal Constitucional desconoció la legitimidad del autogolpe perpetrado por Fujimori, decisión que dio lugar a la disolución del Tribunal.¹⁹⁸

De igual manera y de forma contradictoria la revisión judicial ha servido también para convalidar el cambio de reglas de juego de quienes están en el poder, ejemplo de ello es la experiencia Argentina donde la Corte Suprema legitimó los golpes de 1930, 1943 y 1956.

En el Brasil el Tribunal Supremo Federal, reconoció la legitimidad del golpe que llevó al poder a Getulio Vargas, la Corte Suprema de Chile hizo lo mismo con el golpe de Estado que llevó al poder al General Pinochet sin que este se viera en la necesidad de cambiar o destituir a ninguno de sus miembros.

¹⁹⁶ Idem

¹⁹⁷ Cfr. Linares Pág. 91-92

¹⁹⁸ Idem.

La fundamentación que en sociedades en crisis, se justifica la revisión judicial de las leyes sostiene que debido a las desigualdades de una sociedad en concreto la premisa de que los canales de participación en el proceso electoral como legislativo son bloqueados o no se encuentran abiertos para la participación de todos los ciudadanos el medio para acceder al mismo es la vía judicial.

Premisa cuestionada por Linares Sebastián que expresa “no hay ninguna razón general para pensar que sí los canales de agregación de preferencias en la legislatura están bloqueados, vayan a estar abiertos en las instituciones judiciales.”¹⁹⁹ No existe ninguna razón para pensar que si existen amplios sectores en condiciones de vulnerabilidad, esos sectores vayan a acudir a la justicia.

Nos adherimos a la reflexión que sostiene que el ciudadano de a pie (Juan Nadie) que carga en sus espaldas un proceso judicial o administrativo, ve al postulado del gobierno de los jueces como el lugar a falsas esperanzas de justicia, de debido proceso, de seguridad jurídica , de tutela efectiva.

Y si en la técnica de modulación de las sentencias parecería encontrarse el sustento del postulado del gobierno de los jueces, en un análisis apegado a la eficacia directa y operativa de los derechos- principios, derechos-valores, derechos-garantías encontramos las mismas zonas claro oscuras de la interpretación constitucional.

La técnica de la modulación de sentencias es utilizada en el continente europeo por lo menos desde el año de 1925, la primera noticia que se tiene del uso de esta técnica data del siglo XIX por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos, lo que prueba que su uso no depende de la existencia de un determinado tipo de control constitucional (concentrado o difuso) o de la creación de un Tribunal Constitucional independiente del poder judicial.

¹⁹⁹ Linares. Pág. 93

Queda desvirtuada la creencia que la modulación de sentencias o las sentencias condicionadas son creación de la Corte Constitucional, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional. La evolución de la técnica de la modulación de sentencias tiene su origen en el continente europeo²⁰⁰ con el fin de divulgar de una manera más amplia las diferentes acepciones que reciben estos pronunciamientos según el ordenamiento jurídico de que se trate, ya que independientemente de la denominación, en todos los casos estamos en presencia de una sentencia en la cual el órgano que la profiere le precisa un sentido o significado a la disposición enjuiciada que lo hace conforme con la Constitución o elimina una norma derivada de la disposición por considerarla contraria a la Constitución.

Es necesario aclarar, que en cada país el surgimiento de este tipo de decisiones ha generado un sin número de tensiones con el resto de los órganos que conforman el poder judicial, independientemente de que el órgano emisor del pronunciamiento pertenezca a dicho poder o no, y es precisamente aquí donde encontramos un punto de convergencia entre las diferentes jurisdicciones, pues en todas se ha generado tensión por el uso de la modulación en las sentencias de constitucionalidad, pese a las distintas circunstancias jurídicas, políticas y sociales que cada país tiene en su esfera interna.²⁰¹ Modulación que refiere a las decisiones que, sin ser meramente declarativas de la constitucionalidad del precepto enjuiciado, tampoco proceden a declarar su inconstitucionalidad.

Aparece por primera vez en el modelo norteamericano, por lo que el desarrollo de esta técnica en Europa no responde a una recepción de la jurisprudencia de la *Supreme Court*. Sino que deriva de las propias necesidades del control de constitucionalidad, con lo cual se afirma una vez más que el

²⁰⁰ Escobar Martínez Lina Marcela. *La modulación de sentencias. una antigua práctica europea*. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 112: 91-110, julio-diciembre de 2006. Pág. 93-95

²⁰¹ *Ibidem*.100

surgimiento de este tipo de pronunciamientos es connatural a la función de control constitucional y que su desarrollo y topología depende de las particularidades de cada Estado. Siendo de mayor presencia en aquellos países en proceso de consolidación democrática (España, Alemania) o en aquéllos donde el Poder Legislativo tiene una crisis de representatividad (Italia) y se hace necesaria la actividad del órgano encargado de salvaguardar la Constitución con el fin de evitar la trasgresión de los principios de conservación de las normas e interpretación conforme a la Constitución.

Por ello, para formular una decisión interpretativa no se requiere de un órgano que controle la constitucionalidad de las leyes bajo la amenaza de la nulidad o de inaplicación. De hecho, las sentencias interpretativas entendidas como transformación del significado sin alteración textual aparecen en Europa incluso en sistemas en los que no se reconoce expresamente un control jurisdiccional de validez de las leyes, como sucedió en Weimar, cuando el Tribunal del *Reich*, antes de la famosa decisión de 4 de noviembre de 1925 en la que reconoció a los jueces la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes del *Reich* (control difuso, por cierto) ya había antes recurrido a la técnica de la interpretación conforme a partir de la sentencia de 28 de abril de 1921²⁰².

El Tribunal pionero en el uso de estas técnicas fue el Tribunal Federal Suizo que incorporó - el principio conforme - en el juicio de constitucionalidad de las leyes en la decisión de 8 de julio de 1908. El ejemplo suizo refuerza el desarrollo

²⁰² El Tribunal del Reich enjuició la normativa del Land de Bremen (con carácter materialmente legislativo pues respondía a una habilitación legal) referida a un conjunto de medidas de urgencia contra la escasez de vivienda y en algunos juicios posteriores la decisión del Reichsgericht de 27 de noviembre de 1923 acerca de la incompatibilidad entre el art. 137.3 de la Constitución de Weimar (que prescribía la libre organización de las comunidades religiosas en el marco de la ley y la capacidad de las mismas para escoger a sus cargos sin mediación del Estado) con la aplicabilidad de algunos preceptos legales sobre la jubilación de funcionarios (y en concreto sobre la edad de jubilación) a cargos estas comunidades.

de instrumentos alternativos a la nulidad y a la inaplicación de leyes inconstitucionales en aquellos sistemas en los que no existe jurisdicción constitucional propiamente dicha.

La decisión del Tribunal Federal Suizo - interpretación conforme- no se practicó en ese caso sobre una ley federal (la única alternativa posible ya que en principio el Tribunal Federal se encuentra maniatado en el juicio de constitucionalidad de leyes federales) se trataba de una ley cantonal, cuyo control (y eventual declaración de inaplicabilidad por contradecir los preceptos constitucionales) sí entraba dentro de las posibilidades del Tribunal.

Las posteriores decisiones del Tribunal Federal Suizo en las que se invoca la interpretación constitucionalmente conforme (por ejemplo, una decisión de 13 de julio de 1911) continuarán recayendo sobre leyes cantonales (aunque se trate de un precepto de una ley cantonal que posteriormente se incorporaría a una Ley Federal) y el recurso a la interpretación conforme sobre leyes federales no se generalizará en Suiza hasta los años sesenta, cuando ya esta técnica se invocaba en otros estados europeos (Alemania, Italia) por tribunales constitucionales que contaban plenamente con el poder de expulsar del ordenamiento jurídico preceptos con rango legal contrarios a los mandatos contenidos en las respectivas constituciones.

Al margen de estos precedentes, lo cierto es que la edad de oro de las decisiones interpretativas (y en concreto de la interpretación conforme como alternativa a la nulidad) se produce a partir de la II Guerra Mundial: primero en Austria y en el Tribunal Constitucional del *Land* de Baviera (1951, después en el propio Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfGE* 2,266, en caso de la admisión urgente de refugiados) y, finalmente (antes del desarrollo del constitucionalismo europeo a partir de los años setenta) en la Corte Constitucional italiana en 1956.²⁰³

²⁰³ Escobar Martínez Lina Marcela. *La modulación de sentencias. una antigua práctica europea*

En Alemania el modelo de control de constitucionalidad ha dado lugar a las denominadas sentencias intermedias, una solución que tercia entre la nulidad y la mera constitucionalidad y, en especial, a la interpretación conforme. (*Verfassungskonforme Auslegung*), consagrándose ésta como la técnica de interpretación más representativa y también como una categoría especial en el conjunto de las sentencias interpretativas.

En la actualidad son tres las soluciones que contempla la ley alemana frente al juicio de constitucionalidad (nulidad, compatibilidad o incompatibilidad) y está previsto que cualquiera de esas decisiones adoptadas por el Tribunal tienen fuerza de ley (*Gesetzkraft*), incluso en el caso que una decisión con cualquiera de estas soluciones se produzca en un recurso de amparo.

La nulidad en general equivale a la nulidad global entendida como nulidad de toda la ley; mientras que la nulidad parcial ha sido definida como la reducción limitada de disposiciones normativas, que se limita a expulsar preceptos o incisos de la disposición acusada. Las decisiones de incompatibilidad, como su nombre lo indica son aquéllas en las cuales el Tribunal Constitucional procede a declarar disconformidad de una disposición legislativa sin que ello conlleve la nulidad de la misma. Se dice entonces que en este caso el Tribunal Constitucional, necesita la mediación de la actividad del legislador para hacer frente a la situación inconstitucional que entraña el caso sometido a consideración. Los casos paradigmáticos de incompatibilidad sin nulidad se encuentran, en general, en situaciones que pretenden evitar el caos social y financiero derivado de la inaplicación de la ley inconstitucional.

La compatibilidad como solución al juicio de constitucionalidad, se caracteriza por que la disposición de la ley enjuiciada es declarada por el Tribunal

Constitucional compatible con la Ley fundamental. En este grupo de decisiones cabe distinguir principalmente dos modalidades: la primera es la de las sentencias apelativas y la segunda queda vinculada al contexto de la interpretación conforme.

Las sentencias de compatibilidad de carácter apelativo en sentido estricto (Appellentscheidungen), el Tribunal Constitucional advierte que la disposición enjuiciada puede llegar a ser en el futuro inconstitucional si el legislador no modifica la regulación. En la medida en que el juicio del tribunal es un juicio hipotético, virtual, su grado de vinculación se encuentra mucho más debilitado que en la declaración de incompatibilidad, pero en ambas decisiones conmina al legislador a pronunciarse al respecto, incluso sugiriéndole la forma o el tiempo en el cual debe hacerlo.

La interpretación conforme se asocia técnicamente a la declaración de compatibilidad aunque podría decirse que más bien nutre el sustrato común en el que se arraigan el resto de modalidades expresadas. Este común denominador se explica, en parte, porque la interpretación conforme no es únicamente un resultado del juicio de constitucionalidad, que impregna el contenido de la decisión, sino que es una regla operativa que influye en el conjunto del proceso de control de normas.

El interés por el estudio del modelo de jurisdicción constitucional en Suiza se justifica en su carencia: el tribunal federal no puede inaplicar ni una Ley federal, ni un tratado internacional aunque considere que son inconstitucionales. Respecto las leyes federales en Suiza existe sólo interpretación conforme.²⁰⁴ Por ello es tan relevante en un estudio sobre las formas interpretativas de decisión porque, en principio, al menos en un ámbito (el de las leyes federales) sólo las decisiones interpretativas son posibles. En la actualidad, en cambio, se suele distinguir entre prohibición de inaplicación y prohibición de examen: el artículo 191 CFS no impide

²⁰⁴ Idem.

el examen de constitucionalidad de la ley federal, lo que limita es la posibilidad del tribunal de inaplicar la ley por vulnerar la Constitución [recuérdese que en Suiza, como en Estados Unidos de América, la consecuencia de la inconstitucionalidad de la norma no es la nulidad sino la suspensión (*Aufhebung*) o la inaplicación (*Nichtanwendung*) es necesario resaltar que si bien el artículo 191 CFS impide la inaplicación de las leyes federales inconstitucionales por parte de los tribunales, ello no se traduce en una exclusión total del control judicial de constitucionalidad. Primero porque si bien el precepto legal enjuiciado es inaplicable, *el examen* del mismo no se encuentra totalmente excluido de la jurisdicción constitucional, lo que da cobertura a la práctica de la interpretación conforme.

Los jueces aprecian excepciones al artículo 191 CFS que les facultan para inaplicar la ley federal sea directamente, en caso de contradicción con el CEDH o sea indirectamente, inaplicando los reglamentos federales que desarrollan o concretan la ley federal paralizando de este modo gran parte de sus efectos. *La interpretación conforme* se proyecta sobre todo al control de constitucionalidad de leyes cantonales sobre las cuales, la interpretación conforme opera igualmente como alternativa a la sanción de inconstitucionalidad y, de hecho, la interpretación conforme de leyes cantonales es el ejemplo más frecuente los casos de contradicción entre las leyes federales y la Constitución federal no son tan infrecuentes.

En este contexto sí que la interpretación conforme deviene el único instrumento al que recurren los tribunales suizos con la intención de moderar el alcance de la inconstitucionalidad. Como apuntábamos, el fundamento de la interpretación conforme en Suiza participa de las propiedades que ya habíamos detectado en la RFA: unidad del ordenamiento jurídico, primacía de la Constitución y jerarquía normativa. Pero el esquema, que se mantiene en el examen de las leyes cantonales, se desbarata en las leyes federales porque, al encontrarse el sistema presidido por la prohibición de inaplicación de leyes federales, cuando la interpretación conforme supone una torsión que no encuentra acomodo en él.

Texto y sentido de la ley o en la finalidad perseguida por el legislador el resultado no es la sanción definitiva de inconstitucionalidad sino, al contrario, la aplicación de una ley federal inconstitucional. Por último, si la inconstitucionalidad de la ley es por omisión entonces, obviamente, desaparece el límite del sentido del texto y, como ocurre en otros sistemas, se impulsa la reconstrucción del precepto en el sentido que optimice el mayor número de bienes constitucionales en juego. A esta alternativa, en el caso que nos ocupa, contribuye toda la tradición procedente del artículo 1.2 del Código Civil suizo que insta al juez a cubrir por sí mismo las lagunas de la ley que debe aplicar al caso concreto. En el fondo, la obligación de aplicación de la ley federal en los términos del artículo 191 CFS es plenamente compatible con la perspectiva del Código Civil:

El juez no tiene otra opción que aplicar la ley federal pero extendiendo el régimen constitucionalmente más acorde a las omisiones inconstitucionales que se detectan en la propia ley federal.

Italia es sin duda alguna uno de los más fecundos en materia de decisiones interpretativas, muchos han sido los trabajos dedicados al estudio de la extensa topología de las sentencias constitucionales italianas y de sus efectos internos. La topología descrita por la doctrina jurídica italiana, aunque no en forma unificada, ha determinado los siguientes tipos de decisiones interpretativas: las sentencias estimatorias interpretativas, las sentencias desestimatorias interpretativas, las sentencias manipulativas, las sentencias aditivas, y las sentencias con efectos diferidos en el tiempo.

En Italia, las sentencias interpretativas de desestimación surgen bajo el supuesto que, elevada por el juez *a quo* una cuestión de inconstitucionalidad sobre una disposición interpretada dentro de su normal ámbito hermenéutico, la Corte juzga que existe otra interpretación que, siendo conforme a la Constitución, evita el pronunciamiento estimatorio al que conduciría la adopción de la

interpretación propuesta por el juez que planteó la cuestión. El Tribunal salva la constitucionalidad de la disposición interpretada, en el sentido indicado en la motivación.

El profesor PIZZORUSSO²⁰⁵ sostiene que se trata de pronunciamientos que contienen un fallo que declara la falta de fundamentación de la cuestión de inconstitucionalidad y una motivación en que aclara que la decisión adoptada está condicionada a la atribución de un determinado significado a la norma impugnada, y se deja entrever que una diferente interpretación podría conducir a un resultado distinto con alusión a las sentencias interpretativas estimatorias es necesario resaltar que en Italia, la Corte Constitucional comenzó a utilizarlas con todas sus variantes para tratar de encontrar una solución al problema de la vinculación de sus decisiones, y su uso ha sido bastante frecuente hasta la actualidad. La Corte italiana utiliza las fórmulas:

Se declara la inconstitucionalidad de una disposición legal pero tan sólo *nei sensi e nei limiti..*, *.in quanto.*, *.nella parte in cui.*, *.in quanto significa.*, giros expresivos que, en principio, servirían como indicadores de la existencia de una sentencia estimatoria interpretativa.

Así, en Italia la sentencia estimatoria interpretativa se ha construido dogmáticamente como la anulación con eficacia *erga omnes* en virtud del artículo 136 de la Constitución. De la interpretación-norma deducida de la fórmula legislativa, interpretación considerada por la Corte como constitucionalmente ilegítima. A través de una obra de *nomotizzazione*. Del texto legislativo y de la explicitación de los posibles significados del mismo, el Tribunal Constitucional aísla la parte *non sana* y la declara ilegítima, de modo tal que la disposición continúe aplicándose y produciendo efectos jurídicos, con excepción de la norma juzgada como inconstitucional.²⁰⁶

²⁰⁵ Citado por Escobar Martinez.OB. Cit.

²⁰⁶ Escobar Martinez. Ob.Cit. Pág 106

Otra de las categorías de las decisiones moduladas italianas, es la de sentencias manipulativas que han sido definidas como: aquellas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado conjuntamente o de forma compleja de una disposición textual, que sin embargo queda inalterada. Mediante estas sentencias la Corte procede a una modificación e integración de las disposiciones sometidas a su examen, de manera que éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente del original.

En Francia al tener este país un control de constitucionalidad previo, hace del análisis de las decisiones interpretativas un estudio particular y diferente al del resto de los sistemas antes descritos, cuyo control se hace *a posteriori*.

La naturaleza previa del control crea algunas condiciones necesarias para percibir, en mayor medida, el carácter reconstructivo el Consejo Constitucional francés expresa sus reservas a la constitucionalidad de una ley mediante tres categorías:

- a. la conformidad bajo reserva de interpretación neutralizante,
- b. la conformidad bajo reserva de interpretación constructiva y
- c. la conformidad bajo reserva de interpretación directiva.

La decisión de conformidad bajo reserva de interpretación neutralizante, es aquella en la cual el Consejo admite la constitucionalidad del precepto pero impone una interpretación constitucionalmente correcta o procede a descartar interpretaciones frontalmente inconstitucionales.

La reserva de interpretación constructiva consiste en una práctica mediante la cual el consejo establece agregaciones (*adjoctions*) a la ley señalando

generalmente requisitos adicionales a los previstos por el legislador para aceptar la constitucionalidad del texto enjuiciado.

Finalmente se distingue la técnica de conformidad bajo reserva de interpretación directiva en la que el Consejo Constitucional llega a dirigir exhortaciones a las autoridades encargadas de aplicar la ley, sea el juez ordinario o sea la administración.²⁰⁷

3.1. Derechos, Valores, Garantías y Principios constitucionales- Normas Constitucionales versus normas legislativa, normas reglamentarias y directrices.

Los predicados de “verdad o falsedad” no pueden ser atribuidos a las normas del Derecho, ni tampoco a los programas del Derecho ideal. Las reglas jurídicas no son verdaderas ni falsas. Pueden ser enjuiciadas desde los ángulos de otros valores: justicia, dignidad de la persona humana, criterios de libertad, de igualdad ante el Derecho, de igualdad de oportunidades y de servicios, al bienestar general. Las normas jurídicas no son enunciados de ideas con intrínseca validez como lo son las proposiciones matemáticas, ni son tampoco descripciones de hechos, ni son expresión de ningún ser real. Las reglas del Derecho son instrumentos prácticos, elaborados y construidos por los hombres, para que mediante su manejo produzcan en la realidad social, unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos. El Derecho como realidad, es un arte práctico, una técnica, una forma de control social.²⁰⁸

²⁰⁷ Escobar Martínez Lina Marcela. *La modulación de sentencias. una antigua práctica europea.*

*Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 112: 91-110, julio-diciembre de 2006 n-Passim

²⁰⁸ Recasens Siches. Ob.Cit Pág. 277

El tratamiento y solución de los problemas humanos y entre éstos los jurídicos no tienen una exactitud ni evidencia inequívoca ya que abarcan múltiples factores circunscritos en una determinada realidad social impregnada de sentidos y significaciones que deben ser valorados a la luz de criterios estimativos, para medir la importancia y alcance que se debe conceder a todos y cada uno de los hechos integrantes de la situación, en esa medida habrá que observar: 1) acatamiento o adhesión que las gentes de un grupo prestan a determinadas reglas colectivas de conducta, a determinadas condiciones sociales, costumbres, opinión pública 2) los anhelos, afanes y aspiraciones, en suma, ideales sentidos por los integrantes de un grupo o grupos 3) las adecuaciones de medios para el logro de fines 4) los diversos rangos de valores teniendo en cuenta que unos son éticos y otros son utilitarios además de subjerarquización : la pureza de la intención más que la decencia lo que nos muestra que no todos los valores pueden ni deben ser realizados por el Derecho.

“Es la estimativa jurídica la que contribuye en la identificación de valores que deben ser perseguidos mediante el Derecho, encontramos una dosis de mayor o menor cumplimiento de normas más justas como hay instituciones más serviciales. El Derecho debe inspirarse en valores de justicia, dignidad de la persona individual, libertades fundamentales, bienestar general, paz orden y seguridad. Además de estos valores básicos, debe tomarse en cuenta la genuina adecuación a la naturaleza del problema, congruencia histórica, practicabilidad de las normas generales e individualizadas, máxima probabilidad de eficacia real, ponderación y estimación de efectos ulteriores, evitando que la norma sea fuente de ulteriores problemas, espíritu de armonía y transacción entre varios intereses contrapuestos en la medida que permita la justicia, legitimidad de los medios empleados para la consecución de fines justos pues el empleo de medios

perversos al servicio de fines buenos, priva a los fines de legitimidad y los prostituye”²⁰⁹.

Dar satisfacción a la mayor cantidad posible de intereses legítimos con el mínimo de fricción. Valores que pueden ser englobados dentro los que se llama prudencia que no pretende ser exhaustiva sino ejemplificadora (...) que eventualmente todas las valoraciones pueden ser actualizados, en relación con los problemas concretos, evocados por los conceptos de sensatez, tino, precaución, previsión, equilibrio.²¹⁰

Si bien la justicia y los valores básicos presentan criterios axiológicos supremos en los que el Derecho debe inspirarse, de igual manera el Derecho se justifica en la medida en que cumpla las exigencias de tales valores hasta donde humanamente sea posible.

El Derecho nace a la vida humana para colmar la urgencia de certeza y seguridad en las relaciones sociales. El Derecho no es un fin en sí mismo, sino un medio de cómo se realizan esos fines. Los fines que son perseguidos mediante el Derecho sirven para establecer de modo cierto su efectivo cumplimiento, la regulación jurídica es el medio con el que se pretende dar certeza y seguridad de realización. Existen fines buenos (se podrían denominar progresivos) y malos (que se podrían llamar regresivos); de igual manera es bueno tener presente que no todos los fines son perseguibles jurídicamente nos advierte el profesor Recasens Siches.

La omnipresencia de la Constitución ofrece un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices, de manera que es difícil concebir un problema jurídico medianamente que no encuentre alguna orientación y, lo que es más

²⁰⁹ Recasens Siches. Ob. Cit. Pág 285

²¹⁰ Idem.

preocupante, en ocasiones antagónicas orientaciones: libertad versus igualdad en lo formal; seguridad jurídica de la propiedad privada versus las cláusulas de justicia social o economía pública del Estado social en lo sustancial. Es más, cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice.²¹¹ Esta dicotomía la encontramos en casi todos los derechos reconocidos constitucionalmente por ejemplo la función social que se impone a la propiedad privada, la exigencia de protección al medio ambiente y la promoción al sistema productivo, muchos otros derechos y principios que requieren limitación del derecho de propiedad o de la autonomía voluntad. Este efecto de la impregnación o irradiación del texto constitucional ha dado lugar a que ley ya no sea referente supremo para la solución de los casos concretos.

El neo constitucionalismo no representa un pacto en torno a unos pocos principios comunes y coherentes entre sí propio del Estado Liberal, es más bien (...) un pacto logrado mediante la incorporación de postulados distintos y tendencialmente contradictorios.²¹² En ocasiones, esto es algo que resulta patente y hasta premeditado y otras veces, lo que ocurre es que se incorporan normas que resultan coherentes en el nivel abstracto o de la fundamentación, pero que conducen a eventuales conflictos en el nivel concreto o de la aplicación.

El ejercicio de la libertad de expresión de una de las partes pero también el derecho al honor de la otra parte es expresión de este antagonismo entre derechos fundamentales individuales. Las cláusulas del Estado Social que comprende directrices para interferir con el modelo de economía de mercado, tal vez podría decirse que no hay norma sustantiva de la

²¹¹ Prieto Sanchis. Pág. 122 .125

²¹² *Ibíd.*

Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria.

Este carácter contradictorio de los documentos constitucionales encuentra explicación en la densidad normativa de las Constituciones que recogen un amplio catálogo de derechos fundamentales, ya no flota sobre el derecho sino que emigra al interior del derecho positivo.²¹³

Panorama que podría dar lugar a pensar que las Constituciones del neoconstitucionalismo son un despropósito, un monumento a la antinomia, un conjunto de normas contradictorias entre sí, que se superponen de modo permanente dando lugar a soluciones dispares. Si bien individualmente consideradas las normas constitucionales son como, otras cualesquiera disposiciones, cuando entran en conflicto suelen operar como se suponen que hacen los principios. La diferencia puede formularse así nos aclara Prieto Sanchas: cuando dos reglas se muestran en conflicto ello significa que o bien una de ellas no es válida, o bien que una opera como excepción a la otra (criterio de especialidad) En cambio cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial triunfe uno sobre otro.²¹⁴

En consecuencia el escenario constitucional nos plantea que hay normas constitucionales que contienen derechos, normas constitucionales que persiguen la consecución de valores y normas constitucionales que resguardan principios.

La distinción entre valores y principios es un problema para la Teoría del Derecho y para la Teoría Constitucional los criterios usuales de delimitación los

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Prieto Sanchís.Ob.Cit. Pág. 125

plantea Francisco Díaz Revorio en su obra Valores Superiores e interpretación constitucional²¹⁵

TABLA 24: DIFERENCIA ENTRE VALORES Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

Valores	Principios
Tienen contenido ético	Poseen contenido político
Poseen carácter legitimador mayor generalización y abstracción	Tienen mayor valor jurídico de concreción.
Pertenecen a nivel axiológico	Tienen nivel deontológico

FUENTE: DIAZ REVORIO

Otras posturas sostienen que no puede establecerse una diferencia nítida por cuanto ambas son normas jurídicas, poseen carácter final, definen las reglas básicas de organización y funcionamiento del sistema jurídico, las normas infra legales que colisionan sean principios o valores pueden ser objeto de control de constitucionalidad.²¹⁶Tanto las reglas como los principios son normas que dicen que debe ser y pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón o y la prohibición.²¹⁷

Por su parte Dworkin distingue directriz o directriz política del principio. La directriz propone un objeto que debe ser alcanzado y se vincula generalmente con una mejora de algún rasgo económico, político o social de la comunidad. El principio es la exigencia de justicia, de la equidad o de alguna dimensión de la moralidad. Por lo tanto entre normas y principios existe una diferencia al respecto de la forma de resolución de antinomias: las normas se aplican de forma disyuntiva y en consecuencia, sus conflictos se resuelven en el campo de la validez, en cambio los principios resuelven sus colisiones en el ámbito del peso relativo de cada uno.²¹⁸

²¹⁵ En Gil. Ob. Cit. Pág. 53-54

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Gil. Ob.Cit. Pág. 51

²¹⁸ Gil . Ob. Cit. Pág. 52-53

Luis Prieto Sanchís²¹⁹ (...) establece que los principios como normas abiertas expresan derechos, son justiciables o propios de la jurisdicción, mientras que los principios son mandatos de optimización, expresan intereses y son propios de la política o de la legislación. Los principios ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes: son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente grado, dependiendo de las posibilidades reales y jurídicas

Pretender la aplicación de un principio abierto es invocar un derecho y la tarea de cerrarlo o concretarlo es típicamente judicial, ya que viene a concretar el supuesto de hecho al que es aplicable una norma existente. Pretender la aplicación de una directriz es defender un interés y programa político pues en este caso supone a la norma como medio para alcanzar un fin legítimo.

No obstante algunos principios están privados de formulación: como el de la separación de poderes y el de la certeza del derecho, en este caso los principios son enunciados en un lenguaje valorativo no prescriptivo, no son enunciados constitutivos de situaciones jurídicas sino son meros reconocimientos que se asumen como preexistentes, autoevidentes por ejemplo inviolabilidad de la libertad personal.

De igual manera los principios pueden ser fundamentales o generales o de una materia determinada, expresos o implícitos, constitucionales o legales o funcionar como parámetro de legalidad o legitimidad de la fuente subordinada²²⁰ Los principios pueden ser definidos como normas abiertas que presentan un condicionante fáctico o indeterminado que necesariamente serán cerrados por la justicia constitucional mediante procesos de interpretación y ponderación.

²¹⁹ Cfr. Gil

²²⁰ Idem.

O aquella que enuncia que los principios: son postulados, son expresión de la voluntad popular, ellos reconocen las garantías más importantes de un Estado, las ideologías políticas y administrativas. A partir de la existencia de los principios se reconocen los valores fundamentales que pueden ser instrumento eficaz para la interpretación de la Constitución.²²¹

A pesar de la modificación de las normas constitucionales, los principios permanecen en el tiempo y a partir de su existencia, es fácil de identificar el tipo de Estado, su organización, la estructuración de sus poderes, el sistema de protección de derechos y garantías.

En Colombia nos dice Bernal Cano, en caso de conflicto entre dos normas constitucionales, es necesario privilegiar la norma que contenga un principio constitucional debido a su relevancia como criterio de interpretación y su carácter constante.²²²

“La doctrina ha destacado que los principios cumplen diversas funciones, dado el carácter informador que tienen del ordenamiento jurídico. Así son directrices para la elaboración de las leyes y para la labor interpretativa, que impele a la autoridad judicial o administrativa a interpretar las normas a ser aplicadas conforme a esos principios, son un parámetro para determinar la inconstitucionalidad de las normas y, finalmente, son una fuente supletoria del derecho. En suma ha señalado que los principios generales del derecho cumplen una triple función: fundamentadora, interpretativa y supletoria.²²³

Duran Ribera citando a Valencia Restrepo los principios son verdaderas normas “fundantes, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o

²²¹ Bernal Cano Natalia. Control de Constitucionalidad de la ley. Ed Gustavo Ibañez. Bogota. 2003. Pág. 55

²²² Idem.

²²³ Duran Ribera. Principios, derechos y garantías Constitucionales. Pág.28-29.

explícitamente positivas, que preceptúan o regulan cómo y con qué debe crearse, interpretarse e integrarse el ordenamiento”²²⁴

Aceptando la posibilidad de que los principios generales se fundamenten en la Constitución, la doctrina considera que no se deben confundir esos principios con los principios constitucionales en sentido estricto, pues si bien las diferentes Constituciones han incorporado gran parte de los principios generales del Derecho, a través de la formulación en su texto de los derechos fundamentales, no es menos cierto que no existe una receptación constitucional estricta.

Se señala que los principios constitucionales deben ser diferenciados de los generales en la medida en que éstos- por su naturaleza- se presentan necesariamente como principios deducidos del conjunto del ordenamiento jurídico, en tanto que los principios constitucionales están previstos, implícita o explícitamente, en la Constitución, y ostentan la fuerza de la Ley fundamental, que los consagra, por lo que cualquier norma que los vulnere puede ser declarada inconstitucional; en síntesis, afirma Prieto Sanchís “ los principios expresos constituyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores”²²⁵.

De lo que puede derivar que existan diversidad de principios sobre el régimen político, principios de la democracia, principios del Derecho Constitucional. Pudiendo identificar los principios del Estado Constitucional: como el principio de supremacía constitucional, principio de la separación de poderes, principio de pluralidad constitucional democrática, principios sobre jurisdicción y competencia. De igual manera los principios de interpretación constitucional: como el principio de unidad de la Constitución, principio de la concordancia práctica, principio de corrección funcional, el principio de la eficacia integradora y finalmente el principio de la fuerza normativa.

²²⁴ Ibidem. Pág 38.

²²⁵ Idem.

Los principios de interpretación constitucional utilizados por la Corte Suprema de Justicia de Panamá son: principio *favor libertatis*, principio de unidad de la Constitución, principio de la continuidad de la jurisprudencia constitucional, principio de legitimidad de las leyes y otros actos de autoridad pública, principio de concordancia de las normas constitucionales, principio de divisibilidad de las normas impugnadas, principio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico, principio extensivo de la función de administrar justicia del órgano judicial, principio de preferencia de la vía contencioso administrativa sobre la vía constitucional en la impugnación de actos administrativos, principio de existencia de normas constitucionales fuera del texto constitucional, principio de validez del argumento de autoridad, principio de prudencia.²²⁶

De igual forma los principios en el orden procesal constitucional : de legalidad objetiva, de verdad material, eficacia, de debido proceso que a su vez comprende ; Juez natural, derecho de defensa, presunción de inocencia, ley anterior al proceso, principio de razonabilidad y proporcionalidad, celeridad, y economía. En este sentido el profesor Duran Ribera sostiene que las garantías procesales establecidas en la Constitución incluyen: principio de legalidad que se traduce en prohibición de aplicación de reactividad de ley penal, debido proceso de ley que contempla derecho a juez natural, derecho de defensa mínima, presunción de inocencia, indubio pro reo, valoración razonable de la prueba, eficacia de la sentencia, y el derecho a recurrir.

Ahora bien, los principios que debe utilizar el juez Hércules no pueden confundirse con las directrices políticas. Aunque DWORKIN habla a veces de principios en sentido amplio, en el marco de la teoría de la adjudicación o de la decisión judicial los principios deben entenderse exclusivamente como un tipo de estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad

²²⁶ Hoyos Arturo. Interpretación Constitucional. Ob. Cit. Pág 62 y sigts.

o alguna otra dimensión de la modalidad²²⁷ la solución correcta no ha de venir dada por consideraciones de bienestar o porque el juez estime que con su fallo fortalece algún objetivo general, sino que la argumentación de «principios» tiende a proteger derechos naturales previos.

Cuando los individuos se acercan al Tribunal buscan, la satisfacción de su derecho y no la realización de una finalidad colectiva; de ahí que el juez Hércules sólo deba ponderar principios en sentido estricto, porque sólo ellos se vinculan a derechos individuales. Únicamente observando estos principios se garantiza que el juez no produce Derecho *ex post facto* y que tutela los derechos individuales sobre cualquier otra consideración política²²⁸

La preocupación constitucional en cuanto a establecer categorías diferenciales nos conducen a identificar los efectos de las normas legislativas de las normas constitucionales.

Si el derecho sólo fueran reglas sería simple su aplicación a través de esquemas lógicos de silogismo judicial, y de la subsunción del supuesto. En cambio los principios generan actitudes favorables o contrarias exigen se tome posición.²²⁹

²²⁷ Revista Española de Derecho Constitucional. Año 5. Num 14 mayo-agosto 1985. Pág. 366

²²⁸ *Ibidem*

²²⁹ Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 110

**TABLA 25: DIFERENCIAS ENTRE NORMAS LEGISLATIVAS Y
CONSTITUCIONALES**

Normas legislativas	Normas constitucionales
Regla se agota en si misma	Principios constitutivos del ordenamiento jurídico
Se obedece	Se presta adhesión
Supuesto de hecho	Debe determinarse en caso concreto

La credibilidad de los derechos humanos depende estrictamente de que no se conviertan en una mera declaración de principios formales o constitucionales que no traspasan la realidad social y económica de la ciudadanía. En consecuencia, los derechos humanos no son únicamente una referencia jurídica, sino una realidad social que debe ser vivida tanto por la ciudadanía como por las instituciones políticas de nuestro país. Frecuentemente, la cultura de la legalidad ha sido manejada exclusivamente por especialistas y profesionales del derecho; por tanto, nos encontramos ante una realidad político-jurídica que realmente no ha impregnado creencias, hábitos, actitudes y motivaciones de la ciudadanía.²³⁰

²³⁰ Aguilera Portales. Teoría Política ...Pág. 81

CAPÍTULO III: USO LEGÍTIMO DE LA REVISIÓN JUDICIAL O DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.

I. Méritos democráticos en los métodos interpretativos del control de constitucionalidad.

El uso legítimo de la revisión judicial de las leyes en democracia, la invocación del principio de acceso a la justicia en otras palabras a que los conflictos sobre derechos sean definidos por el imperio de la leyes en sede judicial ha constituido el baluarte del constitucionalismo clásico, ¿qué supone esto para el constitucionalismo contemporáneo?

Supone debatir cuando menos sobre los méritos democráticos de las decisiones constitucionales.

El originalismo es uno de los primeros métodos interpretativos propuestos para salvar los méritos democráticos de las decisiones judiciales que hacen uso de la revisión judicial. De acuerdo a esta teoría, la Constitución debe interpretarse a la luz de las intenciones originales de quienes la redactaron. Si bien James Madison y Alexander Hamilton fueron partidarios de este método fue James Wilson el exponente de la estrategia originalista. Más tarde fue el juez Hugo Black el que propuso, para desentrañar el significado de los preceptos vagos y ambiguos, examinar los anales de los debates constituyentes, las opiniones prevalecientes²³¹ Adscribiendo a los jueces la facultad de que puedan despejar esas indeterminaciones jurídicas indagando las intenciones de los “artífices” de la Constitución entonces puedan legítimamente vetar una ley que a primera vista parece dudosa constitucionalidad. Los jueces no estarían creando el

²³¹ Linares Pág. 102

derecho o imponiendo sus convicciones morales, sino simplemente haciendo respetar la voluntad popular.

Las objeciones a esta corriente de justificación de la revisión judicial de las leyes se produce por dos vías: la primera es una objeción de la intemporalidad ¿Porque las generaciones futuras han de estar obligadas por las generaciones pasadas? (...) sería admitir el gobierno de los muertos sobre los vivos²³² constituiría negar a la generación presente su derecho de interpretar una constitución que deja muchas preguntas abiertas. Esta metodología no resuelve el problema de la indeterminación del derecho, el texto no es producto de un único experto enfrentándonos a la encrucijada Dilemas del originalismo transcribimos el elaborado por Linares respecto de la intención de los legisladores sobre el estacionamiento de movibilidades en parques públicos.

TABLA 26: VOTACIÓN HETEROGENEA DEL LEGISLADOR

	Permitir entrada de bicicletas	Permitir entrada de ambulancias	En parques municipales
Legislador 1	Si	No	Si
Legislador 2	Si	Si	No
Legislador 3	No	Si	Si
Votación Sí	2	2	2
Votación no	1	1	1

FUENTE LINARES

¿Cuál es la intención real? ¿Aquella que refleja las premisas o la que refleja los resultados? (Ejemplo la intención de los legisladores sobre parqueo en lugares públicos)

²³² Linares Pág. 102

Texto aprobado con la excepción de bicicletas y ambulancias no se permitirá el ingreso de ningún vehículo en parques estatales y municipales. Ninguno quiso aprobar este texto, todos tenían intenciones distintas, el texto resultante no refleja la intención particular de nadie.

La segunda objeción al originalismo es sobre la capacidad o eficacia como método de interpretación, la realidad demuestra que las Constituciones no son el producto de un único autor experto se desarrollan en asambleas populosas cuya pretensión es integrar propósitos, intereses y objetivos entre sus miembros. Entonces qué intención es la que prevalecerá la de las premisas o la de los resultados.

Nos encontramos ante un dilema discursivo que se presenta en las asambleas constituyentes como en la asamblea del legislador ordinario. Linares nos presenta el siguiente dilema discursivo sobre el debate de pena de muerte

TABLA 27: VOTACIÓN HETEROGENEA EN PENA DE MUERTE

	Premisa 1 Valor moral neutral la vida	Premisa 2 Efectos preventivos de la pena de muerte	Resultado votación Prohibir la pena de muerte
A	Sí	No	Sí
B	No	No	No
C	Sí	Sí	No
Mayoría	Sí	No	No

FUENTE: LINARES

La intención de los artífices del texto nos dice el autor según la premisa 1 y 2 nos encontraríamos ante intención de prohibir la pena de muerte y si analizamos los resultados de la votación estamos ante una situación de posibilidad de implantar la pena de muerte.

La lectura moral de la Constitución Ronald DWorkin ensaya una propuesta normativa alternativa al originalismo sostiene que la interpretación o en

su caso la revisión judicial de las leyes garantiza un razonamiento judicial en base a principios, propone una argumentación moral y filosófica de la Constitución.²³³

Los jueces deben leer la Constitución como un documento que fija principios fundamentales para gobernar la sociedad (...) “el ideal de un gobierno no sólo sometido al derecho, sino también a los principios es la contribución más importante que la historia estadounidense ha dado a la teoría política”²³⁴

La adjudicación judicial debe estar gobernada por la virtud de la integridad, entendida como el compromiso de los jueces de tratar a los particulares de manera consistente con las decisiones pasadas, de tratar los casos semejantes de manera semejante y de fundar las decisiones en los principios de moralidad política fijados en la Constitución. Se trata también de una estrategia de adjudicación judicial que procura fundar una práctica judicial coherente, que pueda ser justificada a la luz de un cuerpo de principios generales capaces de ser aceptados por todos en condiciones de imparcialidad.²³⁵

La coherencia no alude a una mera consistencia lógica, sino una interdependencia de las piezas del derecho en una serie de propósitos, principios o valores fundantes.²³⁶ De manera que fijar un ideal de coherencia significa establecer un ideal de justificación.

Ese ideal presupone que la práctica judicial deber ser una empresa racional, (...) que debe juzgar las normas no aisladamente sino como conjuntos dotados de sentido dentro de un sistema más abarcativo. La integridad instruye a que los jueces desarrollen su tarea bajo la asunción de que el conjunto de

²³³ Linares. Ob.Cit. Pág 106-107

²³⁴ Idem

²³⁵ Idem.

²³⁶ Idem

piezas del derecho fue creado por un solo autor: la comunidad personificada. La integridad para Dworkin es la respuesta al hecho de que existen varias decisiones vigentes en la sociedad que, debido a que provienen de distintas fuentes y concepciones filosóficas distintas, no son coherentes, unas con otras lo que no debe desanimar al juez.

El juez debe esforzarse por presentar el cuerpo de leyes de la sociedad como si este fuera coherente, como si este reflejara una concepción única sobre la justicia. Dworkin no abraza el realismo moral, aunque sí da espacio al objetivismo moral atribuye valor de verdad a ciertos principios, pero no se pronuncia sobre la existencia metafísica ni sobre la validez universal de los mismos (una idea de moral construida y la vez objetiva principios que surgen de un consenso hipotético).

El pensamiento de Dworkin no dice nada sobre la corrección universal de su teoría,²³⁷ el autor insiste que no defiende una moral política abstracta y universalmente válida, sino sólo la interpretación de la propia cultura política (entiende por objetivismo moral).

Cada Constitución y cada cultura política tiene su propia lectura moral y la lectura moral no da margen a cualquier interpretación, los méritos democráticos de esta interpretación se fundan en que los jueces se desenvuelven en un marco democrático que además de contemplar procedimientos legítimos, incluyen compromiso a valores fundamentales como el principio de que toda persona tiene derecho a ser tratada con igual consideración y respeto (principio del que se desgranar otros principios constitucionales) en consecuencia los jueces no

²³⁷ Sin embargo considera moralmente correcta una concepción de justicia que conduzca a una significativa "igualdad de recursos" empero la Constitución americana nada dice al respecto. Una moral correcta obligaría a sentar principios distributivos (como el principio de la diferencia de Rawls pero no a la lectura moral de la Constitución. Cada constitución y cada cultura política tiene su propia lectural moral y la lectura moral no da margen a cualquier interpretación

actúan fuera del marco democrático cuando invalidan una norma legal con el argumento de que atenta contra algún principio constitucional. (...) en las democracias modernas los derechos suelen estar formulados en términos abstractos y siempre existe un terreno incierto en el que está en discusión qué derechos tenemos y qué alcances tienen estos derechos.

El mérito democrático de la decisión de los jueces prioriza la argumentación judicial en base a principios y no a objetivos sociales como lo deben hacer los parlamentos o congresos.

El dilema discursivo democrático nos plantea o aceptamos los resultados aprobados por la mayoría o aceptamos los resultados que son justificados por las mayorías.²³⁸ En el ejemplo de la adopción de pena de muerte se hace evidente este dilema. Los tribunales colegiados tropiezan con el mismo dilema discursivo (combinación la teoría de la elección racional con la lógica proposicional) podría pensarse que esta situación es atenuada cuando deciden por unanimidad.

Los críticos de la propuesta de Dworkin manifiestan que (...) los jueces asumen que son depositarios de la razón pública y actúan en consecuencia. Así, es difícil ver cómo el razonamiento judicial se preocupa por asegurar la coherencia de las decisiones legislativas. Pocas veces se preocupan por saber cuáles eran las premisas justificativas que estaban involucradas en las deliberaciones parlamentarias, y nunca examinan el apoyo numérico que esas premisas merecieron.²³⁹

²³⁸ Robert Alexy citado por Linares p.109 sostiene que: los jueces constitucionales ejercen una clase de representación argumentativa, por oposición a la representación política, a la luz del dilema discursivo esta idea parece encontrar un sentido: Los legisladores tendrían la misión de satisfacer la mayoría de las preferencias, mientras que los jueces tendrán como misión salvaguardar la coherencia justificativa de la voluntad mayoritaria. Linares Pág. 109

²³⁹ Linares Pág. 109-110

El textualismo funda su posición respecto de la revisión judicial de las leyes en dos supuestos 1) la constatación de un desacuerdo profundo y persistente sobre cuestiones morales sustantivas 2) y la necesidad de concretar acciones conjuntas a pesar del desacuerdo sobre el marco de la acción colectiva.

No es preciso ponerse de acuerdo, siempre que se tenga un marco institucional que contemple: la toma de decisiones sin ponernos de acuerdo; de igual manera identificar las decisiones ya tomadas sin resolver el problema sustantivo que nos divide. Constituyéndose el procedimiento legislativo el que mejor respeta el derecho de las persona a participar en pie de igualdad.

La Constitución o la ley pretende tener autoridad para identificar un enunciado normativo como jurídico (el mismo no debe incluir las razones que justifican la sanción (esta es la razón de los desencuentros posición del originalismo) debe entonces priorizarse el procedimiento a partir del cual el enunciado existe, distanciándose a su vez de la idea de que los jueces deben forjar una práctica jurídica coherente recurriendo a la teoría política y filosófica equivocada en cuanto a la teoría sobre la lectura moral de la Constitución de Dworkin, para Waldron, representante del textualismo lo que se necesita es concertar una acción colectiva y no concertar sobre todas las cuestiones morales sustantivas.

El textualismo no garantiza la predictibilidad ni uniformidad del derecho, pero es la única manera de asegurar autoridad en una sociedad plural.

El textualismo enuncia 1) al positivismo como una teoría de identificación del derecho 2) al textualismo como una teoría sobre la interpretación.

El textualismo enlaza “circunstancia de la política con una noción positiva del derecho” pone fin al debate sustantivo y permite conducir acciones colectivas

sin necesidad de estar de acuerdo.²⁴⁰ No es menos evidente que se desentiende de si el derecho fue sancionado por regímenes autoritarios o democráticos, de si todos los afectados pueden participar, si hubo un debate centrado en principios y no en posiciones auto interesadas.

El textualismo asume o presume ciegamente que la autoridad del legislativo es democrática pide a los jueces no se comporten como agentes morales, sino como amanuenses encargados de copiar no de juzgar un texto escrito por las mayorías electas. La Constitución y las leyes deben servir de fuentes. El juez no debe ir más allá del texto, no debe buscar las oscuras intenciones de los que redactaron, ni acudir a la teoría política o moral, el juez debe circunscribirse a la convención constituyente o legal. (Aprobación importación productos extranjeros) aplicando el significado compartido en una valoración natural y técnica del mismo.

Reclamo que es plausible en abstracto pero no aquí y ahora ante el cuestionamiento de si el proceso legislativo cumple condiciones de proceso democrático.²⁴¹ Y peor aún que la indeterminación de la Constitución y la ley en oportunidades no dan suficientes insumos a los jueces.

El Minimalismo Judicial Cass Sunstein plantea como alternativa a la argumentación judicial el razonamiento analógico para dar respuesta al pluralismo. En él se discute: 1) cómo acomodar los principios y los bienes colectivos encontrando un camino para vivir juntos. 2) cómo las personas llegan a acuerdos sobre resultados singulares a partir de teorías incompletas.

En concreto, los jueces deberían ver las normas jurídicas como acuerdos incompletos, porque deben desconfiar de las teorías abstractas y fundar sus decisiones en reglas específicas o en principios de “bajo nivel de abstracción” ,

²⁴⁰ Linares Pág. 112

²⁴¹ Linares Pág. 114 -116

el objetivo es justificar decisiones con el menor nivel de abstracción posible (...) y no es que no haya debate filosófico en una democracia, sólo que los compromisos filosóficos fundantes deben ser canalizados o través de instituciones políticas y no a través de decisiones judiciales.²⁴² En consecuencia refiere el autor: Si los jueces eluden invocar “teorías de justicia” para resolver sus casos, entonces los perdedores del caso pierden mucho menos, pierden una decisión pero no el mundo.²⁴³ El empleo judicial de las teorías de justicia es frustrante y problemático.

La corrección de instituciones a través de la justicia conlleva reformas de gran escala a largo plazo, dificultad en implementar las reformas, no controlan la administración pública ni la policía. Los jueces deben resolver muchas causas rápidamente, una práctica judicial coherente representaría paralización de la justicia.

Con el razonamiento analógico se utiliza el principio de igualdad para casos iguales, utilizando para casos disímiles la estrategia es la de contemplar reglas específicas o principios de “bajo nivel de abstracción.” La Constitución y los precedentes deben ser puntos fijos para examinar particularidad del caso. Los jueces deberían ver las normas como la expresión de acuerdos teóricos incompletos. Sunstein desconfía de las teorías olvidando que cualquier descripción de un caso tiene inevitablemente un componente teórico.²⁴⁴

Un juez democrático no sólo se limitará a decir que estamos ante diferencias relevantes o irrelevantes para la aplicación de un principio o regla, se preguntará si estas diferencias son en pro para el buen funcionamiento de la democracia. El caso de madres sustitutas es igual al caso de venta de bebés sancionado como delito. La decisión judicial no dirá que la ley que castiga venta

²⁴² Idem.

²⁴³ Ibidem. Pág. 117

²⁴⁴ Idem.

de bebés no se aplica a las madres sustitutas por cuestiones filosóficas, sólo dirá que existen relevantes diferencias que no fueron concebidas al momento de sancionarse la ley lo que permite tratar con justicia los casos especiales.²⁴⁵

Cuando el juez se sujeta al texto jurídico, tiene legitimidad democrática, cuando se desprende de las reglas porque considera que existen circunstancias especiales que justifican un tratamiento distinto, el juez cumple con el ideal democrático de dar voz a todos aquellos que van a ser afectados por una decisión. La crítica al minimalismo judicial cuestiona - cualquier teoría de legitimidad democrática requiere, de una explicación de las instituciones justas- y los tribunales son un simple actor dentro de una red que ya se supone justa. Las bases ya fueron justificadas asume que todos los casos judiciales son casos con efectos sólo para las partes y olvida que los casos constitucionales involucran a miles de personas.²⁴⁶ (No se resuelven casos por diferencias relevantes situaciones como segregación racial espacios separados, que la pena de muerte no es un castigo inhumano o que la protesta social debe ser sancionada porque rige la democracia representativa)

La Teoría pluralista de Ely justifica el uso de la revisión judicial de las leyes en la medida que facilita limpiar o purgar los canales políticos de agregación de preferencias y de acceso a la representación política. Estableciendo que la revisión judicial tiene dos misiones antitrust:

1) La justicia constitucional debe impedir que los que están en el poder reformen las reglas de juego, de manera que estas terminen favoreciéndoles. La revisión judicial es un mecanismo antitrust, no dirigista de carácter correctivo debido a lo que Owen Fiss denomina falla del legislador cuando la ley no es la que cabría esperar si el legislador hubiese sido electo en un proceso electoral

²⁴⁵Linares.Ob.Cit. Pág. 117-122

²⁴⁶ Idem.

inclusivo, igualitario y competitivo²⁴⁷ (anulación caso Brown donde el uso de la revisión judicial apareció como un correctivo de lo que había sido un proceso electoral y legislativo defectuoso) .

La segunda forma de fallo del legislador que la revisión judicial debe invalidar cuando los partidos distorsionan las reglas del juego electoral asegurándose la permanencia indebida de un grupo social en el poder, se alteren circunscripciones electorales para manipulación de la representación , se impida participación en el ejercicio electoral , dificulte el voto, se censure la libertad de prensa. De igual manera, los jueces se constituyen en una especie de outsiders del sistema electoral y de la representación política

2) La revisión judicial debe asegurar que todos los grupos de la sociedad pueden introducir demandas y tengan acceso a la representación política, el juego democrático debe ser limpio y competitivo, lo que no garantiza el sistema representativo, es la protección de minorías discretas y aisladas que no comparten ningún espacio con los demás grupos ni son capaces de coaligarse con otros grupos estas no son capaces de defenderse por sí mismas. La corte (...) debe velar sólo, porque los canales de agregación de preferencias y acceso a la representación política estén abiertos para todos.²⁴⁸

La Constitución debe proteger una forma democrática de gobernar y no una ideología política, la norma fundamental no debe intentar proteger una ideología dominante sino sólo fijar procedimientos legítimos. En una democracia representativa la determinación de valores debe ser hecha por los representantes y si estamos en desacuerdo debemos a través del voto echarlos del poder.

²⁴⁷ Idem.

²⁴⁸ Linares Pág. 125

Sin embargo no puede decirse que un gobierno esté funcionando mal, porque genera resultados con los que no estamos de acuerdo, en cambio el mal funcionamiento democrático se lo identifica cuando hay desconfianza del proceso electoral, el poder restringe la libertad de expresión, obstruye canales de agregación a la representación, cuando los representantes de la mayoría perjudican los intereses de la minoría permanentemente. En este caso la revisión judicial es democrática porque está dirigida a garantizar las precondiciones de una democracia pluralista. La crítica a la teoría de Ely se podría resumir:

1) Como se identifica al grupo de poder que quiere hacerse de todo el poder político, las reformas electorales no son siempre manipulación o perjuicio para la oposición también representan eficiencia, gobernabilidad de lo contrario se tendría que abolir barreras electorales, o la formula mayoritaria.

2) Esta propuesta protege a las minorías aisladas y discretas identificadas por cuestiones étnicas, religiosas, culturales, sin embargo es evidente que existen también mayorías anónimas y difusas.

3) En cuanto a las restricciones a la libertad de expresión dan lugar a situaciones problemáticas ya que muchas pueden ser dudosas por ejemplo prohibir marchas antirracista para evitar violencia, prohibir marchas racistas por inmoralidad.

4) No asegura un sistema de frenos o contrapesos la misión antitrust debía velar no sólo por las precondiciones de grupos que luchan por acceder al poder sino velar por el equilibrio dentro de poder; por consiguiente, la revisión judicial también estaría justificada respecto de invalidar la legislación delegada, que no es otra cosa, salvo algunos países la práctica legislativa que confiere a la administración pública amplias facultades de elaboración y regulación de muchas políticas centrales para la convivencia social “cheques en blanco” del Congreso, facultades que se delega o que las toma el ejecutivo para tipificar delitos e imponer sanciones, cuando dictan leyes que conceden funciones

judiciales a las Fuerzas Armadas y cuando el Ejecutivo dicta estado de sitio infringiendo procedimientos. Todas estas medidas debían pasar por la revisión judicial así contarán con alto respaldo popular.

La Teoría deliberativa de Nino y Gargarella para Nino la democracia es un ideal normativo y no meramente un sistema representativo de gobierno. El discurso moral no tiene límites de tiempo cesa cuando se llega al consenso, el ideal normativo exige la toma de decisiones antes del tiempo,²⁴⁹ lo que exige: remplazar la exigencia del consenso (Unanimidad) por la votación a través de la regla de la mayoría.

Nino no pretende justificar los regímenes democráticos sino sentar el ideal normativo a partir del cual evaluarlos, encuentra en la discusión pública el método más confiable, como procedimiento colectivo de toma de decisiones moralmente correctas.

Las condiciones de esta valoración es que todas las partes participen en igualdad de condiciones sin coerciones, ninguno se encuentra dominado por nadie, que todos sean capaces de argumentar en base al principio moral intersubjetivo (que prescribe o prohíbe ciertas conductas por afectar a terceros), que el tamaño del grupo sea adecuado evitando minorías aisladas y discretas, que la composición de mayoría- minoría cambie, que la decisión no afecte a los intereses de los demás. Para este dialogo democrático las personas están sujetas a un deber de civilidad, el participante está dispuesto a justificar sus propuestas con arreglo a razones que cualquier persona podría suscribir, independientemente de sus doctrinas comprensivas del bien o de la virtud personal o expresiones cáusticas, la descalificación personal, o la persecución demagógica.²⁵⁰

²⁴⁹ Linares 129

²⁵⁰ Linares Pág. 130

En esas condiciones, la revisión judicial de las leyes debe rendir examen a dos compromisos: asegurar el ideal normativo y la defensa de la autonomía personal.

1) Aseguramiento ideal normativo en el que la principal tarea de los jueces es señalar la invalidez de normas que se han dictado violando el procedimiento establecido.

Respeto procedimiento democrático – promoción de discusión pública	Debate público Discusión pública Toma de decisiones	Toma de decisiones imparciales
---	---	--------------------------------

Gargarella, por su parte sostiene que la revisión judicial de las leyes no sólo debe realizarse sobre el proceso electoral, o sobre el debate legislativo, debe ampliarse a la participación cívica y debate ciudadano. La revisión judicial de las leyes debe ser un diálogo entre las ramas del gobierno, entre los representantes y los ciudadanos (audiencia pública) y en el seno de la sociedad misma.

El ideal deliberativo se preocupa que los medios de comunicación se incorporen de manera más frecuente en discusiones de interés colectivo y garanticen el acceso de voces disonantes: Por esto es importante la distribución de medios para evitar la distorsión.

Si al pluralismo de Ely le preocupa un libre mercado de ideas y pluralidad de fuentes de información, a la teoría deliberativa le preocupa la confrontación respecto del modo que deben resolverse las cuestiones de carácter colectivo, para coordinar expectativas en situaciones de conflicto e incertidumbre.

2) Defensa de la autonomía personal La revisión judicial de las leyes debe evitar que las leyes (actos de autoridad) se promulguen por razones ideales de perfección humana. En el diálogo político no deberían esgrimirse posiciones auto interesadas, ni basarse en ideales de excelencia personal, a un participante de

decisión colectiva le está prohibido afirmar solamente esta decisión o esta es la decisión correcta, la moral privada es auto referencial la moral pública intersubjetiva precisa de cumplimiento de ideal democrático el mismo que prohíbe conductas que afectan a terceros. La moral intersubjetiva no solo exige la presentación de argumentos, sino que obliga a partir de evidencias empíricas que sustentan relaciones causales.

De ahí que el debate público genere legislación sobre la regulación de la pornografía infantil porque genera violencia, que el consumo de drogas genera criminalidad o que la pena de muerte reduce homicidios.

De las teorías sobre el uso legítimo de la revisión judicial nos detendremos en la teoría deliberativa ya que incorpora dos compromisos adicionales: un compromiso participativo- deliberativo y un compromiso de defensa de la autonomía personal.

Expandir el “terreno” del uso legítimo de la revisión judicial , concretamente la teoría pluralista de Ely no autoriza el uso de la revisión judicial para vetar leyes que consideren incorrectas por su contenido a las que denomina leyes perfeccionistas en consecuencia autoriza cualquier tipo de mensajes (marchas racistas y apología del terrorismo).

Con la teoría deliberativa estos problemas de leyes perfeccionistas, y expresión de cualquier mensaje se consideran que no son argumentos basados en principios imparciales son argumentos que no forman parte de las condiciones ideales de la democracia deliberativa.

El examen de la “razones” de las normas deben identificar la postura oficial de la mayoría legislativa o del partido que aprobó la ley, este test de identificación de los argumentos en juego debe ir acompañado de las evidencias empíricas que

sostienen los argumentos de moral intersubjetiva para no ser tachada de ley perfeccionista o de razones incompletas.²⁵¹

Y todos aquellos mensajes que violen el deber de civilidad deben ser rechazados, lo que exige una esfera formal institucional y que los participantes gocen de una igualdad de status social, de una cierta educación y riqueza económica aunque con distorsiones.

A consecuencia de ello, existen estrictos estándares de civilidad y presupuestos que gobiernan el debate. El ideal deliberativo es, en estas esferas un ideal a alcanzar y materializar. (...) ideal que opera de distinto modo si juzgamos las prácticas comunicativas ciudadanas donde los estándares de civilidad no rigen en la esfera informal guiada por las urgencias de lo cotidiano de la vida y por el hecho notorio de la desigualdad en el poder y la riqueza y como las condiciones de igualdad no se cumplen, los estándares de civilidad no son exigibles (postura propuesta por Estlund) justificación que es selectiva a los estratos más bajos de la estructura social, no gozan de los beneficios generados por la cooperación colectiva y padecen privaciones indignantes.²⁵²

Se trataría de entender que las irrupciones o las transgresiones de los excluidos como un fenómeno que indica que el sistema institucional no trata en igualdad de condiciones a todos. A estos grupos no cabe exigirles argumentos imparciales (exigible cuando rigen las condiciones de un debate ideal) en ese sentido las irrupciones al orden establecido deberían interpretarse como un mecanismo destinado a reclamar la restauración de los desbalances de poder. Posición justificable para juzgar democracias reales, particularmente aquellas democracias asoladas por la desigualdad económica, como las latinoamericanas.²⁵³

²⁵¹ Linares. Ob. Cit. Pág 137

²⁵² Ibidem. Pág 138-139

²⁵³ Idem.

La teoría deliberativa reserva a la revisión judicial la misión de asegurar o promover el cumplimiento de las condiciones que hacen del ideal democrático un procedimiento de valor epistémico. Estas condiciones involucran el contenido de los derechos individuales, el ideal deliberativo requiere que los participantes no estén sometidos a amenazas o coerciones, ni sean víctimas de dominación. Además el ideal deliberativo dice que los participantes deben estar en condiciones de igualdad, deben gozar del mismo derecho al voto, como del acceso a bienes necesarios para el desarrollo de su autonomía personal: alimentación, salud, trabajo, educación. Muchos juristas y filósofos están de acuerdo con el uso de la revisión judicial para el aseguramiento de unas condiciones mínimas del ideal democrático, pero se niegan a aceptar que pueda usarse para proteger igual distribución de derechos sociales.²⁵⁴

La posibilidad de usar la revisión judicial para asegurar las condiciones de igualdad entre participantes del ideal democrático, coloca a Nino y Gargaréela en una interpretación robusta de los derechos sociales y con una filosofía de corte liberal igualitario. Lo que significa expandir peligrosamente el campo de actuación legítima de la revisión judicial.²⁵⁵

Las mayorías ya no podrían decidir si quieren un sistema de salud privado o financiado por el Estado. La democracia dejaría de ser un marco pluralista, en donde pueden competir distintos pensamientos sobre el mejor modo de organizar la sociedad para convertirse en la expresión de un cierto modelo de desarrollo social. Frente a estas críticas Gargarella²⁵⁶ se inclina e intenta imaginar un camino de diálogo entre los jueces y las instituciones representativas para evitar que la posición del Poder Judicial tenga autoridad de ordenar qué política social concreta se debe adoptar.

²⁵⁴ Linares Pág 140-141

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ Cfr. LinaresPág. 141

Los jueces pueden proteger derechos sociales sin confrontar con las instituciones representativas, acudiendo a los siguientes resortes 1) suspender decisiones legislativas: a) reclamando a las instituciones representativas que se atiendan voces que no han sido oídas b) o pueden declarar invalidez de las leyes postergando en el tiempo la entrada en vigencia de la anulación c) los jueces pueden ordenar reformas estructurales d) pueden optar también por proteger derechos sociales sin pronunciarse en resultados concretos o estableciendo sanciones indemnizatorias. 2) o pueden mitigar tensiones entre el compromiso igualitario y las credenciales democráticas de las instituciones representativas fijando a) umbral de derechos fijados a priori los miembros de la sociedad gozan en general de una cierta igualdad de acceso a los bienes básicos que dan sentido a su autonomía personal.

Cuando ese umbral distributivo es rebasado por una sociedad, la revisión judicial no debería usarse para vetar leyes que afectan la distribución igualitaria de los derechos sociales. Linares en la línea de la argumentación insinuada por Nino y avanzada por Gargarella pero con tendencia más contextual sostiene en aquellas sociedades en las que los patrones distributivos son escandalosamente desiguales (países latinoamericanos), la justicia constitucional actuaría democráticamente cuando anula leyes dirigidas a recortar derechos sociales o cuando ordena a los representantes reformas tendientes a mejorar el acceso de los más desprotegidos a los beneficios generados por la cooperación social.

En resumen, la justicia constitucional tiene varios resortes para evitar la confrontación con los representantes políticos: postergar la entrada en vigencia de la nulidad de una ley, obligar a los representantes a reformas o actualizaciones legislativas, convocar a audiencia pública con todos los grupos afectados, señalar los estándares o líneas de acción.

En América latina existen tendencias regresivas como una tendencia a la concentración de poderes en el poder Ejecutivo, un legado autoritario, siempre acechando la inestabilidad política, la débil presencia del Estado, pobreza en grandes segmentos de la población y una marcada desigualdad económica, las sociedades latinoamericanas son, (...) las más desiguales del mundo. Una evaluación del uso democrático de la revisión judicial en América Latina debe tener presente esta circunstancia²⁵⁷

El análisis o crítica de la revisión judicial de las leyes desde posiciones de defensa del uso correcto y de la legitimidad democrática constituyen dos enfoques categóricos de “todo o nada” que nos conduce a enfrentamientos entre la legislación y la jurisdicción. Saliendo de enfoques categóricos de todo o nada hay la vertiente que nos lleva a distinguir matices institucionales, dentro de cada modelo de justicia constitucional en cada país como lo sugiere Hilbind²⁵⁸ es observar: el grado de intensidad de la revisión judicial sobre leyes contemporánea o no contemporáneas, la accesibilidad en la interposición de las acciones, y los efectos de las sentencias constitucionales.

La revisión judicial de las leyes analizada desde la legitimidad democrática, es decir, si ésta resulta de utilidad para las mayorías coyunturales dependerá del grado de intensidad de las leyes. Tiende a ser mayor y hasta contra mayoritaria tratándose de leyes contemporáneas y será de una intensidad menor en caso de juzgar leyes no contemporáneas. En este caso el grado de intensidad refleja la pugna que puede desatarse entre el legislativo y los jueces o tribunales constitucionales.

Para entender esta idea de funcionalidad la doctrina establece cuatro grados de funcionalidad 1) el veto judicial a las leyes no contemporáneas puede ser de una utilidad importantísima para el gobierno: puede servir a los

²⁵⁷ Linares. Pág.143

²⁵⁸ Linares. Pág. 149

representantes electos de la coalición dominante como una herramienta para limpiar los obstáculos legales impuestos por los gobiernos pasados ²⁵⁹ (sostienen Whittington, Gillaman 2002, Hirschl 2004) lo que resulta ser paradójico, porque es obvio que la coalición dominante no necesita de la revisión judicial para avanzar sus preferencias a través de la derogación de las leyes aprobadas por los anteriores gobiernos.

Hay que tomar en cuenta que muchas de esas leyes han estabilizado las expectativas de muchos grupos sociales que se han venido beneficiándose de esas normas y han asumido los beneficios de las mismas como derechos adquiridos, en consecuencia la modificación o derogación de estas normas pueda generar fuertes oposiciones. Una vez que se tiene en cuenta esta circunstancia la revisión judicial sirve funcionalmente a la coalición política dominante o partido dominante para no asumirla o más bien para eludir la responsabilidad total de la reforma del *statu quo*.

Con ello reduce los costos políticos de sus decisiones, aplaca la euforia de la confrontación social y evita las divisiones internas. Después del fallo judicial, los partidos políticos podrán seguir discutiendo las reformas al *statu quo*, pero habrá puntos cerrados al diálogo que ya habrán sido decididos por la Corte, estrategia denominada “*blaming*” ²⁶⁰ el ejemplo dado por el profesor Linares es el fallo Sejean pronunciado por la Corte Suprema Argentina. Estado que no reconocía el divorcio vincular, los cónyuges podían separarse pero no divorciarse de mutuo acuerdo.

Al restaurarse la democracia 1983, el gobierno de Raúl Alfonsín se propuso reconocer el divorcio vincular acorde con los principios del Estado liberal, se

²⁵⁹ Idem.

²⁶⁰ *blaming* estrategia con resultados, mediante la cual el gobierno responsabiliza a un órgano (fallo de la Corte) que no es responsable ante la ciudadanía, y de esta manera logra vía libre para regular la cuestión de acuerdo a sus preferencias.

sabía sin embargo que esta reforma ocasionaría confrontaciones políticas y sociales, pues la Iglesia Católica goza de gran transcendía en ese país. El fallo del caso Sejean emitido por la Corte Suprema se anticipó al tratamiento en el Congreso y dictó la sentencia en la que declaró inaplicable una ley centenaria y autorizó el controvertido divorcio vincular.

Con la sentencia, el gobierno de Alfonsín eludió la responsabilidad política, se aplacaron los ánimos y se allano el camino para regular la cuestión en consonancia con las ideas políticas del gobierno.

2) y 3) la revisión judicial puede ser funcional para reformar el *statu quo* como para ratificar el *statu quo*. La funcionalidad para reformar el *statu quo* se produce cuando existen múltiples autoridades con poder de veto (Estados Unidos, Brasil, Argentina o México) de producirse una re configuración de fuerzas políticas debido a elecciones presidenciales y renovación de cámaras legislativas o de autoridades con poder de veto cuyos mandatos no coinciden, la aprobación de normas está sujeta a la anuencia del voto de la minoría o nueva mayoría, pero una mayoría que se encuentra con serias dificultades para avanzar sus preferencias debido a la existencia de puntos de veto, (...) pues bien, en situaciones de bloqueo entre poderes la revisión judicial puede alzarse como un mecanismo mayoritario, capaz de superar la parálisis y permitir el predominio de la voluntad de la mayoría democrática²⁶¹.

En caso de ratificación del *statu quo* se presenta cuando la Corte veta leyes antiguas que han caído en desuetudo porque los juicios de valor que en su día incorporaban han dejado de ser aceptadas por el legislador democrático actual y por la sociedad (...) Aquí la revisión judicial no pretende ayudar a reformar el *statu quo*, sino a convalidar una situación de hecho aceptada que no tiene respaldo jurídico, la revisión judicial al declarar la inconstitucionalidad de leyes antiguas caídas en desuso, confirma un *statu quo* aparentemente ilegal,

²⁶¹ Linares.Ob.Cit. Pág. 151

eliminando las trabas legislativas que pesaban sobre él y que amenazan frustrar las preferencias mayoritarias.

Esta funcionalidad se asocia a la denominada interpretación evolutiva y se da cuando el juez se enfrenta a un caso específico que no encuadra claramente en el supuesto de hecho de la ley y para el cual tampoco cabe inferir ninguna intención del legislador, debido a que este omitió pronunciarse sobre el caso, circunstancia en que la revisión judicial es funcional a las mayorías legislativas cuando declara que la ley antigua es válida en general, pero no es aplicable en esos casos especiales (como el de las madres sustitutas y la sanción de venta de bebés o la del auxilio al suicidio en general que no contempla el caso de enfermos terminales) lo que provoca problema de inaplicación por subsunción o inaplicación por problema de validez en relación al caso concreto.

1. Acceso procedimental a la justicia constitucional: Sus efectos y realidad

El control de constitucionalidad o la revisión judicial de leyes, precisan de mecanismos de acceso a la instancia que realizará el test de constitucionalidad. El modelo de justicia constitucional americano confiere a todos los jueces, la capacidad de declarar en un proceso judicial la inaplicabilidad de la norma impugnada y en general de todos los actos de la autoridad pública, con efecto sólo para las partes que han intervenido en la controversia. El modelo austriaco o europeo continental que atribuye a un órgano especializado, fuera de la órbita del poder judicial, la facultad de decidir todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes, el fallo dictado produce efectos “erga omnes” significa la derogación de la ley desde el momento en que se publica la decisión de la inconstitucionalidad en el boletín oficial, el Tribunal Constitucional resuelve en abstracto, en cambio en el modelo americano donde la Corte Suprema además de dictaminar sobre la constitucionalidad de la ley debe, zanjar

la disputa de derechos entre dos partes individuales.²⁶² Constituyéndose en modelos robustos de justicia constitucional.

Los modelos americano y europeo, difieren en el procedimiento de acceso que activan los afectados hasta la instancia que tiene la última palabra de cierre. En el modelo americano el acceso a la Corte Suprema se logra a través de recurso de inconstitucionalidad, aquel que quiere obtener un pronunciamiento del alto tribunal debe primero pasar por todas las instancias judiciales inferiores, recurriendo cada una de las sentencias que dicten los jueces de primera y segunda instancia. En el modelo europeo el mecanismo de acceso a la justicia constitucional tiene dos vías : la acción directa que no precisa transitar por las instancias previas, y la vía indirecta a través de la cuestión de inconstitucionalidad, en el que un juez ordinario antes de resolver el juicio pide la opinión vinculante del Tribunal Constitucional sobre la validez de una norma que debe aplicar al caso concreto.

La cuestión de inconstitucionalidad (modelo europeo) se diferencia del recurso de inconstitucionalidad (modelo americano) porque este último requiere la apelación una sentencia de inconstitucionalidad en primera o segunda instancia, en cambio en la cuestión de inconstitucionalidad no hay sentencia del juez ordinario, el juez reclama -de mutuo propio o a instancia de parte- la opinión del Tribunal constitucional antes de dictar sentencia.

En el modelo europeo la acción de inconstitucionalidad puede ser popular y orgánica. La acción de inconstitucionalidad es popular (adoptada por Hungría y en Bolivia hasta la reforma de 1993-1995) cuando todos los ciudadanos pueden cuestionar la validez de las leyes ante el Tribunal Constitucional sin demostrar interés directo, y es orgánica cuando solo los órganos estatales (presidente, diputados y senadores , defensor del pueblo) se encuentran legitimados para interponer la acción abstracta, en cambio la cuestión de

²⁶²Ibidem. Pág 155

inconstitucionalidad debe ser incoada dentro de proceso judicial, a instancia de parte o de oficio los que gozan de legitimación para activar la acción de inconstitucionalidad concreta o cuestión de constitucionalidad.

El modelo americano controla su agenda, tiene discrecionalidad para seleccionar los casos sobre los que quiere pronunciarse y para desechar aquellos que no tienen relevancia institucional a través del denominado “*writ of certiorari*”. En cambio, los tribunales europeos no controlan su agenda y deben dar razones de todas sus decisiones. Para una mejor comprensión reproducimos la matriz de diferencias estructurales entre el modelo de justicia constitucional europeo y el americano.

TABLA 28: MODELOS DE ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

	Modelo americano	Modelo europeo
¿Quién puede ejercer el control?	Difuso Todos los jueces	Concentrado Solo el Tribunal Constitucional
¿Cómo se activa el control?	Las partes lo plantean en el caso, y el juez ordinario decide al momento de resolver la cuestión de fondo.	a) Acción abstracta popular u orgánica b) Cuestión de inconstitucionalidad
Objeto del Control	Juicio de constitucionalidad Caso concreto	Juicio abstracto de constitucionalidad.
¿Qué efecto produce?	Inter partes	General “erga omnes”
Status de órgano	Poder Judicial	Órgano desvinculado de los tres órganos clásicos
Acceso a la Corte	Recurso de inconstitucionalidad	Acción abstracta directa y cuestión de inconstitucionalidad.
Control de agenda	Si (<i>Writ of certiorari</i>)	No

FUENTE: LINARES

La legitimidad democrática de la revisión judicial y de las diversas posiciones que se pueden adoptar al respecto es determinante a momento de apreciar las bondades del control de constitucionalidad, es igual de importante

identificar si la revisión judicial se realiza sobre leyes contemporáneas o sobre leyes no contemporáneas.

La revisión judicial de las leyes contemporáneas, colocan al modelo europeo es decir a los Tribunales Constitucionales en situación más embarazosa ya que tienen que pronunciarse más rápidamente sobre la validez de las leyes contemporáneas, mientras que en el modelo americano de justicia constitucional es algo menos delicada por cuanto las vías recursivas retardan la llegada de los casos a la Corte.

Se aduce que el modelo europeo tiene una impronta contramayoritaria²⁶³ lo significa que las acciones abstractas fomentan la judicialización de las leyes contemporáneas y que incluye un ejercicio más acentuado en la capacidad de veto debido a la: 1) ausencia de jurisdicción

²⁶³ Tesis de la impronta mayoritaria de la Corte Americana parece ser formulada por Dahl (1957 Decision-Making in de Democracy) en el Dahl demuestra que la Corte Suprema Americana es un agente de la coalición política dominante, que veta leyes que tienen una antigüedad mayor a cuatro años. Alineación de la Corte con la coalición dominante se logra primordialmente a través del mecanismo de selección de los jueces o a través de los poderes de reacción tanto del Legislativo como del Ejecutivo, ante la falta de lealtad a la política dominante el Congreso puede legislar sobre ampliación número de jueces, quitar competencias, iniciar juicios políticos a sus miembros y del Ejecutivo y negarse a ejecutar sentencias. La tesis contraria es la contramayoritaria de los Tribunales Constitucionales (Shapiro2004, Stone Sweet 2002, Ferreres 2004. Caso Duncan v Kahanamoku (US 304-1946) inconstitucionalidad de la jurisdicción militar sobre civiles en la Segunda guerra mundial. Linares Pág. 160

Por decirlo en términos de la doctrina estadounidense: un Tribunal Constitucional tendría una inclinación anti bickeliana (Alexander Bickel 1962 autor de virtudes pasivas de los jueces constitucionales americanos, sosteniendo que dado son altamente controvertidas, la Corte Suprema sólo debería enfrentarse a ellas cuando el tiempo estuviera maduro para ello, abogó por el "canon de la evitación" que exige que los jueces elijan, si es posible una interpretación de la ley que evite que se plantee un problema de constitucionalidad. también tendrían una inclinación anti – Thayeriana (autor norteamericano finales siglo XIX que argumento que la Corte Suprema debía vetar una disposición legal no cuando se ha cometido meramente un error, " sino sólo cuando se ha cometido un error claro, tan claro que no puede ser puesto racionalmente en duda)

discrecional 2) ausencia de casuismo minimalista 3) dificultad de evitar los argumentos constitucionales recurriendo a argumentos de mera legalidad ordinaria. 4) la visibilidad de los tribunales constitucionales 5) la fragilidad de los tribunales constitucionales

**TABLA 29: GRADOS DE INTENSIDAD DE OBJECION
DEMOCRATICA²⁶⁴**

Factores que propician un menor o mayor grado de intensidad de la objeción democrática		
	Modelo europeo	Modelo americano
Control de la agenda	No	Sí <i>Writ of certiorari</i>
Casuismo minimalista	No	Sí
Recurso a argumentos de legalidad ordinaria	No	Sí
Momento del juicio de constitucionalidad	Temprano	Tardío
Visibilidad política	Sí	No
Fragilidad institucional	Sí	No
	Fenómenos observados	
	Tribunal constitucional europeo	Corte Suprema americana
Judicialización de las leyes	Mayor	Menor
Ejercicio de la capacidad de veto	Activismo	Deferencia

FUENTE: LINARES

Modelos de justicia constitucional robusta que lleva a la afirmación²⁶⁵ de que en América latina se observa una mayor judicialización de leyes contemporáneas y mayor hostilidad por parte de las Cortes o Tribunales hacia el Legislativo de turno. Dado que la mayoría de países ha acogido el modelo europeo- continental a través de reformas constitucionales, que se inician a

²⁶⁴ En cuanto al apartado "Control de la agenda" en la tabla anterior, Los Tribunales Constitucionales tienen vías de escape para evitar pronunciarse en contra de la validez de la ley. Procurando la validez de las leyes a través de una interpretación de las mismas "conforme a la Constitución" en la que establece las condiciones interpretativas bajo las cuales la ley puede permanecer en el sistema. El Tribunal no evita la cuestión de inconstitucionalidad, sino que la enfrenta evitando la invalidez de la ley. En el modelo americano los jueces pueden evitar la cuestión de constitucionalidad y fijar el significado de la ley sin pronunciarse sobre su constitucionalidad.

²⁶⁵ Linares Pág. 167

finis de la década del setenta, proceso que se amplió en la década de los noventa desde esta fecha seis países han instituido Tribunales Constitucionales fuera de la órbita del poder judicial Perú (1979); Chile (1980); Guatemala (1985); Colombia (1991); Bolivia (1994); Ecuador (1996); otros seis han instituido salas constitucionales dentro de la Cortes Supremas²⁶⁶ en Costa Rica (1989); El Salvador (1991); Paraguay (1992); Nicaragua (1995); Venezuela (1999) y Honduras (2000). Los seis países restantes que no instituyeron Tribunal Constitucional ni Salas Constitucionales, cuatro de ellos han facultado al pleno de la Corte o Tribunal Supremo la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales Brasil (1988); México (1994); Panamá (1982) y República Dominicana (1994). La Argentina tiene un sistema de justicia constitucional similar al modelo americano, la Corte Suprema de la Nación resuelve en última instancia el recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Uruguay mantiene un control concentrado en la cabeza de la Corte Suprema con efectos inter partes (vía acción directa o indirecta)

Cada Estado selecciona, combina el modo o vía de acceso para la revisión judicial de las leyes o el control de constitucionalidad.

TABLA 30: MODO O VÍA DE ACCESO A LA REVISIÓN JUDICIAL DE LEYES O CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

²⁶⁶ Costa Rica y Venezuela son llamativos porque la Sala Constitucional puede revisar las sentencias de las otras salas o del Tribunal Supremo de justicia. Linares Pág 167

Acción Abstracta de inconstitucionalidad	
Clases	<ul style="list-style-type: none"> • Acción Popular • Acción Orgánica
Legitimación Acción Popular	<ul style="list-style-type: none"> • Todas las personas • Ciudadanos
Legitimación Acción Orgánica	<ul style="list-style-type: none"> • Muy amplia (cualquier partido político y entidades derecho público y privado) • Amplia (Cualquier partido político) • Restringida (% de legisladores)
Cuestión de inconstitucionalidad	
Clases de cuestión inconstitucionalidad	Acción indirecta o incidental de inconstitucionalidad dentro de proceso administrativo o judicial
Legitimación cuestión de inconstitucionalidad	<ul style="list-style-type: none"> • A petición de parte • De oficio autoridad judicial o administrativa

FUENTE: LINARES

TABLA 31: MODOS O VÍAS DE ACCESO POR ESTADOS

	Acción Abstracta Acción Popular	Acción Abstracta Acción Orgánica	Acción Sui Generis Persona que demuestre agravio legítimo	Cuestión de Inconst.	Modelo americano	Modelo Mixto Difuso Concentrado
Argentina					Sí	
Colombia	Sí	Sí				Sí
Guatemala	Sí	Sí				Sí
El Salvador	Sí	Sí				Sí
Nicaragua	Sí	No				Sí
Panamá	Sí	Sí		Sí		
Rep. Dominicana	Sí	Sí				
Venezuela	Sí					
Costa Rica	Sí	Sí	Sí	Sí		
Bolivia	No	Sí		Sí		Sí
Brasil	No	Sí				Sí
Chile	No	Sí		Sí		
Ecuador	No	Sí				Sí
México	No	Sí				Sí
Perú	No	Sí				Sí
Honduras			Sí	Sí		Sí
Paraguay			Sí	Sí		
Uruguay			Sí	Sí		

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: LINARES

El cuadro 29 identifica los modos de acceso adoptados por los Estados, que en su ejercicio soberano acuden a las fuentes de la doctrina, de la jurisprudencia para instituir constitucional o legalmente el control de constitucionalidad.

El modelo mixto, es el que interesa a esta investigación, ha sido instituido en Colombia; Guatemala; El Salvador; Nicaragua; Bolivia; Brasil; Ecuador; México y Honduras.

Bolivia y Honduras adoptan el modelo mixto, instituyendo simultáneamente el control difuso y cuestión de inconstitucionalidad. Lo que significa que Colombia; Guatemala; el Salvador; Nicaragua; Brasil; Ecuador; México optan por la prevalencia del control difuso encargado a los jueces y tribunales para inaplicar directamente una norma contraria a los principios, valores y derechos establecidos en la Constitución.

En consecuencia, Bolivia y Honduras adoptan: el control difuso de constitucionalidad como mandato constitucional, y la cuestión de inconstitucionalidad que en Bolivia correspondería de Recurso Incidental de Inconstitucionalidad o Acción de Inconstitucionalidad Concreta, el procedimiento de acceso al (RII / AIC) tiene efectos de neutralización a mejor dicho negación del control difuso, afirmación que sustentamos en el siguiente Capítulo.

Los siguientes cuadros y datos, revelan que el control de constitucionalidad, es una temática de estudio y constante revalidación, sobre todo si hay un compromiso con los derechos fundamentales y la democracia constitucional.

**TABLA 32: EFECTOS CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EEUU
FRECUENCIA DE DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES
POR ESTADOS**

Corte Suprema Estados Unidos

Año	Casos	Fondo	Porcentaje	Leyes declaradas inconstitucionales con antigüedad superior a 4 años	Leyes declaradas inconstitucionales con antigüedad menor a 4 años
1988	5657	170	3%	1	-
1989	5746	146	2,5	1	1
1990	6316	125	1,9	-	1
1991	6770	123	1,8	-	-
1992	7245	116	1,6	1	-
1993	7786	99	1,27	-	-
1994	8100	94	1,16	-	-
1995	7565	90	1,18	4	-
1996	7602	90	1,18	2	-
1997	7692	96	1,24	3	-
1998	8083	90	1,11	2	1
1999	8445	81	0,95	3	-
2000	8965	87	0,97	5	-
2001	9176	88	0,95	5	-

FUENTE: LINARES

El período correspondiente a los años 1988 a 2000, el número de casos ingresados ascienden a 105.148. En esos 11 años, son 37 las leyes declaradas inconstitucionales con una antigüedad mayor a cuatro años, en el mismo lapso las leyes declaradas inconstitucionales con una antigüedad menor a cuatro años sólo alcanzan a 3. De ahí que el maestro Linares pruebe su hipótesis, en sentido que hay mayor frecuencia de que leyes no contemporáneas sean declaradas inconstitucionales, respecto de las leyes contemporáneas.

**TABLA 33: EFECTOS CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
ARGENTINA**

Corte Suprema Argentina Período 1984-1998					
	Ley no contemporánea	Ley contemporánea	Total	Fallos que involucran ley provincial	Total
Casos ingresados	94	39	133	37	170
Fallos sin lugar	72	29	101	18	119
Fallos inconstitucionalidad	22	10	32	19	51

FUENTE: LINARES

En la Argentina, en el periodo de 1984 a 1998; ingresaron en catorce años 170 casos requiriendo la inconstitucionalidad de la Ley, la Corte Suprema Argentina declara la inconstitucionalidad de 22 leyes no contemporáneas. Mientras que la declaración de inconstitucionalidad de leyes contemporáneas asciende en el mismo periodo a 10 leyes.

TABLA 34: EFECTOS CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ESPAÑA

Tribunal Constitucional Español 1998-2004(tres meses de la publicación)			
	Planteadas ADI	Fallos de inconstitucionalidad no contemporáneas	Fallos inconstitucionalidad contemporáneas
1998	36	2	0
1999	23	6	0
2000	35	2	0
2001	26	2	0
2002	61	5	0
2003	36	3	0
2004	45	2	0
Total	262	22	0

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: LINARES

La tabla 34 hace referencia la Acción Directa de Inconstitucionalidad, la que pueden interponer autoridades. En España los datos consignados abarcan un lapso de siete años, en los que se presentaron 262 casos de control de constitucionalidad; de los cuales las leyes no contemporáneas declaradas inconstitucionales son 22 y no existe ninguna ley contemporánea declarada inconstitucional en ese periodo.

Consideramos que estos datos son importantes por dos motivos: 1) o en España las leyes cuentan con un grado de máxima legitimidad, es decir que las leyes recogen de forma ecuánime todas las posibilidades de concreción, y son elaboradas de forma tal, que obtienen adhesión general y por ende gozan de una legitimidad caso en el que habría que estudiar los factores de la cultura democrática, de los ciudadanos como de los legisladores. 2) o en España no existen jueces que hagan frente los abusos de poder contemporáneo.

TABLA 35: EFECTOS CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ESPAÑA

Tribunal Constitucional Español			
Cuestiones de inconstitucionalidad			
1998-2004			
	Sentencia sobre Leyes no contemporáneas	Declaran inconstitucionalidad Leyes no contemporáneas	Declaran inconstitucionalidad Leyes contemporáneas
1998	6	2	0
1999	2	1	0
2000	9	6	0
2002	3	1	0
2003	5	2	0
2004	13	5	0
Total	43	19	0

FUENTE: LINARES

En el mismo periodo de seis años, no existe un parámetros de los casos ingresados, sin embargo, la demostración es la misma, no existe ninguna ley

contemporánea declarada inconstitucional, sin embargo hay 19 disposiciones declaradas inconstitucionales que corresponden a leyes no contemporáneas.

TABLA 36: EFECTOS CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MÉXICO

México Acción Orgánica de legitimación restringida (30 días publicación) Período 1995-2004		
	ADI contra leyes contemporáneas	Sentencia de inconstitucionalidad
1995	1	0
1996	1	0
1997	5	0
1998	0	0
1999	1	0
2000	0	0
2001	1	0
2002	0	0
2003	5	2
2004	4	1
Total	18	3

FUENTE: LINARES

En México nos remitimos al análisis del profesor Linares y de la delimitación de su estudio. En Acciones Abstractas de Inconstitucionalidad de legitimación restringida, tienden a impugnar menos leyes contemporáneas que en acciones populares o de legitimación amplia. En esa línea:

“podemos observar que en México se impugnan a través de las ADI un promedio de 1,8 leyes contemporáneas, una *cifra minúscula* si la confrontamos con el caso del Brasil (10,5 leyes contemporáneas impugnadas por año). Este dato se explica cuando observamos que el plazo para impugnar las leyes aprobadas por el Congreso es formidablemente breve (30 días a partir de la publicación de la ley)... El otro dato destacable del caso mexicano es que, si bien *todos* los fallos dictados por la Suprema Corte –en el marco de las ADI-

involucran leyes contemporáneas, ésta parece haberse rehusado a declarar inconstitucionalidades”²⁶⁷.

TABLA 37: EFECTOS CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD BRASIL

Supremo Tribunal Federal del Brasil						
	St. Ley federal contemporánea	St. Inconstitucionalidad Ley contemporánea	Res. Suspenden efectos Ley contemporánea	St. Ley federal no contemporánea	St. Inconstitucionalidad Ley no contemporánea	Res. Suspenden efectos Ley no contemporánea
1989	3	1	-	-	-	-
1990	7	1	-	3	-	-
1991	17	2	1	5	-	-
1992	16	2	3	6	-	-
1993	24	4	1	2	-	-
1994	16	-	4	-	-	-
1995	8	-	-	2	1	-
1996	8	-	2	3	3	-
1997	10	-	4	1	-	-
1998	18	-	2	6	1	-
1999	7	-	3	8	1	2
2000	3	-	2	4	-	-
2001	1	-	-	3	1	-
2002	9	-	4	8	1	1
Total	147	10	26	51	8	3

FUENTE: LINARES

En el Brasil agrega en su sistema constitucional, la Resolución de suspensión de la Ley, por lo que los de 147 casos de leyes contemporáneas sometidas a control de constitucionalidad ante el Tribunal Supremo Federal, se puede decir que 36 conllevan inconstitucionalidad, 10 por declaración expresa de inconstitucionalidad y 26 por Resolución de inconstitucionalidad. Como expresa Linares, las leyes contemporáneas tienen mayor frecuencia de impugnación por inconstitucionalidad que las leyes no contemporáneas, cuya relación es 51 casos de leyes no contemporáneas se podría decir que 11 son declaradas inconstitucionales, 8 por inconstitucionalidad declarada y 3 con Resolución de suspensión de Ley.

En Bolivia la reforma constitucional 1993, tuvo como antesala seminarios, que se organizaron con el objeto de socializar las propuestas de las reformas

²⁶⁷ Linares. Ob. Cit. Pág. 189.

constitucionales y al mismo tiempo fue la oportunidad de recoger criterios para la implementación del Tribunal Constitucional. Tuve la oportunidad de participar, en el que organizó el Ministerio de Justicia y la fundación Konrad Adenauer. Se debatió ampliamente sobre los efectos de introducir plazo para la interposición tanto del Recurso Abstracto como del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad, el plazo propuesto, en el documento base de trabajo era de seis meses. Inclusión de plazo que generó larga discusión, en las conclusiones de mesa se estableció que el efecto de fijar plazo por lo menos en Bolivia ocasionaría efectos negativos y que el recurso de protección nacería muerto a la vida institucional, además se otorgaba a normas inconstitucionales no impugnadas, un solo destino de modificación: la derogación o abrogación por el Órgano o instancia que lo elaboró y en su caso petrificación de normas inconstitucionales por vencimiento de plazo para observar la norma.

Es la aplicación de la norma independientemente de su publicación - en un proceso administrativo o judicial, por lo menos en el caso del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad- la que apertura la oportunidad de exigir test de constitucionalidad. De lo contrario, con la fijación de plazo, los únicos procesos administrativos o judiciales privilegiados de acceder a control de constitucionalidad hubieran sido, aquellos que accionaron una causa o un proceso apenas publicada una nueva legislación.

Por lo que en Bolivia no se estableció plazo respecto de la publicación o en su caso vigencia como condición de interposición del Recurso /Acción de inconstitucionalidad concreta o de vía indirecta.

Respecto del caso boliviano, por la delimitación del tema de la tesis, se ha realizado el levantamiento desde la siguiente óptica: Si las leyes, decretos y resoluciones han sido declaradas inconstitucionales a través del Recurso Directo de Inconstitucionalidad (RDI) o si la inconstitucionalidad ha sido declarada por medio del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad (RII).

El periodo abarca de 1999 al 2007, no se ha podido extender hasta el 2011, debido a que los datos extraídos en agosto 2011 en la página web solo consignaban las normas declaradas inconstitucionales hasta el 200. Realizada una nueva validación de datos a agosto del 2012, constatamos que la página web del Tribunal Constitucional, en cuanto al listado de normas declaradas inconstitucionales, no se ha actualizado.

TABLA 38: SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA PERIODO 1999-2007

Tribunal Constitucional 1999-2007 Sentencias de Inconstitucionalidad		
36 Recurso Directo de Inconstitucionalidad (RDI)/ (AID)	44 Sentencias de Inconstitucionales que involucran Leyes.	8 Recurso Incidental de Inconstitucionalidad (RII) / (AIC)
64 Recurso Directo de Inconstitucionalidad (RDI)/ (AID)	89 Sentencias de Inconstitucionales que involucran Decretos, Resoluciones y Reglamentos.	25 Recurso de Inconstitucionalidad Concreto (RII) / (AIC)
100 Total de normas declaradas inconstitucionales por RDI	133 Total RDI + RIII	33 Total de normas declaradas inconstitucionales por RII

ELABORACIÓN PROPIA

En el periodo de 1999 al 2007 en el lapso de ocho años fueron declaradas 44 inconstitucionales que involucran leyes. Ahora bien, por el objeto de nuestro trabajo nos interesó identificar en qué proporción o relación estas inconstitucionalidades derivaron del Recurso Directo de Inconstitucionalidad o del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad. La relación es la siguiente: 36 de esas inconstitucionalidades que involucran leyes fueron activadas a través de RDI, cuya legitimación la ejercen autoridades como el Presidente, Diputados, Senadores y el Defensor del Pueblo. De la activación del RII, cuando la impugnación la hacen las partes, el juez o la autoridad pública dentro de un proceso judicial o administrativo, pidiendo control de constitucionalidad, fueron declaradas 8 inconstitucionalidades que involucran leyes. De lo que se obtiene una relación de 4 a 1, se puede deducir, que son cuatro veces menores las

posibilidades de obtener control de constitucionalidad en el Recurso Incidental de Inconstitucionalidad que el Recurso Directo de Inconstitucionalidad.

En esa misma relación, de las 89 sentencias de inconstitucionalidad que involucran Decretos, Resoluciones y Reglamentos, el Tribunal declaró en 64 oportunidades la Inconstitucionalidad a través del RDI por legitimación del Presidente, Diputados, Senadores y el Defensor del Pueblo. De la activación del RII, a instancia de parte, juez, autoridad pública dentro de procesos judiciales o administrativos se declaran 25 inconstitucionalidades que involucran Decretos, Resoluciones y Reglamentos. La proporción que se produce es de 3 a 1. De lo que se puede deducir que son tres veces menores las posibilidades de obtener control de constitucionalidad en el Recurso Incidental de Inconstitucionalidad que el Recurso Directo de Inconstitucionalidad.

Los argumentos que ha sostenido tanto el Tribunal Constitucional como la Comisión de Admisión, evitando fallar en el fondo del asunto cuando se ven involucrados decretos, resoluciones y reglamentos, son los siguientes: 1) la presunción de constitucionalidad de los decretos, resoluciones como verdad inamovible y absoluta. 2) el control de legalidad se lo debe interponer en el Recurso Contencioso Administrativo. 3) que el Tribunal Constitucional no realiza control de constitucionalidad de resoluciones administrativas únicamente realiza control de constitucionalidad sobre resoluciones de carácter normativo, y 4) la justificación de la inconstitucionalidad sobreviniente.

2. La repercusión de la legislación delegada, su necesidad y los límites

El Estado de Derecho, Hans Kelsen:

“ es un orden judicial y la Administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe del Estado situado en la cúspide del gobierno , siendo los

miembros del gobierno responsables de sus actos , los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos”

268

El papel de los jueces, en la modernidad ha superado la concepción tradicional, que considero el papel de los jueces como la boca que articulaba y pronunciaba las palabras de la ley, añadidos los decretos de la Asamblea Revolucionaria francesa que les prohibieron a los jueces interpretar las leyes. De esa concepción tradicional que duro más de dos siglos, hasta nuestros días la labor de los jueces se ha transformado profundamente, llegando a sostener que los jueces han asumido funciones en gran medida legislativas.

Cada vez son más los que se suman a la postura del profesor Mauro Cappelletti que sostiene que el papel de los jueces se ha ido acercando las funciones del legislador²⁶⁹ ello debido fundamentalmente a tres razones: al auge del Estado de bienestar, ha producido una serie de intervenciones , en la vida económica y social que ha requerido de los jueces mayor control sobre el gobierno, a la “revuelta del formalismo” que hace que los jueces acudan más a criterios de tipo sustancial o material en la resolución de los conflictos que a criterios puramente formales, lo que acrecienta la creatividad del juez ²⁷⁰ y finalmente el auge de los convenios internacionales de derechos humanos que han desembocado en un mayor activismo judicial, en la medida en que estos convenios contienen normas de tipo general que al hacerse judicialmente exigibles requieren de un mayor papel creador de parte de los jueces , ya que ellos deben dotar de contenido concreto a normas cada vez menos generales y menos abstractas.

²⁶⁸ Kelsen citado por Hoyos Arturo. *La Interpretación Constitucional*. Ed. Ibañez. Colombia. 2012. Pág. 35

²⁶⁹ Hoyos Arturo. *La Interpretación Constitucional*. Ed. Temis. Colombia 1998. Pág. 6

²⁷⁰ Idem

El estado de situación descrito estaría incompleto , sino se toma en cuenta que la actividad legisladora cada vez más amplia del gobierno y de la administración pública haya encontrado en la legislación delegada la vía adecuada para ampliar sus facultades y funciones en el área ya no colegislativa formal (al estar constitucionalmente habilitados en iniciativa legislativa, promulgación leyes y veto) sino en el ámbito sustancial de contenido. El crecimiento de las actividades reguladoras de la administración pública, ha provocado que sea está, la que con mayor frecuencia produzca derecho en la emisión cotidiana de miles de resoluciones normativas como de resoluciones administrativas en procesos administrativos concretos...

Tratadistas del derecho constitucional clásico que se oponían en principio a la delegación legislativa, remarcando que nadie puede delegar competencias que le han sido delegadas posición que va desde Locke, Esmein, Duguit , Hauriou hasta Carré del Malberg que critican la delegación legislativa en el sentido de que “ en el sistema francés de la soberanía nacional, el cuerpo legislativo no posee la propiedad de la potestad legislativa, sino que sólo posee el ejercicio de la misma en nombre y por cuenta de la Nación, que es la única soberana. Únicamente la Nación podría realizar semejante delegación por un acto del poder constituyente”²⁷¹.

Sin apartarse de este razonamiento, los autores contemporáneos, entienden que la delegación legislativa procede en tanto y cuanto no se transfiere el poder, vale decir las competencias, sino, como dice Bielsa “se encarga a una autoridad dictar normas que prosiguen la actividad legislativa dentro de una materia y de límites determinados”²⁷².

²⁷¹ Dermizaky Pablo. Derecho Constitucional. Ed Kipus. Novena edición. Cochabamba.2010. Pág 432

²⁷² Idem.

Acorde con este razonamiento, para justificar la legislación delegada es preciso establecer las diferencias entre atribuciones, facultades, funciones y actos. La atribución dice Luqui, es la parte del poder que se ha otorgado a un órgano del gobierno, la facultad es el medio jurídico que sirve para ejercer una atribución, la función es el conjunto de actos necesarios para concretar la facultad.

La atribución se posee, la facultad se la ejerce, la función se cumple y el acto se realiza. Se infiere que las atribuciones que la Constitución otorga a cada órgano del gobierno son indelegables, irrenunciables e indivisibles, como lo es la parte del poder que ellas expresan. Lo que se puede delegar son las facultades necesarias para el ejercicio de las atribuciones de naturaleza administrativa.²⁷³

La justificación de la naturaleza de la delegación legislativa en Europa y América ha cobrado carta constitucional como una forma de cooperación entre el Legislativo y el Ejecutivo, por el que este último es autorizado por aquél a legislar, en casos de urgencia, sobre materias de capital importancia nacional, de suerte que el poder administrador del (Ejecutivo) pueda afrontar sus responsabilidades oportunamente según requerimientos, respaldado por el Legislativo y sin usurpar funciones de éste.

García de Enterría, al analizar la delegación determina que se debe partir del principio de limitación de la “reserva legal” (materias reservadas a la Ley que contemplan dos principios: el de jerarquía normativa y el congelamiento del rango)

El principio de *contrarios actus* supone que una norma nueva, tenga por lo menos un rango normativo igual al de la norma o normas que se propone sustituir o innovar. “Regulada una determinada materia por ley, el rango normativo queda

²⁷³ Idem.

congelado y sólo una ley podrá intervenir posteriormente en ese ámbito material”

274

La delegación legislativa supone “o bien una renuncia por la propia ley a su supremacía, con la consiguiente llamada al Reglamento para que entre a innovar una regulación anterior formulada con rango de Ley; o bien una apertura al Reglamento de las materias inicialmente reservadas a la Ley, una extensión de la potestad reglamentaria más allá del ámbito ordinario” El mismo autor identifica las clases de legislación delegada:

1) Delegación recepticia el legislador asume necesidad de relleno normativo administrativo para ordenar o compilar legislación sobre una misma materia o materias relacionadas ya sea en textos refundidos o textos articulados según sea el caso.

2) Remisión Normativa la ley envía al reglamento su desarrollo. De ahí que muchas leyes fijen los alcances macros dejando al gobierno o en su caso a la administración pública el desarrollo del contenido procedimental.

3) Deslegalización adquiere esta denominación la operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por la Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración.

Agrega que una Ley de deslegalización opera como *contrarius actus* de la Ley anterior, pero no para innovar, sino para degradar formalmente el rango de la misma, de manera que pueda ser modificada ulteriormente por simples resoluciones o reglamentos.

²⁷⁴ Ibidem. Pág. 434

Un ejemplo ilustrativo de deslegalización es el Art. 79 de la Ley de Reforma Tributaria en España de 26 de Diciembre 1957 por el que se determina que: "Se autoriza asimismo al Gobierno para someter a imposición dentro de los impuestos sobre el lujo la adquisición o disfrute de bienes superfluos o que representen mero adorno, ostentación o regalo".²⁷⁵

Afirma García Enterría: La Ley de deslegalización no es propiamente una norma, sino que "manipula los rangos para abrir posibilidades a los Reglamentos de entrar en materia hasta entonces regulada por Ley".²⁷⁶

Ante esta situación de ingresar en procesos de deslegalización inminente, las Constituciones que adoptan la figura de legislación delegada han introducido contemplado requisitos constitucionales, establecidos las situaciones en que es válidamente reconocida la legislación delegada, por ejemplo: en casos de emergencia, cuando el Parlamento se encuentre en receso, identificando las materias específicas. La habilitación debe ser por ley expresa, no hay delegación general ni implícita, debe contemplar determinación del tiempo de vigencia, prohibición de establecerla sobre leyes orgánicas relativas a los poderes públicos y sobre derechos y libertades fundamentales, obligación del Gobierno a presentar decretos legislativos para que sean ratificados, el Legislativo no puede modificar legislación delegada mientras dure su vigencia.

Por su parte el profesor Nuñez en referencia a la legislación delegada dice:

El Estado Constitucional apunta más a la eficacia real de los derechos fundamentales que a su mera consagración formal, de modo que defiende la intervención pública, a través de las instituciones políticas como el Gobierno y la Administración para tratar de lograr una concreción material de valores superiores. Y es precisamente en la lucha por conseguir esos fines, que encuentra el Estado Constitucional su sentido. (...) La reticencia que esta capacidad de

²⁷⁵ Ibidem. Pág. 435

²⁷⁶ Idem.

legislar del Gobierno se debió a la experiencia vivida durante el período entre guerras signada por gobiernos autoritarios.²⁷⁷

Las peculiaridades establecidas en la legislación o en las constituciones comparativamente son:

**TABLA 39: MATERIAS HABILITADAS LEGISLACIÓN DELEGADA
DERECHO COMPARADO**

Constitución	Materias habilitadas
Estados Unidos Art. I, Sección 8 numeral 18	Esquema de (standard) potestad reglamentaria y discrecional de la administración.
Francia Art. 38 -37	El gobierno podrá, para la ejecución de su programa., vía ordenanza, medidas normalmente pertenecientes al dominio de la ley.
España Art. 85-86	Para articulación de textos o refundir textos en uno solo Y decretos- ley en caso de urgencia y necesidad.
Portugal Art. 165	Leyes de autorización legislativa deben definir el objeto, sentido, extensión.
Argentina Art. 76	Materias determinadas de administración y de emergencia pública.
Brasil Art. 62	En caso de relevancia y urgencia.
Chile Art. 61	El presidente podrá solicitar al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley.
México Art. 131	Para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, para prohibir importaciones, exportaciones y el tránsito de productos , artículos y efectos cuando lo estime urgente
Nicaragua	Cuando la Asamblea este en receso, conforme con el Decreto Anual de Delegación de funciones Legislativas.
Perú Art. 104- 118	Sobre materia específica ley autoritativa materia económica , financiera.

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: DERMIZAKY

En el Reino Unido la delegación alcanza a las autoridades locales, tribunales de justicia, en el caso del gabinete la delegación es tan amplia que incluye: delegación de poderes para legislar en materias de principio, para imposición tributarias y para reformar leyes del Parlamento e incluso para

²⁷⁷ Nuñez Torres. Ob.Cit.Pág 34.

reformular la ley de delegación conocida como (cláusula de Enrique VIII). Lo que puede degenerar en una sustitución de las funciones del Parlamento.²⁷⁸

TABLA 40: MATERIAS RESTRINGIDAS - LEGISLACIÓN DELEGADA

	Prohibición leyes orgánicas , derechos y libertades
Reino Unido	Competencias en el ámbito judicial.
Estados Unidos Art. I, Sección 8 numeral 18	XXX
Francia Art. 38 -37	Art. 34 Nacionalidad, tipificación de los delitos, , impuestos, moneda, finanzas, defensa nacional, educación, propiedad, derecho laboral
España Art. 85-86	Art. 81 Derechos fundamentales y libertades públicas, aprobación estatutos autonómicos, régimen electoral Art. 83 Las leyes de bases no pueden autorizar -Subdelegación - Modificación de la ley de bases. - Facultad para dictar normas con carácter retroactivo.
Portugal Art. 165	XXX
Argentina Art. 76	Art. 99 inc. (3) materia penal, tributaria, electoral, régimen de partidos.
Brasil Art. 62	Art. 68 Nacionalidad, ciudadanía , derechos individuales, políticos y electorales
Chile Art. 61	Nacionalidad, ciudadanía, elecciones no plebiscito, leyes orgánicas. Organización, atribuciones y régimen de los funcionarios poder judicial, Congreso Nacional, Tribunal Constitucional ni Contraloría.
México Art. 131	XXX
Nicaragua	Art. 138(6) Constitución - Códigos de la República.
Perú Art. 104- 118	XXX

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: DERMIZAKY

²⁷⁸ Dermizaky. Ob. Cit Pág 437.

TABLA 41: LEGISLACIÓN DELEGADA Y DETERMINACIÓN DE PLAZO

	Determinación de Plazo
Reino Unido	Tan pronto sea posible (deposito sobre la mesa)
Estados Unidos Art. I, Sección 8 numeral 18	XXX
Francia Art. 38 -37	Determinado en la ley de habilitación.
España Art. 85-86	Determinado en la ley de habilitación 30 días desde su promulgación.
Portugal Art. 165	Determinado en la ley de habilitación y puede ser prorrogada.
Argentina Art. 76	Plazo fijado dentro las bases de la delegación.
Brasil Art. 62	Las medidas provisionales perderán su eficacia sino no son convertidas en ley en el plazo de 30 días
Chile Art. 61	Un año
México Art. 131	En el presupuesto fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.
Nicaragua	Recesos legislativos
Perú Art. 104- 118	Determinado en la ley de habilitación

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: DERMIZAKY

TABLA 42: RATIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DELEGADA

	Ratificación
Reino Unido	Legislativa
Estados Unidos Art. I, Sección 8 numeral 18	Veto de las cámaras La judicatura no admite más ámbito que el veto a las cámaras
Francia Art. 38 -37	Parlamento
España Art. 85-86	Congreso de Diputados
Portugal Art. 165	Caducan con la dimisión del gobierno, al expirar la legislatura o disolverse la Asamblea En materia fiscal el término del ejercicio económico
Argentina Art. 76	
Brasil Art. 62	
Chile Art. 61	Contraloría General de la República
México Art. 131	Congreso de la Unión.
Nicaragua	
Perú Art. 104- 118	Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.
Perú Art. 104- 118	Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: DERMIZAKY

**TABLA 43: LEGISLACION DELEGADA EN LOS ESTADOS
DEMOCRÁTICOS DE DERECHO**

	Materias habilitadas	Prohibición leyes orgánicas, derechos y libertades	Determinación de Plazo	Ratificación
Reino Unido	Contempla	No Contempla	Contempla	Contempla
Estados Unidos Art. I, Sección 8 numeral 18	Contempla	No Contempla	No Contempla	Contempla
Francia Art. 38 -37	Contempla	Contempla	Contempla	Contempla
España Art. 85-86	Contempla	Contempla	Contempla	Contempla
Portugal Art. 165	Contempla	No Contempla	Contempla	Contempla
Argentina Art. 76	Contempla	Contempla	No Contempla	No Contempla
Brasil Art. 62	Contempla	Contempla	Contempla	No Contempla
Chile Art. 61	Contempla	Contempla	Contempla	Contempla
México Art. 131	Contempla	No Contempla	Contempla	Contempla
Nicaragua	Contempla	Contempla	Contempla	No Contempla
Perú Art. 104- 118	Contempla	No Contempla	Contempla	Contempla

ELABORACIÓN PROPIA

FUENTE: DERMIZAKY

Respecto a esta temática la situación de Bolivia es muy peculiar podría sostenerse que el texto constitucional prevé una forma de delegación legislativa en el Art. 158 (11) que establece las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional y a la letra dice: “Aprobar el Presupuesto General del Estado presentado por el Órgano Ejecutivo. Recibido el proyecto de ley, éste deberá ser considerado en la Asamblea Legislativa Plurinacional dentro del término de

sesenta días. En caso de no ser aprobado en este plazo, el proyecto se dará por Aprobado.”

Por su parte el Art. 339 parágrafo (I) determina:

“Presidente de la República podrá decretar pagos no autorizados por la ley del presupuesto, únicamente para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de conmoción interna o del agotamiento de recursos destinados a mantener servicios cuya paralización causaría graves daños. Los gastos destinados a estos fines no excederán del uno por ciento del total de egresos autorizados por el Presupuesto General”.

Si bien estas facultades y funciones encuadran dentro la doctrina de delegación legislativa, evidencian la ausencia de prohibiciones, de plazo y procedimiento de ratificación. Sin lugar a dudas el texto constitucional refrendado realiza degradaciones constitucionales que podrán en vilo los derechos fundamentales.

Entendidas como degradaciones constitucionales a aquellas estipulaciones en las que el propio texto constitucional deriva a la ley el desarrollo quedando cercenados los derechos, principios y garantías fundamentales en favor de las futuras composiciones político partidarias de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

La previsión, en la que se refleja esta degradación constitucional está contenida en el Art. 117 parágrafo (III) que dispone: “**No** se impondrá sanción privativa de libertad por deudas u obligaciones patrimoniales, excepto en los casos establecidos por la Ley”.

El texto constitucional renuncia su propia jerarquía normativa, delegando a la Ley la posibilidad de determinar en qué casos de deudas patrimoniales se impondría la sanción de privación de libertad por deudas.

El constitucionalismo boliviano recogió en las anteriores Constituciones el principio de la prohibición de prisión por deudas patrimoniales sean que estas deriven de la responsabilidad, del daño, del perjuicio de contratos civiles, comerciales, administrativos, laborales o de la propia responsabilidad civil emergente de materia penal. Hoy por hoy el texto constitucional refrendado ha atribuido a la ley, en otras palabras deja en manos del Legislativo la posibilidad de establecer en la Ley el restituir la prisión por deudas patrimoniales.

3. Los poderes implícitos de la Administración Pública y la presunción de inconstitucionalidad.

García Pelayo y Alberto Bianchi²⁷⁹ justifican la delegación legislativa en la doctrina de poderes implícitos que deriva del Artículo I, Sección 8 numeral 18 de la Constitución de Estados Unidos. Dicho artículo enumera las atribuciones del Congreso, y su último numeral le autoriza “expedir todas las leyes que sean necesarias y apropiadas para la ejecución de las atribuciones antes mencionadas, y de otros poderes atribuidos por esta Constitución al gobierno de la Estados Unidos o a cualquiera de sus departamento u oficinas”.

A partir de este mandato , la doctrina de los “ poderes implícitos ” fue iniciada por la Corte Suprema americana en el caso *McCulloch vs Maryland* (1819) en el que John Marshall adujo que “ la naturaleza del ordenamiento constitucional...requiere que sean sólo señalados sus grandes rasgos (...) Una vez otorgado el poder, está en el interés de la Nación facilitar su ejecución. Nunca puede ser su interés y no se puede presumir que haya sido su intención

²⁷⁹ Citados por Dermizaky Ob. Cit. Pág.432.

dificultar su ejecución rehusando los medios apropiados (...) Si el fin es legítimo, si está dentro del alcance de la Constitución, entonces todos los medios que son apropiados, que son simplemente adoptados para ese fin, que no están prohibidos, sino que están de acuerdo con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales”²⁸⁰.

En virtud de los poderes implícitos el Congreso, éste no se despoja de sus competencias ni transfiere sus atribuciones, sino delega facultades para la ejecución de determinadas funciones en ámbitos diferentes al suyo, cuando es indispensable para la buena marcha del gobierno.

Varias Constituciones latinoamericanas contemplan casi similar habilitación a la estadounidense: la de Argentina (75-32), la de Venezuela (187-24), la de Nicaragua (138-22), la de México (72-XXX), la de Perú (102-10), la de Ecuador (130-17), la de Paraguay (202-22)

Según Enrique Bernales ²⁸¹ en los años ochenta en la Argentina “el Ejecutivo se comportó como un ente legislativo, con igual o mayor capacidad de producción que el Parlamento(...) Quince leyes autoritativas al Ejecutivo, al amparo de las cuales se dictaron 158 decretos legislativo(...) al amparo de la Ley 25327 el Ejecutivo expidió 126 decretos legislativos, muchos de los cuales se salieron del marco para el que estaban diseñados”

La inflación normativa, resultado del elevado crecimiento de las necesidades de la sociedad además de factores: como el tecnológico, ambiental, empresarial, de propiedad intelectual y el mismo pluralismo cultural han contribuido a que la Administración Pública y el Órgano Ejecutivo se dé la mayor creación jurídica y aplicación del derecho en general. De ahí la urgencia

²⁸⁰ Idem.

²⁸¹ Dermizaky Pág 447

de verificar el tipo de control de constitucionalidad sobre la actividad de la administración pública y del ejercicio legítimo de la delegación legislativa.

La deslegalización, la desconstitucionalización restituyen focos de incertidumbre y de inseguridad jurídica, que creíamos zanjadas por el constitucionalismo. En el constitucionalismo clásico o liberal, la dignidad, los derechos y libertades inherentes al ser humano son su sentido último. La Constitución fue inventada con el objeto de garantizarlos y de protegerlos del poder, y por ello tienen un valor absoluto, en el sentido que no se fundamentan en ninguna ley, convención ni constitución²⁸² Por ello no deben ser derogados, y su reconocimiento por el derecho positivo o por la opinión dominante no les “quita ni añade nada intrínseco”. Lo que no significa que los derechos sean ilimitados, pues como señala Pereira “tal cosa no sería natural ni posible, ni fue esa la intención de los iniciadores del constitucionalismo, ni sería compatible con el sentido común”²⁸³

Que los derechos tengan un contenido y límites no significa que en la realidad no se presenten dudas sobre el alcance o contenido del Derecho. En la práctica ello implica necesariamente una labor posterior de delimitación, fijación de hitos, de plasmar en terreno lo que dice la norma. Esto implica que los derechos y libertades exigen una labor delimitadora de parte de los poderes públicos, que entre otras cosas conlleva la necesidad de una regulación y reglamentación normativa por parte del legislador.

Dicha actuación debe ser razonable, al respecto Nogueira nos recuerda “toda limitación autorizada por la Carta Fundamental que realice el legislador de

²⁸² José Ignacio Martínez-Francisco Zuñiga Urbina *Principio de razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales, Año 9 N°1. 2011 ISSN 0718-019, pp 199-226* Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000100007&script=sci_arttext

²⁸³ Ídem.

los derechos fundamentales, además de la necesidad de que esté expresamente autorizada por la Carta Fundamental, deber ser justificada.²⁸⁴ Entonces estamos ante dos exigencias, una formal y otra material.

La exigencia formal establece que la regulación o reglamentación provenga de los órganos competentes y que se ajuste a las formalidades y procedimientos contemplados. La doctrina, las declaraciones internacionales y la mayoría de las Constituciones determinan que la regulación, complementación o en su caso, limitación del ejercicio de los derechos compete sólo al legislador, en los casos que la propia Constitución así los dispone: principio de legalidad o de reserva legal.

La exigencia material determina que los objetivos de la norma y los medios empleados en ésta sean acordes a la Constitución y respondan a cierta “racionalidad” en la versión americana y “proporcionalidad” en la versión europea.

El control de constitucionalidad de la ley, implica necesariamente un juicio de razonabilidad, al que como apunta Haro, esta última “ha venido a constituirse en un sinónimo de constitucionalidad, pues como dice Germán Bidart Campos, lo razonable es ajustado a la Constitución, no tanto a la letra como a su espíritu y lo irrazonable es lo que conculca la Constitución, lo inconstitucional”²⁸⁵

Por lo señalado es esencial controlar que el ejercicio de las competencias de regulación, complementación o limitación de los derechos se haga respetando los límites materiales de éstos. Como señalo Hamilton en El Federalista, es función primordial de los jueces velar porque el legislador actúe de acuerdo a “los límites asignados a su autoridad”. Ello importa que si hay incompatibilidad

²⁸⁴ Ídem.

²⁸⁵ Idem..

entre los actos “de una autoridad superior y otra subordinada, de un poder original y otro derivado” debe preferirse el primero respecto del segundo”.²⁸⁶

Este control apunta no sólo a verificar que las actuaciones de los poderes públicos se ajusten formalmente a la Constitución, sino que además, a determinar si existe o no correspondencia entre el ejercicio de la potestad normativa y el fin perseguido por ésta. Esa correspondencia involucra, de una parte, que el acto normativo sea efectivamente la vía idónea para conseguir el fin, y, de otra, que las regulaciones, complementaciones o, en su caso limitaciones al ejercicio de los derechos sean, razonables. Ello implicará verificar que exista una proporcionalidad entre la medida normativa y el fin perseguido a través de ésta. Si esto se cumple la norma estará conforme a la Constitución, lo que ha pasado a transformarse en un auténtico principio constitucional: principio de razonabilidad (como se lo conoce en el mundo anglosajón) o de proporcionalidad (como se lo conoce en Alemania y Europa continental).

Como señala Sapag, el origen del principio de razonabilidad se encuentra en el derecho anglosajón, y se vincula al denominado *due process of Law*, que funda sus raíces en documentos medievales como la Carta Magna de 1215, la concepción original del debido proceso implica la idea de que para que los actos de los poderes públicos sean válidos, deben observarse ciertas reglas y procedimientos.

La jurisprudencia norteamericana desde finales del siglo XIX interpretó el debido proceso como un principio de carácter más bien procesal o adjetivo, en 1791 la Enmienda V de la Constitución de Estados Unidos había incorporado de manera expresa el principio del *due process*, al señalar que “nadie estará obligado a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido procedimiento jurídico”²⁸⁷

²⁸⁶ Idem.

²⁸⁷ Idem

En 1868 se introdujo la Enmienda XIV que ratificando la idea del debido proceso, amplía su ámbito de aplicación al señalar que “ningún Estado podrá dictar o poner en vigor ley alguna que menoscabe los derechos e inmunidad de los ciudadanos de los Estados Unidos; y ningún Estado podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad, o la hacienda, sin el debido procedimiento jurídico; ni podrá negar a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes”

Entre 1886 y 1905, a partir de las cláusulas sobre *due process*, la Corte Suprema norteamericana elaboró una doctrina acerca de la razonabilidad de los actos regulatorios del Estado, según la cual:

1.- La potestad regulatoria de un servicio público no es ilimitada. Más precisamente, mediante ella no se puede encubrir una confiscación, a menos que exista una justa compensación o un debido proceso.

2.- Al ejercerse la potestad regulatoria del Estado, las normas que sean consecuencia de ellas deben guardar relación sustancial con los objetivos de la regulación.

3.- Al ejercer la potestad regulatoria del Estado, estas normas que sean consecuencia de ellas no pueden invadir de manera evidente los derechos y libertades.

En 1937 la jurisprudencia americana comienza a efectuar una distinción a efectos de realizar el control de constitucionalidad de la actividad regulatoria por parte del Estado, en virtud de esta distinción el control de la Corte se realizará o bien analizando que la medida adoptada es razonable desde el punto de vista del debido procedimiento, o desde el punto de vista del principio de igualdad.

La Corte elaboró algunos test a fin de objetivar (Sic) al máximo el control de constitucionalidad basado en el Enmienda XIV. Los tests son: *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* by *rational basis review*²⁸⁸.

1.- El *strict scrutiny* parte de la de inconstitucionalidad de la regulación de un derecho o libertad considerada “preferida”. Se entiende por tales aquellos “derechos que no sólo exigen la más alta protección estatal, sino que también resisten la más mínima de las intromisiones de regulación”, como sería el caso de la libertad, de información, libertad religiosa, el derecho de privacidad. En este caso el Estado debe probar que la finalidad de la regulación es la promoción de un interés estatal imperioso y que ella es acorde con a la consecución de éste.

2.- El *intermediate scrutiny* se aplica a la regulaciones de aquellos derechos que no son preferidos, sino importantes. En este caso, la Corte también presume la inconstitucionalidad de la regulación, y el Estado debe probar que la regulación apunta a un objetivo gubernamental importante, debiendo existir una adecuación entre los medios y los fines.

3.- La *rational basis review* la regulación se presume constitucional. Este test es el que la Corte aplica preferentemente respecto del debido proceso.

Capitulo IV: Control de Constitucionalidad

I. La supremacía constitucional y control de constitucionalidad

Los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del “derecho positivo” con la que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en

²⁸⁸ Idem.

otro sitio (...) en lo que no aparece expreso. Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia. La idea es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la “cosa” misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña.²⁸⁹

De la visión general se obtiene una idea del Derecho que parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas. Se pone en cuestión lo que hay detrás de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado y que ya no encuentran justificación en el presente. En pensamiento de Zagrebelsky conlleva las transformaciones de: soberanía de la Constitución, separación de los derechos respecto de la ley, dos horizontes de los derechos: libertad y justicia, separación de la justicia respecto de la ley, la convivencia por principios, el carácter práctico la interpretación.

“Para darse cuenta de esta transformación, ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir; más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La ‘política constitucional’ mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de las misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva”²⁹⁰

La teoría decimonónica de los derechos públicos subjetivos se limitó a cuestionar el extremo que frente a la autoridad del Estado no podían existir más que posiciones de sujeción, el Estado de ser algo al margen de la ley como era concebido en el absolutismo monárquico se situaba dentro o sometido a la ley. Concepción que fue un avance pero sólo válido al Estado administración pública y

²⁸⁹ Zagrebelsky. Derecho Ductil .Pág 9

²⁹⁰ Ibidem. Pág. 14

no como Estado- legislador. Desde el Estado-ordenamiento los derechos no podían concebirse como limitación al mismo, sino sólo como autolimitación y como una concesión.²⁹¹

Los distintos derechos se reducían a una aplicación de caso por caso de aquel principio general formal según el cual los órganos de la administración, sólo podían intervenir en la libertad y en la propiedad de los particulares sobre la base y dentro de los límites establecidos por Ley. Los derechos no consistían en una sustancia, sino en una simple forma jurídica. La garantía de los derechos se reducía a la reserva de ley. El siglo XIX no ha sido el siglo de los derechos individuales inviolables o “fundamentales” es decir previos a la autoridad pública, como acaso lo fuera, en cambio, el siglo XVIII con su impronta iusnaturalista. Y no podía serlo porque era, por el contrario, el siglo de la fuerza del Estado o el Estado-fuerza. Aunque la ideología liberal postulase el Estado limitado o Estado mínimo frente a la libertad de la sociedad civil, estos postulados no tenían - desde el punto de vista constitucional- un alcance básico o fundamentador y, por ello las teorías del derecho se veían imposibilitadas para encontrar una fórmula general que sirviese para dar cuerpo a esta aspiración de un principio jurídico previo, y por consiguiente vinculante, a la fuerza del Estado²⁹² De ahí que, en presencia del dogma de la omnipotencia del Estado y, particularmente de la ley, no fuese pensable en modo alguno una verdadera teoría de los derechos como atributo propio y originario de los particulares.

En este escollo naufragaron todos los esfuerzos, incluido el de la teoría de los derechos públicos subjetivos que en la teoría hobbesiana del Estado *lex* mandato autoritario al que se someten todos los súbditos es decir al derecho ex parte principis, *denominándose* ius a la libertad reconocida por la ley a favor de los particulares al derecho *ex parte civium* distinción que no solo fue conceptual.

²⁹¹ Zagrebelsky.Pág.48

²⁹² Zagrebelsky.Ob.Cit. Pág.49-51

Incluso la proclamación de determinados derechos en las cartas constitucionales sólo operaba jurídicamente como simple directiva no vinculante.

Una de las grandes tareas de las Constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador que expresa los intereses, las intenciones, los programas de los grupos políticos mayoritarios, y la de los derechos inviolables, directamente atribuidos por la Constitución como patrimonio jurídico de sus titulares independientemente de la ley.

La concepción de los derechos como simple pretensión de que las relaciones jurídicas, incluidas las que tienen lugar entre los individuos y el Estado se desarrollasen por lo establecido en la ley, también fue válida para la justificación de los totalitarismos donde el Estado total tuvo la capacidad de extender su control sobre la sociedad hasta donde fuese conveniente para lograr sus fines. El Estado totalitario se lo concibió como la reafirmación del principio estatalista del derecho y de los derechos frente al exagerado egoísmo y a la ausencia de un concepto de justicia. Si bien se discutía la utilización de la alocución de Estado de Derecho, no afectó al hecho de que se siguiera utilizando la categoría de derechos públicos subjetivos.

La distinción entre ley y derechos se convierte en el moderno constitucionalismo en un principio jurídico operativo. Mediante esta separación de la ley y los derechos el derecho constitucional europeo continental se diferencia tanto de la tradición de los derechos de la declaración francesa estatalista, objetivista y legislativa, como de la tradición americana preestatalista, subjetivista y jurisdiccional.

1. Tradición Francesa: los derechos Código.

La práctica en esta tradición no fue el sometimiento de la ley al control de los derechos sino, que al contrario se produjo el control de legalidad de los derechos, cuya verdadera Constitución jurídicamente operante no fue la declaración de los derechos del hombre y ciudadano sino el Código Civil, se comprende por ello que en Francia, y en los países que se remiten a los desarrollados constitucionales franceses, se haya atribuido a los jueces la posición de “servicio pasivo” a la ley. Importa observar cómo se inserta el control del Tribunal de Casación sobre la legitimidad de las decisiones de las jurisdicciones de instancia. El *recours en cassation* para la anulación de sentencias operaba como tutela no de los derechos, sino de la ley a objeto de impedir su interpretación y asegurar la prevalencia de la voluntad del legislador sobre la de los jueces.²⁹³

En el espíritu de la Revolución francesa, la proclamación de los derechos servía para fundamentar la nueva concepción poder estatal, determinando sus condiciones de legitimidad sobre la base de una orientación liberal. La idea – o mejor, la ideología- de la codificación, esto es, la idea de la fundamentación *ex Novo* de todo el derecho en un único sistema positivo de normas precisas y completas, condicionado solamente por la coherencia con sus principios inspiradores y el hecho de lo que hoy denominamos Derecho Administrativo no se incluyese en el Código civil de Napoleón se debe a la recuperación que hubo en este sector de principios de autoridad originarios del *ancien Régime* se produjo así lo que puede aparecer una paradoja : en el país cuya principal contribución viene representada sin duda alguna por los derechos humanos, lo que se afianzó no fue la posición central de los derechos, sino lo que se ha denominado el *légitimisme* el control de legalidad de los derechos. Añade el profesor Zagrebelsky

²⁹³ Zagrebelsky. Pág. 52 -53

- Los derechos no consistían en una sustancia, sino en una simple forma jurídica. La garantía de los derechos se reducía a la reserva de ley
- las teorías del derecho se veían imposibilitadas para encontrar una fórmula general que sirviese para dar cuerpo a esta aspiración de un principio jurídico previo, y por consiguiente vinculante, a la fuerza del Estado
- De ahí que, en presencia del dogma de la omnipotencia del Estado y, particularmente de la ley, no fuese pensable en modo alguno una verdadera teoría de los derechos como atributo propio y originario de los particulares
- Control de legalidad de derechos el *recours en cassation* para la anulación de sentencias operaba como tutela no de los derechos, sino de la ley a objeto de impedir su interpretación judicial y asegurar la prevalencia de la voluntad del legislador sobre la de los jueces.

2. Tradición Americana: la primacía de los derechos.

La concepción preestatalista, subjetiva y jurisdiccional reconoce a los individuos un “patrimonio de derechos” originario, independiente a la ley. Se producía así una revolución copernicana afirma Zagrebelsky, en el modo de entender las relaciones entre el Estado y los individuos.

La fundamentación del Estado sobre los derechos de los individuos como había hecho hasta entonces toda la tradición del derecho público europeo, la propia revolución francesa no había abandonado dicha tradición, sólo sustituyó el mandato monárquico por el mandato de la ley.

La característica principal de las declaraciones americanas es la fundamentación de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho que pueda establecer el legislador. Los derechos eran un patrimonio subjetivo

existente por sí mismo que debía mantenerse inalterable y protegido de todas las posibles amenazas, externas provenientes del parlamento inglés, y de las amenazas internas que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente.²⁹⁴

Los derechos, por cuanto patrimonio subjetivo independiente, constituían a los individuos en sujetos activos originarios y soberanos y de este modo hacían posible el acto de delegación constitucional, fundando el government y, en él, el poder legislativo.

A diferencia de las concepciones europeas, el Poder Legislativo es visto como una fuerza originaria que emana del soberano (rey, nación, asamblea) para la concepción americana, en cambio, la legislación no está animada por una fuerza originaria, habilitada para querer en nombre propio, sino que es concebida como poder derivado, esto es delegado.

Bajo este fundamento la proclamación constitucional de los derechos se lo aprecia como algo superfluo, contradictorio y contraproducente sosteniendo que si el principio fundamental sobre el que la Constitución se asienta es la preexistencia de los derechos, su enunciación pierde significado y podría haber llegado a tener importancia no por la garantía de los mismos, sino, al contrario porque a través de distintas cláusulas podría haber dejado entrever la autorización de introducir límites (Hamilton) La concepción individualista de los derechos como patrimonio natural conducía a desconfiar de las asambleas omnipotentes, en las que se diluyen las conciencias individuales. *La balanced constitution* era el instrumento para frenar la natural ambición personal de los legisladores y crear un sistema de gobierno republicano, favorable para el mantenimiento de los derechos mediante un sistema de *checks and balances*, arraigados en la soberanía popular (*Gorrius Revolution*²⁹⁵).

²⁹⁴ Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 54

²⁹⁵ Ibidem. Pág. 56

La *Common Law* suponía para los americanos una sociedad antigua, tradicionalista no racionalista, clasista no igualitaria, no obstante también se le reconocía una exigencia antigua que anteponía los derechos a la ley.

La paradójica situación de Inglaterra en aquella época en la que se concebía a la ley como la voluntad de la que dependían incluso los Tribunales de justicia, pero donde no obstante, los jueces eran considerados guardianes del derecho no producido por la voluntad exclusiva por la voluntad positiva de la ley, sino en nombre de las libertades inglesas. Como límite a la omnipotencia desordenada e irracional del legislador estaban los principios del *Common Law*, la ley de la razón, la equidad (*rule of law*) *La equity* del Art III sección 2 de la Constitución Americana puede ser vista como el equivalente del *Common Law*.

El Poder Judicial en Norteamérica encontraba su base en aquello que le faltó a Inglaterra una *higher law*, la Constitución, en la que los derechos se conciben como realidad presupuesta para el derecho legislativo. Acudiendo a este inagotable thesaurus, los jueces pueden continuamente pertrecharse de argumentos constitucionales que no pueden ser contradichos por un legislador cuya autoridad está subordinada a los derechos.

- Supremacía constitucional
- Soberanía de los derechos
- Órgano judicial encargado de la judicial review

II. Ambivalencia de la concepción constitucional europea.

La concepción constitucional europea de los derechos, se sitúa entre las dos vertientes o concepciones la francesa estatalista, objetivista y legislativa y la americana preestatalista, subjetivista y jurisdiccional.

La ley y los derechos tienen su propia dignidad constitucional. Se separa de la tradición francesa estatal, legislativa sin fundirse con la tradición

preestalista y jurisdiccional americana, estableciendo un fundamento autónomo propio de función “política” propia vinculada a fines independientes de los derechos.

Otorgando a los derechos valor jurídico positivo con la Constitución que instituye también al Poder Legislativo esta doble e independiente fundamentación constitucional de los derechos y la ley supone dotar a la dinámica espontánea de la sociedad de una fuerza reguladora desde arriba, propiamente estatal, que entra en concurrencia con los derechos. Naturalmente, en caso de conflicto prevalecen los derechos.

En Europa la concepción de Estado se manifiesta a través de la ley, como sujeto dotado de poderes propios animada por intereses públicos que no son traducción legislativa de derechos individuales, las Constituciones contienen normas programáticas, la persecución de estos objetivos incluso viene impuesta constitucionalmente.²⁹⁶

En la actual época de la democracia, el Estado –legislador, es expresión de un orden de derechos, los derechos políticos, intrínsecamente diferentes de los que orientan a la persecución de intereses individuales. Estos derechos sirven para mover a la participación de los ciudadanos en la común determinación de la dirección política de la vida colectiva, y no son simplemente expresión de derechos en la dimensión individual.

Es verdad que hoy ya no sería posible una fundamentación de la relación política sobre la base de un Estado que exija a los particulares obediencia incondicionada y asimismo cierto que dicha fundamentación debe desarrollarse desde abajo, a partir de los individuos que prometen obediencia a cambio de la seguridad de sus derechos.

²⁹⁶ Zagrebelsky. Pág. 59

Al reconocimiento de derechos como patrimonio subjetivo individual, con la consiguiente importancia de la labor de los jueces en la actualización de dicho patrimonio, se suma el reconocimiento de la ley como instrumento de proyectos políticos y jurídicos objetivos.

En Europa se mantiene, la *suma divisio* entre lo que es propiamente político y lo que es propiamente individual sin que deba subordinarse una a la otra. Ni la vertiente francesa donde prevalece el aspecto de la ley como instrumento de afirmación de derechos ni la estadounidense donde prevalecen los derechos individuales en sentido de que la ley no puede ser distinta a lo que dicen los derechos.

Lo que ha derivado en una solución de equilibrio: la coexistencia de dos vertientes la subjetiva exenta de incursiones de la política y la vertiente objetiva en que las decisiones políticas tienen que desempeñar legítimamente su papel.,

Consecuencia de estas concepciones sobre los derechos y la ley es fundamental distinguir las características peculiares sobre el control de constitucionalidad.

1. Control de constitucionalidad de derecho objetivo: Francia

Francia mantuvo durante mucho tiempo el dogma de la omnipotencia de la asamblea parlamentaria y de la ley y por las que el “gobierno de los jueces”, se considera la peor de las aberraciones constitucionales²⁹⁷

El control de constitucionalidad se ha desarrollado recientemente en el Estado francés y como instrumento de tutela objetiva de la Constitución, más que como garantía de derechos. La tutela de los derechos aparece como

²⁹⁷ Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág 61

consecuencia de la conformidad de la ley con la Constitución, se desarrolla como confrontación de textos normativos, con independencia de su aplicación puntual a casos concretos.

En el control de constitucionalidad previo o a priori adoptado en Francia sigue prevaleciendo la idea de un derecho de una sola vertiente, un derecho como legislación (ordinaria o constitucional) sin posibilidad de introducir un recurso judicial ante el *Conseil Constitutionnel* priva de un juicio contradictorio en la que se presente las razones de los titulares de los derechos frente a los señores de la ley.

2. Control de constitucionalidad de derecho subjetivo: Estados Unidos.

La lógica del sistema americano que se desarrolló sobre la base de las exigencias de tutela judicial inmediata de los derechos fundados en la Constitución, la tutela de los derechos constituye la razón esencial de este sistema de justicia constitucional, en el que el control de la ley, tiene lugar *per incidens* en procedimientos judiciales sobre controversias que afectan de manera concreta a los derechos de las partes y en los que las razones del legislador no encuentran ningún espacio de defensa autónomo. Se basa en la apreciación de las razones de los derechos tal y como aparecen reflejados en los casos concretos, según el método casuístico que no se deja atrapar por pretensiones “planificadoras” generales y abstractas del derecho europeo. Más que al derecho objetivo, la ciencia del derecho se pone al servicio de los derechos subjetivos. El *judicial review of legislation* desarrollado en forma difusa por todos los jueces en el ámbito de su jurisdicción normal sobre los derechos individuales ha dado lugar a afirmar la supremacía, a través de la jurisdicción, de los derechos sobre la ley (*judicial supremacy*).

3. Control de constitucionalidad europeo: Privilegio del legislador.

Europa, excluyendo Francia, adopta una forma de control consecuente con la ambivalencia, equilibrio o conciliación de las dos vertientes que sustenta. El control de constitucionalidad está reservado a los tribunales ad hoc separados de la jurisdicción ordinaria, es decir de la llamada jurisdicción constitucional, que tiene que atender las exigencia de la ley y del legislador junto a las exigencias de los titulares de los derechos constitucionales. La expresión de privilegio del legislador indica sobre todo, que el legislador tiene su propio juez, que actúa a través de procedimientos particulares y está conformado por personal no exclusivamente judicial, capacitado para tener en cuenta la exigencia de los derechos y las exigencias propiamente políticas.²⁹⁸

4. Repercusiones del control de constitucionalidad.

4.1. Nulidad y anulabilidad de la ley inconstitucional

En el control *a posteriori* puede existir una ley vigente pero inconstitucional y opera el privilegio del legislador. En este caso la ley es vinculante para todos y, por consiguiente, su eficacia queda preservada a los ataques que pueda sufrir en nombre de la Constitución hasta que no se haya pronunciado el Tribunal o Corte Constitucional. No es nula, sino anulable, y mientras no sea anulada es eficaz.

Dado el carácter *a priori* el sistema francés no ofrece problemas, ya que excluye de principio que pueda entrar en vigor una ley inconstitucional

²⁹⁸ Zagrebelsky. Pág. 62

4.2. Responsabilidad por la ejecución de la ley inconstitucional

En Estados Unidos, al menos durante todo el siglo XIX, la regla era la responsabilidad plena y directa de los *public officers*, dicha regla actualmente está siendo limitada por el número creciente de tareas de la administración. El acto contrario a la Constitución aunque fuese conforme a ley, era en línea de principio, imputable al sujeto como individuo, y de ahí que éste asumiera la responsabilidad por violación a los derechos de terceros.

El fundamento de este principio de responsabilidad ajeno a la mentalidad europea-continental, donde si en la constatación de que si existiese violación de derechos, el acto está por definición, fuera de los límites de la delegación de poder recibida y, por consiguiente debe entenderse como una mera actuación personal del agente. Éste no puede considerarse funcionario público y pretender por ello inmunidad.

En las últimas décadas, la jurisprudencia europea ha reducido notablemente las consecuencias aplicativas de este principio de responsabilidad personal. La situación no es clara afirma el profesor Zagrebelsky, hay Estados que se acercan a la posición francesa sobre el concepto de ejecutoriedad de la ley en relación a la administración. Otros Estados sobre la base de la eficacia anulatoria de inconstitucionalidad, que tiene efectos retroactivos mantienen que la ley inconstitucional no tiene eficacia vinculante para la administración, cuyos actos vendrán en todo caso anulados como consecuencia de la anulación de la ley inconstitucional. Otros optan en casos de leyes aparentes la existencia de una obligación de inaplicar, además la posibilidad de que los terceros pidan resarcimiento a los funcionarios que hayan aplicado leyes inconstitucionales.

La ley es la ley y, aunque sea inconstitucional, su aplicación no degrada al funcionario a simple sujeto privado. Podría establecerse, si acaso, una responsabilidad del Estado, pero sólo en la medida que una nueva ley interviniera para satisfacer a los damnificados.

4.3. Límites del control de constitucionalidad de las leyes.

En la jurisdicción constitucional europea no existe como en la norteamericana la excepción para las *political questions*. Las leyes que pretendiesen situarse al margen, en nombre de una incondicionada razón de Estado (absolutismo, o Estado legislativo) Por ello las cuestiones de legitimidad constitucional de las leyes nunca pueden ser ajenas al control de constitucionalidad.

Pese a las diferencias de principio entre los distintos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, se da la siguientes situación El Tribunal Supremo de Estados Unidos es ahora un juez especial de las grandes cuestiones de constitucionalidad, semejante a los tribunales constitucionales europeos. Y por otra parte la introducción del control de las leyes a través de cuestiones prejudiciales de constitucionalidad ha situado a los Tribunales constitucionales europeos en el circuito de la justicia ordinaria, con resultado asimilable en muchos aspectos a los del sistema norteamericano.

III. Control difuso de constitucionalidad: ¿presunción de constitucionalidad de los derechos versus presunción de constitucionalidad de la Ley?

El constitucionalismo estadounidense estableció el *principio de supremacía constitucional* a partir de la tradición jurídica de las colonias británicas. Estas colonias eran regidas por una *carta* impuesta por Inglaterra, la cual no debía contravenirse por la legislatura local, lo que engendró la práctica consistente en que los tribunales dejaban de aplicar las disposiciones locales para dar preferencia a las de su carta colonial. Esta práctica fue formalizada en la sección segunda del artículo VI de la Constitución estadounidense de 1787, y postulada por Hamilton con estas palabras:

“Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo... en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.”²⁹⁹

Este principio no significa otra cosa que la Constitución, al determinar la validez de toda norma o actos jurídicos -especialmente aquéllas- en tanto estén conformes con las disposiciones de aquélla, se encuentra en una posición jerárquica superior. El principio de supremacía constitucional deriva del carácter fundante que la Constitución tiene respecto del orden jurídico, ya que ella no sólo es el origen formal de las fuentes primarias del derecho, al diseñar un procedimiento especial para su creación.

Hoy por hoy es origen sustancial pues determina en mayor o menor cuantía el contenido material de dicho sistema. El principio de supremacía de la

²⁹⁹ Sánchez Gil. *El control difuso de la constitucionalidad en México*. reflexiones en torno a la tesis p./j. 38/2002 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard7.htm#N3>

Constitución es considerado por Ferrajoli como la "conquista más importante del derecho contemporáneo"³⁰⁰.

La supremacía constitucional es el mandato, el control difuso de constitucionalidad es la realización y ejecución de ese mandato, el modelo difuso implica que todos los jueces, autoridades y personas como actualmente lo determina el texto constitucional refrendado apliquen directamente la Constitución, siendo realistas este mandato implica ante todo que son los jueces y autoridades públicas las que tienen la potestad y obligación constitucional de aplicar la Constitución con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a los decreto y demás resoluciones en palabras de Fernández Segado "todos los jueces están habilitados para inaplicar aquellas leyes que juzguen contrarias a la Constitución"³⁰¹. Además el autor cita a Mauro Capelletti según quien "en este sistema se atribuye a todos los órganos judiciales de un procedimiento jurídico, que lo ejerciten incidentalmente, con ocasión de la decisión de una causa de su competencia."³⁰² El control difuso, *judicial review*, *control subjetivo*, una de las características es que las sentencias pronunciadas tiene un carácter *inter parís*, concepción que ha cambiado a partir de la introducción del principio, de manera que el efecto de la decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos es *erga omnes*, la declaración de inconstitucionalidad no afecta al enunciado legal, sino a la interpretación y aplicación que de él se ha hecho en un caso concreto. La declaración que no está en el *decisum* sino en su fundamentación, tiene efecto *erga omnes*, pero sólo cuando se trate de aplicaciones que puedan ser consideradas iguales por la ausencia de elementos diferenciales relevantes.³⁰³

³⁰⁰ Ibídem

³⁰¹ Rivera S. José Antonio. Jurisdicción Constitucional. Ed. Kipus.Cochabamba. 2001. Pág 35

³⁰² Idem.

³⁰³ Rivera S. José Antonio. Jurisdicción Constitucional. Ed. Kipus. Tercera Edición Actualizada.Cochabamba. 2011. Pág. 35

El control difuso implica inaplicación de normas por duda razonable de ser contraria o se contraponga los a derechos, garantías y principios establecidos en la Constitución, de no lograr la inaplicación en esa primera instancia se apertura la vía recurrible ante la Corte Suprema.

Se ha expresado en la introducción, que se abandonó la idea de demostrar: la eficacia del control difuso de inconstitucionalidad en el periodo delimitado, ante la imposibilidad de revisión de todas las sentencias emitidas por los tribunales inferiores y las resoluciones de las autoridades públicas. Volcando nuestro esfuerzo, al tratamiento procedimental que recibe el control difuso de constitucionalidad, el mismo que a instancia de parte o de oficio realizan los jueces y autoridades en proceso administrativo o judicial mediante la activación del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad.

1. Control difuso: experiencia mexicana

La experiencia mexicana de control difuso de constitucionalidad es recogida del trabajo de Rubén A. Sánchez Gil que enfoca el control difuso de la constitucionalidad en torno a la tesis p. /j. 38/2002 derivando en las siguientes consideraciones:

1. El control constitucional mexicano es parcialmente de carácter difuso, pues a través del juicio de amparo son diversos los órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo la decisión de conflictos sobre la constitucionalidad de algún acto de autoridad; aunque también es parcialmente concentrado, en cuanto corresponde únicamente al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el conocimiento de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. El "control difuso" hace referencia a la facultad que tienen todos los órganos jurisdiccionales, en vía de excepción, de estudiar la constitucionalidad de normas generales, especialmente, y omitir su aplicación en un caso concreto o, si se tratare de actos *stricto sensu*, declarar su nulidad.

2. Aunque en México, el Artículo 133 de la Constitución prescribe que los jueces preferirán aplicar las disposiciones de la Ley Fundamental, no obstante lo establecido en las leyes ordinarias, el control difuso de la constitucionalidad no ha tenido una efectiva práctica, ya que al existir procesos especiales para combatir los actos inconformes con las prescripciones de la Constitución, los tribunales han estimado que dichos procesos son la vía que corresponde al estudio de toda cuestión de inconstitucionalidad.

3. La Suprema Corte de Justicia fijó jurisprudencia en el sentido de que el Artículo 133 del texto constitucional no concede facultades a las autoridades ordinarias para ejercer el control difuso de la constitucionalidad, criterio que dio lugar a inconvenientes prácticos en lo relativo a la aplicación por autoridades ordinarias de la jurisprudencia de la Suprema Corte que decreta la inconstitucionalidad de una norma general, para el efecto de omitir su aplicación.

4. El Art. 133 estipula: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la Ley Suprema de la toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados.

Los criterios a favor y en contra del control difuso mexicano son expuestos por Rubén A Sánchez en los siguientes términos

Criterios a favor del control difuso

- Tratándose de disposiciones manifiestamente contrarias a la Constitución Federal, las autoridades comunes deberán abstenerse de aplicarlas.

- Las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación puede[n], al resolver las cuestiones de su competencia, decidir, conforme al artículo 133 de la carta magna... si la ley que apoya los actos impugnados es o no constitucional, ya que ningún ordenamiento secundario y ningún acto de autoridad, pueden prevalecer contra la Constitución.
- Debe darse oportunidad a las autoridades administrativas para que cumplan sus obligaciones, especialmente, la que tiene cualquier autoridad de colocar por encima de todos sus actos, la carta magna. Esta obligación consignada concretamente en el artículo 133, respecto a los Jueces de los Estados, existe sin necesidad de texto expreso, tocante a todas las autoridades del país.
- El Tribunal de la materia está facultado para anular un acuerdo de la autoridad gubernativa tanto si no se llenaron los requisitos previstos por la norma legal correspondiente, cuanto en el caso de que se hayan omitido las formalidades esenciales de procedimiento consagradas por la Constitución.
- Las autoridades judiciales deben apegar estrictamente sus resoluciones a los preceptos constitucionales, teniendo en cuenta la supremacía constitucional establecida en el artículo 133 de la Constitución Federal; por tanto, si ante un tribunal de apelación se alega la violación de tales normas, como agravio, tiene el deber ineludible de examinarlas y repararlas cuando las estime fundadas.
- Los demás tribunales, federales o locales, sólo podrán abstenerse de aplicar una ley local, por estimarla inconstitucional, cuando su texto sea directamente violatorio de un mandato constitucional, sin necesidad de efectuar ninguna interpretación de ambos textos, como sería, por ejemplo, el caso de que una ley local estableciese la pena de mutilación, prohibida explícitamente y sin necesidad de mayor exégesis, por el artículo 22 de la citada Constitución.
- Únicamente en el caso de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya emitido jurisprudencia estableciendo que una ley ordinaria es

contraria a la Constitución, los tribunales del orden común deben dejar de aplicarla en acatamiento a dicha jurisprudencia.³⁰⁴

La opinión más célebre en apoyo al control difuso en México es sostenida por el maestro Gabino Fraga -entonces ministro de la Suprema Corte- en su proyecto de resolución al amparo en revisión 4072/41, interpuesto por Compañía Telefónica de Sabinas, S. A., el cual aunque no fue adoptado por la Segunda Sala de ese alto tribunal no deja de ser indispensable para el estudio del control difuso en México, dada la importancia y claridad de los argumentos y razonamientos que contiene, de los cuales nos permitimos citar los más importantes.³⁰⁵

a) Todos los Poderes de la Federación pueden, en lo que se refiere a su propia actuación, interpretar los textos constitucionales relativos sin que al hacerlo extralimiten su competencia o invadan la privativa de otro Poder.

b) Que el propio Ejecutivo esté obligado a ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, no significa que su obligación se refiera a leyes inconstitucionales, en primer término porque sería absurdo pensar que la propia Constitución autoriza y obliga a cumplir leyes que la contradigan o la deroguen.

c) Como el juicio de valor que formula el Ejecutivo, [no] lo hace con el propósito de anular la ley inconstitucional, ni de obligar al Legislativo a ajustarse a los mandatos constitucionales, sino para normar y legitimar sus propias funciones ejecutivas; como lo hace cuando todavía no existe la controversia constitucional a que se refieren los artículos 103 y 107 constitucionales... y como, por último, dicho juicio de valor es legalmente

³⁰⁴ Sánchez Gil. El control difuso de la constitucionalidad en México. reflexiones en torno a la tesis p./j. 38/2002. Disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard7.htm#N3>

³⁰⁵ Idem.

revisable por el Poder Judicial Federal, único que puede fijar la interpretación definitiva de la Constitución, es evidente que no tiene valor la afirmación del Tribunal Fiscal sobre la falta de competencia del Poder Ejecutivo para calificar, dentro de esas limitaciones, la constitucionalidad de las leyes secundarias.

Criterios contra el control difuso

Sin embargo, la tesis que tradicionalmente ha sostenido el Poder Judicial de la Federación proscribire el control difuso de la constitucionalidad en mérito a los siguientes criterios:

- Para determinar si una ley local es o no contraria a la Constitución, se requiere que, previamente, haya sido resuelto el caso por los tribunales competentes que no pueden ser otros sino los federales.
- De ningún modo el artículo 133 invocado obliga a los Jueces Federales a declarar por sí y ante sí la inconstitucionalidad de ninguna ley expedida por el Congreso Federal.
- El artículo 133 de la Constitución, es confirmativo del régimen federal y evita el predominio de las leyes locales sobre la Constitución, estableciendo con firmeza, la supremacía de la misma Carta Fundamental; pero no es fuente de competencia de la cual resulte la facultad de los tribunales federales, y, por tanto, de la Suprema Corte, para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley. Obliga a los Jueces de los Estados a proceder siempre conforme a la Constitución, obligación que, por lo demás, no es tan sólo de estos funcionarios, sino de todas las autoridades, cuyos actos tienen la presunción de constitucionalidad, que cede únicamente ante la eficacia decisiva de un fallo judicial federal que la excluye. Este fallo no puede producirse sino mediante la controversia que prevé el artículo 103 constitucional, esto es, mediante el juicio de amparo, satisfaciéndose las condiciones antes mencionadas.

- El Juez de Distrito invoca el artículo 133 de la Constitución. Este precepto es conformativo del régimen general y evita el predominio de las leyes locales sobre la Constitución, estableciendo con firmeza la supremacía de esa misma Carta Fundamental. Pero no es fuente de competencia de la cual resulte la facultad de los tribunales federales y, por tanto, de la Suprema Corte de Justicia para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley. Obliga a los Jueces de los Estados a proceder siempre conforme a la Constitución, obligación que, por lo demás, no es tan sólo de estos funcionarios sino de todas las autoridades, cuyos actos tienen la presunción de constitucionalidad, que cede, únicamente, ante la eficacia decisiva de un fallo judicial federal que la excluya. Este fallo no puede producirse sino mediante juicio de amparo.
- No son el juicio ante el Tribunal contencioso administrativo ni su segunda instancia ante la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las vías adecuadas para proponer el problema referente a la oposición que existe entre la Carta Federal y una ley secundaria, sino que tales problemas sólo pueden examinarse y decidirse en el juicio de amparo.
- El Tribunal Fiscal de la Federación carece de competencia para estudiar y resolver sobre la inconstitucionalidad de una ley, ya que tal facultad corresponde al Poder Judicial de la Federación a través del juicio de amparo.
- No todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino solamente el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo.
- La negativa de un tribunal de apelación para conocer de violaciones a las garantías individuales es correcta, ya que esa autoridad carece de facultades para resolver al respecto, estando únicamente autorizados para ello los tribunales federales.
- Si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las

disposiciones del Código Supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución Local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso Local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto³⁰⁶.

- El Artículo 133 de la Constitución no autoriza control difuso de la constitucionalidad de normas generales. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que 'Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados'. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este alto tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, *esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto.*

El control judicial de la constitución es atribución exclusiva del poder judicial de la federación. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí

³⁰⁶Sanchez Gil. Idem. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard7.htm#N45>

que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, *si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa exprofeso [sic], por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación*³⁰⁷

Esta tesis constituye jurisprudencia firme y, dada la jerarquía del órgano judicial que lo emitió, obliga a todos los tribunales de la nación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley de Amparo.

Las consideraciones esenciales de la ejecutoria del amparo directo en revisión número 914/98, interpuesto por Magda Perla Cueva de Kalifa, último de los precedentes relacionados con ellas, son las siguientes:

- a) Y si bien es cierto que en principio la redacción del artículo 133 constitucional sugiere la posibilidad de que los Jueces puedan juzgar la constitucionalidad no sólo de sus actos sino además la de los ajenos, especialmente las leyes y Constituciones de los Estados en cuya jurisdicción ejerzan, y que en dicho sentido se llegó a pronunciar inicialmente esta Suprema Corte de Justicia de la Nación; sin embargo la postura sustentada hasta la fecha por este alto tribunal de manera predominante ha sido en sentido opuesto teniendo en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que informan nuestra Constitución.

³⁰⁷ Idem.

b) Dicho precepto [133 constitucional] debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta para ese efecto, que se traduce en un juicio específico cuya procedencia se encuentra sujeta a diversos requisitos con la finalidad de evitar la anarquía en la organización y distribución de competencias de las autoridades estatales.

c) Si bien desde la Constitución de 1857 reprodujo en esencia el artículo de la Constitución de los Estados Unidos de América en el contenido del actual artículo 133 de la Constitución de 1917, sin embargo su aplicación es diversa en ambas latitudes, pues mientras en aquel país esta disposición tiene una vigencia plena en la medida en que el control constitucional se despliega por la vía de excepción o defensa inicialmente ante cualquier autoridad local y pasa después a la jurisdicción federal a través de recursos procesales, que vinculan dentro de un solo proceso las dos instancias desarrolladas sucesivamente ante las dos jurisdicciones; en cambio, en el sistema jurídico mexicano, el control constitucional se previene en la vía de acción y se encomienda exclusivamente al Poder Judicial de la Federación.

Es decir, de acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, corresponde únicamente al Poder Judicial federal el estudio y declaración de inconstitucionalidad de algún acto, según lo establecido por los artículos 103, 105, 107 y 124 constitucionales, que otorgan esa facultad a dicho poder en forma exclusiva debiéndose interpretar lo dispuesto en el artículo 133 constitucional de un modo acorde con las demás prescripciones del constituyente.

De modo que si el constituyente declara la supremacía constitucional y faculta a los jueces para considerarla como la norma de mayor jerarquía del sistema jurídico, ello debe ser sin perjuicio de la exclusividad que el Poder Judicial federal detenta del control constitucional por vía de acción, ejercido por medio del juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

¿Cómo hacer prevalecer armónicamente ambos tipos de control constitucional (concentrado y difuso) en México, sin inconvenientes para la vigencia del orden jurídico nacional? Nos parece que, con la tesis de jurisprudencia P. /J. 38/2002, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contesta esta interrogante.

Dicha tesis reitera la tradicional opinión sobre la competencia exclusiva del Poder Judicial de la Federación para analizar la constitucionalidad de una norma general o un acto *stricto sensu* y determinar su irregularidad. Sin embargo, la tesis que comentamos también dispone que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no sólo puede, sino también debe, aplicar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establezca la inconstitucionalidad de algún precepto ordinario y omitir su aplicación, lo que equivale a la ejecución de un control difuso de la constitucionalidad basado en lo resuelto por nuestro máximo tribunal.

Muchas son las implicaciones de este importante criterio nos advierte Sánchez Gil la aplicación analógica podría servir de fundamento para que instancias jurisdiccionales diferentes al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se acojan a la jurisprudencia que establezca la inconstitucionalidad de una ley ordinaria y así omitir su aplicación; en el mismo caso nos hallaríamos, en nuestra opinión, respecto de la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito que determine la inconstitucionalidad de una norma secundaria.

La aplicación de la jurisprudencia que determina la inconstitucionalidad de una norma ordinaria, por parte de los tribunales ordinarios, con el propósito de no aplicar ésta, de ningún modo contraviene al principio de relatividad de los efectos de las sentencias(...) Recordemos que en realidad una tesis jurisprudencial es un criterio de interpretación de la ley constituido por la *ratio decidendi* de los tribunales, al resolver los asuntos a que se refieren sus precedentes, no es la norma jurídica individualizada precisamente respecto de las partes de los expedientes en los cuales se formó, derivadas de los puntos resolutivos concretos

de sus sentencias que dirime una controversia específica. En tal tenor, la aplicación de la jurisprudencia no implica la extensión de los efectos de las normas jurídicas individualizadas dirigidas a las partes de los procesos en los cuales se formó, sino el uso del criterio abstracto utilizado en tales resoluciones, dada su analogía con las particularidades de un caso actual y concreto diferente.³⁰⁸

Lo establecido en la tesis P. /J. 38/2002 dice Sánchez Gil no es una admisión de que los tribunales ordinarios omitan la aplicación de alguna norma ordinaria, porque ésta resulta inconstitucional según una tesis aislada de la Suprema Corte o de un Tribunal Colegiado, puesto que dicho criterio se funda esencialmente en el carácter vinculante que la jurisprudencia -entendida *stricto sensu*- tiene respecto de los tribunales señalados en el artículo 192 de la Ley de Amparo. Dada la obligatoriedad de la jurisprudencia, los criterios que ésta contiene deben ser aplicados dogmáticamente por los tribunales ordinarios, pues gozan de la presunción *juris et de jure* de ser conforme a los postulados de la ciencia jurídica, lo que no requiere el estudio de la inconstitucionalidad de la ley o acto a que se refieren; en cambio, hablando de tesis sin valor jurisprudencial, su aplicación por los tribunales ordinarios no se realiza en forma heterónoma sino autónoma, en virtud de compartir éstos el pensamiento que contienen, lo que implicaría que el tribunal ordinario tendría que estudiar la supuesta inconstitucionalidad del acto a que dicho precedente aislado se refiere, pues sólo de esta manera el juzgador estaría en condiciones de saber si dicho criterio deriva de una correcta interpretación de la Constitución y de la ley, pues de lo contrario su aplicación agravaría la garantía de legalidad establecida en los artículos 14 y 16 constitucionales, al tener la autoridad judicial que fundar y motivar su decisión, y además, como ya vimos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que sólo en los procesos expresamente establecidos para ello se puede analizar y determinar la inconstitucionalidad de algún acto.³⁰⁹

³⁰⁸ Idem

³⁰⁹ Idem

La tesis P. /J. 38/2002 puede aún ser objeto de discusión sobre muchos aspectos, pero es indudable que marca un hito en la jurisprudencia mexicana al hacer de algún modo compatibles los sistemas concentrado y difuso de control de la constitucionalidad, a un grado conveniente para la certeza del orden legal³¹⁰.

2. Presunción de inconstitucionalidad: experiencia argentina.

En virtud de que la Constitución -como toda norma jurídica- es susceptible de ser contravenida, es necesaria la existencia de instrumentos que aseguren su eficacia, ya que resulta inexcusable la desobediencia a los postulados que contiene y que estructuran al Estado ideológica y orgánicamente.³¹¹

El control constitucional, concebido *lato sensu*, estriba en aquellos medios jurídicos que previenen, reparan, nulifican o sancionan, la violación de las disposiciones constitucionales. Ahora bien, en *stricto sensu* debemos considerar como medios de control constitucional únicamente a los instrumentos jurídicos que tienen por objeto mantener el respeto a las disposiciones constitucionales, a través de la *nulidad* de los actos contrarios a la Ley Fundamental, los instrumentos de control constitucional *stricto sensu*, tienen carácter *a posteriori*, y persiguen la reparación del orden constitucional violado, no sólo establecer una posible responsabilidad y la imposición de alguna sanción, finalidad a la que contingente e indirectamente podrían servir. Teóricamente encontramos el método tradicional de control de constitucionalidad y el método estricto de control de constitucionalidad.

El método tradicional de control de constitucionalidad (presunción de constitucionalidad) nos presenta el clásico test que parte siempre de la presunción de la validez constitucional de las normas infraconstitucionales. Por

³¹⁰ Idem.

³¹¹ Sánchez Gil. *El control difuso de la constitucionalidad en México*. reflexiones en torno a la tesis p./j. 38/2002 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard7.htm#N3>

ende, quien alega la inconstitucionalidad de la misma debe acreditarla, quebrando así la mentada presunción que se le atribuye tradicionalmente a todo acto legislativo o ejecutivo.

Por más visible que pudiera ser la contradicción con la Constitución, según este sistema habrá que realizar siempre un test de razonabilidad de la norma cuestionada pero que de principio se presume constitucional. En conexión con lo anterior, juega la premisa que presupone que como ningún derecho es absoluto, todos ellos son susceptibles de “reglamentaciones”, en la medida que no se los altere en suma, lo que este método presume es -en rigor- la razonabilidad de la reglamentación. Por ello, solo demostrando su irrazonabilidad se arriba a la necesaria conclusión de su inconstitucionalidad.

Juan Francisco Linares citado por Sánchez Gil expone la experiencia argentina expresando:

“Nuestra Corte Suprema, a diferencia de la de Estados Unidos ha aplicado la regla de la presunción de constitucionalidad de todo acto legislativo y aun ejecutivo, lo que supone la presunción de su razonabilidad... Nuestra Corte siempre exigió que quien alega la irrazonabilidad de una ley pruebe su impugnación... No hay duda que quien ataque como irrazonable una ley debe tratar de producir la prueba más amplia... De no hacerlo, y aun cuando el Estado no aporte prueba acerca de la razonabilidad de la ley, frente a la presunción de constitucionalidad ya referida, la demanda debe rechazarse.”³¹²

Solo el análisis de cada caso concreto y fundamentalmente la razonable valoración de las circunstancias fácticas acreditadas en cada causa, podría motivar una declaración de inconstitucionalidad, por supuesto, siempre con alcances restringidos al caso particular.

³¹² Ibidem.

Éste método se abre lentamente camino en el constitucionalismo contemporáneo por ejemplo en la Argentina y se presenta en la práctica como una discreta grieta en el rígido mecanismo tradicional de control de constitucionalidad. Frente a éste, el test estricto sigue apareciendo como si fuera un método de control excepcional; es decir, que la regla sigue siendo de la presunción de constitucionalidad de todo acto ejecutivo o legislativo. Para observar en qué medida han sido aplicados en el derecho del trabajo argentino, o bien podría serlo, sin pretensión de agotar todos los supuestos posibles.

En relación a este método de ejercerse el control de constitucionalidad se ha sostenido que “la aplicación del test de razonabilidad es condescendiente con el legislador y conduce –en la mayoría de los casos- a declarar la validez de la norma cuestionada”.³¹³

En el método estricto de control de constitucionalidad se sostiene en la presunción de inconstitucionalidad de la norma, reacciona en forma distinta ante la inicial y aparente incompatibilidad entre la norma de menor jerarquía y la Constitución: presume, *prima facie*, la inconstitucionalidad de aquella.

Como necesaria derivación de lo anterior, se invierte la carga de la prueba al colocarla en cabeza de quien pretenda destruir dicha presunción de inconstitucionalidad (generalmente el Estado). El método estricto de constitucionalidad adopta esta presunción de inconstitucionalidad no respecto de toda la legislación ordinaria inferior sino respecto de disposiciones o normas que representen los siguientes derechos: a) Cuando estamos frente a “derechos o libertades preferidas”; b) Frente a ciertas “distinciones o categorías sospechosas”) Frente a normas regresivas en materia de derecho sociales, económicas y culturales³¹⁴.

³¹³ Ibidem

³¹⁴ Ibidem.

2.1. Cuando estamos frente a “derechos o libertades preferidas” (*preferred rights o preferred freedoms*):

La doctrina de las libertades o derechos preferidos surge para la protección de los denominados derechos civiles o de primera generación, siempre de contenido no patrimonial (como la libertad de expresión

Cabe aclarar que no siempre los jueces declaran abiertamente que están aplicando una presunción de inconstitucionalidad y sin embargo, conscientes o no de ello, la aplican en la resolución de la causa, como veremos. Sobre “Los métodos del Juez Stone en los casos Constitucionales” puede consultarse el trabajo Noel T. Dowling (LL, t. 27, p. 941 y ss.). En dicha revista jurídica (año 1942) puede encontrarse ya un comentario a la célebre nota referida del Juez Stone.), y se suele situar su origen en la famosa nota al pie nº 4 del Juez Stone en el caso “*United States vs. Carolene Products Co*” de 1938 (304 US 144) resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos, en el que el juez expresara: “*Debe existir una menor operatividad para la presunción de constitucionalidad cuando la legislación es directamente contraria a alguna prohibición específica de la Constitución, tales como las que surgen de las primeras Diez Enmiendas...*”.³¹⁵

Comentando dicha nota dice Alberto Bianchi, que lo que la Corte norteamericana hubo señalado era que todos los derechos protegidos en el *Bill of Rights* contenido en las Enmiendas 1/10 y volcados ahora en la Enmienda 14, no podían ser afectados por la legislación, ni aun en un grado mínimo. Cuando ésta se oponía a ellos el examen judicial de su validez debía ser muy estricto, debido a que la presunción de constitucionalidad de aquella, cuando limita tales derechos, posee un escaso margen de amplitud.

Explica además Eduardo E. Curutchet citando a Ducat, que esta doctrina fue luego formulada tajantemente en el año 1945 en caso “*Thomas vs. Collins*”

³¹⁵ Ibidem

(323, US 516) cuando fue declarada inconstitucional una ley de Texas que obligaba a los sindicalistas a registrarse en el Estado, sometiendo sus actividades al otorgamiento de una licencia previa y que se consolidó con muchos pronunciamientos posteriores que marcaran un cambio de rumbo en el control de constitucionalidad en lo atinente a derechos de contenido no patrimonial. En relación a estas libertades fundamentales, es el Estado quien debe justificar la existencia de un interés especial en la restricción que impone la norma cuestionada.

Es preciso aclarar que la doctrina de los derechos y libertades preferentes, contempla: 1) tanto a un aspecto procesal del control de constitucionalidad, exigiendo en tal caso un test estricto de la norma o acto que cercene dicha libertad o que realice una preferencia legal inválida (es decir en sentido contrario al derecho o libertad preferida) y 2) como a un sistema de jerarquización como método de resolución de conflictos entre derechos en pugna (por ejemplo: libertad de expresión vs. intimidad). Ambos aspectos se presentan generalmente asociados.

La aplicación de esta doctrina por la Corte Suprema de Justicia de la Argentina en 1989 en relación al derecho a la libertad de expresión y de prensa se expreso a través del voto del Juez Fayt: *“Debe reconocerse como regla que cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad”*.³¹⁶

³¹⁶ Eduardo E. Curutchet. *Hacia un control de constitucionalidad más estricto de las normas del derecho del trabajo?* [Phhttp://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional](http://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional) Bianchi, Alberto B. “Las llamadas ‘libertades preferidas’ en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina” (Régimen de la Administración Pública, 13 nov. 1990, nro. 146, ed. Ciencias de la administración SRL, pág.20). Bianchi,A. *Ob.cit.*, pág. 20.

C.S.J.N., “Verbitsky, Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen” del 13/06/89, voto disidente de Fayt, Consid.14, Fallos: 312: 916.

Dicho voto fue recogido luego por todos los ministros de la Corte en la otra causa en 1992 donde se expresó:

“Dado que los medios de comunicación constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por la libertad de expresión que a ese contenido dedican primordialmente su actividad, toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad”³¹⁷

Más allá de la libertad de expresión y entrando ya en la dimensión de los conflictos de derechos propios de la relación de trabajo, la Corte Argentina ya había recurrido a la doctrina de las libertades preferidas en estos términos:

“...toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental”.

Esa preferencia se basaba en la doctrina de la “libertad contra la opresión” (*freedom from opresión*) sostenida por la Corte Suprema de Estados Unidos a partir del caso “*West Coast Hotel c. Parrish*” del año 1937 (300 US 379) en el cual el Juez Hughes sostuvo la validez de una ley del Estado de Washington que reglaba el salario mínimo de las mujeres y los niños, argumentando para ello que:

“...en lo concerniente a la relación entre empleadores y empleados, la Legislatura tiene un amplio campo discrecional respecto de lo que considere puede ser adecuado para la protección de la salud y la seguridad, y para que la paz y el buen orden sean promovidos mediante regulaciones tendientes a asegurar condiciones humanitarias de trabajo y libertad contra la opresión”.

³¹⁷ *Ibidem.*

Esta doctrina llamada de la “libertad contra la opresión” resulta de la adecuación y extensión a la esfera del derecho del trabajo de la originaria doctrina de las libertades o derechos preferidos en materia civil. Según esta última doctrina, existen derechos de preferente tutela constitucional y cuando éstos entran en conflicto con otros derechos que no revisten tal jerarquía, terminan imponiéndose, siendo entonces “preferidos”. Y si alguna norma jurídica o acto de particulares resulta atentatorio contra dicho derecho o libertad referida, se impone escrutar su constitucionalidad de una forma más estricta, lo cual supone generalmente la aplicación de una presunción de inconstitucionalidad. Se la utiliza también para reforzar la validez constitucional de las leyes que interfieren la relación de trabajo con sentido protectorio del trabajador.

Ocurre que el contrato de trabajo en la Argentina sostiene Eduardo E. Curutchet es por definición, un contrato legalmente intervenido, intervención orientada hacia la protección del trabajador, por ser este el sujeto de preferente tutela dentro de esa relación, toda vez que no se encuentra en aquella igualdad real de poderes que supone la libre contratación. Tal igualdad, mantenida en otros tiempos en sus márgenes formales, ha sido conducto de las peores formas de explotación del hombre por hombre, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad conforme el cual cada uno debe atenerse a lo contratado como a la ley misma, siendo “siervo” de lo pactado (“*pacta sunt servanda*”).

Con el tiempo se comprendió que había que asegurar determinados derechos y libertades básicas del trabajador (a un salario digno, a una limitada jornada de trabajo) aún por sobre algunos derechos y libertades del empleador (su derecho de propiedad, su libertad de contratar). En tal sentido explica el Dr. Meik³¹⁸:

“El derecho laboral captó históricamente la asimetría de poder y reaccionó precisamente limitando al que detenta fácticamente el empleador

³¹⁸ Ibidem

*y repotenciando la voluntad del trabajador mediante la intervención legal compensatoria de esa desigualdad de poder*³¹⁹.

El esquema reconoce aquella desigualdad, ínsita en el contrato de trabajo (...) “la sumisión voluntaria del trabajador por contrato al empresario, que se explica como la principal manifestación del “poder social de la propiedad”, debe ser limitada o contrapesada por la acción del Estado, que protege al trabajador como “contratante débil” garantizando en la norma un suelo mínimo de contratación indisponible por la voluntad individual de las partes del contrato”. Como bien lo explica Cornaglia “el derecho del trabajo es una desigualdad que procura limitar el abuso en el derecho de propiedad, cuando el mismo se estructura a partir de la legitimación social del poder apropiativo del trabajo ajeno”.³²⁰

En línea con todo ello, la Corte Federal expresamente ha reconocido –por unanimidad- que el trabajador es un “**sujeto de preferente tutela**” (CS “Vizzoti”) y que “esta preferencia, por lo demás, es la respuesta constitucional dada en 1957 a diversas situaciones y comprobaciones fácticas, entre otras, la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo” (CS “Vizzoti”). Agregando inmediatamente después que “sostener que **el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional** no es conclusión solo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Const. Nac. Art. 75, inc. 22)...”. Asimismo el fallo en la causa “Aquino” (Fallos: 327:3653) los Dres. Petracchi, Zaffaroni, en el considerando 7, y la Dra. Highton de Nolasco en el considerando 9 de su voto

³¹⁹ Eduardo E. Curutchet. *Hacia un control de constitucionalidad más estricto de las normas del derecho del trabajo?* [Phttp://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional](http://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional) Meik, Moisés. “El sano juicio. El largo debate sobre irrenunciabilidad, indisponibilidad de derechos, imperatividad normativa y orden público laboral” (Revista Contextos Nro. 3, pág. 271).

particular, han reiterado que el trabajador es “**sujeto de preferente tutela constitucional**”.

De modo la doctrina de los derechos preferidos, aplicada en el ámbito propio de los derechos sociales del trabajador tiene importantes implicancias sustantivas y procesales.

Así, como estándar de interpretación, en un conflicto de derechos trabajador-empendedor, deberá estarse al principio “*pro operaris*”, regla de interpretación que se desprende del principio rector “*pro justitia socialis*”. Se jerarquizan los derechos y libertades del trabajador por sobre ciertos derechos y libertades del empleador, es especial sobre su libertad de contratación y sobre su derecho de propiedad. Pero también impone un método de control de constitucionalidad de las normas que desconozcan o alteren esos derechos y libertades preferentes del trabajador.

Adviértase que en ambas causas al ejercer el control de constitucionalidad del art. 39.1 LRT y del art. 245 LCT, la Corte Suprema ha aplicado esta preferencia constitucional del trabajador –ya por unanimidad en la causa Vizzoti, ya con el voto de tres de sus miembros en la causa Aquino-, arribando en sendos casos a la declaración de inconstitucionalidad de las normas en crisis.

2.2. Frente a ciertas “distinciones o categorías sospechosas”.

Es evidente que el control estricto de constitucionalidad encuentra estrecha y directa conexión con la doctrina de las libertades preferidas. Sucede lo mismo cuando el derecho se enfrenta o se encuentra ante la presencia de determinadas “categorías sospechosas”.³²¹ El concepto se elaboró en el marco del cuestionamiento constitucional de determinadas distinciones normativas tachadas de discriminatorias (por realizar clasificaciones basadas en motivos

³²¹ Eduardo E. Curutchet. Ob. Cit.

http://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional

raciales o de nacionalidad, por ejemplo). Es decir, se lo ha aplicado a partir de normas que entraban en colisión con el principio de no discriminación.

Su origen se asocia a la doctrina de las libertades preferidas, pero tiene un ámbito de aplicación específico: la prohibición de discriminación negativa. Garay explica ³²²que lo que se sospecha es que determinadas normas están motivadas solamente en prejuicios o instintos sectoriales. Esta sospecha se traduce en una presunción de inconstitucionalidad, de las normas objetadas.

En su dinámica procesal este método de control de constitucionalidad exige a quien se considere agraviado por una norma jurídica que contiene una categoría sospechosa -de las expresamente previstas en las normas antidiscriminatorias que integran el bloque de constitucionalidad, tales como raza, religión, nacionalidad, condición social, - como criterio de una distinción legal, de la carga probatoria de su inconstitucionalidad. En tal supuesto, la carga probatoria se invierte y corresponde en principio al Estado la justificación de la medida. Justificación que es en estos casos mucho más exigente que el mero test de razonabilidad que se utiliza tradicionalmente.

Hay quienes sitúan la génesis de este método de control de constitucionalidad ³²³en la jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU y en particular en el voto del ministro Hugo Black de la Corte Suprema de Estados Unidos, quien en la causa “*Korematsu v. United States*” de 1944 (323 U.S.214), sostuvo que: “..*Todas las restricciones legales que reducen los derechos civiles de un grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto no quiere decir que todas esas restricciones son inconstitucionales. Esto significa que los tribunales deben someterlas al examen más estricto...*”³²⁴

³²² Ibidem

³²³ Ibidem

³²⁴ Citado por Alberto Garay, Alberto F. “Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas” (LL 1989-B, p.936). Garay habla de “una justificación

Éste método no solo invierte la carga de la prueba en orden a la demostración de la constitucionalidad de la norma cuestionada, sino agrega además que la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre la norma “sospechosa”, solo puede ser desvirtuada mediante la prueba concluyente de un interés estatal sustancial, urgente o insoslayable que justifique la medida.

El test estricto de control de constitucional puede estudiarse en el conocido voto de los Dres. Parachí y Bacqué en la causa “Repetto” del año 1998, en cuyo considerando 7º expresaran:

*“Que, en consecuencia, cabe concluir –ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional- que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respeta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad”.*³²⁵

Luego, en el año 1998, la Corte retoma los argumentos del caso “Repetto” en la causa “Calvo y Pesini”. Se trataba de una ley de la provincia de Córdoba que impedía el ingreso a planta en los hospitales públicos provinciales a quienes no eran argentinos. Si bien la Corte no afirmó que pesaba sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad, hizo lugar a la demanda (una acción de amparo en la que se insertaba una pretensión declarativa de inconstitucionalidad)

extraordinaria y precisa, por oposición a un mero recitado de fines, propósitos e intereses (que es lo que acostumbran hacer los representantes del Estado – y a veces los propios tribunales- cuando se trata de “justificar” constitucionalmente un dispositivo legal)”(Artículo citado, LL, t. 1989-B, p. 936).

³²⁵ Al respecto decía Alberto Garay lo siguiente: “Creo que es la primera vez en la historia del órgano judicial supremo que se baraja la posibilidad ostensible de presumir *iuris tantum* -dentro de un proceso judicial- que una norma es inconstitucional y que para justificar su validez sustancial el Estado debe allegar razones más que suficientes para defenderla” (Garay, Alberto F. Artículo citado, LL, t. 1989-B, p. 935).

por considerar que el Estado no había acreditado un razonable interés estatal que justifique la restricción, es decir, exigió al estado una “justificación suficiente de la restricción”, considerando insuficiente, en ese caso concreto, “una dogmática afirmación de su postura”.

En la causa “Gonzalez de Delgado” del año 2000, se destaca nuevamente el voto del Dr. Petracchi proponiendo un control de constitucionalidad estricto de las distinciones por razones del género sexual (en el caso exclusión de las jóvenes de los beneficios de la educación que brinda el colegio Monserrat de Córdoba). Allí sostuvo este distinguido Magistrado que los estándares que se aplican para justificar distinciones o discriminaciones por razones del sexo –entre otras- “son muy exigentes”. Citando a la Suprema Corte de Estados Unidos sostuvo que quienes pretendan defender clasificaciones o exclusiones basadas en el sexo, “deben demostrar una justificación (de dicha acción) sumamente persuasiva”³²⁶.

³²⁶ Eduardo E. Curutchet. *Hacia un control de constitucionalidad más estricto de las normas del derecho del trabajo?* [Phhttp://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional](http://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional) CSJN, Sent. del 24-2-1998, “Calvo y Pesini, Rocio c/Córdoba, Provincia de s/Amparo”; Fallos 321:194.

CSJN Sent. del 19-9-2000, “González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba”; Fallos 323: 2659.

En el año 2004 nuevamente recurre la Corte Suprema a este método de control de constitucionalidad, en la causa “Hooft”³²⁷. Estaba en juego la validez constitucional del Art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto imposibilita a los argentinos naturalizados acceder al cargo de Juez de Cámara. La Corte Suprema, por mayoría, dijo:

“..Una norma como el art. 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (“ciudadanos”, en los pactos) de primera clase (los “nativos” y los “por opción”) y otros de segunda clase (los “naturalizados”, como el actor), se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que solo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique”

En este precedente, fundó además su decisión, entre otras consideraciones, con una cita de John Stuart Mill:

“...Desde un punto de vista práctico, se supone que la carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción a priori es a favor de la libertad y de la imparcialidad”

³²⁷ Eduardo E. Curutchet. *Hacia un control de constitucionalidad más estricto de las normas del derecho del trabajo?* [Phttp://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional CS](http://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional_CS), “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 16-11-2004, cuya mayoría componen los Dres Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco; Fallos 322:3034.

En el considerando 4º expresamente se refiere la Corte Suprema a “*la presencia de un criterio de distinción sospechoso*”, lo cual hace pesar sobre la norma impugnada una “presunción de inconstitucionalidad”.

Más adelante, la Corte Suprema pasa revista además de “la doctrina europea” según la cual “la presencia de uno de los motivos enunciados en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el “origen nacional”), hace pesar sobre la legislación que lo incluya una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba.”

Finalmente sostuvo allí la Corte que “la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podría ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los **finés** que había intentado resguardar y sobre los **medios** que había utilizado al efecto.

En cuanto a los fines deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los medios será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”. Esta particular exigencia probatoria tendiente a desactivar la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre la norma fue también sugerida por Bianchi y Gullco como una manera de superar el mero test de razonabilidad en orden a levantar dicha presunción de inconstitucionalidad, pues afirman dichos autores “lo que inspira ambos conceptos –presunción de inconstitucionalidad y test de razonabilidad- es de signo opuesto: desconfianza, en la primera; deferencia, en el segundo. Por eso no son compatibles en el mismo estándar”³²⁸

³²⁸ Eduardo E. Curutchet. *Hacia un control de constitucionalidad más estricto de las normas del derecho del trabajo?* [Phttp://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional](http://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional) (conf. Bossuyt, Marc en Pettiti, Louis Edmond y otros, “*La Convention Européenne des Droits de*

Así planteaba la Corte Suprema lo que se ha empezado a denominar como “test de Hooff”, estándar estricto de control de constitucionalidad que deber utilizado a la hora de juzgar sobre la validez o invalidez de toda categoría o distinción “sospechosa”.

En efecto, la Corte recurre a dicho test en forma concreta en la reciente causa “Gottschau”. Se trataba de una mujer de nacionalidad Alemana que se había graduado como abogada en la Universidad de Buenos Aires y se había también matriculado en el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y que en el año 1999 se había presentado como postulando en un concurso para cubrir cargos de Secretarios de primera instancia en el ámbito del Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires. Pero es denegada su solicitud en virtud de que era requisito para concursar el ser argentino nativo o naturalizado.

La acción judicial intentada por la Dra. Gottschau, no prospero en primera instancia, tampoco en segunda instancia, ni en el Tribunal Superior de la Ciudad, razón por la cual conoce de la causa la Corte Suprema a mérito del recurso extraordinario federal articulado por aquella. La Corte precisó que la cuestión debía regirse por lo dispuesto en el art. 16 de la Constitución Nacional y que en el caso no era suficiente la aplicación del mero test de razonabilidad sino que debía aplicarse el control estricto por la presencia de una categoría sospechosa, y lo dijo en estos términos: “5º Que a esta altura podría suponerse que lo único que procede en el caso es evaluar la mayor o menor razonabilidad del requisito de nacionalidad argentina impuesto por la normativa local. Sin embargo, esta Corte ha resuelto recientemente que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen nacional” corresponde considerarla

L'Homme 1995, Ed Económica, Paris, comentario al art. 14, p. 477 y autores citados en las notas 6, 7 y 8).

sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar...”

Incluso la Corte reitera su criterio sobre la prueba estricta que debía producirse para levantar dicha presunción, sobre “los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto... Es evidente que el Tribunal ha adoptado, para casos como el sub lite, un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad”.

Al sostener el test de razonabilidad, [método tradicional] “funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, (y) resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa...” y agrega el Tribunal que en casos como este “... se requiere aplicar un escrutinio más severo, cuyas características esta Corte ha indicado en el precedente citado”, refiriéndose a la causa “Hooft”. Habiendo aplicado en forma concreto el test de Hoff, la norma cuestionada fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema.³²⁹

En síntesis, podría afirmarse, como lo hicieron los Dres. Kiper y Giardulli en el conocido caso “Freddo” que “...en el derecho argentino... cabe concluir en que cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua, u otras similares, se presume inconstitucionalidad”.

El fallo es suscripto por los Dres Petracchi, Fayt, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay y con distinto fundamento la Dra. Highton de Nolasco y el Dr. Maqueda, en voto concurrente, también declaran la inconstitucionalidad de la normativa impugnada por la recurrente, aplicando un “estándar intenso de control en materia de igualdad”, pero sosteniendo que en el caso no regía, en principio, la presunción de

³²⁹ Ibidem

inconstitucionalidad de la reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros ³³⁰.

Opiniones que se respaldan en el Art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes textualmente dice: “Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella ya a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social**”.

El Art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, **origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición**”.

El Art. 1.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos proscribiera cualquier tipo de discriminación no solo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, etc. sino también por razones de “**origen.... social, posición económica y cualquier otra condición social**”.

2.3. Frente a normas regresivas en materia de derechos sociales, económicos y culturales:

³³⁰ Eduardo E. Curutchet. *Hacia un control de constitucionalidad más estricto de las normas del derecho del trabajo?* Phhttp://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional CNCiv, sala H, 16-12-2002, "Fundación de Mujeres en Igualdad y OTro C/Freddo SA S/Amparo"; LL, t. 2003-B, p.968 con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas “Las acciones contra la discriminación. La discriminación inversa.

La “jurisprudencia” internacional aplica el criterio de control estricto frente a normas “regresivas” en materia de derechos sociales, económicos y culturales. Este principio aparece consagrado en el Art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica, en los siguientes términos:

“Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Y más claramente en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que textualmente dispone:

“Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

En el Art. 11 inc. 1, por el que los Estados han reconocido el derecho de toda persona "a una mejora continua de las condiciones de existencia" ³³¹

³³¹ Eduardo E. Curutchet. *Hacia un control de constitucionalidad más estricto de las normas del derecho del trabajo?* Phhttp://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional (CSJN, 26-10-2004 "Milone, Juan Antonio c/Asociart S.A. ART s/accidente -ley 9688", cons. 6, Fallos 327:4607).

Los Estados han adoptado el principio de no irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa de los derechos sociales, principios que asientan la no regresividad de los derechos fundamentales. Con un tono más próximo a la no regresividad que a la progresividad algunos Estados ha optado por promover medidas de acción positivas que garanticen... el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”

En el ámbito del derecho internacional del trabajo tuvo recepción en el apartado 8 del art. 19 de la Constitución de la OIT, por el cual se dispone que la ratificación de un convenio o la adopción de una recomendación de la O.I.T. no puede menoscabar "cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuran en el convenio o en la recomendación".

Y es justamente por aplicación del principio de progresividad, que se exige una carga de justificación mucho más severa de las medidas que puedan catalogarse como “regresivas”. Al respecto dicen Abramovich y Courtis³³² que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha fijado los términos del posible marco argumental del Estado, cuando pretende justificar la validez de una norma regresiva: “por un lado, la medida regresiva solo se justifica si el Estado

El art. 39. 3 dispone “En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, **progresividad** y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador”

³³² El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17 del 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas al Consejo en la parte IV del Pacto

demuestra que ha considerado cuidadosamente medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir aquella...

Por otro lado, el Comité también establece las condiciones y contenido de la posible justificación: la medida deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que dispone...". Concluyen los autores citados que "la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente vedados: conlleva, de antemano, una presunción de ilegitimidad de la medida, y conduce a la necesidad de realizar un escrutinio estricto o un severo control de razonabilidad y legitimidad de la medida y del propósito de la norma, quedando a cargo del Estado la prueba de su justificabilidad". De modo que, siguiendo a los mencionados autores: "... el impugnante de una norma podría trasladar la carga de demostrar su razonabilidad, si logra acreditar *prima facie* que dicha norma es regresiva..." agregando que "lo será, en principio, partiendo de la definición del art. 2 del PIDESC, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma".

Sin duda el voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni en la causa Aquino, se desenvuelve también en este terreno al calificar a la Ley de Riesgos del Trabajo como:

"Un retroceso legislativo en el marco de protección" alcanzado, que "pone a esta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular" el cual "está plenamente informado por el principio de progresividad".

En dicho voto los Dres. Petracchi y Zaffaroni citan la doctrina del órgano de supervisión e interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos

Sociales y Culturales (PIDESC), el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) (“interprete autorizado del PIDESC”, conforme lo expresan en el considerando 8), según la cual “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3 y Observación General 15)

Acerca del estricto control de constitucionalidad Eduardo García de Enterría³³³ sostiene que la aplicación de la Constitución vincula inmediatamente a la totalidad de los jueces y tribunales del sistema y no sólo al Tribunal Constitucional, y que esa vinculación directa incluye las siguientes necesarias aplicaciones de la norma suprema (...):

1. Enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes antes de su aplicación.
2. Juicio de “posibilidad” de inconstitucionalidad de la ley aplicable al proceso como resultado de dicho enjuiciamiento previo, supuesto en el cual el juez o tribunal de que se trate deberá plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional.
3. Juicio positivo de constitucionalidad de la ley aplicable al proceso, como resultado del mismo enjuiciamiento previo, juicio positivo que condiciona cualquier aplicación de cualquier ley.

³³³ García de Enterría Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid: civitas. 1985. Pág 63 a103. Disponible en: http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/V._Eduardo_Garcia_de_Enterria_1_%20bis.pdf

4. Juicio de inconstitucionalidad de reglamentos, como previo a cualquier aplicación de los mismos, con la consecuencia de la inaplicación pura y simple de los reglamentos que se estimen inconstitucionales.

5. Juicio de inconstitucionalidad de los actos jurídicos públicos (administrativos, Judiciales) y privados y negación de la validez de estos actos cuando se concluya en su inconstitucionalidad.

6. Interpretación conforme a la Constitución de la totalidad del ordenamiento, tanto de Leyes como de reglamentos.

Capítulo V: Bolivia periodo de 1999-2011 entre el control de constitucionalidad y el control de legalidad

La preocupación del Derecho ya no debe ofuscarse en identificar el método o corriente interpretativa que adopta un juez a momento de decidir una causa, tampoco puede apostar al Juez Hércules imparcial, ético, responsable, estudioso, crítico, actualizado en temática de derechos fundamentales sean civiles, políticos, económicos y sociales. Si los jueces son elegidos o designados. Los datos nos ha demostrado que a la hora de fallar a favor de los derechos fundamentales pesan otras variables como si la ley es contemporánea o no es contemporánea.

Es un hecho indudable que en control de constitucionalidad tiene sede administrativa, por lo que las respuestas deben emerger del mismo Derecho, o los modelos de control de constitucionalidad se reestructuran buscando la visión del origen del constitucionalismo que fue limitar el poder político garantizando derechos, y libertades, re materializándolos en una triple dimensión son derechos- principios – garantías restituyendo a la justicia ordinaria la facultad que le ha sido secuestrada, la posibilidad de declarar inaplicabilidad de normas cuando categorías sospechosas o derechos preferentes se ven afectados por la inflación normativa han conducido a priorizar la mora procesal sobre los derechos fundamentales, conculcando derechos como de igualdad ante la ley, ley anterior al proceso.

El control constitucional según la orientación de la interpretación constitucional se encuentra íntimamente ligado con la interpretación de la ley fundamental, problema complejo que aún no acaba de discutir la doctrina -y probablemente no lo hará-, pues *"el control de constitucionalidad supone realizar un contraste entre una norma legal y otra constitucional, para determinar si la primera es compatible con la segunda"* lo que necesariamente entraña determinar el alcance del supuesto normativo de alguna disposición constitucional, mediante

la atribución a ésta de un significado específico y claramente delimitado. De acuerdo con este criterio, control constitucional se clasifica en: a) Abstracto y b) Concreto. Esta división tiene su origen en la doctrina jurídica alemana. A fin de posicionar el tema, hagamos una última aclaración:

El control abstracto de la constitucionalidad se aplica a normas generales ordinarias, radica en la comparación entre éstas y los preceptos de la Constitución, con el fin de determinar si contravienen, o no, las disposiciones contenidas en la norma suprema, con absoluta independencia de su modalidad de aplicación; es decir, en esta clase de control no se estudiará un caso concreto en el cual sea aplicada la norma ordinaria impugnada, cuyos elementos contingentes podrían limitar y determinar la percepción del sentido de las normas constitucional y ordinaria en cuestión, y determinar la decisión de inconstitucionalidad que se busca.

El control concreto involucra la existencia de un caso específico de aplicación de una norma general, que afecta a determinados sujetos con diversas particularidades que lo singularizan, y otorgan una perspectiva especial a la forma de aplicar las normas jurídicas en juego.

La diferencia entre la interpretación abstracta o concreta gravita en la orientación. El control abstracto requiere una interpretación orientada por el texto de la norma constitucional, en tanto el concentrado la interpretación es orientada también por los hechos particulares a estudio, denominadas respectivamente por Jerzy Wróblewski interpretaciones *text-oriented* y *facts-oriented*, y que debido a sus mencionadas discrepancias obtienen diferentes resultados.

Como se puede apreciar las diferencias entre estos dos instrumentos de control de constitucionalidad son esenciales, el control abstracto de constitucionalidad da lugar a un examen de calidad de la producción de normas ya sea en su forma o en el contenido y que funciona inter órganos productores de normas. En cambio el control concreto de constitucionalidad o cuestión de constitucionalidad resulta ser un examen de aplicación de derechos, garantías,

valores y principios en sede judicial o administrativa, que nos permite analizar qué derechos, principios, valores o garantías son reclamados.

El control concreto se lo activa en Bolivia a través del Recurso Incidenta de Inconstitucionalidad /Acción de Inconstitucionalidad Concreta.

En el caso boliviano el control difuso al igual que en otros países es un institución jurídico constitucional por construir. No obstante la eficacia del control de constitucionalidad encargado a las autoridades administrativas y judiciales en la dirección de los procesos a su cargo a través del Recurso/ Acción Incidenta de Inconstitucionalidad en resguardo de los derechos, principios y garantías constitucionales no son alentadores. Sin embargo nos ha permitido constatar que derechos, principios, valores y garantías más reclamados en procesos judiciales y administrativos.

Como resultado de los Autos y Sentencias Constitucionales examinados en periodo la investigación no ha permitido constatar los problemas jurídicos con los que tropiezan las personas respecto del tratamiento constitucional que se ha dado a derechos de: seguridad jurídica, los conflictos provocados entre las normas respecto de los principios constitucionales, derechos como la irretroactividad de la ley, el derecho a juez natural, a la tutela oportuna, conflictos de supremacía constitucional, exclusión de control de constitucionalidad sobre normas administrativas, cambio de líneas jurisprudenciales que afectan la igualdad ante la ley y el debido procesos, la etapa de transición por reformas constitucional o legislativa. Constituyendo este el material de fondo los iremos desarrollando y analizando en cada subtítulo. Con el fin de establecer que la eficacia del control difuso en procesos administrativos y judiciales requiere de una reingeniería procedimental constitucional. Que nos permiten sustentar:

1) La eficacia del control difuso de constitucionalidad como mandato imperativo depende de variantes subjetivas como la formación, honestidad, actualización permanente de funcionarios públicos y judiciales por lo que

estos factores actúan en desmedro de los derechos fundamentales de las personas.

2) Para un eficaz control difuso de constitucionalidad en lo que hace a la garantía de la acción /recurso de incidental de inconstitucionalidad se precisa de modificaciones que contemple a) la implementación del estricto control de constitucionalidad sobre la legislación reglamentaria lo que significa instituir en el sistema jurídico boliviano la presunción de inconstitucionalidad de decretos y demás resoluciones b) degradar la presunción de constitucionalidad de las leyes a una presunción de legalidad de las leyes presumiendo en su lugar la presunción de constitucionalidad de los derechos en los procesos judiciales y administrativos.

3) En los procesos administrativos será necesario instituir silencio positivo a favor a favor del recurrente en todas sus instancias.

4) Restitución del Recurso Contencioso Administrativo, la reforma constitucional última ha sido cercenada como atribución de la Corte Suprema de Justicia hoy Tribunal Supremo de Justicia y ha quedado como exclusiva atribución del Tribunal Agroambiental consideramos que la coexistencia de la procedencia en ambas sedes judiciales beneficiaria a la protección de derechos fundamentales: uno que hace al ámbito patrimonial de las personas en oposición a los bienes del Estado y otra que resuelva la distribución y aprovechamiento de los recursos naturales.

5) La procedencia del Recurso Contencioso Administrativo como mecanismo de definición de la oposición del bien público y el bien privado sin atribuírsele control de legalidad que encubre control de constitucionalidad.

Sin estos re planteamientos la eficacia del control difuso de constitucionalidad tanto como mandato imperativo, cuanto dentro de los Recursos Incidentales de Inconstitucionalidad hoy Acciones de

Inconstitucionalidad Concreta mantendrá una existencia inerte como hasta el presente.

Propuesta que significa reposicionar los principios y las garantías constitucionales en cuanto sí estos constituyen derechos fundamentales en igual dimensión que los derechos civiles, políticos, económicos y sociales como normas operativas e imperativas de directa aplicación.

I. Control de constitucionalidad por vía de la excepción datos y cifras

Primera Constatación: Densidad De RII/All en procesos judiciales y administrativos

- De los 2.021 expedientes 1.418 corresponden a procesos judiciales y 603 a procesos administrativos.
- Sólo 34 son promovidos de oficio por el juez o la autoridad administrativa lo que significa que 1.987 son promovidos a instancia de parte.
- De los 2.021 expedientes sólo 1.331 cuentan con auto constitucional o sentencia constitucional.

Segunda Constatación: Rechazo del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad por la autoridad judicial o administrativa, rechazo que en instancia de revisión es aprobado por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional.

- De los 1.331 que son rechazados por la autoridad judicial o administrativa en 1.006 la Comisión de Admisión del Tribunal aprueba el rechazo.

- En 2 casos se produce el rechazo por la autoridad judicial o administrativa. Sin embargo la Comisión de Admisión ordena devolución y subsanada la observación, el recurso es declarado improcedente, es decir aprueba el rechazo inicial.
- En 7 casos autoridad judicial o administrativa rechaza el recurso y la Comisión de Admisión declara improcedencia, utilizando éste término en lugar de aprueba rechazo.
- En 22 casos la autoridad Administrativa o Judicial rechaza el recurso y la Comisión de Admisión utiliza en lugar de aprueba-rechazo, la declaración de rechazo (constituyendo un rechazo, rechazo)

Los apelativos que ha adopta la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional para expresar la negación del recurso o acción, son tres: aprueba el rechazo, rechaza, o declara improcedente. Lo que en acarrea en el fondo simplemente la ratificación del rechazo inicial pronunciado por la autoridad judicial o administrativa, sin ingresar al tratamiento de fondo cual es la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Tercera Constatación: Modificación del rechazo inicial.

- Son 43 casos en los que la autoridad judicial o administrativa rechaza el recurso incidental de inconstitucionalidad y la Comisión de Admisión modifica esta primigenia situación de rechazo revocando, admitiendo o promoviendo el recurso o la acción de inconstitucionalidad, para posteriormente de todas formas declarar su improcedencia.
- Son 16 casos en los que la Comisión de Admisión pese a revocar el rechazo de la autoridad judicial o administrativa termina declarando la constitucionalidad de la norma impugnada.

- En 4 casos el rechazo de la autoridad judicial o administrativa es revocada para declarar en los cuatro la inconstitucionalidad parcial en consecuencia la constitucionalidad parcial.
- Un caso presenta con voto disidente motivo de análisis posterior.
- Un caso en el que la autoridad judicial o administrativa rechaza, se plantea reposición para luego declarar infundado el recurso.
- Son 2 casos en los cuales la autoridad judicial o administrativa rechaza el recurso y la Comisión de Admisión revoca el rechazo y se declara la inconstitucionalidad de las normas impugnadas.
- Finalmente un caso en el que la Comisión de Admisión el rechaza en pero reconoce error en la tramitación.

Cuarta Constatación: Casos en los que la autoridad judicial o administrativa admite el control de constitucionalidad a través del Recurso o Acción incidental de inconstitucionalidad.

- Son 46 casos en los que las autoridades judiciales o administrativas han admitido el recurso o la acción incidental de inconstitucionalidad y es la Comisión de Admisión la que revoca dicha admisión declarando su rechazo. Cabe advertir dos aspectos de fondo: 1) que la admisión por la autoridad judicial o administrativa según la norma positiva ley 1836 debe ser tratada por el Tribunal Constitucional y no por la Comisión de Admisión 2) que dicho procedimiento de revisión neutraliza y anula el control difuso de constitucionalidad, ambas puntualizaciones afectan el ejercicio de derechos fundamentales.
- Es 1 caso en el que la autoridad judicial o administrativa admite el recurso o acción incidental y la Comisión de Admisión ordena devolución para luego Revocar.
- En 1 caso se presenta un trámite con doble devolución.
- En 2 casos es admitido el recurso por la autoridad judicial o administrativa y la Comisión declara fundado en parte.

- Son 11 casos en los que la autoridad judicial o administrativa admite y la comisión admite y se declara la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas.
 - En 1 caso la autoridad judicial y administrativa admite luego la Comisión de Admisión devuelve y finalmente igual se declara improcedente.
 - Un caso de desistimiento.
 - Son 2 casos en los que habiendo admitido la autoridad se declara la inconstitucionalidad parcial y la constitucionalidad parcial de la norma impugnada.
 - En 4 casos admitidos por la autoridad judicial o administrativa y la Comisión de Admisión declara nulidad y la autoridad judicial o administrativa en un re análisis cambia de opinión rechazando el recurso o acción y la Comisión de Admisión en consecuencia aprueba el rechazo.
 - Son 11 casos en los que la autoridad judicial o administrativa admite el recurso o acción de inconstitucionalidad y se declara la constitucionalidad de las normas impugnadas que el los hechos significa un rechazo o revocatoria del recurso.
 - En 64 casos la autoridad judicial o administrativa admite y la Comisión de Admisión declara infundado o improcedente el recurso.
 - En 1 caso se admite se declara inconstitucionalidad con voto disidente.
 - Y finalmente en 1 se admitido por la autoridad, la Comisión de Admisión declara la inconstitucionalidad en parte.

Quinta Constatación: Corresponde a los casos en los que el Recurso o Acción es incoado de oficio de los 1.331.

- Son 16 son promovidos por los jueces y rechazados por la Comisión de Admisión.
- En 1 caso de oficio el auto que promueve el recurso es revocado por la Comisión de Admisión para su posterior rechazo por la propia Comisión.

- En 12 casos promovidos de oficio estos son declarados infundados o improcedentes.
- En 1 caso es declarado fundado el recurso.
- En 4 casos si bien es promovido de oficio se declara constitucionalidad de las normas.
- Finalmente un caso acción es retirada también de oficio.
- En ningún caso de oficio es declarada la norma inconstitucional.

Sexta Constatación: Se ha agrupado en este segmento las resoluciones sobre la acción incidental de inconstitucionalidad o recurso incidental de inconstitucionalidad que tienen una forma especial de manifestación procesal.

- En 8 hay órdenes de devolución.
- En 1 resuelve pedido de acceso fotocopias.
- En 1 consulta extemporánea.
- En 1 enmienda.
- En 6 de desistimiento.
- En 3 casos se plantea reposición.
- En 1 caso se pide acumulación.
- En 2 de los casos la parte retira el recurso.
- En 7 casos se observa que han sido presentados directamente al Tribunal Constitucional sin seguir el procedimiento estipulado en la Ley 1836.
- En 1 caso se declara error en el procedimiento.
- En 1 caso se resuelve establecer efecto diferido.
- En 8 casos se constata la inexistencia de proceso judicial o administrativo.
- En 2 casos se ordena reparar defectos legales.
- En 1 caso la resolución determina la ausencia de legitimación.
- En 1 caso se advierte la fundamentación de voto disiente.

TABLA 44: RII RECHAZO EN PROCESO JUDICIAL O PROCESO

RECURSO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD / ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCRETA: EN PROCESO JUDICIAL O ADMINISTRATIVO CON RECHAZO POR EL JUEZ/TRIBUNAL /AUTORIDAD RECHAZA											
Expediente	Rechaza Aprueba	Rechaza Devolución Aprueba Improc.	Rechaza Improc.	Rechaza Rechaza Aprueba	Rechaza Revoca Admite Improc.	Rechaza Revoca Const	Rechaza Admite Parcial Const/ Inconst	Rechaza Aprueba Voto Disidente	Rechaza Reposición Admite Infundado	Rechaza Revoca Incons	Rechaza Error
625-717	25			1							
718-734	14										
735-975	225										
976-1198	155	2	2	8	7	3	1		1		
1199-1439	163		3	13	9	7	3	1		1	
1440-1679	166				15	3				1	1
1680-1901	187										
1902-2032	71		2		12	3					
Total 1.105	1.006	2	7	22	43	16	4	1	1	2	1

**ADMINISTRATIVO
ELABORACIÓN PROPIA**

TABLA 45: RII ADMISIÓN EN PROCESO JUDICIAL O PROCESO ADMINISTRATIVO

RECURSO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD / ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCRETA: EN PROCESO JUDICIAL O ADMINISTRATIVO CON ADMISIÓN POR EL JUEZ/TRIBUNAL /AUTORIDAD													
Expediente	Admite Revoca Rechaza	Admite Devolución Revoca Rechaza	Admite Re devolución	Admite Fundado en Parte	Admite Admite Inconst.	Admite Devolución Improcedente	Admite Desiste	Admite Parcial Const. Inconst	Admite Nulidad Rechaza Aprueba	Admite Const	Admite Infundado	Admite Inconst. Voto disidente	Admite Inconst. Parte
625-717	1												
718-734													
735-975	8												
976-1198	18	1	1		1	1							
1199-1439	17				3			1	1	5	2		
1440-1679					3				3	2	33		
1680-1901					2			1		3	23	1	1
1902-2032	2			2	2		1			1	6		
Total 146	46	1	1	2	11	1	1	2		11	64	1	1

TABLA 46: RII EN PROCESO JUDICIAL O PROCESO ADMINISTRATIVO DE OFICIO

RECURSO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD / ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCRETA: EN PROCESO JUDICIAL O ADMINISTRATIVO DE OFICIO JUEZ/TRIBUNAL/AUTORIDAD									
Expediente	Oficio Rechaza	Oficio Revoca Rechaza	Oficio Infundado improcedente	Oficio Fundado	Oficio Inconst	Oficio Const	Oficio Parcial Const. Inconst.	Oficio Retira	Voto disidente
625-717									
718-734									
735-975	4								
976-1198	5	1	5			1			1
1199-1439	7						1		
1440-1679			2	1		2			
1680-1901			3						
1902-2032			2			1		1	
Total 37	16	1	12	1	0	4	1	1	1

ELABORACIÓN PROPIA

TABLA 47: OTRAS MODALIDADES DE RESOLUCIÓN

Expediente	Devolución	copias	Consulta Extemporánea	Enmienda	Desistimiento	Reposición
625-717	2		1			
718-734	1					
735-975		1			3	
976-1198					2	3
1199-1439	1			1	1	
1440-1679	2					
1680-1901	1					
1902-2032	1					
Total 20	8	1	1	1	6	3

Expediente	Acumulación	Retiro	Directo Tribunal	Error	Diferido	Sin Proceso	Repare Defectos	Sin Legitimación
625-717								
718-734								
735-975								
976-1198		1	1					
1199-1439	1							
1440-1679			4	1	1			
1680-1901								
1902-2032			2			8	2	1
Total 22	1	1	7	1	1	8	2	1

ELABORACIÓN PROPIA

1. Categorías sospechosas en el control de constitucionalidad boliviano.

1.1. Derecho a la seguridad jurídica disposiciones y normas transitorias constitucionales y legales.

Hit et nunc (aquí y ahora) ¿qué valor podemos decir que tiene la Constitución?

Arturo Hoyos el valor de la Constitución en el Estado de Derecho actual se puede apreciar en cinco grandes temas;

- Instrumento de defensa de la democracia y liberación de la opresión política.
- La consagración de los derechos fundamentales y medios de defensa
- Regulación y control de la competencia del ejercicio del poder político.
- Una de las bases del desarrollo económico.
- Un modelo para la conducción de las relaciones internacionales.

Los países industrializados se preocupan por el valor de la Constitución para garantizar efectivamente las libertades públicas ante acciones tomadas por los órganos políticos del Estado para combatir el terrorismo. Como las llamadas ‘declaraciones de promulgación de leyes’ (*signing statements*) en virtud de las cuales el Presidente americano al firmar una ley aprobada por el órgano legislativo declara que la misma no es obligatoria para la administración, porque a su juicio infringe las potestades constitucionales del Presidente en lo relacionado a las relaciones internacionales y la guerra contra el terrorismo.³³⁴

En América Latina el valor de la Constitución no son los mismos que hace un par de décadas cuya preocupación era salir de los regímenes militares y se valoró la Constitución como un freno a los abusos y vehículo para transportarse fuera de las dictaduras. Hoy la Constitución tampoco asume un valor unívoco. En algunos países se estima la posibilidad de adoptar una nueva Constitución como instrumento de una revolución política.

No hay que perder de vista que una visión únicamente instrumentalista de la Constitución, sin matiz alguno, es peligroso para el Estado de Derecho dentro del cual las normas jurídicas y los derechos fundamentales que protegen contra las mayorías políticas tienen un valor intrínseco. Como señala el jurista norteamericano Brian Tamahana “ en situaciones de agudo desacuerdo sobre el bien común , cuando el derecho se ve como un instrumento, los individuos y grupos sociales trataran de asumir el control o manipular el derecho de cualquier manera posible para promover sus fines”³³⁵

³³⁴ Hoyos. La interpretación de la Constitución. Pág. 20

³³⁵ *Ibíd.* Pág. 21

Por lo que es imprescindible recordar la Kelsen cuando hacía referencia a: Si una Constitución no fuera la primera, su razón de validez se encuentra en la Constitución anterior, que, a su vez, confería validez a las normas del orden jurídico por ella informada. Surge, entonces, el problema de saber si, en esa hipótesis, se verifica una relación de incompatibilidad horizontal, o, al contrario, ocurre una relación de incompatibilidad vertical. Aquella se refiere a un vínculo intertemporal de normas, en la conformidad al principio *lex posterior derogat priori*. La doctrina sólo admite incompatibilidad horizontal entre normas del mismo nivel, lo que no se da entre la Constitución y las leyes ordinarias o complementarias.³³⁶ Constituciones existen o existirán que, expresamente, admiten el principio de incompatibilidad horizontal entre ellas y las normas inferiores prescribiendo la abrogación de leyes, decretos y reglamentos. Otra medida o principio es que subsistan las normas que son compatibles con la nueva estructura y nuevas reglas jurídicas. La eficacia abrogativa constitucional puede ser explícita o implícita. De ahí la importancia de las disposiciones transitorias en la Constitución como en las leyes, ya que los caminos son: 1) el de la continuidad del orden jurídico bajo la nueva Constitución en aquello que no le contrariase explícita o implícitamente b) la de la abrogación de las normas anteriores contrarias, por incompatibilidad vertical explícita o implícitamente.

Una Constitución entra en vigor, no siendo la primera encuentra normas jurídicas vigentes válidamente, por fuerza del régimen constitucional precedente. Aparece, entonces, la cuestión de la continuidad de la legislación anterior, es la previsión constitucional reformadora la que resuelve la cuestión confirmándoles eficacia cuando no la contrarían. Este es el llamado principio de continuidad del ordenamiento jurídico precedente en aquello en que atiende al principio de compatibilidad con el nuevo orden constitucional. Es el nuevo orden constitucional

³³⁶Da Silva José Afonso. Eficacia normas constitucionales y orden Jurídico. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1000/11.pdf>

el que las revalida su fundamento de validez reside en la nueva Constitución, no en la vieja. Este es el fenómeno de recepción de la ley anterior o de eficacia constructiva de las normas constitucionales.

¿Cuál es la fuerza normativa inmediata que comienza a regir, sobre todo si omite prescribir expresamente cuáles normas del derecho preexistente se mantienen, cuales quedan abolidas, cuales tiene que ser readaptadas? Se pregunta Bidart Campos³³⁷

Encrucijada que nos lleva a dos doctrinas: la de la ultractividad que como principio realiza la siguiente disquisición, todo derecho personal y toda situación subjetiva que se ha adquirido y consolidado en aplicación de una norma de la Constitución anterior debe respetarse a futuro. Dos ejemplos valen para comprender la hipótesis:

- a) Si una nueva norma constitucional estableciera dominio público de bienes que hasta entonces eran de dominio privado y no previera indemnización hacia futuro, empero reconociera indemnización a los casos en trámite. Estos derechos adquiridos serían reconocidos conforme al derecho preexistente, en el texto anterior a la enmienda, en consecuencia la anterior norma constitucional prolongaría su fuerza normativa impidiendo dañar retroactivamente los derechos adquiridos.
- b) Si la nueva norma constitucional aboliera la inamovilidad funcionaria de funcionarios vitalicios y estableciera periodo de mandato para los nuevos funcionarios a nombrarse previendo mandato vitalicio de los que accedieron a la función pública bajo esa modalidad de designación, la anterior norma constitucional prolongaría su fuerza normativa impidiendo dañar retroactivamente los derechos adquiridos.

³³⁷ Bidart Campos German. El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Ed. Ediar. Buenos Aires. 1995. Pág 271

La doctrina de la inconstitucionalidad sobreviniente exhibe una faz diferente de la fuerza normativa de la constitución, en la que cualquier norma infra constitucional que es anterior a la constitución nueva o a su reforma aparece como violatoria y discordante de las normas constitucionales novedosas, incurriendo en inconstitucionalidad sobreviniente porque ha entrado en vigencia una norma constitucional.

“Convendría diferenciar dos cosas o aspectos una constitución puede disponer la derogación de normas anteriores a ella simplemente porque el constituyente no desea que persistan o porque la reputa inconvenientes o anacrónicas; pero también puede derogar otras porque las advierte en oposición a ella. (...) en cambio, la derogación por incompatibilidad se basa en la inconstitucionalidad sobreviniente que esa incompatibilidad provoca. (...) esta inconstitucionalidad sobreviniente es la causa o la razón de una consecuencia: por la inconstitucionalidad, el derecho preexistente opuesto queda derogado.”³³⁸

Las Constituciones bolivianas, salvo algunas, contemplaron indistintamente la fórmula que establecía que quedaban derogadas o abrogadas leyes, decretos y resoluciones que se opongan o que sean contrarias a la C.P.E. La Constitución de 1967 no realizó ninguna referencia abrogatoria o derogatoria, La Constitución 1993-1995 optó por la abrogación de las leyes y disposiciones que se opongan, sin embargo en las cinco disposiciones transitorias dispuso la ultraactividad o principio de continuidad institucional mantuvo las atribuciones de la Corte Suprema mientras se conformaba el Tribunal Constitucional, la aplicación de nuevos mandatos previa conclusión de los mandatos fijados en la anterior Constitución, mantuvo también la Ley de juicio de responsabilidades. El texto constitucional refrendado estableció de forma expresa la abrogación de la Constitución de 1967 y sus reformas posteriores, estipulando diez disposiciones transitorias que no establecen reconocimiento de la constitucionalidad preexistente hacen referencia a plazos en que la Asamblea Legislativa

³³⁸ Ibídem. Pág. 280

Plurinacional elaborará las leyes para la nueva institucionalidad. La ultraactividad, se operó de hecho, tan así que la Ley 1836 (Tribunal Constitucional) rigió de 2009 – 2010 y rigen, aún ahora leyes como el Defensor del Pueblo.

Los efectos abrogatorios de las reformas constitucionales han identificados como producto de la reforma de 1993- 1995 y la reforma de 2009 la primera con principio de ultraactividad y la segunda sin principio de ultraactividad.

TABLA 48: SEGURIDAD JURIDICA EN PERIODOS DE TRANSICIÓN

Ultraactividad		Inconstitucionalidad sobreviniente
	<p style="text-align: center;">1008 SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0021/2005 Expediente: 2004-09797-20-RII</p> <p style="text-align: center;">Demandando la inconstitucionalidad de la Ley de 7 de octubre de 1868, por ser presuntamente contraria a los arts. 59.1ª y 36 de la Constitución Política del Estado (CPE) de 1868.</p> <p style="text-align: center;">Ley 1868 Charapaya- Tapacari Ley 1905 Charapaya- Ayopaya</p> <p style="text-align: center;">Problemática: Codificación Electoral Certificados de nacimiento.</p> <p style="text-align: center;">INFUNDADO</p> <p style="text-align: center;">"...no es posible el planteamiento de la autoridad que promovió el recurso de realizar el juicio de constitucionalidad respecto a la Constitución de 1868, sino que debe serlo a la luz de la Constitución vigente."</p>	¶
	<p style="text-align: center;">1078 AUTO CONSTITUCIONAL 281/2007 Expediente:2007-15956-32-RII</p> <p style="text-align: center;">Contra el art. 8 de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Reforma Educativa (LRE), por vulnerar los arts. 7 inc a), 109 y 110 de la Constitución Política del Estado (CPE).</p> <p style="text-align: center;">que en vigencia de la Constitución Política del Estado de 1967, el 7 de julio de 1994, fue promulgada la Ley de Reforma Educativa, pero al aprobarse la nueva Constitución, mediante Ley 1585 de 12 de agosto de 1994, se modificó el art. 109 Constitucional, al otorgar al Prefecto en el parágrafo II, la atribución de designar y tener bajo su dependencia a los subprefectos en las provincias y corregidores en los cantones que en vigencia de la Constitución Política del Estado de 1967, el 7 de julio de 1994, fue promulgada la Ley de Reforma Educativa, pero al aprobarse la nueva Constitución, mediante Ley 1585 de 12 de agosto de 1994, se modificó el art. 109 Constitucional, al otorgar al Prefecto en el parágrafo II, la atribución de designar y tener bajo su dependencia a los subprefectos en las provincias y corregidores en los cantones</p> <p style="text-align: center;">art. 5 de la Ley de Descentralización Administrativa (LDA), confirió al prefecto la atribución de administrar, supervisar y controlar por delegación del gobierno, los recursos humanos y las partidas presupuestarias asignadas al funcionamiento de los servicios personales de educación, salud y asistencia social</p> <p style="text-align: center;">Problemática: produjo conflicto de competencia CONSTITUCIONALIDAD</p>	¶

¶	<p>1170 AUTO CONSTITUCIONAL 561/2006-CA Expediente: 2006-14641-30-RII</p> <p>Contra el art. 4.II de la Ley de Sustanciación y Resolución de los Juicios de Responsabilidades contra el Presidente de la República, Vice Presidente, Ministros de Estados y Prefecto de Departamento Juicios de Responsabilidades contra el Presidente de la República, Vice Presidente, Ministros de Estados y Prefecto de Departamento</p> <p>Problemática : Jurisdicción especial Jurisdicción ordinaria.</p> <p>APRUEBA RECHAZO</p>	
¶	<p>1804 SENTENCIA CONSTITUCIONAL N° 12/02 Expediente: 2001-03711-08-RII</p> <p>Impugna la constitucionalidad del art. 103-7) de la Ley de Organización Judicial, así como de los arts. 265, 266, 267, 268, 269 y 270 del Código de Procedimiento Penal de 1972; sus antecedentes, y La Constitución Política del Estado sancionada por Ley N° 1585 de 12 de agosto de 1994, no ha conservado la atribución conferida a las Cortes Superiores de Distrito de juzgar en Caso de Corte a los Alcaldes, Concejales Municipales</p> <p>Problemática: modificación caso de corte INFUNDADO</p> <p>por ya haber sido declaradas las normas inconstitucionales mediante Sentencia N° 038/2000 de 26 de junio de 2000</p>	
	<p>SC 0076/2005 Expedientes : 2005-12375-25-RDI</p> <p>Contra la Ley 3089 reforma constitucional modificación sucesión constitucional llamado a elecciones generales del Decreto Supremo (DS) 28228, de 6 de julio de 2005, por vulnerar los arts. 2, 33, 81, 86, 87.I, 60.VII, 65, 91, 92, 116.IX, 228, 229, 230, 231 y 233 de la Constitución Política del Estado (CPE) en actual vigencia y 93.III de la Constitución de 1994.</p> <p>Problemática: Reducción mandato de diputados y senadores INFUNDADO</p>	¶

ELABORACIÓN PROPIA

La línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Bolivia aplica tanto la corriente de inconstitucionalidad sobreviniente en 3 casos como el de la ultraactividad en 2 casos. Las personas a las que se aplica ultraactividad sienten sus derecho adquiridos se encuentran amparados.

De igual manera la fuerza normativa de la Constitución guarde conexitud necesaria con la retroactividad de la sentencia que declara que declara la inconstitucionalidad de una norma o no. Hay sistemas que otorgan al Tribunal Constitucional la facultad de decidir si el efecto de las sentencia será (*ex nunc*) para el futuro de allí para adelante, o bien si retrocederá hasta el pasado (*ex tunc*).

Quando la Sentencia retrocede al pasado (*ex tunc*) lo que se ventila es la pureza del ordenamiento jurídico y que la validez o invalidez de las normas impugnadas se ha de decidir “*ex origine*” lo que equivale a decir desde su nacimiento, desde que la norma entro en vigor, la doctrina le asigna a la declaración de inconstitucionalidad una naturaleza *declarativa*. A la inversa cuando el efecto va hacia adelante hacia el futuro con y desde la sentencia de inconstitucionalidad, suele afirmarse que esa sentencia reviste naturaleza *constitutiva* porque la norma fue válida hasta que se declaró su inconstitucionalidad, y fue la sentencia la que constituyó esta inconstitucionalidad.

**TABLA 49: SENTENCIAS CONSTITUCIONALES RETROACTIVAS
IRRETROACTIVAS**

<i>Ex nunc</i>	Control de Constitucionalidad	<i>Ex tunc</i>
	<p>SC 006/10 Expediente: 2007-15843-32-R11</p> <p>En ese orden, la Constitución, al ser reformada o sustituida por una nueva, mantiene su naturaleza jurídica, dado que ontológicamente sigue siendo la norma suprema y fundamental dentro de un Estado, por lo mismo, en razón a su exclusiva naturaleza jurídica, su operatividad en el tiempo no es semejante a la de las normas ordinarias; es así que los preceptos de una Ley Fundamental al entrar en vigencia, deben ser aplicados de forma inmediata, aún en casos pendientes de resolución iniciados con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política del Estado</p>	¶
	<p>SC0021/2005 Expediente:2004-09797-20-R11</p> <p>Empero, se debe aclarar enseguida, que el presente se trata de caso de inconstitucionalidad sobreviniente, en el que se debe analizar la constitucionalidad de una norma promulgada con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución, para establecer si es o no compatible con ésta, por lo que no es posible el planteamiento de la autoridad que promovió el recurso de realizar el juicio de constitucionalidad respecto a la Constitución de 1868, sino que debe serlo a la luz de la Constitución vigente.</p>	¶
	<p>SC 0025/2010 Expediente: 2007-16335-33-R11</p> <p>Siguiendo el criterio anteriormente expresado y tratándose específicamente de las acciones de inconstitucionalidad, el juicio o test de constitucionalidad debe ser realizado con la Constitución Política del Estado vigente, así se trate de normas jurídicas o resoluciones de contenido normativo dictadas con anterioridad a su vigencia, es decir, nacidas a la vida jurídica bajo el anterior régimen constitucional.</p>	¶

	<p>SC 1426/2005-R Expediente: 2005-11458-23-RAC</p> <p>“al entendimiento anotado, lo que un considerable número de Constituciones prohíbe es la aplicación retroactiva de la ley y no así de la jurisprudencia y, en consecuencia, es posible aplicar un nuevo entendimiento jurisprudencial a casos pasados, siempre y cuando -claro está- la disposición interpretada exista al momento de producirse los hechos”.</p>	¶
	<p>SC 1135/2006-R Expediente: 2006-13351-27-RAC</p> <p>la SC 1426/2005-R, ha determinado que las Sentencias del Tribunal Constitucional no están regidas por el art. 33 de la CPE que establece el principio de irretroactividad de las leyes, sino que tienen validez plena para el tiempo, de manera que las Resoluciones constitucionales pueden ser aplicadas en los procesos que están en curso, pero no en los que ya tienen decisión con calidad de cosa juzgada, motivo por el que en este caso, al contar el proceso ejecutivo con Sentencia ejecutoriada desde 1999, debe aplicarse la última parte de la jurisprudencia,</p>	¶
¶	<p>SC 0097/2004-R Expediente:2003-07877-15-RAC</p> <p>“en virtud de la irretroactividad de las sentencias constitucionales, sería aplicable solo con relación a las demandas que se presentaron a partir de esta fecha”</p>	
¶	<p>SC 14/2003 Expediente: 2002-05658-11-RDN</p> <p>Que, con relación a las modificaciones de períodos de mandato, en el Sistema Constitucional Boliviano que debe orientar nuestro criterio, el Constituyente ha establecido que dichas modificaciones sólo entran en vigencia en el siguiente período, ello en resguardo al principio de la irretroactividad de la Ley; pues se entiende que si un funcionario ha sido designado por un determinado período de mandato, la modificación o supresión del mismo no se le puede aplicar de manera inmediata sino una vez cumplido con el período para el que fue elegido o designado.</p> <p>Que, es en esa línea interpretativa que debe entenderse el sentido de la norma prevista en la Disposición Transitoria.</p>	
¶	<p>S C 0457/2004-R Expediente:2003-08090-17-RAC</p> <p>Tribunal Constitucional, señaló: “Que, corresponde aclarar que la SC 1036/2002-R, ha sido emitida por este Tribunal en 29 de agosto, es decir que el entendimiento que de ella surge, el inicio del proceso penal se computa a partir de la notificación al imputado con la imputación formal, se aplica con relación a los casos que se presentan a partir de esa fecha,</p>	

ELABORACIÓN PROPIA

La aplicación retroactiva de las sentencias ha tenido una frecuencia de 5 casos respecto de 3 casos en los que se sostiene que los efectos de la sentencia rigen hacia adelante.

El material revisado, nos ha posibilitado identificar que la abrogación del procedimiento penal Ley N° 1970 y la modificación del procedimiento civil por la Ley N° 1760 de Abreviación Procesal Civil y Asistencia Familiar, los

problemas de seguridad jurídica en Bolivia tienen como causa la comprensión o incomprensión de la irretroactividad o retroactivo. Por lo que se ha diferenciado estas circunstancias planteadas ante el Tribunal Constitucional en la activación del Recurso/Acción de Inconstitucionalidad concreta.

1.2. Ley anterior al proceso principio, irretroactividad de la Ley.

La paradoja constitucional en Bolivia se hace evidente, la desconstitucionalización de los derechos fundamentales se incubaba dentro del texto constitucional refrendado, la concepción ideológica instrumental del texto constitucional refrendado no guarda relación con las Declaraciones de Derechos Humanos, un giro de retroceso se pone en evidencia. La explicación a esta afirmación la adelantamos en el Capítulo....

El Art. 123 del texto constitucional refrendado estipula: *“La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá 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”*. La redacción de las anteriores Constituciones, establecía Art. 33 CPE Abrog. *“La ley solo rige para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente”*.

El principio constitucional establecido, es la aplicación de la norma anterior al proceso como principio orientador al poder público tanto en la elaboración de normas como en la aplicación del Derecho, si este es el principio en consecuencia el derecho fundamental de la persona es el de la irretroactividad de las leyes salvo materia penal si beneficia. Ni el legislador boliviano ni nuestra

jurisdicción constitucional parecen haber comprendido ni asumido: en primer lugar el principio que resguardan derechos adquiridos, y seguridad jurídica esta salvedad, en segundo lugar no identifican, que la salvedad se fundamenta en la aplicación de la ley más benigna.

Las Declaraciones de Derechos Humanos al respecto establecen los siguientes criterios:

DUDH Artículo 11.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

PIDCP Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

CADH Artículo 9.

Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede

imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En materia penal los instrumentos internacionales, establecen retroactividad positiva si beneficia al encausado y la aplicación de norma más favorable.

1.2.1. La irretroactividad de la ley y la aplicación de la ley favorable en Procesos judiciales.

TABLA 50: AUTOS Y SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN PROCESOS JUDICIALES APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD

	CASOS	COMISIÓN DE ADMISIÓN		TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
		APRUEBA	REVOCA	
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	14	APRUEBA RECHAZO		
TRIBUNAL GARANTÍAS ADMITE	4			(2) INFUNDADOS (1) INCONSTITUCIONALIDAD (1) CONSTITUCIONALIDAD TEMPORAL
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	3		REVOCA	(2) INFUNDADO (1) IMPROCEDENTE
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	1		REVOCA	CONSTITUCIONALIDAD

ELABORACION PROPIA

De los 22 se analiza se puede establecer que:

En 14 la autoridad judicial rechaza y la Comisión de Admisión aprueba el rechazo.

En 3 casos ante el rechazo inicial del juez o tribunal, la Comisión de Admisión revoca el rechazo inicial emite auto de admisión y el Tribunal declara en dos casos Infundado y en uno Improcedente.

En 1 caso ante el rechazo del juez o tribunal la comisión revoca y admite el RII, declarando el Tribunal la Constitucionalidad de las normas.

En 4 de los casos en que los jueces promueven el RII por duda razonable la resolución tres de ellos son promovidos a instancia de parte y uno de oficio. El Tribunal en dos declara infundado, en uno declara inconstitucionalidad de la norma y en el otro declara constitucionalidad temporal.

Los procesos involucrados corresponden a la siguiente relación:

- 10 provienen de materia civil: 1 proceso ordinario y los 9 restantes en procesos ejecutivos y procesos coactivos civiles. El Tribunal Constitucional funda su motivación en la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0107/2004 “ no ha sido aplicado en forma retroactiva, sino que se ha producido la figura de la retrospectividad, llamada también “retroactividad no auténtica”, que se produce cuando una Ley regula o interviene en situaciones fácticas aún no concluidas (SSCC 0011/2002, 1421/2004-R).

- 1 en proceso de extradición.
- 6 en materia penal
- 1 en materia familiar.
- 2 en materia social.
- 2 en materia contenciosa tributaria.

TABLA 51: CRITERIOS JUEZ, COMISIÓN ADMISIÓN Y TRIBUNAL GARANTÍAS MATERIA PENAL: APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD

	CASOS	COMISIÓN DE ADMISIÓN		TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
		APRUEBA	REVOCA	
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	4	APRUEBA RECHAZO		
TRIBUNAL GARANTÍAS ADMITE	1			INFUNDADO
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	1		REVOCA	INFUNDADO

ELABORACION PROPIA

Cabe advertir, que en caso de causas acumuladas 1459 -S C 0110/04 la Comisión de Admisión identifica duda razonable y Revoca el Rechazo inicial y remite al Tribuna el mismo que declara infundado el RII. De igual manera el caso 1429- AC 518/04-CA Exp.Nº09830-20-RII el Juez promueve el RII ante la duda de si la norma es constitucional, el Tribunal declara igualmente infundado.

Las normas adjetivas penales fueron modificadas con la Ley 1970 en ella se fija el periodo de transición, se estableció que las causas en trámite se sujetarían a las normas procesales vigentes al momento la comisión del hecho, de no liquidarse las causas en cinco años estas se archivarían, normativa que tuvo por objeto aminorar la retardación de justicia, Sin embargo la Ley 2683 dispone que las causas con actividad procesal sujetas al régimen anterior, continuarán tramitándose hasta su conclusión. Norma que agrava la situación de las personas sujetas a materia penal.

Sin temor a equivocarnos, este es el mejor ejemplo, a pesar que no causa ningún orgullo, la cultura constitucional de los legisladores que emiten una disposición, sin parecer ser comprender la protección que establece la

Constitución sobre las personas de privadas de libertad, desde la presunción de inocencia, aplicación de ley más benigna en materia penal. Sin embargo de los datos obtenidos, se puede establecer la ineficacia del control difuso y neutralización del RII/AIC. Es esta la instancia donde el control de constitucionalidad queda neutralizado. Si hipotéca mente se hubiese aplicado control difuso en ambos casos se hubiese inaplicado la norma.

En el cuadro infra, obsérvese que en los seis casos la Comisión de Admisión o el Tribunal Constitucional opta por la aplicar retroactividad prohibida institucionalmente, al mismo tiempo aplica ley menos favorable.

TABLA 52: ¿APLICACIÓN DE LA LEY FAVORABLE EN MATERIA PENAL?

Retroactividad Ley favorable Constitucional	Art. 33 CPE <i>“La ley solo rige para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente”. CPE. Abrog.</i>	Retroactividad Ley menos favorable Inconstitucional
	<ul style="list-style-type: none"> - 1829 - AC 464/2001-CA - Exp. N°.-03540-07-RII - prescripción de acción penal - SC N° 280/01 de 2 de abril de 2001 - Q “en los casos en que el proceso está en trámite y entra en vigencia una nueva ley procesal, por razones de economía procesal y seguridad jurídica, los actos cumplidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley procesal permanecen inalterables, la nueva norma no puede afectar a situaciones ya definidas...” - Ley 1836 - 1 abril 1998 - Art. 44 - Todos los órganos del Estado prestarán al Tribunal Constitucional con carácter preferente, urgente e inexcusable, la asistencia que éste requiera. - Ley 1970 - 25 de marzo 1999 	¶

	<ul style="list-style-type: none"> - 31 y 32 de la (nuevo Código de Procedimiento Penal), relativo a la "interrupción del término de la prescripción" y la "suspensión del término de la prescripción" 	
Ley favorable	<p>Art. 33 CPE</p> <p><i>“La ley solo rige para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente”. CPE. Abrog.</i></p>	Ley desfavorable
	<ul style="list-style-type: none"> - 1558 - AC 493/03 - Exp.Nº 07615-15-RII - cuestión prejudicial - Decreto Ley 10426 de 23 de agosto de 1972 - Arts. 175 y 176 suspensión procedimiento penal, hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta juez podrá fijar hasta dos años - Ley 1970 de 25 de marzo de 1999 - Disposiciones transitorias - Tercera.- (Duración del proceso). Las causas que deben tramitarse conforme al régimen procesal anterior, deberán ser concluidas en el plazo máximo de cinco años, computables a partir de la publicación de este Código. 	¶
	<ul style="list-style-type: none"> - 1530 - AC 060/04 - Exp.Nº 08236-17-RII - Ley 1970 de 25 de marzo de 1999 - Disposiciones transitorias: Primera.- (Causas en trámite). Las causas en trámite continuarán rigiéndose por el Código de Procedimiento penal anterior, Decreto Ley 10426 de 23 de agosto de 1972 y la Ley 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas - Circular 11/99 de 17 de agosto de 1999 de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación. - Regularización del proceso a cargo de jueces liquidadores de sumario y plenario 	¶
	<ul style="list-style-type: none"> - 1506 - AC 0210/04 - Exp. Nº 08564-18-RII - Ley 1970 de 25 de marzo de 1999 - Disposiciones transitorias - Tercera.- (Duración del proceso). Las causas que deben tramitarse conforme al régimen procesal anterior, deberán ser concluidas en 	¶

	<p>el plazo máximo de cinco años, computables a partir de la publicación de este Código</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ley 1970 de 25 de marzo de 1999 - Art. 133 - Todo proceso tendrá una duración máxima de tres años 	
	<ul style="list-style-type: none"> - S C 0110/04 Exp. N° Acumulados: 09266-19-RII 09281-19-RII - 09245-19-RII 09412-19-RII 09508-20-RII 09509-20-RII 09602-20-RII - Ley 1970 de 25 de marzo de 1999 - Disposiciones transitorias - Tercera.- (Duración del proceso). Las causas que deben tramitarse conforme al régimen procesal anterior, deberán ser concluidas en el plazo máximo de cinco años, computables a partir de la publicación de este Código - Ley 2683 de 12 de mayo de 2004 - Artículo Único, se modifica la Disposición Transitoria Tercera del Código de procedimiento penal y se dispone que las causas con actividad procesal sujetas al régimen anterior, continuarán tramitándose hasta su conclusión. 	¶
	<ul style="list-style-type: none"> - 429 - AC 518/04-CA Exp.N°09830-20-RII - Ley 1970 de 25 de marzo de 1999 - Disposiciones transitorias - Tercera.- (Duración del proceso). Las causas que deben tramitarse conforme al régimen procesal anterior, deberán ser concluidas en el plazo máximo de cinco años, computables a partir de la publicación de este Código - Ley 2683 de 12 de mayo de 2004 - Artículo Único, se modifica la Disposición Transitoria Tercera del Código de procedimiento penal y se dispone que las causas con actividad procesal sujetas al régimen anterior, continuarán tramitándose hasta su conclusión. 	¶

ELABORACION PROPIA

De los 11 casos de materia penal en 9 se opera retroactividad negativa y la aplicación es de la ley menos favorable al encausado.

En 2 el Tribunal aplica ley favorable casos 1343 y 1344 sin embargo el caso 1345 a pesar de identidad en la norma cuestionada es resuelto de forma contraria.

1.2.2. La irretroactividad de la ley y la aplicación de la ley favorable en procesos administrativos

TABLA 53: AUTOS Y SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD

	CASOS	COMISIÓN DE ADMISIÓN		TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
		APRUEBA	REVOCA	
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	6	APRUEBA RECHAZO		
TRIBUNAL GARANTÍAS ADMITE DE OFICIO	1		RECHAZA	
TRIBUNAL GARANTÍAS ADMITE	1			INFUNDADO
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	2		REVOCA	INFUNDADO

ELABORACION PROPIA

En 6 casos la Comisión de Admisión aprueba el rechazo emitido por la autoridad administrativa.

En 1 caso la autoridad administrativa rechaza, la Comisión de Admisión Revoca y Admite el Tribunal declara Infundado.

Se tiene 1 caso en el que autoridad administrativa admite el RII el Tribunal declara Infundado.

Finalmente la autoridad administrativa, promueve de oficio y la Comisión de Admisión rechaza, sin tener atribución de Rechazo en estos casos en que la

autoridad administrativa o judicial dependiendo del proceso, de oficio tiene duda razonable al admitir o promover de oficio.

Las materias involucradas en los Autos y Sentencias Constitucionales son de suma importancia y ellas tienen que ver desde la entrada de vigencia de norma que hacen a su cumplimiento obligatorio con la debida publicación en la Gaceta oficial, programas de pagos voluntarios transitorios de deuda tributaria que afectan a los ingresos del Estado, reglamentos de procesos disciplinarios en la Policía boliviana, reducción de prescripción de acciones tributarias, plazos para la realización de fiscalizaciones tributarias, modificación de comisiones de las administradoras de fondo de pensiones.

Así como la norma aplicable en procedimientos administrativos del SIRESE el sistema de regulación sectorial y del SIREFI el sistema de regulación financiera. Como el cuestionamiento del pago de la multa como condición iniciar o proseguir con la vía recursiva en los procedimientos administrativos a través de los Recursos de Revocatoria y Jerárquico finalizada la vía administrativa único modo de acceder al Recurso Contencioso Administrativo de sede jurisdiccional.

Cabe hacer notar que el caso 1603- AC 317/03- Exp.Nº06885-14-RII la Comisión de Admisión confiesa.. de manera que anular obrados significaría simplemente perjudicar a las partes por la pérdida de tiempo para llegar a un mismo resultado. Regularizar procedimiento conforme correspondía.

El caso 1318- AC 376/05Exp.Nº 12062-25-RII ante la Resolución de la Autoridad de promover de oficio, la Comisión de Admisión violentando el Ley 1836 vigente en ese momento, rechaza el RII, en lugar de remitirlo directamente al Tribunal.

En el caso 1513- SC 0039/04 -Exp.Nº 08483-17-RII si bien la autoridad admite la revisión la Sentencia es Resoluciones administrativa quedan fuera del control de constitucionalidad.

TABLA 54: ¿LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY?

Retroactividad permitida constitucionalmente	<p style="text-align: center;">Art. 33 CPE</p> <p style="text-align: center;"><i>“La ley solo rige para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente”. CPE. Abrog.</i></p>	Retroactividad prohibida constitucionalmente
	<ul style="list-style-type: none"> - 1957 - SC 089/2000 - Exp-01741-04-RII - Art. 81 CPE - “La Ley es obligatoria desde el día de su publicación, salvo disposición contraria de la misma ley”. - Reglamento para el Diseño, Construcción, Operación y Abandono de Ductos en Bolivia" - ¶Gaceta Oficial de Bolivia I 3 de marzo de 2000 	¶
	<ul style="list-style-type: none"> - 1603 - AC 317/03 - Exp.Nº06885-14-RII - DS 25207 de 23 de octubre de 1998, el procedimiento y plazos mencionados en el para la interposición de recursos de revocatoria y jerárquico - Circular SPVS-IS.DJ 038 - indicando que el procedimiento administrativo para la interposición de recursos de revocatoria y jerárquico aplicable al sistema de Regulación Financiera, es el contemplado en el DS 24505 21 de febrero de 1997 	¶
	<ul style="list-style-type: none"> - 1513 - SC 0039/04 - Exp.Nº 08483-17-RII - Ley 2152 el 23 de noviembre de 2000 - fijó en dos años, conforme a su art. 12.II, - realizar revisión, sea culminando una fiscalización 	¶

	<p>iniciada o iniciando una nueva, caducaban y prescribían el 23 de noviembre de 2002</p> <ul style="list-style-type: none"> - DS 26023 de 7 de diciembre de 2000; en el art. 1, fecha que está expresamente el 23 de noviembre de 2002 	
	<ul style="list-style-type: none"> - 1481 - S C 0067/04 Exp.Nº08907-18-RII Ley de Procedimiento Administrativo "Nº" 2341 de 23 de abril de 2002Supremo - DS 24043 de 28 de junio de 1995. - Los arts. 4 al 17 y 27 al 37 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de los Reglamentos a la Ley de Electricidad. - (DS) 26607 de 20 de abril de 2002, condiciona la interposición de recursos al pago de las multas o sanciones 	¶
	<ul style="list-style-type: none"> - 1426 - AC 539/04 Exp. Nº 09870-20-RII - Reglamento de Disciplina y Sanciones de 23 de julio de 1990. - Resolución Suprema 207801 de 23 de julio de 1990 - Liquidación procesos disciplinarios - Resolución Administrativa 01/2003, al disponer que los Tribunales Disciplinarios Sumariantes deberán concluir los procesos cuyas faltas disciplinarias estén enmarcadas en el art. 4º inc. A, B y C, s 	¶
Aplicación de Ley más favorable		Aplicación de Ley menos favorable
	<ul style="list-style-type: none"> - 1345 - A C 252/05 Exp.Nº 11692-24-RII - Art. 81 CPE - "La Ley es obligatoria desde el día de su publicación, salvo disposición contraria de la misma ley". - Ley 2492 de 1 de agosto 2003 - . Art. 150. "las normas tributarias no tendrán 	¶

	<p>carácter retroactivo, salvo aquellas que supriman ilícitos tributarios, establezcan sanciones más benignas o términos de prescripción más breves o de cualquier manera beneficien al sujeto pasivo o tercero responsable”.</p>	
¶	<ul style="list-style-type: none"> - 1343 y 1344 - AC 249 y 250/05 - Expediente:2005-11694-24-RII Expediente:2005-11693-24-RII <p>Reglamento al Código Tributario Boliviano DS 27310 de 9 de enero de 2004</p> <ul style="list-style-type: none"> - Disposición Transitoria Primera, tercer párrafo del - redujo de cinco a cuatro años el plazo de la prescripción de las obligaciones tributarias, 	
	<ul style="list-style-type: none"> - 1318 - AC 376/05 <p>Exp.Nº 12062-25-RII</p> <p>Ley 2341 de Procedimiento Administrativo 23 abril 2002</p> <ul style="list-style-type: none"> - art. 79 de la LPA, que fija el término de dos años para la prescripción del hecho ilícito y un año para su sanción - Reglamento de la Ley de procedimiento administrativo para el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE), aprobado por DS 27172 de 15 de septiembre de 200 - Disposiciones transitorias que establecen lo siguiente: a) la prescripción de las infracciones, así como su procesamiento y sanción se opera en cinco años desde la infracción, la última actuación procesal o la ejecutoria de la sanción; y b) las causas pendientes se sujetarán a las disposiciones vigentes al momento de su iniciación, salvo que las normas actuales beneficien al administrado, disponiéndose que los hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia del nuevo reglamento que no sean objeto de procedimiento 	¶
	<ul style="list-style-type: none"> - 980 - A C 0087/10 <p>Exp.Nº 17206-35-RII</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ley 84320 de mayo de 1986 establecer la “base de 	¶

	<p>cálculo o imponible” sobre la que corresponde aplicar la alícuota del IT</p> <ul style="list-style-type: none"> - DS 21532, 27 de febrero de 1987 art. 4 en lo referido a la base imponible del IT, enuncia una serie de conceptos que no integran la base de cálculo de dicho tributo, - DS 24849, ya que al incluirse el importe correspondiente al IVA como un concepto integrante de la base de cálculo del IT, se obtiene un resultado - Decreto Supremo N° 24849 de 20 de septiembre de 1997 Artículo Único adicionar a la base de cálculo el importe correspondiente a un tributo indirecto como es el caso del IVA 	
	<ul style="list-style-type: none"> - 930 - AC 0233/10 Exp. N° 17743-36-R11 - DS 29400 de 29 de diciembre de 2007 su Disposición Final Primera una comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de 0,85% sobre el monto de las primas recaudadas y acreditadas, de manera que el 11% que se pagaba anteriormente se redujo a menos del 1% (0,85%) También se determinó que la comisión tendría una vigencia de 24 meses aplicables a partir del 1 de noviembre de 2006 	¶

ELABORACION PROPIA

En 9 de los 10 casos la Comisión de Admisión y/o el Tribunal Constitucional viola el principio de irretroactividad de la Ley y no aplica ley más favorable. En los casos 1343- 1344 el Tribunal Constitucional aplica norma más favorable. Sin embargo, no guarda coherencia con el caso 1345 que trata de la misma materia y resuelve aplicando norma menos favorable.

2. Redefinición de la responsabilidad judicial por omisión en el control difuso de inconstitucionalidad.

El Derecho efectivo se perfecciona, adquiere realidad no por la virtud exclusiva de las reglas abstractas, sino por la acción de seres humanos concretos. Según Frank³³⁹. La personalidad del juez es realmente un factor central, sea cual fuere la reacción la que produzca dicha observación.

Sobre el juez, influyen varios factores: su educación general; su formación jurídica; sus vínculos familiares; personales; su posición económica social, su opinión política; sus rasgos temperamentales. Lo único que podría contrarrestar las indebidas influencias de esos factores sería la buena disposición que los jueces tuviesen para autoanalizarse a este respecto y lograr controlar tales influencias. Independientemente de esta realidad, hay que reconocer que en todo caso y siempre el juez crea el Derecho efectivo, aunque haya normas generales preexistentes,³⁴⁰ que le llevan a establecer hechos, sopesar las pretensiones de las partes, formular la calificación jurídica de esas pretensiones, formular la calificación jurídica de los hechos.

El Derecho no es un sistema constante, uniforme, igual, sino que, por el contrario, es mudable y tiene una dimensión esencialmente práctica, de adaptación a nuevas situaciones y circunstancias, de una seguridad estática podría convergerse hacia una seguridad dinámica para la protección de las gentes dedicadas a nuevas empresas.

Por otra parte, los rápidos y complejos cambios de las realidades sociales determinan que se presenten nuevas situaciones, ni remotamente previstas en las normas preestablecidas. Entonces, el juez tiene que formular la norma, aunque las más de las veces lo hagan bajo la apariencia de interpretar viejas normas.

³³⁹ Citado por Recasens Siches. Ob. Cit 110

³⁴⁰ Idem

Estas son las razones por la que la jurisprudencia de los tribunales varía al cambiar sus integrantes.

La aplicación del Derecho en sede constitucional, dada la naturaleza de los preceptos constitucionales, es particularmente amplio el margen de libertad de aplicación de la norma “de modo que en los tribunales constitucionales se consideran vagos los perfiles de la diferencia entre política y derecho, al punto que ocasionalmente, se los considera como órganos que adoptan decisiones políticas bajo el ropaje de aplicación de las normas “. ³⁴¹

El control de constitucionalidad indirecto o incidental, no decide sobre el derecho que pertenece a cada parte, siendo la controversia sobre la validez del marco jurídico, sobre el que se va a decidir el derecho que le pertenece a cada parte, en esa medida no tiene efectos “*er omnes*” sino de inaplicabilidad no contiene la carga como la Acción Directa cuya decisión de hecho contiene mayor presión.

No pretende, el levantamiento de la información expresada en las siguientes tablas provocar ningún juicio de valor de tipo personal hacia los magistrados, sin embargo es un reclamo de tutela efectiva, de igualdad ante la ley, derecho a la seguridad jurídica y debido proceso.

De los 73 casos identificados se ha clasificado para el análisis, llamada de atención generalmente de la Comisión de Admisión a la Autoridad o Juez de garantías.

³⁴¹ Javier Tobo Rodríguez. La Corte Constitucional y control de constitucionalidad en Colombia Ed Ibañez. Bogotá. 2012. Pág 159

TABLA 55: CONSTATACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE PLAZO PARA LA REMISIÓN ANTE EL TRIBUNAL, FALTA DE MOTIVACIÓN DEL AUTO, AUSENCIA DE TRASLADO PARTE CONTRARIA

32 CASOS	Aprueba Rechazo
12) 1701 AC N° 449/2002 Expediente: 2002-05247-10-RII	Aprueba Rechazo Advirtiéndosele que en caso de reiteración de la conducta aludida se remitirá tal falta al Consejo de la Judicatura para su registro en el Escalafón Judicial.
14) 1710 AC N° 395/2002 Expediente: 2002-05083-10-RII	Aprueba Rechazo . Remítase el presente auto constitucional al Consejo de la Judicatura para su registro en el Escalafón Judicial.
24) 1736 AC N° 270/2002 Expediente N° 2002-	Aprueba Rechazo Debiendo remitirse el presente Auto Constitucional al Consejo de la Judicatura para su registro en el Escalafón Judicial.
25) 1739 AC N° 269/2002 Expediente N° 2002-	Aprueba Rechazo Debiendo remitirse el presente Auto Constitucional al Consejo de la Judicatura para su registro en el Escalafón Judicial.
31) 1848 SC N° 003/02 Expediente: 2001-03399-07-RII	TC-IMPROCEDENTE Se llama severamente la atención al Juez Quinto de Partido en lo Civil de la ciudad de La Paz por haberse excedido en la tramitación del presente Recurso.
32) 1804 SC N° 12/02 Expediente: 2001-03711-08-RII	INFUNDADO El Tribunal Constitucional, mediante SC N° 038/2000 de 26 de junio de 2000 declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones legales ahora impugnadas con el efecto derogatorio previsto por el art. 58 de la Ley N° 1836, por lo que se recomienda a la Corte Superior del Distrito Judicial de Potosí prestar mayor atención y tener cuidado en la substanciación de los recursos constitucionales.
54) 1001 AC N° 0058/2010 Expediente: 2007-17031-35-RII	Aprueba Rechazo SE LLAMA LA ATENCIÓN al Juez Consultante, por la demora excesiva e injustificada en la remisión, después de más de un año, dejando constancia que se ha tomado nota al respecto y en caso de reincidir en la dilación procesal, se adoptarán las medidas pertinentes.
62) 1184 AC N° 439/2006 Expediente: 2006-14471-29-RII	Aprueba Rechazo Advertencia consultada, dejando constancia que se ha tomado nota al respecto y en caso de reincidir en la dilación procesal, se adoptarán las medidas pertinentes
73) 1120 AC N° 058/2007 Expediente: 2007-15286-31-RII	Aprueba Rechazo 2º Llamar severamente la atención a la Sala Penal Tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, compuesta por los Vocales Ángel Villarroel Díaz y Juan Marcos Terrazas R., por la demora excesiva e injustificada en resolver dos años después el incidente de inconstitucionalidad de haber sido formulado,
74) 997 AC N° 0052/2010 Expediente: 2007-17080-35-RII	REVOCA RECHAZA 3º LLAMAR LA ATENCION al Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio por haber dictado el Laudo Interlocutorio 09/07, sin la debida fundamentación,

ELABORACIÓN PROPIA

En 32 de los casos se verifica que la Comisión de Admisión Aprueba el Rechazo de la autoridad llama la atención, por incumplimiento en la remisión del Recurso, se han abstraído estos datos y la tabla muestra las incidencias más relevantes. En 6 se remiten antecedentes ante el Consejo de la Judicatura de ese entonces. En 1 caso la llamada de atención hace referencia a que la norma motivo la consulta fue ya declara inconstitucional. En 1 caso la norma impugnada es declarada inconstitucional.

No hay lugar para oponerse a la existencia de un mecanismo de control de los logros, y desventajas que puede percibir el Tribunal Constitucional respecto de los tribunales, jueces y autoridades para el mejoramiento institucional, esto dista mucho con la advertencia ante la irregularidad, si deben derivarse antecedentes al Consejo de la Judicatura ahora Consejo Magistratura que se lo haga por los mecanismos establecidos por Ley.

Denunciamos nuestra disconformidad con el actuar de la Comisión que arrogándose atribuciones del Tribunal rechaza el RII, cuando el procedimiento establece que si la autoridad judicial o administrativa promueve (admite), el tramite debería pasar directamente al Tribunal para el tratamiento correspondiente. En cuatro de los Recursos Incidentales de Inconstitucionalidad, en los que haciendo control difuso, podría decirse entre comillas, estas autoridades admiten y la Comisión de Admisión arrogándose atribuciones del Tribunal rechaza.

TABLA 56: REGULARIZACIÓN DE TRÁMITE

1) 1981 SC Nº 049/2000 Expediente Nº: 2000-01266-03-RII	Admite RII sin decretar traslado a la parte recurrente de la Resolución No. 89/00 de 6 de junio de 2000	.Realizada la regularización Admite RHC y regulariza RII dentro el Habeas Corpus TC declara INFUNDADO RII impetrados por los ministros CSJ contra SC
63) 1033 AC Nº 453/2007 Expediente: 2007-16501-34-RII	ADMITE Recurso de Amparo Constitucional Código Urbanismo	DEVOLUCIÓN del presente recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, a objeto que los Vocales de la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, pronuncien el correspondiente Auto motivado respecto del incidente de inconstitucionalidad
64) 1109 AC Nº 114/2007 Expediente: 2007-15442-31-RII	Rechaza Proceso Penal	Aprueba Rechazo <i>Sala no ha sustanciado el incidente conforme dispone el art. 62 de la LTC, puesto que resolvió con anterioridad el recurso de casación, pese a estar impedida de pronunciarse Empero, no obstante esa anomalía, en el presente caso no se dispone la regularización del procedimiento, en virtud al principio de celeridad y economía procesal,</i>
72) 1111 AC Nº 106/2007 Expediente: 2007-15432-31-RII	ADMITE Proceso Penal Ley seguridad ciudadana que "cualquier otra circunstancia	DEVOLUCIÓN del expediente a la autoridad consultante a objeto no es la llamada por ley para admitir el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad como erróneamente lo hizo a través de la Resolución de 31 de enero de 2007, atribuyéndose una facultad propia del Tribunal Constitucional..

ELABORACIÓN PROPIA

De los 7 casos, se analizan sólo los más relevantes, el material completo se encuentra en los anexos.

En 3 casos se evidencia que la autoridad judicial pese al RII interpuesto dicto Auto Supremo sin esperar el fallo del Tribunal Constitucional, en otro se ordena admitir Habeas Corpus.

El AC Nº 106/2007 Expediente: 2007-15432- "DEVOLUCIÓN del expediente a la autoridad consultante a objeto no es la llamada por ley para admitir el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad como erróneamente lo hizo".

La Comisión se excede o mal interpreta la norma respecto a la legitimación activa arraigada en el Juez o Autoridad privando a las partes su ejercicio.

TABLA 57: CONFUSIÓN O DESCONOCIMIENTO JUEZ – AUTORIDAD

<p>4)</p> <p>1964</p> <p>AC N° 530/2001</p> <p>Expediente N° 2000-01558-04-RII</p>		<p>Que, por Decreto de 8 de septiembre de 2000 se dispuso devolverse obrados al Alcalde Municipal de Santa Cruz, al no haber observado el procedimiento sin que hasta el presente se haya regularizado el mismo.</p> <p>La Comisión de Admisión dispone tenerse por NO PRESENTADO</p>
<p>5)</p> <p>1967</p> <p>AC N° 161/2000</p> <p>Expediente N° 2000-01510-04-RII</p>	<p>Proceso Penal (Caso de Corte)</p>	<p>Que en el caso que nos ocupa el Juez de Partido Sexto en lo Penal de la ciudad de La Paz, al declararse incompetente por Auto de 9 de agosto de 2000, no ha dado cumplimiento a la citada norma legal.</p> <p>dispone la DEVOLUCIÓN del expediente al Juez de</p>
<p>39)</p> <p>1650</p> <p>AC N° 065/2003</p> <p>Expediente: 2002-05973-12-RII</p>	<p>Proceso Coactivo</p>	<p>La Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, dispone la DEVOLUCIÓN del expediente a objeto de que la solicitud interpuesta sea resuelta por el Juez Séptimo de Partido en Materia Civil y Comercial de Santa Cruz, conforme se pide, al no constituir la misma solicitud de que se promueva el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad.</p> <p>Sino que lo que se pretende es la nulidad de los actos procesales por aplicación de una norma inconstitucional en su tramitación como es la Ley 1760.</p>
<p>44)</p> <p>1532</p> <p>AC N° 041/2004</p> <p>Expediente: 2004-08218-17-RII</p>	<p>Programa transitorio, voluntario y excepcional para la regularización de vehículos contenida en la Disposición Transitoria Tercera, Num. V del Código Tributario, petitorio que se encuentra para</p>	<p>Se llama la atención a la autoridad remitente por no haber observado los plazos establecidos en el art. 62 LTC para pronunciar resolución y elevar en consulta la misma.</p>

ELABORACIÓN PROPIA

De los 4 casos: dos se refieren a regularización y discernimiento del procedimiento del RII. Los otros dos contienen revelaciones en los dos niveles: el Juez no discierne en el pedido de nulidad.

De los 25 casos de incoherencia, llama la atención que todos los que han promovido o admitido por duda de la norma terminan con severa llamada de atención de la Comisión 10 de ellos por lo que nos concentraremos en estos 10 casos de llamada de atención.

TABLA 58: INCOHERENCIAS DE LA COMISIÓN DE ADMISIÓN

	ADMITE	IMPROCEDENTE
31) 1848 SC N° 003/02 Exp.N°03399-07 RII	Personería jurídica de la Cooperativa,	Se llama severamente la atención al Juez Quinto de Partido en lo Civil de la ciudad de La Paz por haberse excedido en la tramitación del presente Recurso.
40)	PROMOVIDO DE OFICIO	INFUNDADO
1485 SC N° 0052/2004 Exp. N° 08850-18 RII	Proceso asistencia familiar Circular que instruye la aplicación de las normas de la Ley de abreviación procesal civil y de asistencia familiar a los procesos ordinarios de divorcio –en ejecución de sentencia.	Extraña a este Tribunal, los términos e expresiones que vierte el Juez, poniendo en duda la actuación de esta jurisdicción; cuando lo que corresponde, para salvar su preocupación, es que analice cuidadosamente los fundamentos de la Sentencia;
41)	ADMITE	INFUNDADO
1430 SC N° 0122/04 Exp.N°09812-20 RII	Proceso laboral Prescripción dos años	De acuerdo con lo expresado, el recurso no cumple con los requisitos señalados en el art. 60 de la LTC, por lo que no debió ser admitido por el Juez Segundo del Trabajo y Seguridad Social, al ser manifiestamente infundado; no obstante, al haberlo hecho, corresponde a este Tribunal declararlo infundado por inobservancia de los requisitos establecidos por Ley para su interposición, sin ingresar al análisis de fondo del asunto.
43)	ADMITE	TC NULIDAD
1452 SC N° 0092/04 Exp.N° 09367-19 RII	ejecución provisional de la sentencia Pago beneficios sociales	“De acuerdo a la línea jurisprudencial establecida por la SC 0045/2004, los requisitos referidos al Juez o Tribunal Judicial o Administrativo que promueve el recurso; toda vez que es él quien tiene la legitimación activa
46) 1458	ADMITE y RE ADMITE	Dispone Nulidad de obrados INFUNDADO
SC N° 0079/04 SC N° 0115/2004 Exp.N° 09262-19 RII	Recurso de revocatoria Superintendencia de Hidrocarburos Que habría dictado una medida urgente, sin que existan los presupuestos de hecho que exige el art. 12 del Reglamento de la LPA para el SIRESE:	Voto disidente: Tribunal Constitucional debió ingresar al análisis del fondo de la problemática planteada, sometiendo a juicio de constitucionalidad la disposición legal impugnada, de manera que dilucidando el caso debió pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 12 del DS 27172 de 15 de septiembre de 2003.

48) 1356 AC Nº 198/05 Exp. Nº11463-23 RII	PROMUEVE Proceso penal	La Comisión de Admisión del Tribunal, RECHAZA apartándose del procedimiento establecido en la Ley 1836.
52) 1031 AC Nº 463/07 Exp. Nº16531-34 RII	ADMITE Procedimiento Administrativo Reglamento interno Museo Nacional	REVOCA RECHAZA Al carecer el presente recurso de fundamento jurídico constitucional que amerite una decisión en el fondo de la problemática planteada y al haber sido incorrectamente "admitido" por la autoridad administrativa consultante, conforme se fundamentó, corresponde rechazarlo.
56) 1323 AC Nº 341/2005 Expediente: 2005-	ADMITE Por RS 222842 de 24 de febrero de 2005 fue suspendido sin goce de haberes, de su cargo de Liquidador del Fondo Nacional de Vivienda Social (FONVIS)	REVOCA RECHAZA Se llama la atención a la autoridad consultante,
59) 1329 SC Nº 0083/05 Exp. Nº11868-24 RII	RECHAZA Recurso de Amparo Constitucional impugnación contra la convocatoria a concurso de méritos y examen de competencia abierto departamental	REVOCA Y ADMITE TC INCONSTITUCIONALIDAD de los dos últimos párrafos del art. 5 del Estatuto de las Sociedades Médico - Científicas y del inc. 7) del art. 15 del Reglamento de Concurso de Méritos y Examen de Competencia, con los efectos establecidos por el art. 58.III de la LTC.
61) 1173 AC Nº 470/06 Exp. Nº14613-30 RII	Rechaza Proceso Coactivo Civil	NULIDAD. Dentro del fenecido proceso coactivo civil. Remitiendo En caso de reincidir en la dilación procesal, se
70) 1026 AC Nº 475/07 Exp. Nº16722-34 RII	Rechaza Proceso Laboral en ejecución de sentencia contra el art. 4 del decreto supremo (D.S) 8270 de 21 de febrero de 1968	REVOCA RECHAZO la Jueza consultante omitió dar cumplimiento a los Si bien correspondía devolver el expediente a efecto Si corresponde admitir promover el incidente más no
71) 1309 AC Nº 417/05 Exp. Nº12202-25 RII	ADMITIÓ convocatoria pública internacional Ministra de Desarrollo Sostenible	REVOCA RECHAZO ENMIENDA DE OFICIO AC 437/2005-CA-ECA Sucre, 12 de septiembre de 2005 Que revisado el Auto Constitucional 417/2005-CA de 2

ELABORACIÓN PROPIA

En el caso 1485 el mismo es promovido de oficio y declarado Infundado el lenguaje que utiliza el Tribunal es sinuoso y sutil “analice cuidadosamente los fundamentos de la Sentencia” “Extraña a este Tribunal, los términos e expresiones que vierte el Juez”

El caso 1458 es interesante ya que a la primera admisión el Tribunal decreto nulidad y el superintendente de Hidrocarburos vuelve a Readmitir se lo declara Infundado.

Con voto disidente que nos permite apreciar que no se hizo tratamiento en el fondo del asunto.

En los casos: 1356;1031, 132; y 1309 la autoridad judicial o administrativa promueve el Recurso a instancia (ejerciendo control difuso hubiera inaplicado la norma) sin embargo la Comisión Revoca y Rechaza excediendo en sus funciones, que de acuerdo a Ley los casos donde la autoridad de garantías constitucionales promoviere tiene que pasar directamente a sorteo para que el Tribunal resuelva. Se puede afirmar que en 4 de 10 es el propio Tribunal a través de la Comisión que viola derechos fundamentales como el debido proceso, por mucho que signifique carga procesal.

En los casos 1329 y 1026 la autoridad judicial o administrativa Rechaza el recurso y la Comisión Revoca el Rechazo y Rechaza.

La Comisión de Admisión boliviana parece no haber comprendido, el pensamiento de Kelsen:

“Una Constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es Constitución plenamente obligatoria, en el sentido técnico. Aunque en general no se tenga conciencia de ello- porque una teoría jurídica dominada por la política no permite esta toma de conciencia- una

Constitución en la cual los actos inconstitucionales sigan conservando su validez al no ser posible anularlos por su inconstitucionalidad-equivale-desde el punto de vista propiamente jurídico, a poco más que unos buenos deseos desprovistos de fuerza normativa.”³⁴²

2.1. La cosa juzgada en omisión de aplicación objetiva de la ley.

El Art. 153 del Código Penal boliviano determina:

“El funcionario público o autoridad que dictare resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o a la leyes o ejecutare o hiciere ejecutar dichas resoluciones u órdenes, incurrirá en reclusión de un mes a dos años”.

Penalización que coexiste hoy en día con la acción de cumplimiento introducida en el texto constitucional refrendado que en el Art. 134 determina:

La acción de cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objetivo de garantizar la ejecución de la norma omitida.

Si bien, éstas disposiciones son independientes guardan concordancia entre sí, en tal sentido se puede inferir que el Art. 153 del Código Penal va dirigida a todo funcionario público debemos entender administración pública que emite resolución administrativa concreta, surge la pregunta ¿el causídico va embarcar a su cliente en una causa penal? ¿El causídico va a priorizar el examen de inconstitucionalidad de la resolución? ¿Que busca la parte la perfección del orden general o la restitución del derecho infringido por la resolución?

Otra de las aristas que hacen a la aplicación de la ley, es la cuestión de la cosa juzgada. Los criterios de la Comisión y del Tribunal no hacen referencia al entendimiento que dio origen a esta línea jurisprudencial.

³⁴² Hoyos. Pág 160

TABLA 59: RII Y LA COSA JUZGADA

No ha lugar	Cosa Juzgada	Ha lugar
¶	<p>X Expediente: 2007-16838-34-RII <u>PROCESO COACTIVO CIVIL</u> Sin embargo, en este caso, este incidente se plantea después de que el juez de la causa pronunció la Resolución 726/2007, de 21 de julio, mediante la cual rechazó el incidente de nulidad de citación que presentó, de manera que en el proceso de referencia, no existe una instancia pendiente de resolución final en la que se tenga que aplicar el precepto legal cuestionado.</p>	
	<p>1173 AC 470/2006-CA Expediente:2006-14613-30-RII <u>DENTRO DEL FENECIDO PROCESO COACTIVO CIVIL</u> 1ªLa NULIDAD de la Resolución de 27 de enero de 2006, cursante a fs. 10 y vta. del expediente; y la consiguiente DEVOLUCIÓN de los antecedentes, a objeto de que se disponga el traslado</p>	¶
	<p>1108 AC 125/2007-CA Expediente: 2007-15480-31-RII <u>DENTRO DEL PROCESO COACTIVO FISCAL</u> La Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, dispone la DEVOLUCIÓN del presente expediente, a objeto de que Luvia Aspiazu de Vargas, Jueza Segunda de Partido en lo Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario del Distrito Judicial de La Paz, regularice procedimiento y remita en consulta la Resolución del incidente, anulando previamente el Auto Interlocutorio 19/2007, de 2 de febrero, debiendo suspender su emisión entre tanto sea absuelta la consulta del Auto que rechaza la solicitud de promover el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad.</p>	¶
	<p>SC 1237/2010-R Expediente: 2007-16164-33-RAC <u>RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL</u> La Sentencia de 23 de marzo de 2007 por la que se anuló el Auto de Vista cuestionado de 24 de enero de 2006 y se dispuso que los Vocales demandados de la Sala Civil Segunda de la Corte Superior dicten nueva resolución; es decir, que ese Tribunal de amparo debe garantizar que las determinaciones que asuma en esa condición para la protección y restitución de los derechos constitucionales y las garantías constitucionales de las personas se cumplan de manera inmediata, porque de lo contrario, La protección otorgada sería ineficaz.</p>	¶
	<p>SC 0129/2004 Expediente: 2003-07915-15-RAC <u>VIOLACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR PREVISTO EN LA LEY 1322</u> Al haberse demostrado que los recurridos actuaron indebidamente al no exponer una debida fundamentación al dictar sus resoluciones y no aplicar la Ley de derechos de autor, por ser ésta la especial que describe los tipos penales contra las violaciones a los derechos de autor, corresponde otorgar la tutela, por cuanto con la omisión indebida han lesionado los derechos a la seguridad jurídica y el acceso a la justicia, pues el primero implica que la autoridad debe sujetar sus actuaciones y decisiones a lo previsto por la norma jurídica que le corresponda aplicar, sin que pueda imponer su criterio de forma arbitraria y menos obviar la aplicación de una Ley; y el segundo, que todo ciudadano tiene derecho de acceder a la justicia siempre que su denuncia esté ajustada a las normas jurídicas, lo que significa a su vez, que la autoridad competente para viabilizar ese derecho o limitarlo debe fundamentar su decisión conforme a ley.</p>	¶

ELABORACIÓN PROPIA

La jurisdicción constitucional en alguna medida se pronuncia por revisión de la cosa juzgada, sin embargo nótese que no se hace referencia a la sentencia constitucional creadora de la línea jurisprudencial.

En el caso AC 511/2007-CA Expediente: 2007-16838-34- y en AC 470/2006-CA Expediente: 2006-14613-30-RII ambos en materia coactiva civil tienen un tratamiento diferenciado.

En el caso del AC 511/07 no lugar a la revisión de la cosa juzgada, sin embargo en el caso AC 470/06 Tribunal a través de la Comisión de Admisión **DENTRO DEL FENECIDO PROCESO COACTIVO CIVIL** ordena: 1ºLa NULIDAD de la Resolución de 27 de enero de 2006, cursante a fs. 10 y vta. del expediente; y la consiguiente DEVOLUCIÓN de los antecedentes, a objeto de que se disponga el traslado regularización. El juez parece no tomar en cuenta que en la demanda coactiva civil, el Juez analiza la calidad coactiva del título y emite sentencia, en consecuencia la demanda es notificada simultáneamente con la sentencia, por lo que la sentencia se encuentra ejecutoriada por mandato de la ley en la presentación de la demanda.

Especial mención merecen los recursos de inconstitucionalidad de la Ley de Abreviación Procesal de 28 de febrero 1997, en el periodo de análisis ascendieron a 565 casos los que corrieron con la surte del AC 511/07 no lugar a la revisión de la cosa juzgada, o en ejecución de sentencia.

II. La Administración Pública una contribución o un frente para la Democracia.

El principio de legalidad se expresó de manera distinta según se tratase de la posición que los ciudadanos asumían frente al mandato legislativo o de la posición que la Administración asumía frente a dicho mandato. No es lo mismo

que la Administración este predeterminada por la legislación a que éste delimitada por la ley.³⁴³

Una administración sujeta o predeterminada por el Parlamento (monismo parlamentario francés) que imputa a la Asamblea la representación total de la Nación considera a los demás órganos como autoridades derivadas, devino en consecuencia que en ausencia de leyes que atribuyesen potestades a la Administración Pública esta se encontraba en la imposibilidad de actuar. En cambio la tendencia delimitación extendida en Alemania y en las constituciones dualistas de la Restauración significo que en la ausencia de leyes que delimitasen potestades a la Administración en línea de principio, otorgaba a ésta la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines. La ley previa, como garantía contra la arbitrariedad era tan sólo una recomendación válida en la medida que fuese posible, no un principio de inderogabilidad.³⁴⁴

Según la primera concepción el poder ejecutivo, carente de potestades originarias, dependía íntegramente de la ley, (...) la capacidad de actuar del ejecutivo dependía de las leyes de autorización y sólo era válida dentro de los límites de dicha autorización. La segunda concepción atribuía al ejecutivo titularidad originaria de potestades autónomas para la protección de los intereses del Estado sólo valido en cuanto no se produjeran contradicciones con las exigencias de protección de los derechos de los particulares, la libertad y la propiedad (...) Las relaciones entre el Estado y la sociedad eran objeto de una reserva legal que excluía la acción independiente de la Administración. La ley de cara a la protección de los derechos de los particulares, no establecía lo que la Administración no podía hacer, por el contrario establecía lo que podía. De este modo los poderes de la administración que colisionaban con los derechos de los particulares, no se concebían como expresión de autonomía, sino que se configuraban normalmente como ejecución de autorizaciones legislativas. Para

³⁴³ Zagrebelsky.Ob. Cit.Pág 27

³⁴⁴ Ibidem.

los particulares regia el principio de autonomía mientras no traspasara la ley, la norma no debía ser ejecutada sino simplemente respetada como límite externo de la autonomía contractual (señoría de la voluntad individual)³⁴⁵.

En consecuencia para los órganos del Estado, el mandato se resumía: todo que no estaba permitido estaba prohibido. Para los particulares era reconocida como regla todo lo no estaba prohibido está permitido. (...) Estas afirmaciones son el modo de expresar los principios fundamentales de toda Constitución liberal de derecho. La libertad de los ciudadanos en ausencia de leyes como regla. La autoridad del Estado en presencia de leyes como excepción.

En la actualidad afirma Zagrebelsky esta posición ya no vale como doble regla libertad del particular y poder limitado del Estado. Al asumir el Estado una función garantizadora de reglas jurídicas generales y abstractas mediante actos aplicativos individuales y concretos (prohibiciones, autorizaciones, habilitaciones, decisiones) y a la vez de asumir gestión directa de grandes intereses públicos como la sanidad, enseñanza ha dado lugar a una legislatividad de la organización en detrimento del principio de la predeterminación de la actuación administrativa.

El principio de autonomía funcional de la Administración que en ámbito de leyes le indican tareas y restablecen situaciones de supremacía atribuye implícitamente en cada caso, las potestades que se precisan para su realización. Ya no puede hablarse de mera ejecución de la ley ya que nos encontramos con objetivos sustanciales de amplio alcance, cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, la ley se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público.

³⁴⁵ Ibidem

La administración goza de autonomía instrumental, es propio de la Administración no de la ley, individualizar el área sobre la que debe desplegar sus efectos en el momento en que la aplica. Por tanto corresponderá también a la Administración establecer la línea de separación entre la autoridad y la libertad de los sujetos como consecuencia de que a la administración se le reconoce las funciones de acción, de regulación y actualmente la de planificación. Dichas funciones inciden en el ámbito económico hasta hoy un ámbito privilegiado de tutela legislativa³⁴⁶.

Se produce también una pérdida en la posición original de los particulares, diversos sectores ya no se inspiran en la premisa liberal de autonomía como regla y del límite legislativo como excepción. Es decir la ley no sólo debe dar lugar a orientar la libertad individual a fines colectivos autorizando a la Administración a poner en marcha medidas conformadoras entre propiedad privada e iniciativa económica de forma que establece límites a la libertad individual instituyendo prohibiciones generales a situaciones concretas. (Recursos naturales, medio ambiente, regulación jurídica en la aplicación de tecnología, pago de sumas equivalentes a la incidencia sobre la colectividad de la utilización privada del bien colectivo).

El significado que debe atribuirse a la ausencia de leyes es una cuestión que habrá que resolverse dependiendo de los sectores del ordenamiento jurídico: manteniéndose la existencia de normas generales implícitas de libertad, mientras que en otros deberá reconocerse si la existencia de normas prohibitivas. La ley ha perdido sentido de orientación al ser apartada de su contexto referencial en el que actuaba imponiendo límites a las autoridades públicas y a la libertad privada.³⁴⁷

³⁴⁶ Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 35

³⁴⁷ Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 36

1. Resoluciones Administrativas fuera del control de constitucional.

Los cuadros: exteriorizan el déficit que se reclama al Estado Constitucional. Son derechos, garantías o principios como el de irretroactividad de la ley, el de debido proceso, el de aplicación objetiva de la ley, el de defensa y de aplicación objetiva del derecho ya sea tanto en el ejercicio, conservación o restitución de derechos civiles, políticos, económicos o sociales.

Hoy por hoy la sede administrativa se convierte en el mayor operador de aplicación de normas como también el creador de normas en detrimento de la Ley.

El comportamiento del control de constitucionalidad en ese ámbito presenta, por lo menos en Bolivia que la potestad reglamentaria del Órgano Ejecutivo y en especial el de la Administración no es parte o se aparta de un control mínimo de constitucionalidad, posición que en nuestro criterio es una aberración.

TABLA 60: LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS SIN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad no comprende a resoluciones administrativas	
Manifestación de la Comisión o del Tribunal Constitucional	Casos
El control de constitucionalidad se ejerce sólo sobre resoluciones normativas, no sobre resoluciones administrativa	26
Tribunal declara Inconstitucionalidad Reglamentos	3
El control de constitucionalidad no se ejerce control sobre directriz o instructivos	3
El control de constitucionalidad no se ejerce sobre informes Contraloría base de determinación responsabilidad civil.	3
El control de constitucionalidad no se ejerce circulares	4
El control de constitucionalidad diferencia resoluciones de procesos administrativos de resoluciones de procedimiento administrativo	13
El control de constitucionalidad no procede sobre disposiciones transitorias	1
El control de constitucionalidad abarca a disposiciones transitorias	3
El control de legalidad (normas incompatibles de igual o inferior jerarquía) corresponde al proceso contencioso administrativo.	6
El control de constitucionalidad no se ejerce sobre disposiciones reglamentarias de entidades privadas.	3
El control de constitucionalidad no se ejerce control sobre disposiciones reglamentarias de entidades sindicales.	1
Control de constitucionalidad procede sobre reglamento del LAB entidad privada.	1
Tribunal determina que en procesos administrativos el recurrente debe presentar precedente contradictorio.	1
Tribunal determina que en procesos administrativos el recurrente debe demostrar pago de sanción o cumplimiento de obligación	1
Se omite control de constitucionalidad.	5
Pronunciamiento sin observar cumplimiento requisito.	1
Sentencia de RII no es sustituto de Recurso Directo de Nulidad.	1
Total	76

De los 76 casos en los que se impetra control de constitucionalidad sobre normas administrativas 15 corresponden al control de constitucionalidad dentro de procesos judiciales y 61 dentro de procesos administrativos. Cifra significativa son 4 veces más en el área administrativa donde las autoridades encuentran duda sobre la aplicación de normativa.

**TABLA 61: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE
RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN PROCESO JUDICIAL
ELABORACIÓN PROPIA**

	CASOS	COMISIÓN DE ADMISIÓN		TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
		APRUEBA	REVOCA	
		APRUEBA RECHAZO		
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	6	APRUEBA RECHAZO		
TRIBUNAL GARANTÍAS ADMITE DE OFICIO	2	ADMITE		INFUNDADO
TRIBUNAL GARANTÍAS ADMITE	3	ADMITE	REVOCA RECHAZA	
TRIBUNAL GARANTÍAS ADMITE	2			INCONSTITUCIONALIDAD
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	3			EL RII NO ES SUSTITUTO DEL RECURSO DIRECTO DE NULIDAD

ELABORACIÓN PROPIA

Dentro de los procesos judiciales se observa que:

En seis casos el Juez o Tribunal rechaza el RII y la Comisión del Tribunal Constitucional aprueba este rechazo. En dos casos el RII es promovido de oficio por los jueces o Tribunal el criterio de la Comisión del Tribunal Constitucional es de admisión para que luego el Tribunal Constitucional declare infundado el RII,

En el otro caso la Comisión revoca la inicial admisión en consecuencia el RII es rechazado. En dos casos el Juez o Tribunal admite el RII y la Comisión Revoca y Rechaza. En tres casos la resolución establece que el RII no es sustituto de Recurso Directo de Nulidad.

Finalmente en dos casos el Juez o Tribunal admiten el RII y se declara Inconstitucionalidad.

De lo que se concluye que pese a las contradicciones de la Comisión y del propio Tribunal sobre si procede control de constitucionalidad sobre las resoluciones administrativas normativas o/y administrativas, sobre si las disposiciones transitorias son sujetas de control, si reglamentos son sujetos o no de control. Nueve de los catorce casos, es decir un 60% de los operadores jurisdiccionales han activado admisión sobre la duda de las normas a aplicarse y de ser efectivo el control difuso, las resoluciones de inconstitucionalidad pudieren ampliarse en esa magnitud. Hoy por hoy sólo dos de las catorce disposiciones en duda sobre la constitucionalidad de las mismas son declaradas inconstitucionales lo que significa un 15%. Ése 45% cautivo es la diferencia entre la posibilidad de ejercer el control difuso previsto en el Art. 410 del texto constitucional versus los autos y sentencias constitucionales como resultado del control de constitucionalidad concentrado.

**TABLA 62: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE
RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS**

	CASOS	COMISIÓN DE ADMISIÓN		TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
		APRUEBA	REVOCA	
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	47	APRUEBA RECHAZO		
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	2	RECHAZA POR ESTAR EN TRAMITE		
TRIBUNAL GARANTÍAS ADMITE	2		REVOCA RECHAZA	
TRIBUNAL GARANTÍAS ADMITE	4			INFUNDADO
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	1		REVOCA	CONSTITUCIONAL
CASO 1804 TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA			SUSTITUCIÓN MAGISTRADO	
TRIBUNAL GARANTÍAS RECHAZA	5		REVOCA	INFUNDADOS

ELABORACIÓN PROPIA

En cuanto a los Procesos Administrativos, en los que no son jueces o tribunales la situación es bastante distinta. De los 61 casos en los que ha planteado el RII dentro de procesos administrativos que están en instancia de Recurso de Revocatoria o Recurso Jerárquico:

En 47 la autoridad pública rechaza el RII y la Comisión Aprueba el Rechazo.

En 2 la autoridad pública admite duda sobre la constitucionalidad de la norma a ser aplicada, la Comisión del Tribunal Constitucional revoca dicha admisión y en consecuencia rechaza.

En 5 casos ante el Rechazo inicial de la autoridad pública la Comisión Revoca la negativa sin embargo el Tribunal Constitucional declara infundado.

En 2 casos muy sugestivos Rechaza la autoridad pública y la Comisión Rechaza con el argumento que el proceso está en trámite, lógicamente que tiene que ser en trámite ya que es improcedente de estar ejecutoriado el proceso.

En un solo caso la autoridad administrativa Rechaza el RII , la Comisión del Tribunal Constitucional Revoca y el Tribunal declara la norma constitucional.

El caso 1084 es sugestivo ya que por Ley la Comisión debe rechazar por unanimidad en este caso concreto deciden sustituir magistrado.

Finalmente en cuatro casos la autoridad pública promueve el RII y el Tribunal Constitucional declara Infundado.

En 12 casos de los 61 es decir un 20% las autoridades públicas y la propia Comisión del Tribunal Constitucional cuando revoca un rechazo, ante la duda razonable promueven RII.

2. Silencio Afirmativo en la administración, cambio de las reglas de juego democrático.

El control jurisdiccional de la actividad como de la inactividad administrativa propio del Estado de Derecho presupone, que toda violación formal o material a la legalidad sea rectificada por la propia actividad administrativa o al menos sea impugnada ante quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional.

La evolución del derecho ha dado lugar a que el sometimiento del Estado al orden jurídico resulta no sólo un imperativo constitucional o legal sino también una condición necesaria para la subsistencia de la sociedad como tal. Sin embargo, la forma en que cada Estado se ha sometido a él ha variado

significativamente según el sistema jurídico de que se trate. Desde esa óptica, se ha contrapuesto tradicionalmente el sistema jurídico en los países anglosajones (*common law*) de los países que derivan del sistema romano-germánico (continental europea). Si bien ambos esquemas reconocen un origen común en el derecho romano, distinta ha sido su recepción.³⁴⁸ Mientras en la *common law* el desarrollo judicial del derecho se caracterizó por el hecho de que la norma jurídica tiende esencialmente a la solución de un proceso concreto, en el sistema continental europeo tendió a normar conductas generales para el futuro se pretendió desarrollar una ciencia que alejada del derecho positivo permitiera dotar a los juristas de categorías y métodos que los orientaran en la búsqueda de soluciones justas.

En consecuencia en el campo administrativo, la contraposición distinguió el “régimen administrativo” del *rule of law* que varía entre la corriente inglesa y la norteamericana, lo que da lugar a sostener que podría hablarse de más de dos sistemas.

En el régimen administrativo ha existido una sumisión total al derecho de los actos del Estado con especial consideración de la situación de prerrogativa de éste, bajo el *rule of law* la sumisión total del Estado lo ha sido al derecho común de los actos del Estado, sin especial situación jurídica de éste. La sumisión es total y no parcial en ambos casos y no como propugnó en su momento la doctrina del Fisco que sostuvo que la fiscalización se producía únicamente de la actividad privada del Estado.

La distinción tradicional basada en el sometimiento del Estado anglosajón a la ley común aplicable a las relaciones con los particulares, y no a un derecho especial (derecho administrativo) como ocurriera en los países pertenecientes al sistema continental europeo. Distinción que va matizándose en cada Estado según el sistema al que se adscribe incluyendo sus propias peculiaridades.

³⁴⁸ Guido Santiago Tawil. *Administración y Justicia*. Ed Depalma. Buenos Aires. 1993. Pág. 12

Según Dicey, el rule of law- implicaba, la igualdad ante la ley o la igual sujeción de todas las clases a la ley ordinaria del país, administrada por los tribunales ordinarios. La *droit administratif* vigente en Francia hasta el siglo XIX se asentó sobre los criterios que el gobierno y cada una de las personas que le servían poseían, como representantes de la Nación, una serie de privilegios o prerrogativas con las que no contaban los particulares. Que para mantener incolumne el principio de la separación de poderes, el gobierno y sus funcionarios no se encontraban sometidos cuando actuaban como tales, a la jurisdicción de los tribunales ordinarios. Dicey dedujo cuatro características básicas del sistema francés : a) que la relación entre el gobierno y sus funcionarios respecto a los particulares debía encontrarse regulada por un cuerpo de reglas, leyes en realidad ,que diferían de aquellas que regulaban la relación entre particulares b) que mientras los tribunales judiciales ordinarios determinaban las cuestiones civiles o criminales ordinarias, carecían de jurisdicción para entender las cuestiones donde se encontraba el Estado c) que la coexistencia de tribunales administrativos y judiciales traía aparejada importantes conflictos de jurisdicción d) que el *droit administratif* sustraía del conocimiento de los tribunales de justicia a los funcionarios públicos culpables de un acto ilegal, Maurice Hauriou por su parte diferenciaba el régimen administrativo por su fuerte centralización, prerrogativas del poder público tales como la ejecutoriedad y el accionar de oficio del que derivan que ésta pueda ejecutar sus resoluciones sin necesidad de acudir al auxilio de la justicia, la existencia de tribunales especiales para conocer el obrar administrativo a diferencia del rule of law donde predominaban *los local governments* y la responsabilidad por las violaciones de los derechos individuales, la falta de sometimiento al Estado al derecho común- más no al ordenamiento jurídico, inexistencia de igualdad jurídica entre la Administración y los particulares. Diferencias que con el transcurso de los años se han atenuado , el régimen local inglés contiene un mayor grado de centralización desde *Local Government Acts* de 1972 y 1985, en Estados Unidos se han creado las *administrative agencies* , la potestad reglamentaria de la Administración (*rulemaking*) ha asumido una importancia tal , que no se concibe el

funcionamiento del actual Estado sin ella sin que su utilización se haya visto afectada por el repliegue estatal (*deregulation* de los años 80). Tanto Inglaterra como Estados Unidos las decisiones de la administración gozan de ejecutoriedad, no suspendiéndose ésta a pesar aun cuando son recurridas. En Francia caracterizada por su sistema de jurisdicción administrativa delegada, se encuentra avocada a transformar sus tribunales administrativos en verdaderas cortes de justicia influenciada no solo por el modelo alemán sino por el norteamericano.³⁴⁹

El principio de legalidad en cuanto a la actividad administrativa determina que el ejercicio de las potestades- funciones atribuidas son predeterminadas por el ordenamiento jurídico, son derivación de un status legal, por lo que resulta necesario que además de una norma que la configure, las atribuya en concreto. En tanto al eventual contenido reglado o discrecional sólo podrá inferirse de la norma de atribución, la justificación de la discrecionalidad en caso de vacío legal, laguna normativa, habilitación con objetivo de eficiencia administrativa. En la actualidad se entiende que la estimación discrecional de la Administración sólo podría ejercerse para preservar el principio de legalidad. Para algunos autores lo discrecional no es lo no reglado, sino lo reglado de un modo impreciso, queda margen para la libre apreciación, de igual forma relacionar el poder discrecional con el principio de legalidad en el sentido de que el poder discrecional no era sino una delimitación desde un criterio negativo y cuanto al principio de legalidad reconociendo la iniciativa administrativa. Justificaciones que actualmente se hallan superadas³⁵⁰

El principio de legalidad y su incidencia en el obrar administrativo el mismo que se ha plasmado en una doble exigencia: 1) exigencia negativa con la prohibición de actuar contra el ordenamiento jurídico. 2) exigencia positiva en la necesidad de que la Administración obre adecuadamente cuando así lo exige el ordenamiento jurídico. Lo que significa que se ha prohibido el modificar mediante actos singulares, lo establecido en disposiciones generales a pesar que estas

³⁴⁹ Idem.

³⁵⁰ Ibidem. Pág.40

podieran provenir de un órgano inferior en la línea jerárquica al que dictó la resolución en cuestión (principio de inderogabilidad singular de los reglamentos), se ha exigido a los entes administrativos actué material y formalmente frente a la necesidad de los administrados, se les ha impuesto reglas de conducta. La actividad administrativa queda supedita:

- 1) El sometimiento de toda la actividad estatal a la Constitución y las leyes.
- 2) Establecimiento de jerarquía normativa.
- 3) Prohibición de derogar normas superiores ni altere vía singular los establecido por ella a través de disposiciones generales dictadas con anterioridad.
- 4) Sometimiento de la actividad estatal al interés público
- 5) Toda decisión administrativa debe ser resultado de un debido proceso de razonabilidad.
- 6) Toda violación a la legalidad debe ser rectificada por la administración o susceptible de ser impugnada jurisdiccionalmente.

La infracción de estas exigencias supone poder reputarse el obrar administrativo como viciado en grado de nulidad o anulabilidad. De modo similar, se ha consolidado en los sistemas jurídicos de raíz continental europea, la idea de la responsabilidad plena del Estado, en razón de la cual la Administración debe responder por aquellos daños causados a los administrados y que ellos no se encuentran obligados a soportar, aun cuando en su producción el obrar administrativo pudiera ser considerado ajustado a derecho.

La legalidad no debe ser interpretada como una simple exigencia impuesta a la Administración es una técnica de garantizar libertad.

La seguridad jurídica como medida para verificar el cumplimiento efectivo del principio de legalidad, la formulación del principio de legalidad impone la necesidad de constatar el grado efectivo de acatamiento de la ley por parte de la Administración a fin de verificar si nos encontramos en la práctica frente al

imperio de la ley. (...) en las sociedades contemporáneas el ciudadano ha dejado de ser tan sólo el destinatario de la acción administrativa para transformarse en un pleno detentador de derechos y libertades.³⁵¹

La seguridad jurídica se encuentra debidamente garantizada no solo si se constata que quien detenta el poder utilice el procedimiento establecido para el ejercicio de sus potestades administrativas y legislativas sino, además, que los otros poderes del Estado a quienes se les ha encomendado su control efectúen una fiscalización efectiva.

El abuso en la utilización de figuras como leyes de emergencia y los llamados decretos de necesidad y urgencia, atentan contra la base política del sistema, la posibilidad de obtener tutela jurisdiccional efectiva contra estas u otras desviaciones del poder, en la práctica, decisiva para verificar la vigencia material del principio de legalidad.³⁵²

Otro aspecto de reflexión que hace a ésta temática, son aquellas posiciones que sostienen que debido al carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa en los Estados adheridos al régimen continental europeo que el objeto de la impugnaciones de los recursos, tanto administrativos como judiciales, debe ser siempre (sic) un acto administrativo. (...) el particular acude a los órganos jurisdiccionales a fin de defenderse de las infracciones cometidas por la Administración, su intervención resulta improcedente en los supuestos de inactividad administrativa.³⁵³ (...) en la actualidad no es en realidad el acto administrativo el objeto de la acción procesal administrativa, sino las pretensiones que se deducen en relación a él. (...) resulta indiscutible que la conducta de la Administración ejerce, una incidencia tal sobre la esfera de los particulares que los derechos de éstos pueden verse lesionados no sólo por su obrar, sino también por las omisiones en que ella incurre. Así se ha reconocido la

³⁵¹ Tawil.Ob. Cit.Pág. 47

³⁵² Ibídem. Pag. 48

³⁵³ Ibidem . Pag. 284- 315

posibilidad de responsabilizar al Estado en razón de su inactividad. Recogemos a través del maestro Tawil el pensamiento de profesor Nieto:

No se trata así tan sólo- “ de que el policía no invada nuestro hogar en horas de recogimiento nocturno; es que este recogimiento sería imposible sin el policía que vigila en la acera por nuestra seguridad y, más aún, sin el servicio municipal de electricidad (o la reglamentación del mismo) , que nos permite leer nuestro libro, y sin la ordenanza de ruidos nocturnos, que impide al vecino que nos moleste con su radio, excesivamente potente. A la esencia de la buena Administración corresponde no solamente el que el policía no allane nuestra morada, sino también el que nos garantice el servicio de luz, la paz y el silencio nocturno.³⁵⁴

La omisión de obrar por parte de la Administración y sus entes descentralizados devienen de la inactividad formal y la inactividad material. La inactividad material es aquella que se traduce en el incumplimiento por parte de la Administración de sus competencias ordinarias, en la pasividad de los entes administrativos para ejecutar o llevar a su debido cumplimiento los objetivos que le son propios. La inactividad formal es aquella que se produce en el marco de un expediente o un procedimiento administrativo, ante la falta de impulso o respuesta del ente a la petición formulado por los administrados denominado como silencio administrativo.³⁵⁵

Que el silencio administrativo haya sido legislado en la mayoría de los Estados que se adscriben a los principios del modelo del Estado Constitucional constituye una muestra adicional de que los reclamos sobre la definición de derechos fundamentales precisan tanto de respuestas legislativas como judiciales que de forma reparadora obligan a la prosecución de trámites ante una

³⁵⁴ Idem.

³⁵⁵ Idem.

Administración Pública cada vez más indolente, congestionada, donde la inercia ha significado involución y violación de derechos fundamentales, que precisan de criterios de decisión enfocadas hacia el pleno ejercicio de derechos y garantías constitucionales.

La inactividad material y la inactividad formal suelen presentarse de forma simultánea, sin embargo puede que no se de ésta simultaneidad. En efecto expone el profesor Tawil: estamos ante la presencia de inactividad material pero no formal, cuando obligada la Administración a la poda de los árboles en la vía pública o al control de la contaminación ambiental, ésta no cumple con su deber (inactividad material) y si es reclamada esta situación por los administrados, su petición es rechazada (actividad formal) por la Administración, por considerar, que el peticionaste carece de legitimación suficiente para formularla. Se produce por el contrario inactividad formal pero no material cuando: cuando un órgano administrativo dispone ante la aparición de una enfermedad aislar a los bovinos, vacunarlos e incluso sacrificarlos (actividad material), sin responder empero los reclamos efectuados por el dueño por considerar excesivas la medida (inactividad formal). Existe finalmente inactividad material como inactividad formal cuando, frente a la obstrucción de una ruta producida por un fenómeno natural, el organismo competente no procede a la remoción del obstáculo (inactividad material), y omite responder, además, las presentaciones efectuadas por quienes exigen que la Administración actúe despejando la ruta (inactividad formal).

Sin embargo la mayor parte de los ordenamientos jurídicos exigen en el caso de inactividad material, su transformación o “reconvención procesal” término utilizado por el profesor Nieto³⁵⁶ en una actividad formal mediante la interposición de una petición a fin de provocar un pronunciamiento susceptible de habilitar la vía jurisdiccional. La existencia de dicha actividad formal tiende a ser garantizada en el supuesto de falta de pronunciamiento expreso por parte del órgano

³⁵⁶ *Ibíd*em Pag. 288

competente – mediante el establecimiento de dos institutos: el silencio positivo y el silencio negativo.

Ejemplo de éste requisito y /o derecho dependiendo de si la óptica es administrativa (requisito) y si la visión es desde el administrado (derecho) se da en el ordenamiento francés, donde la decisión previa es requerida tanto en el supuesto del recurso de anulación, como en el de plena jurisdicción, en la Argentina es requisito esencial para acceder a la instancia judicial, tanto en la vía recursiva como en la reclamación. Lo propio sucede en Bolivia cabe aclarar que el ordenamiento boliviano que para acceder a la vía jurisdiccional se debe haber agotado la vía administrativa trátase del recurso de revocatoria donde se ha adoptado el silencio negativo, como del recurso jerárquico (en el que se produce el silencio positivo).

3. Jurisdicción administrativa retenida – Recurso Contencioso Administrativo.

Entre paréntesis el sistema administrativo boliviano califica como “jurisdicción retenida”³⁵⁷ a lo que se suma que la única posibilidad de acceder a vía jurisdiccional en mediante el recurso contencioso administrativo, que de acuerdo al nuevo texto constitucional es atribución de Tribunal Agroambiental Art. 189 (3) que a la letra estipula “ Conocer en única instancia los procesos contencioso administrativos que resulten de los contratos, negociaciones , autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y de los demás actos y resoluciones administrativas”.

³⁵⁷ Se hace referencia a la jurisdicción retenida cuando son las instancias administrativas las que resuelven ratificando o revocando los actos de la Administración. Salvo conflicto sobre orden sancionatorio en impositivo que apertura al contribuyente la posibilidad de elegir la vía administrativa o la vía jurisdiccional.

Se ha identificado en el transcurso de la investigación los siguientes problemas de accesibilidad en el Recurso Contencioso Administrativo desde la óptica de los derechos del administrado:

3.1. Óbice constitucional: se ha derogado del orden jurídico boliviano el Recurso Contencioso Administrativo.

Además se ha cercenado al Tribunal Supremo de Justicia antes Corte Suprema de Justicia del conocimiento del Recurso Contencioso Administrativo previsto Constitución 1993-1995 con el siguiente espíritu Art. 118 inc. (7) “Resolver las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo y las demandas contencioso- administrativas a las que dieron lugar las resoluciones del mismo” redacción uniforme consignada palabras o menos en las Constituciones entre 1878 al 2005.

El texto constitucional refrendado 2009 transfiere el conocimiento y resolución del Recurso Contencioso Administrativo al Tribunal Agroambiental que a la letra dice Art. 189 (3) resolver los procesos contenciosos administrativos, artículo que a la letra estipula “ Conocer en única instancia los procesos contencioso administrativos que resulten de los contratos, negociaciones , autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y de los demás actos y resoluciones administrativas”.

La facultad de conocer y resolver casos contenciosos que se genera entre las personas y la administración pública fue consignada en la primera Constitución boliviana de 1826 como atribución de la Corte Suprema de Justicia el Art. 110 inc. (2) determinaba “conocer de todas las causas contenciosas de patronato nacional”; de igual manera la Constitución 1831 en el Art. 113 inc. (3) o “conocer de las causas que resulten de los contratos o negociaciones del

Poder Ejecutivo por su parte el inc. (4) “Conocer de todas las causas contenciosas del patronato nacional”; la Constitución 1834 legislo la atribución en el Art. 115 inc. (3) y (4); la Constitución 1839 Art. 93 inc. (3) conocer de las controversias que se susciten por los contratos o negociaciones que el Poder Ejecutivo celebre por sí o por medio de sus agentes. Las Constituciones de 1843, 1851, 1861, 1868 no contemplaron la atribución y fue restituida en la Constitución de 1878 Art. 111 inc. (5) Conocer las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo y las demandas contencioso- administrativas a las que dieren lugar las resoluciones del mismo. Recurso Contencioso y Recurso Contencioso Administrativo que se mantenido en las Constituciones del posteriores 1880, 1938, 1945, 1961, 1964, 1967, 1993-1995, 2004 y 2005.

En ese mérito sostenemos que se ha producido cercenamiento y no simple transferencia de jurisdicción de la jurisdicción ordinaria hacia la jurisdicción agroambiental. Hay procesos administrativos por ejemplo como el de expropiación de un inmueble urbano para la apertura de una calle o procesos de calificación de grados de incapacidad para la determinación de renta de invalidez por ejemplo que no constituyen contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, en nuestro criterio han quedado sin tutela jurisdiccional para la definición del interés público y del interés privado a cargo de la justicia, la reforma constitucional 2009 ha servido para la derogación de la tutela jurisdiccional, situación que resulta ser preocupante en el ámbito de derechos fundamentales.

Acorde con la corriente del garantismo constitucional hubiera sido loable establecer al Tribunal Agroambiental la atribución de fallar en los Recursos Contencioso Administrativos sobre el uso y aprovechamiento de recursos naturales (aplicables a empresas generalmente) y conservar en el Tribunal Supremo de Justicia la atribución sobre la resolución de los Recursos

Contenciosos Administrativos (respecto de los derechos de la persona natural o jurídica que no tiene contratos y negocios de aprovechamiento de recursos naturales. Pero no obstante precisa de una tutela que falle en sede jurisdiccional la oposición entre el bien público y el bien privado en el caso de indemnizaciones por expropiación de bienes o calificación de grados de invalidez, ante tal cercenamiento la deducción es que desde la Ley de Leyes se ha optado por reinstaurar jurisdicción retenida (sistema caduco en el mundo) en lo que hace a la definición de derechos que no tienen como objeto aprovechamiento de recursos naturales.

3.2. Exegesis del control de legalidad -el control de constitucionalidad

El Código de Procedimiento Civil establece que los Recursos Contenciosos y Recursos Contenciosos Administrativos deben ser resueltos por la Corte Suprema de Justicia en concordancia con el mandato del Art. 127 inc. (8) de la Constitución de 1967.

A partir de la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 13 de agosto de 1974 se regularon estas dos clases de procesos: el Proceso Contencioso resultante de los contratos y negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo; y el Proceso Contencioso Administrativo regulado por los artículos 778 al 781 disposiciones que en la actualidad siguen vigentes.

De acuerdo a esa normativa el plazo para interponer el Recurso Contencioso Administrativo es de noventa días a contar desde la notificación denegatoria de la administración Art. 780 “ La procedencia del Recurso Contencioso Administrativo se produce en los casos que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo, reclamando expresamente del acto administrativo, y agotando ante

este poder todos los recursos de revisión , modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado”.

En el Art. 779 incluye en la previsión que en la fundamentación el recurrente “ indicará el decreto o resolución suprema que se impugnare” del mandato se infirió que la norma ordena realizar control de legalidad como lo establecen los AACC N° 278/01; 577/04; 485/05; 358/10 ; 0362/10 y las SSCC 0015/06; 0090/2006, precepto que se justifica en el contexto hasta la instalación del Tribunal Constitucional, debido o ante la inexistencia de un Tribunal Constitucional en ese entonces. El control de constitucionalidad y el control de legalidad que en los Estados que siguieron y siguen el sistema americano esta encomendado a la Corte Suprema de Justicia modelo que adopto Bolivia hasta la reforma 1993-1995 (supra).

El control de constitucionalidad y su titularidad en la reforma constitucional 1993-1995 significo para Bolivia una reforma institucional profunda sobre todo en el Órgano Judicial, reforma constitucional. Cabe aclarar que asignamos a la reforma constitucional 1993-1995 por los siguientes motivos: la reforma se inició con la habilitación de la reforma con la Ley de Necesidad de Reforma Ley 1473 de II de abril 1993. El procedimiento de reforma (llevado a cabo en el siguiente periodo constitucional) mediante Ley de reforma 1585 de 12 de agosto 1994. Finalmente aunque muy discutida en su constitucionalidad ³⁵⁸ se produjo una etapa de adecuación y concordancias la misma que concluyo con la promulgación o la Ley de adecuación y concordancias N° 1615 de 6 de febrero 1995.

Instituido el Tribunal Constitucional se le asignó el control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales Art. 120 inc. (1) de esa Constitución. Por lo que activo la facultad derogatoria constitucional por la que toda norma que se contrapone a la

³⁵⁸ Hoz de Vila

Constitucional o queda derogada o queda abrogada. En este entendido de ahí en adelante era la Tribunal Constitucional el que debió ejercer plenamente la atribución de control de constitucionalidad y por ende el de legalidad.

Como consecuencia de la reforma 1993-1995 se promulgo la Ley de organización y desarrollo del Tribunal Constitucional Ley 1836 de 1 de abril 1998 que derogo los artículos 775 al 781 del Código de Procedimiento Civil. Ley modificada-inmediatamente, en el periodo “*vacatio legis*” y antes que entrara en plena actividad el Tribunal Constitucional- por la Ley N° 1979 de 24 de mayo 1999.

Norma que para el análisis se ha dividido en dos partes: La primera parte explicable y justificada el Art. 5° dispuso “dejar sin efecto la derogación de los Artículos 775° al 781° del Código de Procedimiento Civil establecida en el párrafo I de la Disposición Única de Derogaciones y Modificaciones de la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional.” Este restablecimiento era imprescindible ya que la derogación de la Ley N° 1836 dejo sin disposición alguna la regulación del Recurso Contencioso Administrativo, situación que provoco vacío legal y procedimental, restitución explicable y justificada.

La segunda parte hemos denominado explicable pero no justificada, fruto de la improvisación o falta de discernimiento constitucional, salvo que aquel hubiere sido el objetivo limitar las atribuciones del naciente Tribunal Constitucional desde la legalidad, situación y objetivo inadmisibles. Esta modificación- restablecedora del procedimiento del Recurso Contenciosos Administrativo- fue más allá debido a que en el Art. 6 dispone “ Se aplicaran los procesos contenciosos administrativos por las autoridades judiciales competentes, cuando se impugnen decretos y resoluciones que se consideren ilegales por su oposición a una norma superior, salvo que la contradicción acusada se refiera de manera directa a una o más disposiciones de la Constitución Política del Estado en cuyo caso se aplicarán los procedimientos, constitucionales regulados en la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional”. Esta construcción legal degrada el

control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional como guardián de la constitucionalidad.

Si los motivos de semejante degradación del orden constitucional en la principal atribución del Tribunal Constitucional, fue la improvisación esto es explicable- no justificable- por el cambio del sistema americano o de *judicial review* al sistema austriaco en que encarga el control de constitucional al Tribunal Constitucional, debió procederse en el necesario desarrollo legislativo para compatibilizar artículos del Procedimiento Civil con la Constitución y con la Ley 1836. Si la degradación fue la falta de discernimiento, su origen es esencialmente de interpretación constitucional ya que al ejercer el Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad por mandato de la Constitución (1993-1995) la Ley posterior (Ley N° 1979) no debió regular modificación alguna de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia menos atribuirle control de legalidad de los decretos y resoluciones que se consideren ilegales por su oposición a una norma superior. Estipulación inconstitucional por delegar legislativamente potestades instituidas constitucionalmente lo que da lugar a síntomas de grave desconstitucionalización.

En nuestro criterio el Recurso Contencioso Administrativo debe dirimir la oposición entre el interés público y el interés privado y establecer expresamente que el control de constitucionalidad lo ejercer el Tribunal Constitucional y no crear jurisprudencialmente un control de legalidad a cargo del Tribunal Supremo de Justicia antes CSJ, que en esencia no es otra que un control de constitucionalidad.

3.3. Instrumentalización de la desconstitucionalización

La Ley 1979 incurre también en otra ilegítima delegación al establecer , la Ley N° 1979 es el medio utilizado para desconocer la jurisdicción instituida en la Constitución a la Corte Suprema de Justicia para el conocimiento y

resolución del Recurso Contencioso Administrativo Art. 118 inc (7) anterior Constitución. La redacción del Art. 6 de la Ley 1979 conduce cuando menos a duda razonable sobre la jurisdicción y competencia de la Corte Suprema al estipular “Se aplicaran los procesos contenciosos administrativos por las autoridades judiciales competentes”

Excepcionalizar procedimentalmente el control de constitucionalidad cuando inserta “contra mandato”, “ salvo que la contradicción acusada se refiera de manera directa a una o más disposiciones de la Constitución Política del Estado, en cuyo caso se aplicarán los procedimientos, constitucionales regulados en la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional” esta es una confesión de que en tan mentado control de legalidad no es sino un control de constitucionalidad respecto de la norma la norma impugnada. De ahí se explica la falta de examen de constitucionalidad sobre la actividad de la Administración Pública, que ha servido al Tribunal Constitucional para excusarse de fallar en el fondo sobre: la supremacía constitucional y la jerarquía normativa.

3.4. La sostenible laguna sobre el Control de Constitucionalidad en el Recurso

El Art. 59 de la Ley 1836 previó : “El recurso indirecto o incidental procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa establece cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial aplicable a aquellos procesos. Este recurso será promovido por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte. En la Ley N°027 el Art. 109 establece La Acción de Inconstitucionalidad Concreta procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales aplicables a aquellos procesos. Esta Acción será promovida por el juez, tribunal o autoridad

administrativa, de oficio o a instancia de parte. A su vez el Art. 61 de la Ley 1836 determinaba “El recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad podrá ser presentado por una sola vez en cualquier estado de la tramitación del proceso judicial o administrativo, aún en recurso de casación y jerárquico, antes de la ejecutoria de la sentencia”.

Con igual lenguaje salvo la denominación del control de constitucionalidad en el Art.111 de la Ley 027 establece: “ La Acción de Inconstitucionalidad Concreta podrá ser presentada por una sola vez en cualquier estado de la tramitación del proceso judicial o administrativo, aun en recurso de casación y jerárquico, antes de la ejecutoria de la sentencia.”

Del mandato de ambas leyes nos queda claro que el control de constitucionalidad concreto o incidental en acción o recurso que es lo mismo con distinta denominación se la debe o puede accionar en procesos judiciales en las instancias de sentencia, auto de vista y auto supremo y en procesos administrativos en instancia de resolución, revocatoria y jerárquico. Este último proceso tiene una instancia más que es la presentación del Recurso Contencioso Administrativo, a su vez el plazo para interponer el RCA es de noventa días a contar desde la notificación denegatoria de la administración en virtud del Art. 780 Código de Procedimiento Civil. La pregunta es ¿Dentro del Recurso Contencioso Administrativo es factible interponer la acción de inconstitucionalidad concreta? En proceso judicial no hay duda la ejecutoria se da cuando no se ha recurrido de la sentencia y del auto de vista y, cuando se ha emitido el auto supremo. Sin embargo en los procesos administrativo si no se recurre la resolución administrativa esta se ejecutoria, de igual forma si no se recurre la resolución de revocatoria y en caso de ser adverso el recurso jerárquico y no se opone el RCA la resolución del jerárquico se ejecutoria. De recurrirse a la vía judicial por agotamiento de la vía administrativa la ejecutoria se producirá cuando el Tribunal Supremo de Justicia antes CSJ resuelva a favor o contra el Recurso Contencioso Administrativo siendo viable en nuestro criterio la interposición de la Acción de Inconstitucionalidad Concreta. Los criterios emitidos del Tribunal

Constitucional no son claros al respecto. La jurisprudencia boliviana aun hoy no se atreve a fallar en el fondo.

A pesar de las falencias legislativas y jurisprudenciales es preciso anotar que Bolivia adopto en el país la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002 como resultado de la política reguladora emprendida por esas gestiones de gobierno, con el fin de armonizar disposiciones múltiples y dispersas. El ámbito de aplicación del procedimiento administrativo:

Art.2

- I. La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley. A los efectos de esta Ley, la Administración Pública se encuentra conformada por:
 - A. El Poder Ejecutivo, que comprende la administración nacional, las administraciones departamentales, las entidades descentralizadas o desconcentradas y los Sistemas de Regulación SIRESE, SIREFI y SIRENARE; y,
 - B. Gobiernos Municipales y Universidades Públicas.
- II. Los Gobiernos Municipales aplicarán las disposiciones contenidas en la presente Ley, en el marco de lo establecido en la Ley de Municipalidades.
- III. Las Universidades Públicas, aplicarán la presente Ley en el marco de la Autonomía Universitaria.
- IV. Las entidades que cumplan función administrativa por delegación estatal adecuarán necesariamente sus procedimientos a la presente Ley.

Lo novedoso de esta legislación es la de haber adoptado el silencio administrativo negativo y el silencio administrativo positivo

Art. 65 (Plazo y Alcance de la Resolución) El órgano autor de la resolución recurrida tendrá para sustanciar y resolver el recurso de revocatoria un plazo de veinte (20) días, salvo lo expresamente determinado de acuerdo a reglamentación

especial establecida para cada sistema de organización administrativa aplicable a los órganos comprendidos en el Artículo 2º de la presente Ley.

Si vencido el plazo no se dictare resolución, el recurso se tendrá por denegado pudiendo el interesado interponer Recurso Jerárquico.

Art. 67 (Plazo de Resolución)

- I. Para sustanciar y resolver el recurso jerárquico, la autoridad administrativa competente de la entidad pública, tendrá el plazo de noventa (90) días, salvo lo expresamente determinado conforme a reglamentación especial, establecida para cada sistema de organización administrativa aplicable a los órganos de la Administración Pública comprendidos en el Artículo 2º de la presente Ley.
- II. El plazo se computará a partir de la interposición del recurso. Si vencido dicho plazo no se dicta resolución, el recurso se tendrá por aceptado y en consecuencia revocado el acto recurrido, bajo responsabilidad de la autoridad pertinente.

Por la especialidad del sistema regulatoria implantado se procedió a promulgar de acuerdo a sus peculiaridades los siguientes reglamentos:

- 1) Para el Sistema de Regulación Sectorial SIRESE, D.S N° 27172, 15 de septiembre de 2003.
- 2) Para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, D.S N° 27175, 15 de septiembre de 2003.
- 3) Para el Sistema de Regulación de Recursos Naturales Renovables - SIRENARE. D.S N° 27171, 15 de septiembre de 2003

4) Para Procedimientos de los recursos administrativos ante la Superintendencia Tributaria, D.S N° 27241, 14 de noviembre de 2003

Agotada la vía administrativa las disposiciones precedentes determinan que procede la impugnación en la sede judicial siendo claro el Art. 70 (Proceso Contencioso Administrativo) Ley 2341 que a la letra establece: Resuelto el Recurso Jerárquico, el interesado podrá acudir a la impugnación judicial por la vía del proceso contencioso-administrativo, ante la Corte Suprema de Justicia.

La denominación de las autoridades administrativas en los sistemas de regulación sectorial, como financiero han sido modificados por D.S 071 de 9 de abril de 2009 que crea las Autoridades de Fiscalización y Control Social en los sectores regulados en sustitución de las anteriores superintendencias.

Volvamos a centrar el análisis en los requisitos y efectos del silencio administrativo; así como de los requisitos indispensables para el acceso a la vía jurisdiccional. La aplicación del silencio administrativo se produce en caso de inactividad administrativa. La aplicación técnica del silencio administrativo podrá otorgar por omisión administrativa el valor de una aceptación o de una denegatoria de la petición del particular.

Sobre la naturaleza del silencio administrativo negativo, doctrinalmente no hay uniformidad; algunos estudiosos lo consideran un acto administrativo y otros una presunción establecida a favor del administrado. El debate desatado en las esferas académicas, no nos debe llevar perder de vista cual es el objetivo o fin último de todo proceso administrativo o judicial y debemos coincidir que en ningún momento es el de blindar el actuar discrecional de la administración.

En los hechos el análisis de los procedimientos, de los requisitos y de las salvedades de cada una de las legislaciones nos ofrecen las respuestas.

En la legislación española se precisa la presentación de denuncia de mora, en la legislación argentina debe previamente ser expresado un pedido de despacho.³⁵⁹ En la legislación boliviana se produce automáticamente vencido el plazo para que la Administración se pronuncie o resuelva el recurso de revocatoria.

Notables son las diferencia expresa Tawil en su tesis doctoral, los sistemas español, alemán, francés e italiano, el administrado cuenta con la posibilidad de deducir frente a esta negación presunta, el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional según proceda la denuncia de mora o pedido de despacho o esperar la resolución expresa a su petición, a la falta de impugnación del acto presunto denegatorio no debe concederse valor de consentimiento.

En la Argentina a nivel federal el Art. 10 Ley 19.549 apertura cuatro posibilidades a) considerar al silencio como denegatorio de la presentación; b) interponer queja por defectos de tramitación o incumplimiento de plazos; c) iniciar acción de amparo por mora; d) esperar la resolución expresa de la administración.

Coincidimos con el autor, sólo la primera de las cuatro posibilidades dan apertura a la prosecución del proceso. A Nivel local da lugar a la interposición de Amparo como vía expedita contra la administración

En cambio la técnica del silencio administrativo positivo ha gozado de acogida en el sistema italiano, en sistemas como el español y el argentino su aplicación es excepcional y restringida requiriéndose para su aplicación no sólo de una habilitación legal expresa sino, en numerosas ocasiones, de requisitos no encontrados en norma alguna, según Jimenez-Blanco en su libro "Silencio Administrativo....."³⁶⁰ expresa: "se trata de requisitos de los se echa en mano

³⁵⁹ Tawil.Ob. Cit. Pág. 292

³⁶⁰ Tawil. Ob.Cit. Pág. 297-298

en cada caso, desenfundando precisamente aquél que en el supuesto de autos impide que pueda considerarse que hay un acto declarativo de derechos”

En España se lo ha utilizado principalmente en materia de otorgamiento de licencias urbanísticas municipales de edificación y uso de suelo siempre que no se trate de actividades en la vía pública o bienes públicos del Estado. (...) el silencio positivo aparece como algo sumamente peligroso: un instrumento, en suma, que ampara la realización lícita de una actividad sometida a control, sin que este control se realice efectivamente., esto es, sin que la actividad del particular aparezca reconciliada con la legalidad mediante un acto catártico y sacramental de la autorización administrativa, postura de profesor Pastor Santamaría de defensa del silencio positivo que es contrarrestada por las posiciones de García de Enterría y Fernández que consideran que el silencio positivo no debe ser visto como un acto administrativo sino como un tipo de actividad privada libre sometida a una carga de comunicación previa y susceptible de ser sujeta a un condicionamiento posterior (eventualmente a un veto o prohibición) por parte de la autoridad administrativa en un plazo temporal limitado.³⁶¹

Como ya hemos expresado en Bolivia en caso de inactividad de la instancia administrativa y en consecuencia de no producirse la resolución que defina la instancia de Revocatoria vencido el plazo establecido dependiendo del proceso administrativo que se trate, automáticamente se produce el silencio negativo lo que viabiliza la prosecución del trámite por presumirse ser contrario al administrado habilitando la competencia de la instancia jerárquica.

En la instancia jerárquica contempla más bien silencio positivo, en consecuencia de no pronunciarse la autoridad jerárquica en el plazo establecido para emitir resolución definitiva, sea que confirme o revoque la resolución de la instancia inferior, la ley de procedimiento administrativo otorga al administrado la razón.

³⁶¹ Ibídem

Si este fuera el este caso y a pesar de su inactividad, obligatoriamente por mandato de la Ley 1178 ; la Administración tendrá que aperturar la vía jurisdiccional en lo Contencioso- Administrativo por las previsiones en mérito del Art.33 y 32 de la Ley 1178 de responsabilidad civil, administrativa, ejecutiva y pena que recaen sobre el funcionario Art. 32 “La entidad estatal condenada judicialmente al pago de daños y perjuicios a favor de entidades públicas o de terceros, repetirá el pago contra la autoridad que resultare responsable de los actos o hechos que motivaron la sanción” espada de Damocles de responsabilidad civil, que de la administración pública se traslada hacia los magistrados del órgano judicial en mérito al Art. 4 de la Ley 1178 de administración y control gubernamental (SAFCO)

Esta disposición crea un ciclo perverso en desmedro de los derechos fundamentales de los administrados los que tienen ante sus ojos el desmoronamiento de justicia, quedando relegada la ponderación objetiva de los argumentos de las partes enfrentadas no importando la naturaleza de los mismas, amenazada la imparcialidad de los magistrados. Metafóricamente correspondería sostener que tanto la balanza, venda y espada de la diosa Themis se ven derribadas esta vez por el propio Derecho.

Critica que de ninguna manera significa que los magistrados sean irresponsables de los actos ilegales o ilícitos que pudieran cometer en el ejercicio y fuera del mandato otorgado por la propia Constitución

El otro escenario que se pudiera presentar es aquel que de no producirse el silencio administrativo positivo o en caso de emitirse una resolución jerárquica que confirme la resolución del inferior, el administrado queda habilitado siempre que cumpla con el plazo de habilitación de la vía jurisdiccional a través del Recurso Contencioso Administrativo hacer resuelto por la Corte Suprema de Justicia.

Lograr la resolución originaria para poder acceder a la vía recursiva (revocatoria y jerárquico) se ha constituido en una previa batalla legal, esto está demostrado en los informes del Defensor del Pueblo, el análisis de los datos encontrados en la institución defensorial hablan por sí solas, la diferencia entre los casos que derivan en orientación ciudadana y admisión de la queja son abismales no se ha encontrado en esos informes cuantos se refieren a no emisión de resolución originaria, sin embargo admitida la queja concluida en recomendaciones o modificar con simples notas o informes legales evadiendo emitir la resolución correspondiente.³⁶²

**TABLA 63: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL RECURSO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

	Autoridad	Resolución Autoridad	Comisión Tribunal Constitucional	Tribunal Constitucional
1) 1899 A C N° 278/01 Exp N° 02873-	Corte Suprema	Rechaza	Aprueba Rechazo	
2) 1418 AC 577/04 Exp10062-21-	Corte Suprema	Rechaza	Aprueba Rechazo	
3)1296 AC485/05-CA Exp.12462-25-	Corte Superior La Paz	Rechazo	Aprueba Rechazo	
1) 1260 AC 0634/05- Exp.12997-26-	Corte Superior La Paz	Rechaza	Aprueba Rechazo	
2) 1269 SC 0015/06 Exp.12833-26-	Tribunal Agrario Nacional	Promovido	Subsane las deficiencias observadas.	Infundado
3) 1194 SC 0090/2006 Exp.14278-29-	Corte Suprema de Justicia	Admite	Admite	Inconstitucionalidad en la frase correspondiente y dar curso a lo solicitado
4) 1018 AC 034/2010-	Corte Suprema de Justicia	Admite	Revoca Rechaza	
5) Ex 852 AC O0358/10-CA 2010 Exp.18451-37-	Tribunal Agrario Nacional	Admite	Revoca Rechaza	
6) 854 AC 0362/10-	Juez Administrativo Coactivo Fiscal	Rechaza	Aprueba Rechazo	

³⁶² Cfr. Tawil. Ob. Cit. Pág 293 Los institutos del silencio administrativo no liberan a la Administración de su deber de dictar una resolución expresa. Frente al derecho de petición se encuentra la obligación de responder. Ello no significa que la Administración deba pronunciarse en un sentido o en otro, sino tan sólo que debe resolver, en ese sentido la jurisprudencia norteamericana y argentina se han pronunciado.

La tabla 63 nos demuestra las vicisitudes jurídicas que versan sobre el control de constitucionalidad dentro del Recurso Contencioso Administrativo en el periodo delimitado la situación es la siguiente:

De los nueve casos que acceden al control de constitucionalidad se puede establecer que en cuatro se manifiesta la duda razonable sobre la normas a aplicarse. Cabe hacer notar que en dos casos es la Corte Superior y no la Corte Suprema la que promueve la consulta.

Todos los casos presentan la constante que dentro del Recurso Contencioso Administrativo es interpuesto dentro del RII hoy Acción de Inconstitucionalidad Concreta, las autoridades que promueven corresponden a las siguientes instancias cuatro corresponden a la Corte Suprema de Justicia hoy Tribunal Supremo de Justicia, dos pertenecen a la Corte Superior de La Paz, dos al Tribunal Agrario Nacional hoy Tribunal Agroambiental y uno al Juez Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributaria del Distrito Judicial de Pando juez.

Repercusión y efectos de los nueve casos que solicitan decisión sobre el control de constitucionalidad en el Recurso Contencioso Administrativo, la decisión de las autoridades sean esta Corte Suprema, Tribunal Agrario Nacional, Corte Superior o Juez administrativo

En tres (R/R) se produce el Rechazo de la autoridad respectiva y dicho Rechazo es Aprobado por la Comisión de Admisión.

En dos casos (A/R/R) a pesar de haberse Admitido el control de constitucionalidad por la autoridad que debe resolver el caso y en lugar de haber pasado estos directamente ante el Tribunal Constitucional para que emita sentencia, la Comisión de Admisión de forma arbitraria e ilegal Revoca la admisión originaria y consecuentemente la Rechaza proceder que da lugar a que no se realice escrutinio de constitucionalidad estos casos están consignados con

el expediente 1018 al que corresponde el AC/ 0034/2010 y al expediente 852 A/C 0369/2010.

Caso: AC/ 0034/2010 es el entablado por de la Cooperativa de Ahorro y Crédito “San Martín de Porres” Ltda. demandando la inconstitucionalidad del Anexo 1, numeral 3 de la Resolución Suprema (RS) 219195 contra la Gobierno Municipal de Santa Cruz de la Sierra fiscalizó a la Cooperativa emitiendo la Vista de Cargo 1165/GMSC/VC/2005 y luego la Resolución Determinativa 09/GMSC/RD/2006, fundándose en los Decretos Supremos 24204 y 24205, así como en los Anexos 1 numerales 3 y 2.3 de las RRS 219195, 220888, 221187 y 221726, y respecto al Impuesto a la Propiedad de Bienes Inmuebles (IPBI), se consideró como base imponible el valor en libros y estableció una deuda tributaria bajo el argumento de que el contribuyente pagó dicho impuesto sobre el valor en tablas (avalúo fiscal), y no así sobre el valor en libros, como establecen las normas legales citadas ³⁶³ La Comisión de Admisión ilegalmente Revoca el Auto Constitucional justificando su actuar , corresponde aclarar que el proceso constituyente que culminó con la promulgación de la Ley Fundamental vigente, constituye una causal sobreviniente ajena a la voluntad de las partes y del propio Tribunal, que impide la admisión del recurso por falta de fundamentación jurídico-constitucional, aclarando que en la labor de control de constitucionalidad, este Tribunal no puede actuar de oficio, sino a instancia de parte. Por ello, ante la imposibilidad de ingresar al análisis de fondo, corresponde el rechazo del incidente de inconstitucionalidad por basarse en preceptos de la Constitución abrogada.

Caso: A/C 0369/2010 se trata de reversión de la propiedad agraria, seguida contra Román Reynaga Cuba contra Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) demandando el control de inconstitucionalidad de la Resolución Bi-

³⁶³ Bolivia. Gaceta Tribunal Constitucional. Auto Constitucional N° 0034 /10 Sucre, 26 de marzo de 2010

Expediente:2007-16798-34-RII

Ministerial 005/2007 de 14 de noviembre Art PRIMERO.- Aprobar los formularios de verificación sobre encuestas a trabajadores y propietarios, así como la respectiva “guía para la Verificación y Valoración de la Función Económica Social cuando existen indicios o Denuncias de la existencia de Relaciones Servidumbrales, Trabajo Forzoso o formas análogas” afirmando que sin la participación de la autoridad competente como es la autoridad laboral, fue sancionado con la reversión de sus tierra por supuestamente vulnerar leyes laborales.

El Tribunal Agrario Nacional consultante admite la solicitud de promover el incidente, argumentando: 1) La existencia de una duda razonable sobre la constitucionalidad de la Resolución Bi-Ministerial 005/2007, porque contradice aparentemente el art. 29 de la CPE abroga., que dice: “Solo el Poder Legislativo tiene la facultad para alterar y modificar los códigos, así como para dictar reglamentos y disposiciones sobre procedimientos judiciales” (sic), en ese sentido se refiere a los arts. 59.1^a de la CPE Abrog., relativo a las atribuciones del Poder Legislativo, 228 que se refiere a la primacía de la Constitución Política del Estado y 229 relacionado a los principios y garantías; 2) Si bien la Resolución impugnada, se sustenta en los arts. 5 y 157 de la CPE Abrog., en los Convenios Internacionales y los arts. 144 y 245 de la Ley 3464.³⁶⁴ La Comisión de Admisión arrogándose facultades que no corresponde Revoca la admisión fundamentando su decisión en el AC 127/2005-CA de 29 de marzo, por el que la Comisión de Admisión, al resolver un caso donde existió una imprecisión similar en la redacción de la demanda, señaló: “Al respecto, las Sentencias Constitucionales 0017/2003 de 21 de febrero y 0048/2003 de 20 de mayo” han dejado establecido que a través del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad no se puede impugnar la lesión del art. 31 de la CPE, por cuanto para ello existen otros medios o recursos que la propia Constitución Política del Estado reconoce al efecto. Argumentación

³⁶⁴ Bolivia . Gaceta Tribunal Constitucional. Auto Constitucional N°0369/2010-CA
Sucre, 22 de junio de 2010, Expediente: 2008-18438-37-RII

forzada ya que de la lectura detenida la preocupación y duda del Tribunal Agrario Nacional verso sobre la constitucionalidad de normas legales.

En un caso (P/Inf) es promovido por la autoridad y declarado por el Tribunal Constitucional Infundado Exp 1269 S/C 15/2006 María del Pilar Gamarra Téllez, Celia Gamarra Téllez de Rivero contra el INRA demandando la inconstitucionalidad de la norma contenida en el punto segundo de la parte dispositiva de la Resolución Administrativa ST-346/2003, de 25 de noviembre, dictada por el Director Nacional del Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), que la modalidad de Saneamiento Simple de Oficio, determinada en la Disposición Transitoria Primera del DS 25848, de 18 de julio de 2000 y Resolución Administrativa RSS - CTF 0041/2000 en lo que corresponde al polígono cuatro, ubicado en la Provincia Vaca Diez del Departamento del Beni, la misma que se efectuará en la modalidad de Saneamiento de Tierras Comunitarias de Origen". Que finalmente el Tribunal Constitucional en el párrafo III (5) efectuó control de constitucionalidad de la Resolución Determinativa impugnada, contrastándola con el art. 228 de la CPE, que consagra el principio de la jerarquía normativa junto al de la supremacía de la Constitución no encuentra contradicción alguna ni incompatibilidad.³⁶⁵

En el caso 1194 (A/ Inconst) se declara la inconstitucionalidad correspondiente a la S/C 0090/2006 el RII es interpuesto dentro de Recurso Contencioso Administrativo por Gerente de GRACO La Paz contra la Superintendencia Tributaria General la autoridad admite el Recurso Incidental demandando la inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 2 de la Ley 3092, niega a la Administración Tributaria pueda impugnar en la vía del contencioso administrativo se quebranta 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

³⁶⁵ Bolivia . Gaceta Tribunal Constitucional. Sentencia Constitucional 0015/2006 Sucre, 4 de abril de 2006 Expediente: 2005-12833-26

igualdad, atentando al derecho a la defensa de la Administración Tributaria en sede judicial, obstaculizando el derecho a la tutela judicial efectiva al no poder acudir a la autoridad jurisdiccional.³⁶⁶ Por la importancia de la Sentencia transcribimos la parte resolutive El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que ejerce por mandato de los arts. 120.1^a de la CPE; arts. 7 inc. 2) y 59 y ss. de la LTC, declara:

1. INCONSTITUCIONAL la frase contenida en el primer párrafo del art. 2 de la Ley 3092, de 7 de julio de 2005: “el sujeto pasivo y/o tercero responsable”.

2. Queda el primer párrafo del art. 2 de la Ley 3092, de la siguiente manera: “Se establece que la resolución administrativa dictada por el Superintendente Tributario General para resolver el Recurso Jerárquico agota la vía administrativa, pudiendo acudirse a la impugnación judicial por la vía del proceso contencioso administrativo

3. EXHORTA al Poder Legislativo, que con carácter de urgencia sancione la Ley que establezca los casos y presupuestos en los que la Administración Tributaria tenga legitimación activa para interponer el proceso contencioso administrativo.

El voto disidente de la Dra. Silvia Salame Farjat es que debió declararse la inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley 3092 en su totalidad, aunque el discernimiento de su fundamentación es como sigue: 1) No debe ignorarse que el objeto del procedimiento administrativo de impugnación de los actos administrativos, es la protección de los derechos del administrado; 2) en Estados federales y/o con autonomía en los cuales la administración presenta múltiples formas constitucionales de manifestación, como autonomías, estados federales, y otras formas de estado, dentro de un gran estado, es evidente que existe

³⁶⁶ Bolivia . Gaceta Tribunal Constitucional. Sentencia Constitucional 0090/2006 sucre, 17 de noviembre de 2006 Expediente:2006-14278-29-RII

confrontación de intereses del micro Estado con el macro Estado, supuesto en el cual es atendible reconocer la legitimación activa, también a las instituciones públicas para que defiendan los intereses legítimos de las autonomías, estados dado que en Bolivia no existe un Estado complejo, sino más bien uno fuertemente centralizado, en el cual la constitución reconoce un único administrador de la gestión de tributos, no es inconstitucional que no le este reconocida a la Administración Tributaria la posibilidad de accionar un proceso contencioso administrativo, pues su situación jurídica difiere totalmente de la del administrado, en consecuencia no se lesiona ni el derecho de acceso a la justicia ni el principio de igualdad, ya que la lesión de la igualdad emerge del trato discriminatorio a sujetos iguales; igualdad que no existe entre el Estado y las personas particulares; por tanto, no es discriminatorio que el Servicio de Impuestos Nacionales no tenga acceso como ente activo del proceso contencioso administrativo. A pesar de esta fundamentación el voto disidente de la Dra. Salame fue por la declaración de inconstitucionalidad de todo el Art. 2 de la Ley 3092³⁶⁷

Son dos los casos en los que colisiona el Art. 6 la Ley 1979 con la Constitución inexplicablemente son Rechazados por las respectivas autoridades y la Comisión de Admisión aprueba el Rechazo

Pues bien el expediente 1296 Auto Constitucional 485/2005-CA en caso de Antonio Freddy Rojas contra el Gobierno Municipal de La Paz apoderada del Alcalde Municipal, solicitó a la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz que promueva recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad contra el Auto Supremo 60/2002 y la Circular 5/03 de 14 de febrero instrumentos jurídicos que posibilito a la Corte Suprema declinar competencia en mérito al Ley 1979 Art. 6 (análisis ya desarrollado) y Circular 5/03 que obliga a las Cortes de Distrito a tramitar y resolver los procesos contencioso administrativos que surjan con relación a los Gobiernos Municipales, delegando competencia de manera ilegal los asuntos de son de exclusiva

³⁶⁷ Loc cit.

competencia de esa Corte Suprema, creando incertidumbre a las partes que deben acatar determinaciones que surgen de resoluciones que son inferiores a la Ley, en este caso los arts. 117 Y 118 de la Constitución Política del Estado (CPE) que atribuyen a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de las causas contenciosas y contencioso administrativas, preceptos que han sido desconocidos; b) el art. 228 de la Ley Fundamental establece que la Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional, y que los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones. La Comisión de admisión mediante A/C 485/2005 va aprobar el rechazo ³⁶⁸

Finalmente el expediente 1260 Auto Constitucional 0634/2005 dentro del proceso contencioso-administrativo seguido por la empresa MANHATTAN SHIRT BOLIVIA S.A. representada por Antonio Handal Abs contra el Gobierno Municipal de La Paz, solicitó a la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz que promueva recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad contra los Autos Supremos 61/2002, 62/2002 y Circular 5/03 de 24 de febrero. impugnando y pidiendo se revoque y se deje sin efecto la Ordenanza Municipal (OM) 44/2004 de 25 de septiembre, la misma que rechazo la solicitud de reconsideración de la OM 158/02 de 25 de septiembre, que abrogó a su vez la Resolución Municipal 299/97 de 11 de diciembre y confirmó en todas sus partes la RM 215/91 de 16 de diciembre que en su contenido confirma la Resolución Municipal 292/91, la que en definitiva deniega a la firma Manhattan Shirt Bolivia S.A., indemnización alguna por los terrenos situados en las Avenidas Municipal y Costanera de la zona de "Santiago de Lacaya" Argumenta que la Corte Suprema al dictar los autos supremos y la circular impugnados, por los que interpreta la Ley de Municipalidades atribución 7º del art. 118 de la Constitución Política del Estado (CPE), Cap. VI, Título VII, Libro IV del Código de Procedimiento Civil (CPC) y el

³⁶⁸ Bolivia Gaceta Constitucional AUTO CONSTITUCIONAL 485/2005-CA Sucre, 4 de octubre de 2005

Expediente 2005-12462-25-RII

art. 103.21 de la Ley de Organización Judicial (LOJ), ha violado el art. 59 de la CPE atentando de esa manera contra la administración de justicia al obligar a las Cortes Superiores de Distritos Judiciales de todo el país, a tramitar y resolver bajo su responsabilidad los procesos contencioso-administrativos que surjan en relación a los actos y resoluciones de los gobiernos municipales, delegando de manera ilegal asuntos que son de competencia exclusiva de la Corte Suprema, amparados en la interpretación de la Ley 2028, art. 103.21 de la LOJ, atribución 7ª del art. 118 de la CPE y Capítulo VI, Título VII, Libro IV del CPC. La decisión de la Comisión de Admisión es la de Aprobar el Rechazo sin hacer la discriminación entre la oposición del interés público e interés privado acogiéndose al mandato de la Ley 1979.

Para concluir este panorama cada vez más sombrío para el control de constitucionalidad el Auto Constitucional 0543/2010 va correr la misma suerte la Comisión de Admisión va Aprobar el Rechazo del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad incoado por Seguros Illimani S.A., demandando la inconstitucionalidad de los arts. 59 y 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) y 23, 40, 47 y 68 del Decreto Supremo (DS) 27175 de 15 de septiembre de 2003, por la supuesta vulneración de los arts. 7 inc. a), 16.I, II y IV y 229 de la Constitución Política del Estado abrogada (CPEabrg). Auto de 13 de enero de 2009, emitido por la Superintendencia de Empresas, en atención a su solicitud de aclaración sobre la RA SEMP 003/2009 de 5 de enero, por RA SEMP 003/2009, la Superintendencia de Empresas, resuelve multar a Seguros Illimani S.A., con la suma de Bs5000.- (cinco mil bolivianos), por considerar que se cometió una infracción, "...por haber convocado a Junta General Ordinaria de Accionistas en letras capitales, en diciembre de 2008, cuando el orden del día correspondía a Junta General Extraordinaria de Accionistas" (sic) y siendo que la indicada Resolución no era clara, el 12 de enero se solicitó se aclare cuál es la norma de naturaleza comercial que fue vulnerada por la sociedad; sin embargo, el 14 de enero de 2009 la Superintendencia de Empresas, les notificó con el Auto de 13 de enero de 2009, que expresó la negativa a aclarar lo solicitado, razón por la que el recurrente a nombre de la sociedad Illimani S.A., interpone al mismo tiempo el

recurso de revocatoria contra la RA SEMP 003/2009 y el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, demandando la inconstitucionalidad de los arts. 59 y 84 de la LPA y 23, 40, 47 y 68 del DS 27175, por la supuesta vulneración de los arts. 7 inc. a), 16.I, II y IV y 229 de la CPE Abrog. el referido Decreto Supremo en su art. 47, establece que para la admisión del recurso, se debe demostrar haber pagado la multa que la Superintendencia de Empresas les impuso, vulnerando garantías y derechos constitucionales, por otro lado, tanto la Ley de Procedimiento Administrativo como el DS 27175, dan a entender que la interposición de los recursos que la ley franquea, no suspenden la ejecución de sanciones administrativas, por lo que las normas que merecen revisión del Tribunal Constitucional, al existir duda razonable sobre su constitucionalidad son los arts. 59 y 84 de la LPA y 23, 40, 47 y 68 del DS 27175.

Capítulo VI: Sede Internacional de los derechos fundamentales.

I. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la violación de garantías de debido proceso.

La evolución actual del Derecho Internacional, en especial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hace imperativo tratar el tema de las obligaciones que tienen los Estados de adecuar su legislación interna para que éste acorde con los parámetros establecidos por tratados internacionales.

Los estudios de control de constitucionalidad vienen incorporando como parámetro de interpretación y, por ende, de aplicación de la Constitución, tanto el texto de los tratados que hacen parte del Derecho Internacional de Derechos Humanos como a la jurisprudencia emanada de los Tribunales supranacionales encargados de aplicar dichos acuerdos. Se trata de una garantía que pretende armonizar el derecho vigente para darle una interpretación homogénea

partiendo de la vigencia efectiva de los derechos y garantías consagrados en los instrumentos que obligan por igual a todos los Estados signatarios.³⁶⁹

La tendencia doctrinaria judicial que va generando expectativa establece que se deben determinar pautas relacionadas con la obligación de aplicar en el ámbito interno tanto las Convenciones Internacionales de las que el Estado es parte, como también las interpretaciones de estas normas realizadas por los Tribunales Internacionales. Sobre el tema la Corte Interamericana “el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana interprete última de la Convención Americana.

Este control de convencionalidad permite a los órganos internacionales interpretar los actos internos de los Estados parte a la luz de la Convención. Lo que daría lugar a sostener: la constitucionalización de derecho internacional, entendido como la construcción de un orden jurídico constitucional fundado en el respeto de los Derechos Humanos consagrados en el Derecho Internacional.

La nueva lectura de las normas que integran los textos de las Constituciones Políticas, da pie para hablar de internacionalización del derecho constitucional, bajo el entendido que sus contenidos deben ser interpretados a partir de las Convenciones y de la jurisprudencia emanada de los Tribunales Supranacionales encargados de velar por la aplicación y vigencia de tales instrumentos.

Bidart Campos dice en el derecho internacional de los derechos humanos, hay tres cosas por destacar³⁷⁰

- a) el respeto y tutela proviene de los principios generales del derecho internacional.

³⁶⁹Tobo Rodríguez. Ob. Cit. Pág161

³⁷⁰ Bidart Campos. Ob. Cit. Pág 479

- b) los derechos humanos se sitúan en el segmento de "*ius cogens*" y se integran en el orden público internacional.
- c) los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos – universales o regionales- configuran un sistema en el cual los estados que entran a formar parte de él retienen su jurisdicción interna en calidad de concurrente con la jurisdicción internacional para que en la primera se alcance la efectividad de los derechos humanos.

En cambio los tratados de integración y el derecho comunitario

- a) no tienen como finalidad el respeto y tutela de los derechos humanos, si bien no se desligan de acatar la obligación internacional.
- b) hallan una característica esencial en la transferencia de competencias internas a favor de los órganos supraestatales, transferencia que en las integraciones comunitarias no se opera en el campo de los derechos humanos.
- c) mientras en el sistema supraestatal de derechos humanos la jurisdicción interna y la internacional son concurrentes, en la integración supraestatal y derecho comunitario hay ámbitos competenciales donde la jurisdicción es exclusiva.

Cuya repercusión, es más rígida en el derecho interno que en el supuesto de un sistema supraestatal de derechos humanos aun cuando en estos contemple tribunales internacionales con competencias para intervenir cuando el Estado parte viola derechos fundamentales en su jurisdicción interna. La supraestatalidad del derecho comunitario es tal únicamente en el marco de las transferencias habilitadas y efectuadas, de las competencias específicas y del objeto para el cual son creadas y establecidas.

Problema de las sentencias de los tribunales internacionales, los tribunales superiores de los estados, las cortes supremas, las cortes y tribunales constitucionales, han sido siempre los señalados como interpretes últimos de la

Constitución, y sus decisiones han revestido la calidad de cosa juzgada. Es la instancia final en la jurisdicción y en las vías internas, y cuando desde un tribunal supranacional ingresa y debe cumplirse una sentencia en jurisdicción del estado parte se abre una serie de dudas y temores ya que hay quienes alegan que afecta en menos cabo del Órgano Judicial.

Hay sistemas internacionales de derechos humanos –como el europeo y el interamericano- que cuentan con un tribunal supraestatal para conocer de las violaciones en que pueden incurrir los estados parte.³⁷¹

Las sentencias de estos tribunales son estimadas por parte de la doctrina como decisiones ajenas al estado, que cercenan en alguna medida su función jurisdiccional.

Dos controvertidos temas concurren: uno la naturaleza de las cuestiones cuyo juzgamiento incumbe al tribunal supraestatal y otro el de cosa juzgada de la última sentencia local que recayó agotarse las vías internas con carácter previo a la intervención del tribunal supraestatal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado con toda nitidez el principio que cuando analiza si una ley interna o un acto gubernamental implica violar el Pacto lo hace desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde pronunciarse sobre si la ley o el acto son válidos o no dentro del derecho interno del Estado. En materia de derechos humanos ni la sentencia del tribunal supraestatal, ni del tribunal comunitario, pueden ignorar o transgredir el nivel de protección mejor que surge de la constitución de un Estado parte y, como presupuesto tampoco pueden violar el sistema constitucional de derechos, de doble fuente la interna y la externa.³⁷²

³⁷¹ Idem.

³⁷² Ibidem. Pág.512

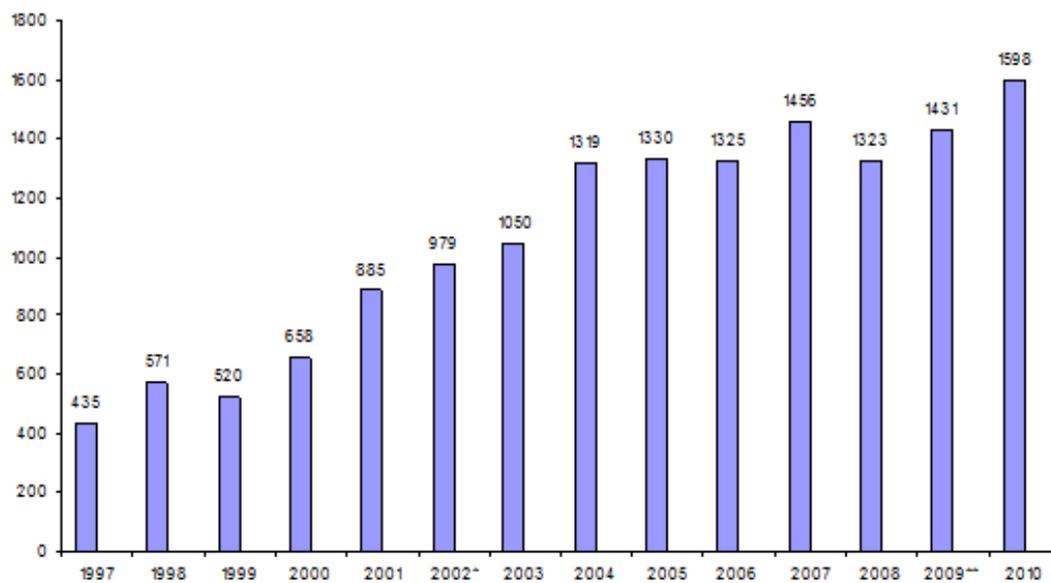
Las instancias internacionales de protección de los derechos fundamentales y garantías se encuentran en construcción sobre todo en la tema de control de convencionalidad.

Los derechos humanos fortalecen el modelo de democracia y consisten en un presupuesto indispensable de esta. Aunque, somos conscientes de que el lenguaje común de los derechos humanos no tiene por qué facilitar el acuerdo o consenso inmediato para la resolución de los mismos; pero constituye el punto de partida de este. Los derechos fundamentales son el presupuesto fundamental de todo Estado democrático de derecho.³⁷³

³⁷³ Aguilera. Teoría Pág. 83

1. Casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

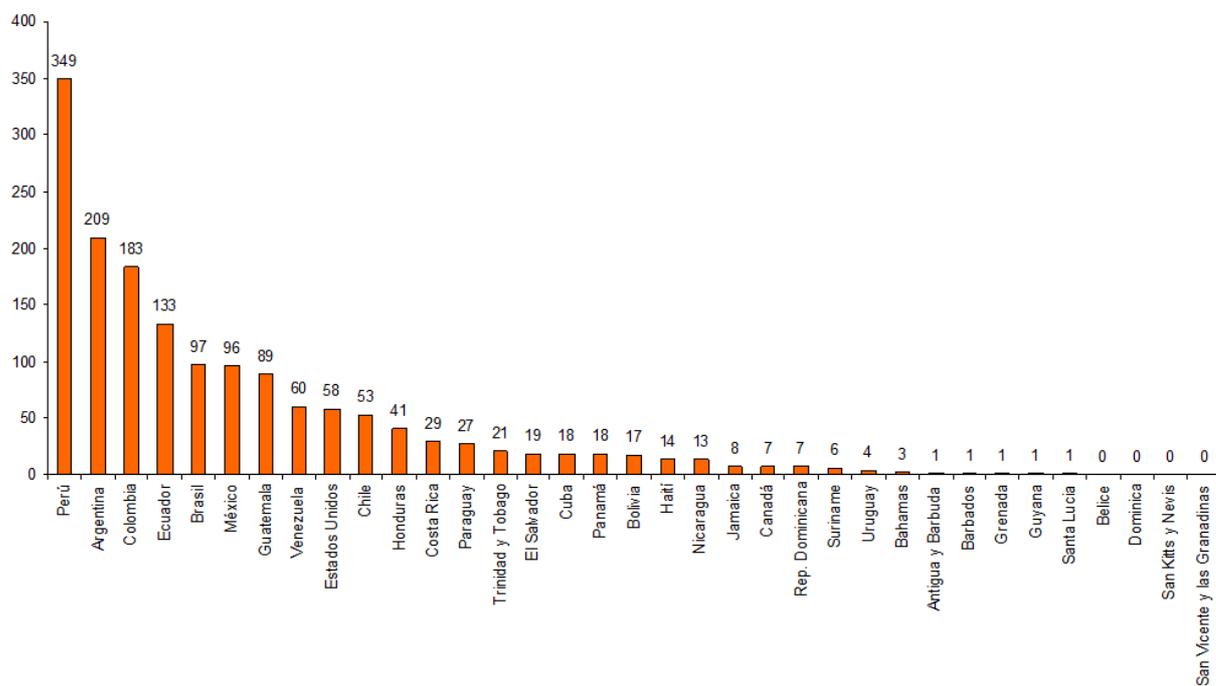
GRAFICO NO. 6: TOTAL DE DENUNCIAS RECIBIDAS POR AÑO



FUENTE INFORME 2012: COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

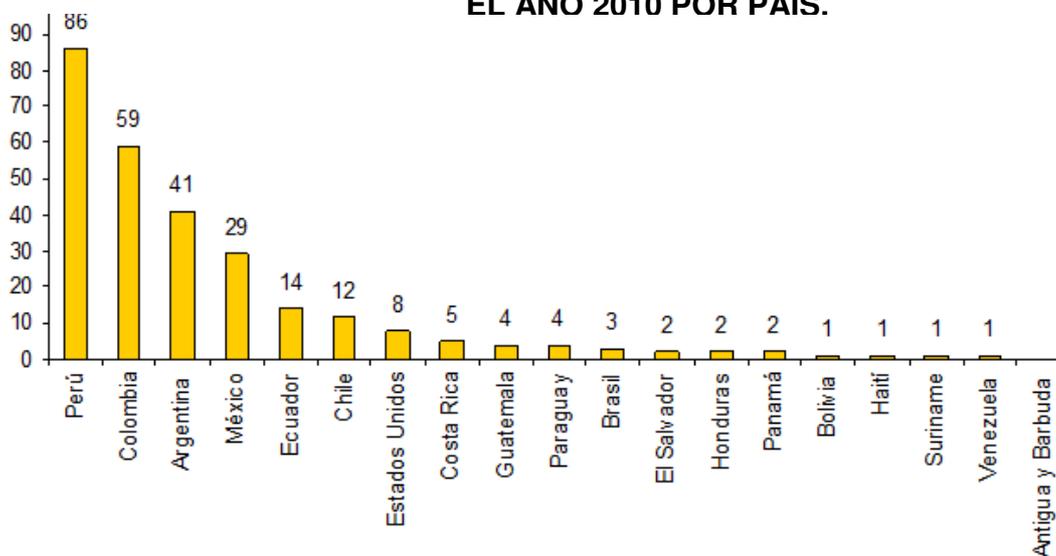
<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp#inicio>

GRAFICO NO. 7: TOTAL DE CASOS Y PETICIONES EN TRÁMITE AL 31 DE DICIEMBRE DE 2012 POR PAÍS.



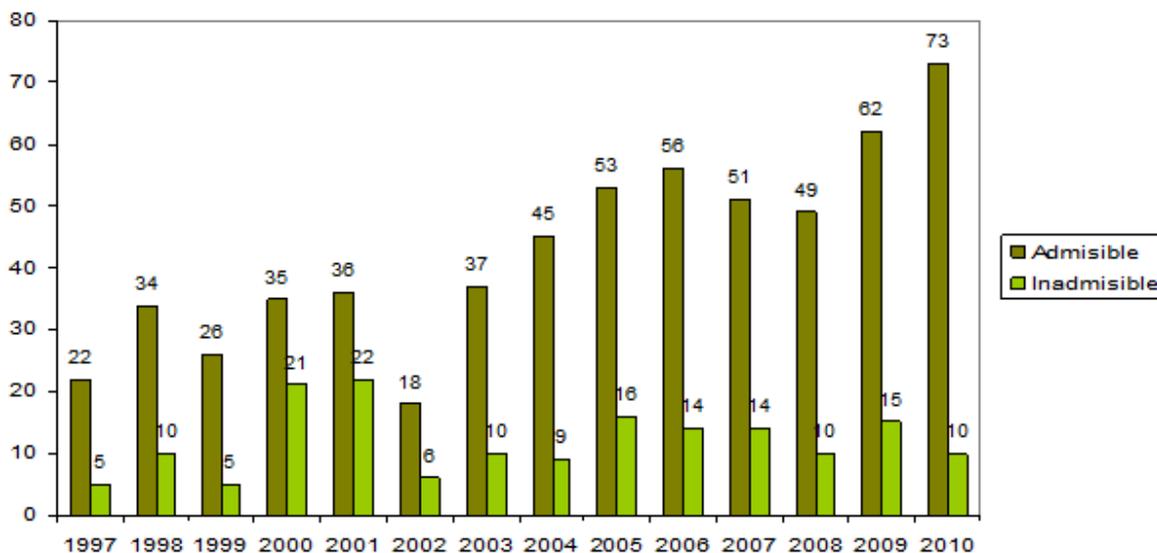
FUENTE INFORME 2012: COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

GRAFICO NO. 8: PETICIONES EN LAS QUE SE HA DECIDIDO INICIAR TRÁMITE DURANTE EL AÑO 2010 POR PAÍS.



De las 1598 denuncias la comisión decidió abrir trámite en 275 lo que representa algo menos de un 20%.

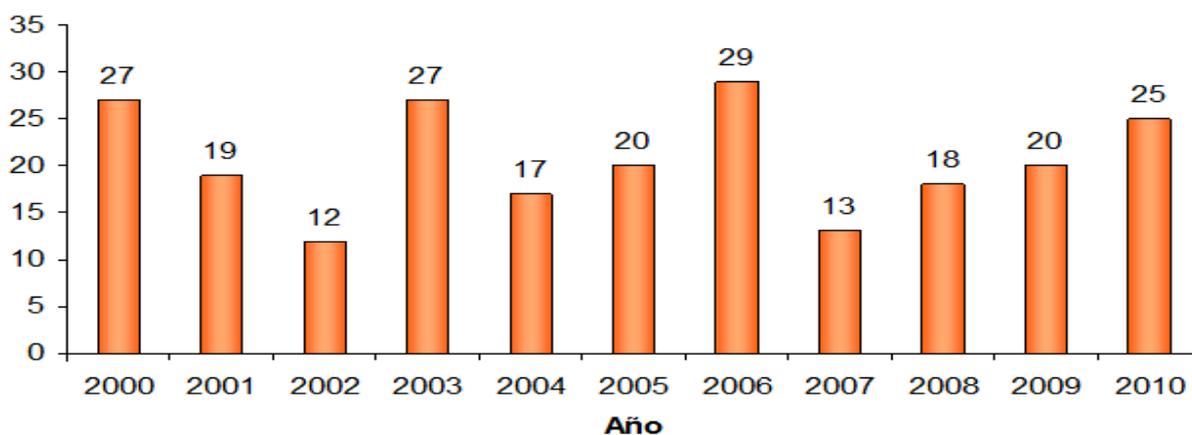
GRAFICO NO. 9: TOTAL DE INFORMES DE ADMISIBILIDAD E INADMISIBILIDAD PUBLICADOS



FUENTE INFORME 2012: COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Estos informes reflejan la decisión definitiva de la CIDH sobre el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de las peticiones de los 275 en trámite cumplen los requisitos de admisibilidad 73.

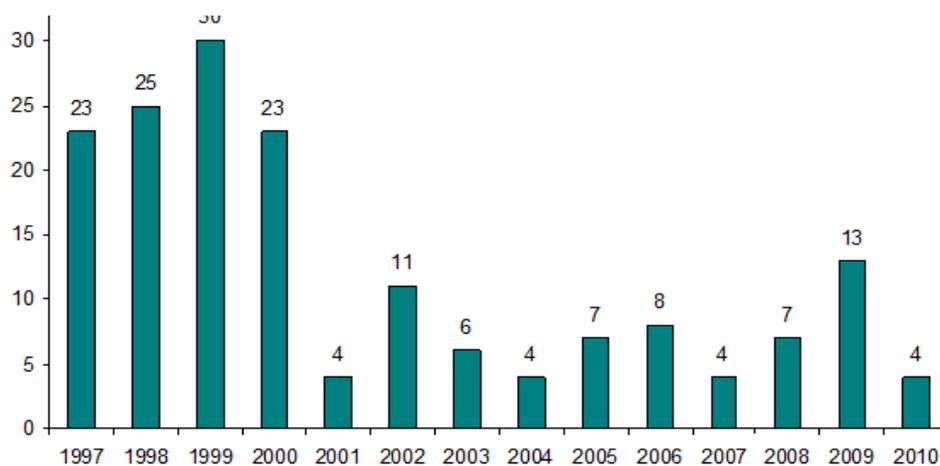
GRAFICO NO. 10: DENUNCIAS ADMITIDAS POR CIDH POR AÑO



Las cifras incluyen los informes en los cuales la CIDH se ha pronunciado sobre la presunta violación de la Convención Americana por los Estados partes así

como la Declaración Americana por los Estados miembros que aún no han ratificado la Convención y reúnen los requisitos de caso a ser planteado ante la Corte .

GRAFICO NO. 11: CASOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS POR AÑO



FUENTE INFORME 2012: COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Tras su pronunciamiento sobre el fondo de un caso conforme el artículo 50 de la Convención Americana, tanto la CIDH como el o los Estados partes involucrados se encuentran facultados para someter el caso a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

GRAFICO NO. 12: CASOS HABILITADOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA POR AÑO

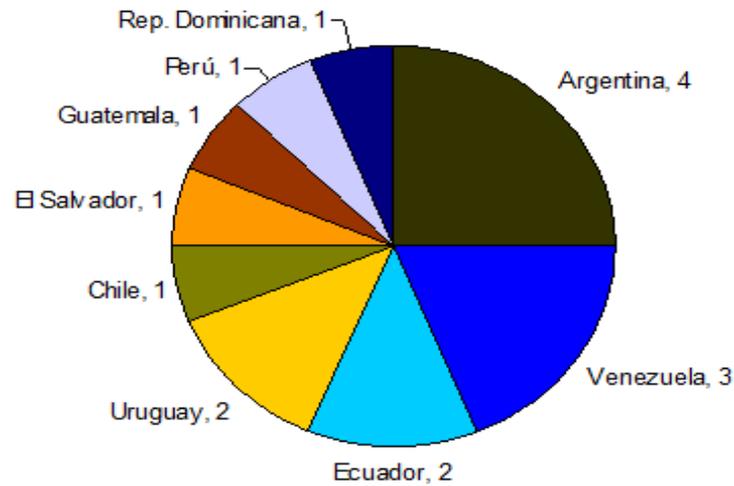
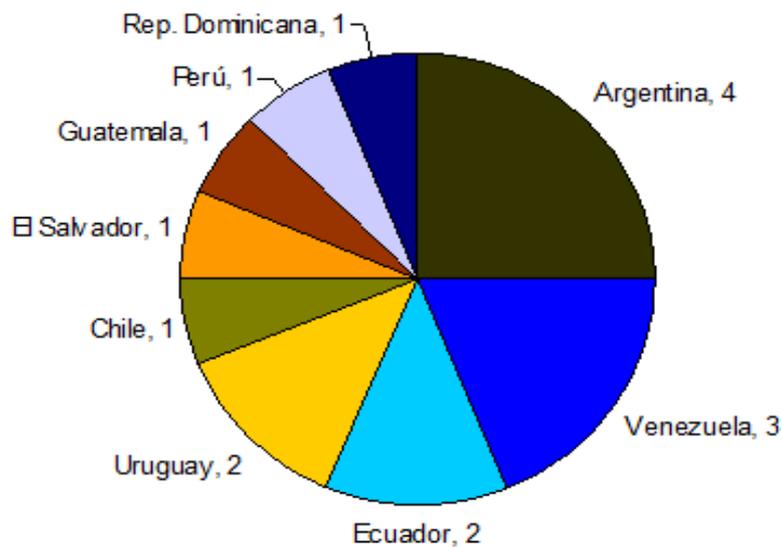


GRAFICO NO. 13: CASOS PRESENTADOS A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DURANTE EL AÑO 2010 POR PAÍS.



FUENTE INFORME 2012: COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El informe sobre la violaciones de derechos humanos en el sistema americano nos presenta que de las 1.598 denuncias presentadas a la Comisión de Derechos Humanos, se procede a la decisión de iniciar trámite en 275 casos de los cuales logran admisibilidad 73, de éstos fueron habilitados ante la Corte Interamericana 16 y los informes publicados por la Corte son 4.

En relación a Bolivia de los 28 casos de denuncia la decisión de iniciar trámite fue para 1 de los casos.

2. Sistema de peticiones y casos individuales

La Comisión recibe denuncias en caso individual contra el Estado que parte o no del sistema interamericano que viola derechos protegidos por la Declaración de derecho y deberes o por la Convención Americana de derechos humanos.

El informe de peticiones y casos individuales se resume en los siguientes gráficos:

GRAFICO NO. 14: CASOS INDIVIDUALES 1. 936, POR PAISES
FUENTE INFORME 2012: COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

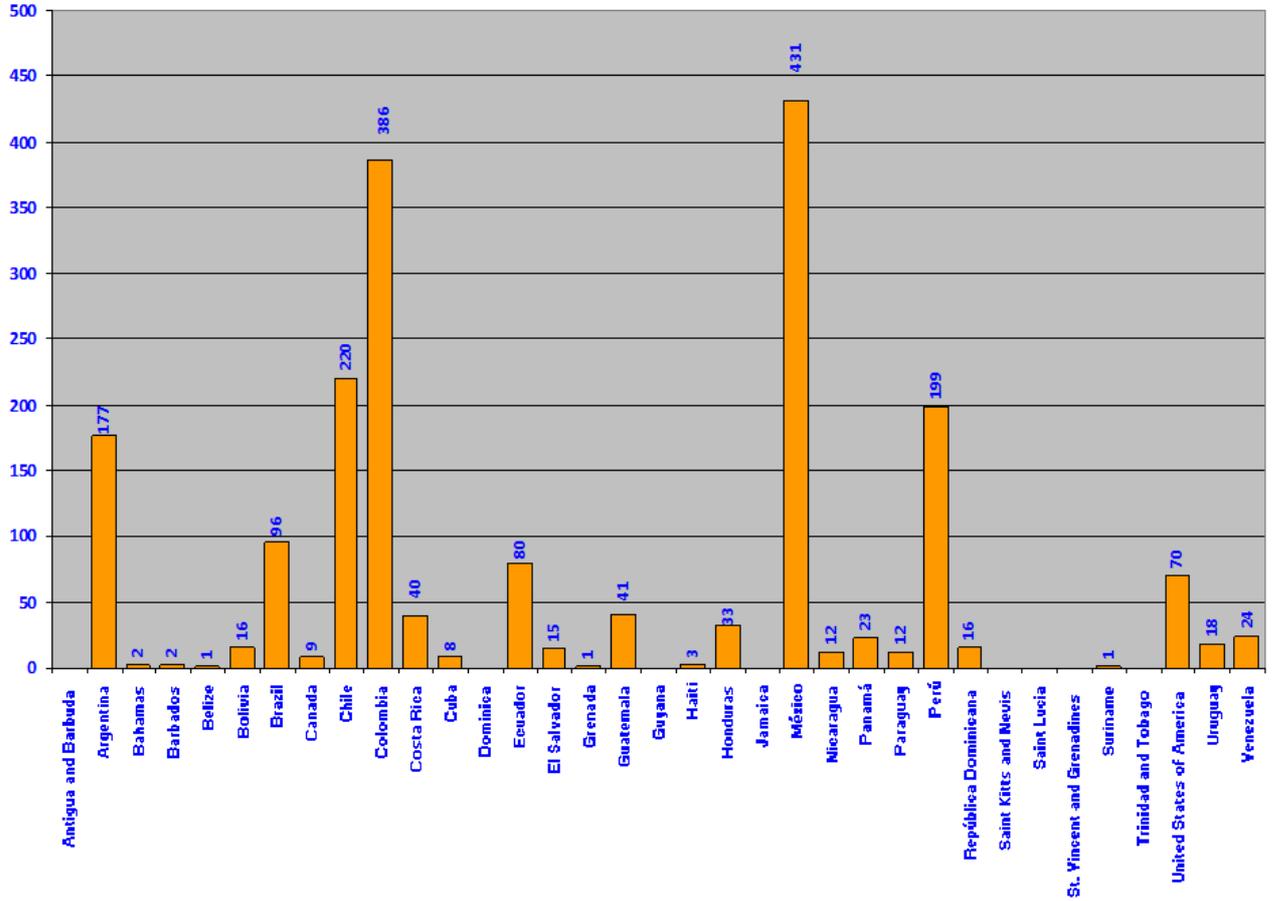
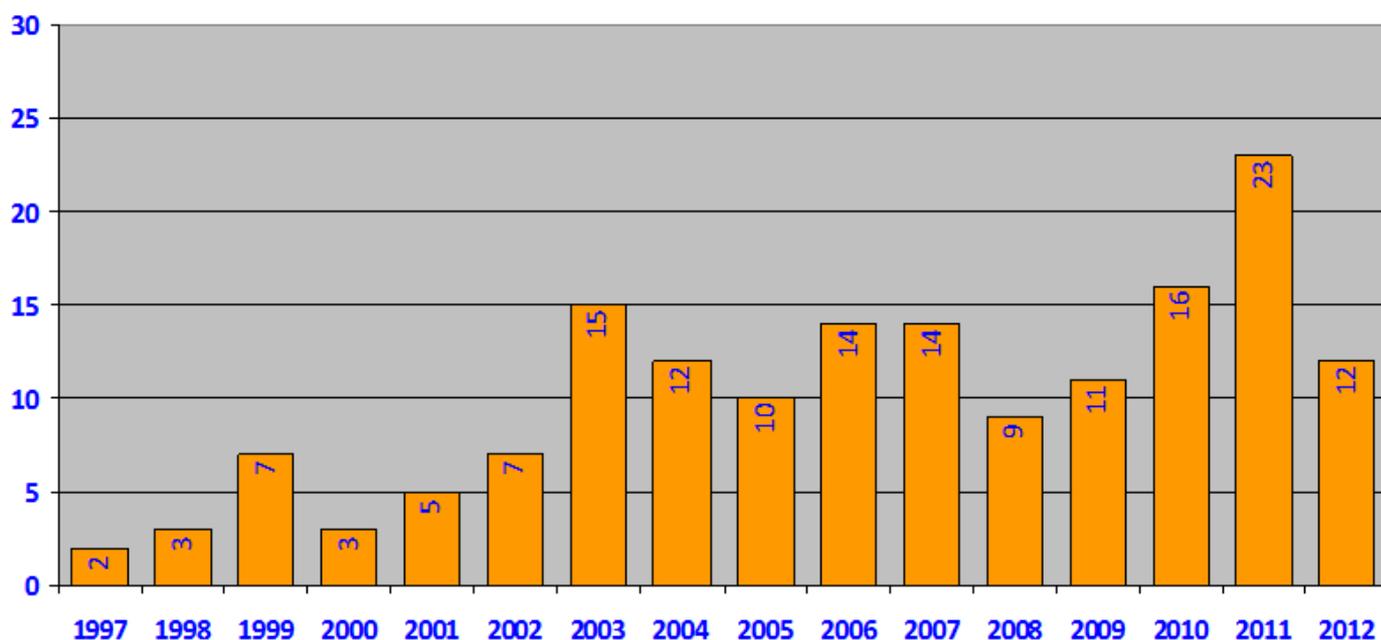
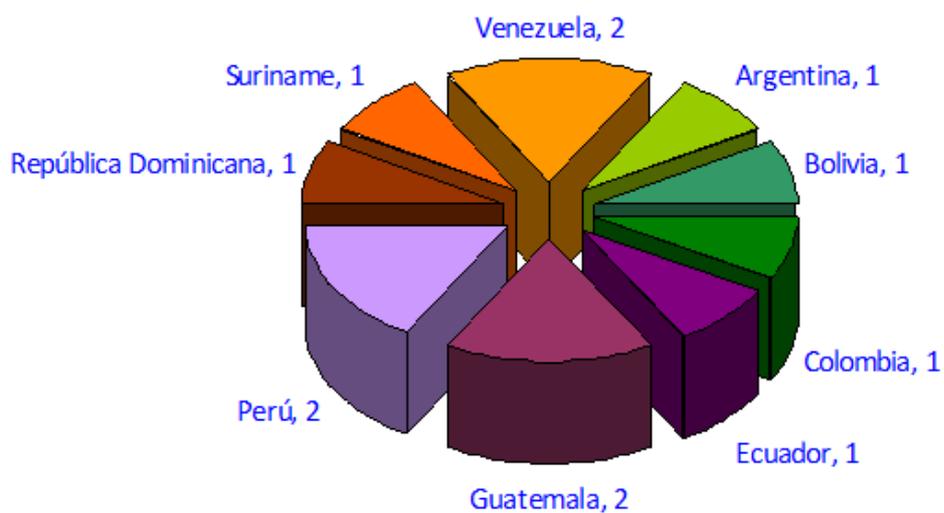


GRAFICO NO. 16: CASOS PRESENTADOS ANTE LA CORTE



FUENTE INFORME 2012: COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Grafico No. 17: CASOS POR PAÍSES



FUENTE INFORME 2012: COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Obsérvese que los casos individuales ascienden a 1.936 de los cuales sólo 137 logran admisibilidad y 12 son derivados a la Corte Interamericana. En relación a Bolivia los casos individuales impetrados son 16, de los que logran admisibilidad 2 y uno es presentado por el Estado ante la Corte.

En 1965 la CIDH fue expresamente autorizada a examinar denuncias o peticiones relacionadas con casos específicos de violaciones de derechos humanos. Para fines del año 2012 la Comisión Interamericana ha recibido miles de denuncias, correspondientes a casi 20.000 peticiones sobre violaciones individuales.

En 1969 se aprobó la Convención Americana, que entró en vigor en 1978. A diciembre de 2012, 24 Estados Miembros son parte de este tratado: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. La Convención Americana define los derechos humanos que los Estados ratificantes han acordado respetar y garantizar. En dicho tratado igualmente fue creada la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se definieron las funciones y los procedimientos de la CIDH y de la Corte Interamericana. Además de considerar denuncias de violaciones de la Convención Americana cometidas por Estados partes de ese instrumento, la CIDH es competente, conforme a la Carta de la OEA y a su Estatuto, para examinar presuntas violaciones de la Declaración Americana por parte de Estados Miembros de la OEA que aún no sean parte de la Convención Americana.

En parte de justificación del informe 2012 la Comisión expresó en el punto 16:

“Asimismo, la Comisión expresó su preocupación ante la información recibida sobre varios problemas en materia de derechos humanos que persisten

en la región. Los cuales se refieren al respeto y garantía del derecho a la vida y a la integridad personal, las garantías del debido proceso y la protección judicial, el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, (...)”³⁷⁴

Debido a que esta fuera del alcance de esta tesis, no obstante sería relevante investigar las materias (1.936) que son denunciadas ante la Comisión para comprobar, por lo menos, en debido proceso, el motivo porque las personas no encuentran en la jurisdicción tutela eficaz y se ven obligadas y, esperanzadas de encontrar en el sistema interamericano el *auditórium* para sus derechos y garantías fundamentales. No obstante, los datos demuestran que entre los casos denunciados y los admisibles y los casos que pasan a la Corte se tiene un diferencia que en términos porcentuales es el 0.61%.

2.1. Derechos Fundamentales y Pedagogía constitucional.

Los derechos fundamentales interpelan al Estado, al gobierno, a la jurisdicción ordinaria, a la jurisdicción constitucional interna e internacional. Los deberes interpelan toda la sociedad.

“Las sociedades pluralistas actuales- es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías, y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado-, esto es, la sociedades dotadas en su conjunto de un cierto relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer

³⁷⁴ Informe 2012: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp#inicio>

directamente un proyecto determinado de vida común, sino la de realizar condiciones de posibilidad de la misma”³⁷⁵.

Asumir el pluralismo en una Constitución tiene como objetivo: es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un compromiso de posibilidades y emprender políticas constitucionales que habiliten su realización.

En cuanto al compromiso de posibilidades el constitucionalismo nos permite hacer las siguientes disquisiciones:

La separación de ley-derechos- justicia y principios –reglas encuentran su unidad en la aplicación judicial del derecho, una *actio dúplex* de la que las concepciones positivistas de la jurisdicción han ocultado durante mucho tiempo una de las partes. En tales concepciones, la realidad a la que el derecho se aplica aparece siempre como ensombrecido y privada de todo valor, ya se razone en términos de silogismo judicial, donde el “hecho” que se cualifica jurídicamente constituye la “*premisa menor*” y la regla jurídica la “*premisa mayor*” o en términos de “subsunción” del supuesto de hecho concreto en el supuesto de hecho abstracto eliminando así de raíz toda influencia del caso en la interpretación del derecho. En cambio la concepción práctica del derecho, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento jurídico.³⁷⁶

Actividad intermedia entre la *ratio* del caso y la *voluntas* de la ley, este círculo interpretativo de dirección bipolar finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas.

³⁷⁵ Zagrebelsky. Ob. Cit. Pág. 13

³⁷⁶ Ibidem. Pág 136

Búsqueda de la regla o norma adecuada en la ciencia jurídica actual están ligadas con los métodos de interpretación. La búsqueda de la regla no viene determinada por el método, sino que es el método el que está en función búsqueda. El método es, en general solo el expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado; siempre y cuando sean numerosos los métodos admitidos y carezcan de jerarquía entre sí.³⁷⁷

De igual en la práctica judicial, el carácter razonable del derecho de requisito subjetivo del jurista ha pasado a ser requisito objetivo del derecho,³⁷⁸ el carácter razonable del Derecho se debe evidenciar en dos momentos: la categorización de los casos a luz de los principios y la búsqueda de la regla aplicable al caso.

Los derechos orientados a la libertad, es decir, a la voluntad, son una exigencia permanente, porque permanente es la voluntad que está llamado a proteger. En las sociedades volcadas hacia el progreso, los derechos son una exigencia estructural y su difusión y potenciación constituyen factores de aceleración en lo que se ha considerado una dirección empírica. El tiempo de los derechos no tiene fin.³⁷⁹

Zagrebelsky reflexiona Los derechos entendidos como pretensión de reparación de la injusticia tienen sólo un valor transitorio, por cuanto persiguen la vigencia del orden justo y pierden significado una vez alcanzado el resultado. En cambio en una situación de justicia realizada, si se debe algo a alguien no es porque éste tenga un “derecho”, en el sentido de una pretensión de su voluntad, sino porque eso viene impuesto como un deber por el orden del ser. Son los deberes de todos hacia los demás los que están destinados a asentarse de una

³⁷⁷ Ibidem Pág 134

³⁷⁸ Ibidem. Pág 147

³⁷⁹ Ibidem. Pág. 86

manera estable, como situación empírica permanente. “ En otras palabras, en las sociedades justas la categoría dominante es la de los deberes, no la de los derechos (...) Sociedades donde rige la libertad, y por tanto los derechos, y sociedades donde rige la justicia y por tanto los deberes, pone de manifiesto la naturaleza dinámica de las primeras y la naturaleza estática de la segundas”³⁸⁰.

La política constitucional la capacidad y la necesidad de desarrollo del Estado constitucional requiere de optimismo científico. No podemos dice Haberle conocer el sentido de la historia constitucional, pero sí quizá trabajar en el sentido de la técnica instrumental de Popper, de modo que el Estado Constitucional, que habrá de ser caracterizado sea entendido como “*res publica semper reformanda*” y siga desarrollándose como objetivo y foro de los “eternos” esfuerzos humanos en materia de dignidad humana, libertad y justicia social.³⁸¹

La política constitucional tiene los siguientes desafíos:

Reducción del desempleo, reforma de los sistemas de seguridad social, reducción del endeudamiento, reducción burocracia, lucha contra la corrupción, desafíos que plantea la nueva tecnología: genética, bioética, los problemas de los fundamentalismos ideológicos, crisis de los partidos, reforzamiento jurídico y ético de los deberes humanos, los efectos de la migración, en criterio de Haberle.

Países como Bolivia, que no han logrado como sociedad una idea común del bien común, con grados de incumplimiento de reglas mínimas como las de circulación vehicular, que no encuentran en la jurisdicción I constitucional formas de canalizar reconocimiento de derechos y garantías fundamentales y que son acusados de utilizar el sistema judicial ordinario y constitucional como lo expresan los Autos y Sentencias Constitucionales, como una forma de dilatación

³⁸⁰ Idem.

³⁸¹ Haberle. Ob. Cit. 295

para evitar el deber ser y el ser del Derecho, tiene ineludiblemente estudiar el pasado jurisdiccional y administrativo para hacer frente al futuro.

Sin embargo es mérito del pueblo boliviano, de los gobernados, su convicción democrática, ha quedado demostrado en más de una oportunidad como en la sucesión presidencial del año 2003, que luego de casi más de tres semanas de conflicto con sesenta muertos, asumió la vía pacífica para retomar la continuidad institucional democrática.

Un otro episodio digno de reconocimiento, fue el conflicto que se suscitó producto de la convocatoria a referéndum de 18 de julio 2004 sobre la derogación de la Ley de Hidrocarburos, incremento del impuesto de hidrocarburos hasta un 50%, utilizar el recurso estratégico del gas para el logro de una salida útil y soberana al océano pacífico y revertir la propiedad de acciones de los bolivianos en las empresas capitalizadas a propiedad estatal. A pesar que la clase política objeto previamente el carácter vinculante del mismo, el pueblo boliviano respaldó el mismo con una participación que sobrepasó el 60.6% de los inscritos a diferencia de otros eventos electorales donde el ausentismo la abstención superó las cifras actuales³⁸²

Igualmente los sucesos del 2005 sucesión presidencial ante la renuncia del presidente Carlos D. Mesa, renuncia conjunta de los presidentes de la Cámara de Senadores y Diputados, habilitó a que el presidente de la Corte Suprema Eduardo Rodríguez Veltze asumirá el ejecutivo y previa reforma constitucional del Art. 93, se convocará a elecciones generales y elección directa de prefectos, proceso que posibilitó la promulgación de dos leyes, la de convocatoria a la Asamblea Constituyente y la consulta sobre la implementación del modelo autonómico,

³⁸² En el acto el presidente del organismo electoral, Oscar Hassenteufel, agradeció a todos sus colegas y funcionarios y al sistema electoral por haber hecho posible la realización de un acto "que permitió consolidar y profundizar las estructuras democráticas del país". Disponible en: <http://www.bolivia.com/noticias/AutoNoticias/DetalleNoticia21780.asp>

apostando por el camino democrático. Una inadecuada lectura ideológica partidista de estos procesos electorales, en los que el pueblo boliviano expresó su diversidad en la concepción del poder central legitimando al Movimiento al Socialismo y al poder de las regiones a la oposición, provocó un celo político inusitado que obligó nuevamente a acudir las urnas con la convocatoria de referéndum revocatorio presidencial y prefectural, los resultados de esta contienda electoral reprodujo la voluntad soberana del 2005, se ratificó al presidente y se cruzó el voto dando respaldo a la oposición en las regiones salvo en dos departamentos La Paz y Cochabamba donde fueron revocados los prefectos.

El ciudadano boliviano, ha rendido todos los exámenes democráticos ha dejado sabia y oportunamente la batalla de los hechos, la intolerancia, la protesta callejera con todas las consecuencias negativas para el desarrollo y la economía, para someterse a la Constitución y las leyes por muy cuestionadas e imperfectas que estas pudieran estar. Es la hora del examen de los gobernantes.

Capítulo VII: Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones:

1) En el caso boliviano la eficacia del control difuso de constitucionalidad ha derivado en una norma constitucional programática debido a que no cuenta con legislación ni con la jurisprudencia que ilumine sobre el procedimiento de inaplicabilidad de la norma cuestionada de inconstitucionalidad en caso concreto, omisión que afecta el mandato constitucional de supremacía constitucional y jerarquía normativa. Una investigación que produzca resultados sobre la eficacia del control difuso de constitucionalidad tendría que llevarse a cabo sobre una muestra significativa de todas las causas sometidas a jurisdicción ordinaria y resoluciones administrativas emitidas por la administración pública en periodos significativos, por lo que no se ha probado ni la eficacia ni la ineficacia del control difuso.

2) En cuanto a la eficacia del control de constitucionalidad en caso concreto a través del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad, en el periodo investigado 1999 hasta la fecha de corte 2011, se puede afirmar que la eficacia ha sido precaria. La aplicación de la supremacía constitucional y la jerarquía normativa en resguardo de los derechos-principios-garantías y límite de poder político revelan deficiencias que tienen origen en dos vértices. El primer vértice de la ineficacia es procedimental relacionado con la legislación de desarrollo o funcionamiento del Tribunal Constitucional como también con los requisitos de admisión e incluso formas de resolución de la Acción de Inconstitucionalidad Concreta. El segundo vértice de la ineficacia es sustancial o nuclear que repercute en el pleno ejercicio de los derechos-garantías-principios constitucionales de supremacía constitucional y jerarquía normativa, que hacen de la seguridad jurídica y debido proceso.

3) La ineficacia procesal se relaciona con la decisión inicial del Juez, Tribunal o Autoridad Administrativa, que al ADMITIR el Recurso Incidental

de Inconstitucionalidad (AIC) dentro del proceso administrativo o judicial a su cargo, este no deriva ante el Tribunal Constitucional sino lo resuelve inconstitucionalmente la Comisión de Admisión. La ineficacia identificada tiene la siguiente relación en lo que haría a un control difuso, de los 146 casos en los que la autoridad administrativa o judicial admite o promueve a instancia de parte o de oficio, en 73 se produce llamada de atención virulenta de la Comisión de Admisión y del propio Tribunal Constitucional contra la autoridad judicial o administrativa. La Admisión es la expresión de la duda razonable de la autoridad judicial o administrativa sobre la aplicación de una norma y aun si ésta fuera irrazonable es función del Tribunal Constitucional como establece la Constitución y la Ley el fundamentar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad de la norma y no proceder contra la Magistratura Judicial o contra la Administración Pública con advertencias y descalificaciones.

Desde la óptica de los derechos fundamentales, en esos 146 casos la Ley hubiera sido inaplicada porque las autoridades más cercanas al caso y más alejadas del poder político tenían la duda razonable y razonada de la inconstitucionalidad. Sin embargo el 50% reciben severas llamadas de atención. En cuanto al propio control de constitucionalidad 4 sentencias declaran inconstitucionalidad de la norma impugnada, cuando de aplicarse control difuso hubieran correspondido a 146 sentencias de inaplicabilidad salvando los derechos de 146 personas.

4) Si bien esta es la constatación respecto al control de constitucionalidad, colateralmente se ha evidenciado que Bolivia no cuenta con un procedimiento ni requisitos para la modificación de las líneas jurisprudenciales, omisión que provoca arbitrariedad, discrecionalidad y falta de transparencia en la forma en el fondo afecta la igualdad ante la ley, aplicación de ley anterior al proceso, control sobre disposiciones reglamentarias y control sobre disposiciones transitorias en reformas legales o constitucionales.

5) Ineficacia por contradicción. se ha cotejado que el Tribunal Constitucional y la Comisión de Admisión ha emitido Sentencias o Autos Constitucionales contradictorias, en cuanto a la procedencia del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad en ejecución de sentencia. La ejecución de sentencia es parte inherente al proceso o es un instituto autónomo disyuntivas que afectan a la precisión sobre la calidad de cosa juzgada.

6) Ineficacia estructural o vértice nuclear o sustancial constatada el Recurso Incidental de Inconstitucionalidad afecta puntualmente a materias estructurales para el ejercicio de los derechos civiles políticos, económicos y sociales acogidos en la Constitución como principios como el de la irretroactividad de la Ley, debido proceso y ley anterior al proceso. En consecuencia debe considerarse a los procesos de transición constitucional o legislativa bolivianos como categoría sospechosa para la presunción de inconstitucionalidad, debido a la inadecuada comprensión de la ultraactividad de las normas y la inconstitucionalidad sobreviniente.

7) Ineficacia por mutilación, el Tribunal Constitucional y la Comisión Admisión han sentado línea jurisprudencial en el sentido de evitar control de constitucionalidad sobre decretos, y demás resoluciones derivándolos a control de legalidad. Lo que ha provocado diferenciar el control de legalidad del control de constitucionalidad por parte de la Comisión o del Tribunal, sin ingresar a definir el fondo los derechos y garantías violadas. Por otra parte esta mutilación significa violación del derecho de igualdad ante la Constitución, a la tutela efectiva debido a que existen 89 Sentencias de Inconstitucionalidad de Decretos, Resoluciones y Reglamentos, de las que 64 corresponden a Sentencias emitidas en el Recurso Directo de Inconstitucionalidad y 25 fruto del control Recurso Incidental de Inconstitucionalidad (tabla 38). Sin embargo existen 76 casos (tabla 60) en los que se utiliza, el fundamento de que el Tribunal no realiza control de legalidad.

8) Ineficacia por omisión, en los procesos administrativos estos no concluyen con la Resolución emitida por la autoridad Jerárquica más bien es la conclusión de la vía administrativa la que apertura la posibilidad de que se diluciden los derechos en la justicia a través del Recurso Contencioso Administrativo, pues bien la legislación inherente ha omitido esta previsión estableciendo dos criterios dispares sobre la cosa juzgada administrativa negando la apertura jurisdiccional y por ende el control de constitucionalidad.

A lo que se suma el blindaje legal de economía procesal en el área de procesos administrativos, cuya Resolución da lugar a la impugnación a través de vías recursables, vías que han sido blindadas en su acceso a través de las previsiones de pago previo del monto fijado como sanción o resarcimiento en materia regulatoria o la presentación de precedente contradictorio en materia tributaria, disposiciones que presumen culpabilidad del administrado.

Recomendaciones

Con la constatación de que por el control de constitucionalidad concreto requiere modificaciones procedimentales y estructurales nos permitimos hacer las siguientes recomendaciones estructurales y procedimentales:

1) A nivel constitucional debe consignar el derecho-principio- garantía de seguridad jurídica como lo está por ejemplo el de debido proceso. Esta triple dimensión de la seguridad jurídica, podríamos apreciar a) como principio equivalente a la aplicación de la ley anterior al proceso, b) como derecho plasmado en la irretroactividad de la ley y c) como garantía de tutela efectiva. De igual forma debe constitucionalizarse la presunción de constitucionalidad de los derechos ante categorías sospechosas en el caso de Bolivia encontramos que se produce en etapas de transición constitucional o legal.

2) Debe ser el Derecho y no la jurisdicción, el que otorgue a la seguridad jurídica en todo el ordenamiento jurídico, por lo que el control de constitucionalidad debe incluir a las resoluciones administrativas de las que se debe presumir su inconstitucionalidad aplicando la doctrina del estricto control de constitucionalidad..

3) La triple dimensión de derechos- principios-garantías requiere de respuestas del núcleo de la norma positiva: se sugiere adoptar silencio positivo en ambas instancias recursables en los procesos administrativos tanto en el Recurso de Revocatoria como en el Recurso Jerárquico, dado que la capacidad funcional de la administración pública en sostener procesos administrativos y legales en los que la carga del proceso o reconversión procesal recomendada equilibra en favor de los administrados a una resolución oportuna que en este caso ya no lo busca el administrado sino la administración.

4) Es lógico que la legislación establezca la obligación del Juez de fundamentar o motivar el rechazo que hace la autoridad judicial o administrativa del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad remitiendo luego los antecedentes al Tribunal Constitucional para que este emita Sentencia.

Es dable también que el juez o la autoridad administrativa motive el Auto que se promueve de oficio a través del Recurso Incidental de Inconstitucionalidad ante la duda razonable que le genera la norma. Sin embargo debe derogarse la exigencia de fundamentación en caso que la legitimación provenga a instancia de parte.

Bibliografía

- **Libros.**

- **Aguilera Portales, Rafael Enrique**, *Teoría política del Estado Constitucional*. Ed. Porrúa. México. 2011.
- **Aguilera Portales, Rafael Enrique** et al., *Neo constitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales* Ed. Porrúa. México. 2010
- **Bernal Cano Natalia**. *Control de Constitucionalidad de la ley*. Ed Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2003.
- **Bidegain Carlos Maria**. *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*. Ed Abeledo-Perrot. Tercera Edición. 1981. Buenos Aires.
- **CAMARA VILLAR**, Gregorio, **LOPEZ AGUILAR**, Juan Fernando, **BALAGUER CALLEJON**, María Luisa, **MONTILLA MARTOS**, José Antonio. *Manual de Derecho Constitucional*. Ed. Tecnos. Volumen I. Cuarta Edición. Madrid. 2009.
- **Dermizaky Pablo**. *Derecho Constitucional* . Ed Kipus. Cochabamba. Novena reimpresión. 2010. Cochabamba. 2010.
- **Durán Rivera**, William. *Principios, Derechos y Garantías Constitucionales*. Ed .El Pais. Bolivia. 2005.
- **Escobar Martínez Lina Marcela**. *La modulación de sentencias. una antigua práctica europea*. Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 112: 91-110, julio-diciembre de 2006.
- **Ferrajoli Luigui**. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Ed. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica/Filosofía del Derecho N° 15. Primera reimpresión 2001. Bogotá.
- **Galindo De Ugarte Marcelo**. *Constituciones Bolivianas Comparadas 1826-1967*. Ed Los amigos del –Libro. Bolivia. 1991
- **Gil Domínguez Andrés**. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Ed. Ediar. Buenos Aires. 2005.

- **Häberle Peter Estado Constitucional.** Ed UNAM. 2001. México. 2001.
- **Hoyos Arturo.** La Interpretación Constitucional. Ed. Ibáñez. Colombia. 2012.
- **Hoyos Arturo.** La Interpretación Constitucional. Ed. Temis. Colombia 1998.
- **Laserna Roberto, Villarroel.** Enero de 1970-Enero de 2008, 38 años de Conflictos Sociales en Bolivia. Ceres.La Paz. 2008.
- **Linares Sebastián.** La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes. Ed Marcial Pons. Madrid. 2008.
- **Núñez Torres Michael.** La Capacidad Legislativa del Gobierno desde el Concepto de Institución. Ed.Porrúa.México. 2006
- **Prieto Sanchís Luis.** Derechos fundamentales , neoconstitucionalismo y ponderación Judicial, Ed Palestra. Lima.2002.
- **Recasens Siches.** Nueva filosofía de la interpretación del Derecho. Tercera Edición. Ed. Porrúa. México.1980.
- **Rivera S. José Antonio.** Jurisdicción Constitucional. Ed. Kipus.Cochabamba. 2011.
- **Ruipérez Javier.** El Constitucionalismo democrático en los tiempos de globalización. Universidad Autónoma de México. 2005
- **Zagrebelsky Gustavo.** El derecho dúctil .Ley, derechos y justicia. .Ed Trotta . Segunda Edición Madrid. 1997.

- **Material electrónico**

- Asi piensan los bolivianos N° 142. La corrupción en Bolivia, La Paz- Bolivia, Gallup Internacional. 2010. Pág 6 Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/95686090/Corrupcion-en-Bolivia-Por-Gallup>
- Eduardo E. Curutchet. Hacia un control de constitucionalidad más estricto de las normas del derecho del trabajo?
Phttp://www.calp.org.ar/Producciones_Juridicas_Derecho_Constitucional
- José Ignacio Martínez-Francisco Zúñiga Urbina *Principio de razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales, Año 9*

Nº1. 2011 ISSN 0718-019, pop 199-226 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000100007&script=sci_arttext

- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Seguridad Jurídica e inflación normativa. En: Aniversario Academia Colombiana de Jurisprudencia 23 de septiembre 2010.

Disponible: http://www.acj.org.co/actividad-academica/116_aniversario.htm

- Rivera S. José Antonio. Jurisdicción Constitucional. Ed. Kipus.Cochabamba. 2001.
- Sánchez Gil. El control difuso de la constitucionalidad en México. reflexiones en torno a la tesis p./j. 38/2002

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard7.htm#N3>

- Zapata Vásquez Neyer Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA) llevado a cabo en junio de 2009, www.dicyt.umss.edu.bo/archivos/Zapata_Vasquez.pdf

- **Informes defensor del pueblo**

- III- INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz, Bolivia..2001. 225 p.
- IV- INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz, Bolivia..2002. 309 p
- V-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz,Bolivia.2003. 453 p
- VI-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz,Bolivia.2004. 447 p
- VII-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz,Bolivia.2005. 273 p
- VIII-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz,Bolivia.2006. 354 p
- IX-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz,Bolivia.2007. 299 p.
- X-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz,Bolivia.2008. 206 p
- XI-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz,Bolivia.2009

501 p.

- XII-INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz,Bolivia.2010.

556 p.

- INFORME ANUAL. DEFENSOR DEL PUEBLO La Paz,Bolivia.2011.

130 p

- **SENTENCIAS CONSTITUCIONALES**

- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC N° 049/2000 Expediente: N°: 2000-01266-03-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC N° 003/02 Expediente: N°03399-07
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC N° 0052/2004 Expediente: N° 08850-18RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC N° 0122/04 Expediente: N°09812-20RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC N° 0092/04 Expediente: N° 09367-19 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC N° 0079/04 SC N° 0115/2004 Expediente: N° 09262-19RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC 0129/2004 Expediente: 2003-07915-15-RAC
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL

- SC 089/2000 Expediente: 01741-04-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
- SC 006/10 Expediente: 2007-15843-32-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
- SC0021/2005 Expediente:2004-09797-20-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
- SC 0025/2010 Expediente: 2007-16335-33-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
- SC 1426/2005-RExpediente: 2005-11458-23-RAC
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
- SC 1135/2006-R Expediente: 2006-13351-27-RAC
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
- SC 0097/2004-R Expediente:2003-07877-15-RAC
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
- SC 14/2003 Expediente: 2002-05658-11-RDN
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
- S C 0457/2004-R Expediente:2003-08090-17-RAC
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
- S C 0110/04 Expediente: N° Acumulados: 09266-19-RII 09281-19-RII
09245-19-RII 09412-19-RII 09508-20-RII 09509-20-RII 09602-20-RII

- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC 089/2000 Expediente: 01741-04-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC 0039/04 Expediente: .Nº 08483-17-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC Nº 003/02 Expediente: 2001-03399-07-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC Nº 12/02 Expediente: 2001-03711-08-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC Nº 0083/05 Expediente: Nº11868-24 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL 0096/10
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL SC 1237/2010-R Expediente: 2007-16164-33-RAC
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 0025/10 Expediente: 16335-33 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 090/2007 (23-04-2007)
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 107/2006 -07-04-2006

- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
SC 0090/2006 Expediente: 14278-29-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 1149/2006 (16-11-2006) Con Voto disidente.
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
00 21/2005 Expediente: 2004-09797-20-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
00 76/05 Expediente: 2005-12375-25-RDI
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 505/05
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 0082/04 Expediente: 08739-18-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 664/03 Expediente: 06297-12-RAC
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 725/2003
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 834/2003
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 910/2003

- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 1032/2003
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 1337 /2003
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
Nº 12/02 Expediente: 2001-03711-08-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 1353/2001
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SENTENCIA
CONSTITUCIONAL
S/C 101/2000

• **AUTOS CONSTITUCIONALES**

- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO AC Nº 341/2005
Expediente: 2005-11970-24-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
AC Nº 198/05 Expediente: Nº11463-23 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
AC Nº 470/06 Expediente: Nº14613-30RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
AC Nº 475/07 Expediente: Nº16722-34RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONA
AC Nº 417/05 Expediente: Nº12202-25 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
AC 0210/04 Expediente: Nº 08564-18-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL

- AC 060/04 Expediente: N° 08236-17-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC 493/03 Expediente: N° 07615-15-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC 464/2001-CA Expediente: N°.-03540-07-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC 317/03 Expediente: N°06885-14-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC 518/04-CA Expediente: N°09830-20-RI
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC 317/03 Expediente: N°06885-14-RI
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC N° 449/2002Expediente: 2002-05247-10-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC N° 395/2002 Expediente: 2002-05083-10-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC N° 270/2002 Expediente N° 2002-04587-09-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC N° 269/2002 Expediente N° 2002-04559-09-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC N° 0058/2010 Expediente: 2007-17031-35-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC N° 439/2006 Expediente: 2006-14471-29-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC N° 058/2007 Expediente: 2007-15286-31-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC N° 0052/2010 Expediente: 2007-17080-35-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC N° 453/2007 Expediente: 2007-16501-34-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC N° 114/2007 Expediente: 2007-15442-31-RII

- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
AC N° 106/2007 Expediente: 2007-15432-31-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
– AC N° 530/2001 Expediente N° 2000-01558-04-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
– AC N° 161/200 Expediente N° 2000-01510-04-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
– AC N° 065/2003 Expediente: 2002-05973-12-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
– AC N° 041/2004 Expediente: 2004-08218-17-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
– AC 511/2007-CA Expediente: 2007-16838-34-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
– AC 470/2006-CA Expediente:2006-14613-30-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacion al. AUTO CONSTITUCIONAL
– AC 125/2007-CA Expediente: 2007-15480-31-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
– AC 034/2010- Expediente: 16798-34-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
– AC 00358/10-CA Expediente: 18451-37-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
– AC 0362/10- Expediente.18436-37-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
– A/C 0036/10 Expediente: 16501-34 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
A/ C 0417/2010-CA Sucre, 5 de julio de 2010, Expediente: 2008-18599-38-
RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
A/C 0383/2010-CA Expediente: 2008-18491-38-RII

- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL A/C 0052/2010-CA Expediente: 2007-17080-35-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL A/C 0036/10 Expediente: 16501-34 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL A/C 0258/10 Expediente: 17948-36 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL A/C 0263/10 Expediente: 17907-36 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL A/C 0257/10 Exp-17922-36 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL 0337/2010-CA Expediente: 2008-18384-37-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL A/C 281/07 Expediente: 15956-32 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL A/C 344/07 Expediente: 15956-32 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional AUTO CONSTITUCIONAL AC 0021/2005 Expediente: 2004-09797-20-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL A/C 319/2007 Expediente: 15684-32 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL A/C 026/2007-CA Expediente: 2006-15172-31-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL A/C453/2007 Expediente: 16501-34 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL A/C 346/06 Expediente: 14205-29 RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC 561/2006-CA Expediente: 2006-14641-30-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL AC 454/2005-CA-Bis Expediente: 2005-11836-24-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL

- A/C 147/2005-CA Expediente-11176-23-RII
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
A/C 222/04 Expediente: 08739-18-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional AUTO CONSTITUCIONAL
483/2002-CA Expediente: 2002-05283-10-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional AUTO CONSTITUCIONAL
S/C 0003/2007 Expediente: 2006-14500-30-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
0383/2010-CA Expediente: 2008-18491-38-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
A C N° 278/01 Expediente: N° 02873-06-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
AC 577/04 AC 485/05-CA Expediente: 12462-25-RII
 - BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. AUTO CONSTITUCIONAL
AC 0634/05- Expediente: 12997-26-RII

Anexos

ANEXO 1: PAPELETAS DE VOTACIÓN TRIBUNAL SUPREMA DE JUSTICIA PANDO , LA PAZ , CHUQUISACA RESULTADO VOTACIÓN MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

PANDO							
Tribunal Agroambiental		Consejo de la Magistratura		Tribunal Constitucional Plurinacional		Tribunal Supremo de Justicia	
Candidatos	Votos	Candidatos	Votos	Candidatos	Votos	Candidatos	Votos
	1.258		1.341		1.396	<i>Hombres</i>	
	1.130		1.940		427		4.428
	430		386		388		8.964
	347		603		644	Validos 13.392	
	1.001		413		759	Blancos 6.388	
	248		1.275		1.127	Nulos 13.923	
	291		1.797		358	<i>Mujeres</i>	
	149		524		618		10.192
	384		307		393		3.110
	2.242		555		283	Validos 13.502	
	167		421		271	Blancos 6.343	
	1.153		291		837	Nulos 13.731	
	347		515		125		
	258		627		696		
	152	Validos 10.975			147		
	162	Blancos 7.237			492		
	653	Nulos 16.216			684		
	90				153		
	149				63		
	199				118		
	156				76		
	188				26		
	62				112		
	62				131		
	87				116		
	142				63		
					62		
					456		
Validos 11.507				Validos 11.001			
Blancos 6.471				Blancos 6.874			
Nulos 16.467				Nulos 16.625			

LA PAZ							
Tribunal Agroambiental		Consejo de la Magistratura		Tribunal Constitucional Plurinacional		Tribunal Supremo de Justicia	
Candidatos	Votos	Candidatos	Votos	Candidatos	Votos	Candidatos	Votos
	32.275		18.338		17.492	Hombres	
	29.839		305.532		29.353		169.961
	21.795		14.479		21.430		197.218
	22.751		15.339		28.211		169.435
	37.277		31.359		22.239	Válidos 536.614	
	12.126		44.533		173.263	Blancos 296.758	
	17.516		37.641		12.475	Nulos 450.652	
	10.664		20.898		13.506	Mujeres	
	18.499		31.536		15.937		260.935
	15.674		54.504		8.512		164.659
	8.679		11.097		14.653		110.695
	156.164		11.495		85.174	Válidos 536.289	
	49.990		36.738		6.615	Blancos 305.288	
	11.964		10.972		39.084	Nulos 442.879	
	11.168	Válidos 644.261			8.281		
	17.453	Blancos 148.270			9.940		
	26.881	Nulos 495.834			28.960		
	6.898				18.437		
	6.921				3.352		
	5.444				5.645		
	15.511				3.093		
	53.302				3.253		
	7.171				7.121		
	5.393				16.317		
	6.662				22.195		
	10.087				2.875		
Válidos 618.113					2.208		
Blancos 177.533					10.894		
Nulos 493.457				Válidos 630.535			
				Blancos 141.712			
				Nulos 516.427			

CHUQUISACA							
Tribunal Agroambiental		Consejo de la Magistratura		Tribunal Constitucional Plurinacional		Tribunal Supremo de Justicia	
Candidatos	Votos	Candidatos	Votos	Candidatos	Votos	Candidatos	Votos
	12.743		11.382		11.673	<i>Hombres</i>	
	18.111		11.856		7.177		33.694
	5.779		5.409		5.203		28.470
	4.154		5.152		5.863		19.153
	5.685		3.370		4.514	Válidos 81.317	
	2.154		6.922		9.094	Blancos 53.350	
	2.510		15.327		2.217	Nulos 80.005	
	1.330		2.716		2.501	<i>Mujeres</i>	
	2.425		2.261		2.552		35.321
	1.832		2.506		1.748		24.372
	1.093		2.734		1.795		26.538
	7.560		2.216		5.151	Válidos 86.231	
	1.977		12.154		975	Blancos 52.634	
	1.411		5.321		4.649	Nulos 81.074	
	1.277	Válidos 89.306			7.242		
	710	Blancos 39.893			1.326		
	2.436	Nulos 90.705			3.561		
	681				1.510		
	1.245				448		
	3.617				838		
	1.322				516		
	746				488		
	852				859		
	2.468				1.214		
	5.169				914		
	1.646				2.504		
Válidos 90.933					635		
Blancos 36.526					3.046		
Nulos 92.557				Válidos 90.213			
				Blancos 33.562			
				Nulos 96.489			

Tribunal Supremo de Justicia				
Orden	Nombres y Apellidos	Departamento	Titular / Suplente	Votación
1	RITA SUSANA NAVA DURAN de PARI	Chuquisaca	Titular	35.321
2	JAVIER MEDARDO SERRANO LLANOS	Chuquisaca	Suplente	33.694
3	MARITZA SUNTURA JUANIQUINA	La Paz	Titular	260.935
4	WILLIAM EDUARD ALAVE LAURA	La Paz	Suplente	197.218
5	FIDEL MARCOS TORDOYA RIVAS	Cochabamba	Titular	149.057
6	MARIA LOURDES BUSTAMANTE RAMIREZ	Cochabamba	Suplente	143.688
7	ROMULO CALLE MAMANI	Oruro	Titular	59.073
8	ANA ADELA QUISPE CUBA	Oruro	Suplente	38.281
9	PASTOR SEGUNDO MAMANI VILLCA	Potosí	Titular	51.246
10	ELISA SANCHEZ MAMANI	Potosí	Suplente	51.135
11	ANTONIO GUIDO CAMPERO SEGOVIA	Tarija	Titular	35.036
12	CARMEN NUÑEZ VILLEGAS	Tarija	Suplente	32.817
13	JORGE ISAAC VON BORRIES MENDEZ	Santa Cruz	Titular	155.688
14	MARIA ARMINDA RIOS GARCIA	Santa Cruz	Suplente	97.163
15	GONZALO MIGUEL HURTADO ZAMORANO	Beni	Titular	23.472
16	SILVANA ROJAS PANOSO	Beni	Suplente	22.675
17	NORKA NATALIA MERCADO GUZMAN	Pando	Titular	10.192
18	DELFIN HUMBERTO BETANCOURT CHINCHILLA	Pando	Suplente	8.964

ANEXO 2: ECONOMIA PROCESAL VERSUS ADMINISTRACION DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL (ESTUDIO DR. ZAPATA)

Cuadro 2. Cambios en los patrones de decisión del TCB, recursos de amparo constitucional (RAC): Acceso a la justicia vs. Disminución de la mora judicial (Ilustrativo)

<i>Lo establecido en qué consiste el cambio jurisprudencial</i>	<i>Ley o sentencia constitucional desde la cual se decide de cierta manera</i>	<i>Disposición/Decisión^a</i>
T1. Lo establecido por ley	Art. 94, Ley del Tribunal Constitucional. Art. 19, CPE anterior	<i>Subsidiariedad 1:</i> RAC debe presentarse luego de agotados todos los recursos existentes.
T2. Agrega nueva condición para que proceda el RAC.	SC 101/2000-R, de 04-02-2000	<i>Inmediatez 1 (Plazo):</i> "el TCB ha decidido que el recurso de amparo constitucional (RAC) debe presentarse en el plazo de 6 meses. Más allá de ese plazo, los tribunales de recurso deben rechazar los pedidos presentados."
T3. Distingue varios casos de subsidiariedad no explícitos en la ley en T1.	1337/2003-R, de 15-09-2003	<i>Subsidiariedad 2:</i> "Que, de ese entendimiento jurisprudencial, se extraen las siguientes reglas y subreglas de improcedencia de amparo por subsidiariedad cuando: 1) las autoridades judiciales o administrativas no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre un asunto porque la parte no ha utilizado un medio de defensa ni ha planteado recurso alguno...; y 2) las autoridades judiciales o administrativas pudieron haber tenido o tienen la posibilidad de pronunciarse, porque la parte utilizó recursos y medios de defensa..."
T4. Agrega nueva condición para que proceda el RAC.	SC 0505/2005-R, de 10-03-2005	<i>Improcedencia in limine 1:</i> los recursos que no cumplan lo establecido por el art. 96 LTC son improcedentes "in limine" (es decir, los tribunales de recurso deben rechazar el RAC sin decidir "el fondo" del asunto) La revisión del fallo que rechaza "in limine" debe estar a cargo de la Comisión de Admisión del TCB, ya no del Pleno del TCB. ^b
T5. Cambia lo establecido en T4	AC 107/2006-RCA, de 07-04-2006	<i>Improcedencia in limine 2:</i> Si el tribunal de recurso rechaza "in limine" un RAC, se debe enviar la decisión para revisión ante el TCB sí, y solo sí, lo solicita el recurrente: "la revisión de las resoluciones de rechazo o de improcedencia, por parte de la Comisión de Admisión, será viable únicamente, cuando el o los recurrentes impugnen...; de no darse esta circunstancia, no se abre la competencia de la Comisión de Admisión para realizar dicha revisión." ^c
T6. Redefine lo que debe entenderse por "inmediatez" (Ver T2)	SC 1149/2006-R, de 16-11-2006	<i>Inmediatez 2 (Plazo):</i> "La inmediatez no sólo debe ser entendida como la no interposición del recurso de amparo constitucional dentro del plazo de seis meses conforme lo previsto por la jurisprudencia de este Tribunal, sino... [como] la utilización discontinua o esporádica de los medios y recursos previos a la interposición del amparo."
T6. Redefine lo que debe entenderse por "subsidiariedad" (Ver T1 y T3)	SC 0267/2007-R, de 23-04-2007	<i>Subsidiariedad 2:</i> el RAC debe presentarse luego de agotados todos los recursos previos existentes. Pero ahora, se considera el proceso ordinario como un de esos recursos previos (es decir, TCB rechaza RAC con el argumento de que el caso objeto de recurso puede demandarse en proceso ordinario)

Fuente: laboración propia

a. El texto entrecorinado es cita textual de las sentencias del TCB

b. La Comisión de Admisión está compuesta por dos magistrados; el pleno del tribunal, de cinco magistrados. Hay al menos 300 resoluciones del TCB donde "rechaza in limine" los recursos presentados.

c. Cuando se dan tales circunstancias, el TCB dicta un decreto. El decreto lo firma el magistrado de turno en la Comisión de Admisión; es decir, ya no firman los dos magistrados que componen la Comisión de Admisión; he aquí otra forma de ganar tiempo para evitar mora.

El Cuadro 2 muestra, por ejemplo, que el año 2000 el TCB ya estableció una primera restricción para la presentación de RAC, a saber, la condición de que estos recursos se aceptarían dentro del plazo de seis meses de ocurrido el objeto del reclamo (Ver Cuadro 2, T2). En años siguientes, particularmente de 2004 a 2006, se implementaron y aplicaron sistemáticamente otras medidas restrictivas contra la presentación de RAC. Resultado de ello es justamente la disminución de RAC presentados ante TCB. En efecto, el Gráfico 1 muestra que del año 2005 a 2007 el número de RAC presentados disminuye con relación a años anteriores. Además, muestra (ver línea entrecortada) que, desde el año 2005, el número de casos de RAC revisados por el TCB y aplicando las nuevas reglas (jurisprudencia), se incrementa. Por ejemplo, el año 2005 el TCB resuelve 101 casos aplicando la nueva jurisprudencia; los años 2006 y 2007 ese número se incrementa a 433 y 307 casos, respectivamente.

ANEXO 3: AUTOS Y SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN PROCESOS JUDICIALES APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD – TABLA 50

	Caso y norma impugnada	Proceso Judicial	Resolución Autoridad	Comisión	Tribunal
1) 1982 SC 0048/00 Exp. N°: 2000-01210	la Ley No. 1760 de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar	Proceso ejecutivo	Rechaza	Auto 122/00 Revoca y Admite	SC. INFUNDADO CONSTITUCIONALES
3)1934 SC0036/01 Exp.N°02180-05-RII	Ley N° 1721 en el proceso de Extradición	Proceso Extradición	Rechaza	Auto 059/01 Revoca y Admite RDN y RHC	SC CONSTITUCIONALIDAD
4) 1872 AC 330/2001 Exp N° 03159-07-RII	la Ley N° 1760, Disposición Especial Primera	Proceso Civil ordinario sobre resolución de contrato y reivindicación	Rechaza	Aprueba Rechazo	
5) 1829 AC 464/2001-CA Exp. N°. -03540-07-RII	Sentencia Constitucional N° 280/01 de 2 de abril de 2001 que en los casos en que el proceso está en trámite y entra en vigencia una nueva ley procesal, por razones de economía procesal y seguridad jurídica, los actos cumplidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley procesal permanecen inalterables, la nueva norma no puede afectar a situaciones ya definidas en el marco de las previsiones del art. 102 del Código Penal.	Proceso Penal	Rechaza	Aprueba Rechazo	
6). 1798 SC 21/2002 Exp.N° 03864-08-RII <u>FUNDAMEN</u> <u>VOTO DISIDENTE</u> ...l control sólo se debe realizar sobre normas de carácter general, abstracto y no aquellas emanadas de un caso concreto.	La Resolución Ministerial N° 110/00 de 17 de marzo de 2000, reconoce la Directiva de la Federación de Trabajadores Fabriles de Cochabamba elegida para la gestión de febrero de 2000 a febrero de 2002, en el número de veintidós miembros, amparándose en el Decreto Supremo N° 22407 de 11 de enero de 1990, no obstante lo dispuesto en el Decreto Ley N° 07172 de 18 de mayo de 1965	Proceso Social denuncia de infracción de leyes sociales interpuesta por el Director Departamental del Trabajo y Microempresa	Promovido		SC INCONSTITUCIONAL el punto 1 de la parte resolutive de la Resolución Ministerial N° 110/00 dictada el 17 de marzo de 2001, a partir del reconocimiento del dirigente número once.
7) 1755 AC 219/02 Expediente N° 2002-04425-9-RII	contra la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 1760, apartado I.	Proceso Ejecutivo	Rechaza	Aprueba Rechazo	
8) 1706 AC 0417/02 Exp.N° 05140-10-RII	La Ley 2297 y la Circular 001/2002 de 16 de enero de 2002 emitida por la Presidencia de la Corte Superior de Distrito. Se está aplicando retroactivamente con el señalamiento de audiencia.	Proceso Coactivo Civil	Rechaza	Aprueba Rechazo	
9) 1674 AC 557/2002- Exp. N° 05642-11-RII	Disposición Transitoria Primera de la Ley 1760	Proceso Ejecutivo	Rechaza	Aprueba Rechazo	
10).1640 AC 120/03 Exp.N° 06157-12-RII	Transitoria Primera de la Ley de Abreviación procesal y de asistencia familiar, Ley 1760	Proceso Ejecutivo	Rechaza	Aprueba Rechazo	
12) 1558 AC 493/03 Exp.N° 07615-15-RII	Disposiciones finales primera y sexta del Código de Procedimiento Penal	Proceso Penal	Rechaza	Aprueba Rechazo	
13) 1537 AC 005/04 Exp. N °08106-17-RII	Disposición transitoria primera Ley 1760	Proceso Ejecutivo	Rechaza	Aprueba Rechazo	
14) 1534 AC 0032/04 Exp. N° 08214-17-RII	Inaplicabilidad del art. 517 del Código de Procedimiento civil.	Proceso Ejecutivo	Rechaza	Aprueba Rechazo	

15) 1530 AC 060/04 Exp.Nº 08236-17-RII	La Circular 11/99 de 17 de agosto de 1999 de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación.	Proceso Penal	Rechaza	Aprueba Rechazo	
17)1510 AC 0142/04 Exp.Nº 08533-18-RII	disposición transitoria primera, de la Ley 1760 de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar	Proceso Ejecutivo	Rechaza	Aprueba Rechazo	
18) .1508 AC 0147/04 Exp. Nº 08543-18 RII	Ley 1760 de Abreviación procesal civil y Disposición Transitoria Primera	Proceso Ejecutivo	Rechaza	Aprueba Rechazo	
19) 1506 AC 0210/04 Exp. Nº 08564-18-RII	Tercera Disposición Transitoria de la ley 1970 (Código de Procedimiento Penal Vigente).	Proceso Penal	Rechaza	Aprueba Rechazo	
20) 1485 SC 0052/2004 Exp. Nº 08850-18-RII	la Circular s/n, que es el resultado del Seminario Taller sobre Ejecución de Sentencias de Divorcio	Proceso Familiar	Promovido de oficio		INFUNDADO
22) 1459 S C 0110/04 Exp. Nº Acumulados: 09245-19-RII 09412-19- RII 09508-20-RII 09509-	Ley 2683 de 12 de mayo de 2004. , al pretender sustituir el plazo determinado que fijaba la disposición transitoria tercera del NCPP, con un plazo indeterminado de 1972	Proceso Penal	Rechaza	Revoca	INFUNDADO
23) 1429 AC 518/04-CA Exp.Nº09830-20-RII		Proceso Penal	Promovido		INFUNDADO
25) 1474 SC 0076/04 Exp.Nº 08994-18-RII	la inconstitucionalidad de la Disposición Final Novena del Código Tributario Boliviano (CTB)	Proceso Contencioso Tributario	Promueve		CONSTITUCIONALIDAD TEMPORAL
29) 1248 SC 0038/006 Exp. Nº13288-27-RII	55 del Decreto Supremo (DS) 21060, de 29 de agosto de 1985 y 39 del DS 22407, de 11 de enero de 1990.	Proceso Social	Rechaza	Revoca Admite	IMPROCEDENTE
32) 953 AC 0122/10 Exp. Nº 17433-35-RII	la inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 5 del Decreto Supremo (DS) 27695 de 20 de agosto de 2004	Proceso Contencioso Tributario	Rechaza	Aprueba Rechazo	

**ANEXO 4: CRITERIOS JUEZ, COMISIÓN ADMISIÓN Y TRIBUNAL
GARANTÍAS MATERIA PENAL: APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD – TABLA**

51

	Caso y norma impugnada	Proceso Judicial	Resolución Autoridad	Comisión Admisión	Tribunal Constituciona
AC 464/2001-CA Exp. N°.-03540-07-RII	Sentencia Constitucional N° 280/01 de 2 de abril de 2001 que en los casos en que el proceso está en trámite y entra en vigencia una nueva ley procesal, por razones de economía procesal y seguridad jurídica, los actos cumplidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley procesal permanecen inalterables, la nueva norma no puede afectar a situaciones ya definidas en el marco de las previsiones del art. 102 del Código Penal.	Proceso Penal	Rechaza	Rechazo	
12) 1558 AC 493/03 Exp.N° 07615-15-RII	Disposiciones finales primera y sexta del Código de Procedimiento Penal	Proceso Penal	Rechaza	Aprueba Rechazo	
15) 1530 AC 060/04 Exp.N° 08236-17-RII	La Circular 11/99 de 17 de agosto de 1999 de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación.	Proceso Penal	Rechaza	Aprueba Rechazo	
19) 1506 AC 0210/04 Exp. N° 08564-18-RII	Tercera Disposición Transitoria de la ley 1970 (Código de Procedimiento Penal Vigente).	Proceso Penal	Rechaza	Aprueba Rechazo	
22) 1459 S C 0110/04 Exp. N° Acumulados: 09266-19-RII 09281-19-RII 09245-19-RII 09412-19-RII 09508-20-RII 09509-20-RII 09602-20-RII 09679-20-RII	Ley 2683 de 12 de mayo de 2004. , al pretender sustituir el plazo determinado que fijaba la disposición transitoria tercera del NCPP, con un plazo indeterminado	Proceso Penal	Rechaza	Revoca	INFUNDADO
23) 1429 AC 518/04-CA Exp.N°09830-20-RII	Ley 2683 de 12 de mayo de 2004. , al pretender sustituir el plazo determinado que fijaba la disposición transitoria tercera del NCPP, con un plazo indeterminado	Proceso Penal	Promovido		INFUNDADO

**ANEXO 5: AUTOS Y SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN
PROCESOS ADMINISTRATIVOS APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD –
TABLA 53 Y TABLA 54**

	Caso y norma impugnada	Proceso Administrativo	Resolución Autoridad	Comisión Admisión	Tribunal Constitucional
2) 1957 SC 089/00 Exp.Nº 01741-04-Rll	Que la Resolución Administrativa SD N° 257/2000 de 3 de agosto de este año, sanciona a "TRANSREDES S.A." por infracción al art. 54 del Reglamento de Transporte de Hidrocarburo por Ductos,	Recurso Revocatoria	Rechaza	Revoca Admite	SC. INFUNDADO
11) 1603 AC 317/03 Exp.Nº06885-14-Rll	Circular SPVS-IS.DJ 038 indicando que el procedimiento administrativo para la interposición de recursos de revocatoria y jerárquico	Modificación de plazos para la interposición de recursos de revocatoria y	Rechazo	Aprueba el .. De manera que	
16) 1513 SC 0039/04 Exp.Nº 08483-17-Rll	Resolución Determinativa 32/2003 Graco de 24 de Programa Transitorio de Pago Voluntario de Adeudos	Recurso de Alzada proceso tributario	Admite		INFUNDADO Resoluciones
21) 1481 S C 0067/04 Exp.Nº08907-18-Rll	Art. 26, párrafo segundo in fine del Decreto Supremo (DS) 26607 de 20 de abril de 2002, condiciona la interposición de recursos al pago de las multas o sanciones impuestas	Recurso Jerárquico SIRESE	Rechaza	Revoca en parte	INFUNDADO
24) 1426 AC 539/04 Exp. Nº 09870-20-Rll	RS 221886 de 31 de julio de 2003, a través de disposiciones transitorias autoriza al Tribunal Disciplinario Superior de la Policía Nacional, dictar la resolución administrativa para liquidar las causas antiguas en base a un procedimiento abreviado,	Proceso Disciplinario	Rechazo	Aprueba Rechazo	
26) 1345 A C 252/05 Exp.Nº 11692-24-Rll	Art. 150 de la Ley 2492. "las normas tributarias no tendrán carácter retroactivo, salvo aquellas que supriman ilícitos tributarios, establezcan sanciones más benignas o términos de prescripción más breves o de cualquier manera beneficien al sujeto pasivo o tercero responsable".	Recurso Jerárquico	Rechazo	Aprueba Rechazo	
27) 1343 y 1344 AC 249 y 250/05 Expediente:2005-11694-24-Rll Expediente:2005-11693-24-Rll	Disposición Transitoria Primera, tercer párrafo del DS 27310 de 9 de enero de 2004 - Reglamento al Código Tributario Boliviano redujo de cinco a cuatro años el plazo de la prescripción de las obligaciones tributarias,	Recurso Jerárquico	Rechazo	Aprueba Rechazo a través de la SC 0028/2005 de 28 de abril, este Tribunal declaró la constitucionalidad del párrafo tercero de la Disposición Transitoria	
28) 1318 AC 376/05 Exp.Nº 12062-25-Rll	Transitoria Cuarta de la Ley 2341 de Procedimiento sanciones pecuniarias a la empresa ENTEL S.A. por incumplimiento de metas de expansión y calidad	Recurso de Revocatoria Superintendencia Telecomunicación.	Promovido de oficio	Rechaza	
30) 980 A C 0087/10 Exp.Nº 17206-35-Rll	Artículo Único del Decreto Supremo (DS) N° 24849 de 20 de septiembre de 1997,	Determinación tributaria	Rechazo	Aprueba Rechazo imposibilidad de CPE Abrog.	
31) 930 AC 0233/10 Exp. Nº 17743-36-Rll	Disposición Final Primera del DS 29400 de 27 de diciembre de 2007 Comisión AFPs Indica que el DS 29400 impugnado, en su Disposición Final Primera, vulnera el principio de la irretroactividad de las normas, consagrado en el art. 33 de la CPE Abrog., pues habiendo sido dictado el 29 de diciembre de 2007, dispone y fija una comisión a partir del 1 de noviembre de 2006.	Recurso Jerárquico instaurado por la AFP Futuro de Bolivia S.A.	Rechazo	Aprueba Rechazo basada	

ANEXO 6: CONSTATACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE PLAZO PARA LA REMISIÓN ANTE EL TRIBUNAL, FALTA DE MOTIVACIÓN DEL AUTO, AUSENCIA DE TRASLADO PARTE CONTRARIA - TABLA 55

2) 1962 AC Nº 188/2000 Expediente Nº 2000-01607-04-RII	Rechaza Trámite aprobación de planos de regularización.	Aprueba Rechazo
6) 1669 AC Nº 593/2002 Expediente: 2002-05717-11-RII	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo
7) 1670 AC Nº 596/2002- Expediente: 2002-05716-11-RII	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo
8) 1675 AC Nº 551/2002 Expediente: 2002-5616-11-RII	Rechaza Proceso Coactivo	Aprueba Rechazo
9) 1679 AC Nº 544/2002 Expediente: 2002-05576-11-RII	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo
10) 1693 AC Nº 467/2002 Expediente: 2002-05326-10-	Rechaza Proceso Coactivo Civil	Aprueba Rechazo
12) 1701 AC Nº 449/2002 Expediente: 2002-05247-10-RII	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo Advirtiéndosele que en caso de reiteración de la conducta aludida se remitirá tal falta al Consejo de la Judicatura para su registro en el Escalafón Judicial.
13) 1709 AC Nº 396/2002 Expediente: 2002-05084-10-RII	Rechaza Proceso Coactivo	Aprueba Rechazo
14) 1710 AC Nº 395/2002 Expediente: 2002-05083-10-RII	Rechaza Proceso Coactivo Civil	Aprueba Rechazo Remítase el presente auto constitucional al Consejo de la Judicatura para su registro en el Escalafón Judicial
15) 1712 AC Nº 384/2002 Expediente: 2002-05012-10-RII	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo
16) 1717 AC Nº 358/2002-CA Sucre, 2 de agosto de 2002 Expediente: 2002-04939-10-RII	PROMOVIDO Proceso Ejecutivo	INFUNDADO Debiendo remitirse el presente auto constitucional al Consejo de la Judicatura para su registro en el Escalafón Judicial.

17) 1719 AC Nº 352/2002 Expediente 2002-04863-10-RII	Rechaza Proceso Coactivo Civil	Aprueba Rechazo
19) 1720 AC Nº 337/2002 Expediente Nº 2002-04789-09-RII	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo
20) 1721 AC Nº 336/2002 Expediente Nº 2002-04787-09-RII	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo
21) 1725 AC Nº 329/2002 Expediente Nº 2002-4754-09-RII	Rechaza Anulación credencial de Concejal	Aprueba Rechazo
22) 1726 AC Nº 325/2002-CA Expediente	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo
23) 1734 AC Nº 297/2002 Expediente Nº 2002-04679-09-RII	Rechaza Proceso Coactivo	Aprueba Rechazo
24) 1736 AC Nº 270/2002 Expediente Nº 2002-04587-09-RII	Rechaza Proceso Coactivo	Aprueba Rechazo Debiendo remitirse el presente Auto Constitucional al Consejo de la Judicatura para su registro en el Escalafón Judicial.
25) 1739 AC Nº 269/2002 Expediente Nº 2002-04559-09-RII	Rechaza Proceso ordinario de nulidad de división	Aprueba Rechazo Debiendo remitirse el presente Auto Constitucional al Consejo de la Judicatura para su registro en el Escalafón Judicial.
26) 1743 AC Nº 267/2002 Expediente Nº 2002-04544-09-RII	Rechaza Proceso Civil Ordinario	Aprueba Rechazo
27) 1747 AC Nº 286/2002 Expediente Nº 2002-04514-09-RII	Rechaza Proceso Coactivo	Aprueba Rechazo
28) 1748 AC Nº 285/2002 Expediente Nº 2002-04513-09-RII	Rechaza Proceso Coactivo	Aprueba Rechazo
29) 1755 AC Nº 219/2002 Expediente Nº	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo
30) 1765 AC Nº 173/2002 Expediente Nº	Rechaza Proceso Coactivo Civil	Aprueba Rechazo
31) 1848 SC Nº 003/02 Expediente: 2001-03399-07-RII	ADMITE Personería jurídica	TC-IMPROCEDENTE Se llama severamente la atención al Juez Quinto de Partido

32) 1804 SC Nº 12/02 Expediente: 2001-03711-08-RII	PROMOVIDO Proceso Penal (Caso de Corte	INFUNDADO El Tribunal Constitucional, mediante SC Nº 038/2000 de 26 de junio de 2000 declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones legales ahora impugnadas con el efecto derogatorio previsto por el art. 58 de la Ley Nº 1836, por lo que se recomienda a la Corte Superior del Distrito Judicial de Potosí prestar mayor atención y tener cuidado en la substanciación de los recursos constitucionales.
33) 1572 AC 419/2003 Expediente: 2003-07359-14-RII	Rechaza Proceso Coactivo	Aprueba Rechazo
34) 1595 AC 374/2003- Expediente: 2003-07191-14-RII	Rechaza Interdicto de adquirir la posesión	Aprueba Rechazo
35) 1566 AC Nº 454/2003 Expediente: 2003-07470-15-RII \	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo
36) 1966 AC Nº 171/2000 Expediente Nº	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo
38) 1667 AC Nº 591/2002 Expediente: 2002-05794-11-RII	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo
42) 1417 AC Nº 576/2004 Expediente: 2004-10081-21-RII	Rechaza Proceso Coactivo Civil	Aprueba Rechazo
49) 1392 AC Nº 016/2005 Expediente: 2004-010724-22-RII	Rechaza incidente de regulación de honorarios	Aprueba Rechazo
53) 1028 AC Nº 468/2007 Expediente: 2007-16619-34-RII	Rechaza Proceso Penal	Aprueba Rechazo
54) 1001 AC Nº 0058/2010 Expediente: 2007-17031-35-RII	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo SE LLAMA LA ATENCIÓN al Juez Consultante, por la demora excesiva e injustificada en la remisión, después de más de un año, dejando constancia que se ha tomado nota al respecto y en caso de reincidir en la dilación procesal, se adoptarán las medidas pertinentes.
58) 1397 SC 0014/2005 Expediente: 2004-10520-22-RII	ADMITE Recurso de Alzada Materia tributaria	TC CONSTITUCIONALIDAD
60) 1135 AC N º 636/2006 Expediente: 2006-15053-31-RII	Rechaza Auxilio Judicial para la ejecución forzosa	Aprueba Rechazo

62) 1184 AC Nº 439/2006 Expediente: 2006-14471-29-RII	Rechaza Fenecido Proceso Coactivo	Aprueba Rechazo Advertencia consultada, dejando constancia que se ha tomado nota al respecto y en caso de reincidir en la dilación procesal, se adoptarán las medidas pertinentes
66) 1163 AC Nº 501/2006 Expediente:2006-14703-30-RII	Rechaza Investigación materia penal	Aprueba Rechazo
67) 830 AC Nº0398/2010 Expediente: 2008-18561-38-RII	ADMITE Sin plazo de duración investigación	REVOCA RECHAHA
73) 1120 AC Nº 058/2007 Expediente: 2007-15286-31-RII	Rechaza Proceso Penal Acusación Delito contra cónyuge.	Aprueba Rechazo 2º Llamar severamente la atención a la Sala Penal Tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, compuesta por los Vocales Ángel Villarroel Díaz y Juan Marcos Terrazas R., por la demora excesiva e injustificada en resolver dos años después el incidente de inconstitucionalidad de haber sido formulado,
74) 997 AC Nº 0052/2010 Expediente: 2007-17080-35-RII	ADMITEN Reglamento de Aranceles de la Cámara	REVOCA RECHAHA 3º LLAMAR LA ATENCION al Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio por haber dictado el Laudo Interlocutorio 09/07, sin la debida fundamentación.

ANEXO 7: REGULARIZACIÓN DE TRÁMITE - TABLA 56

<p>1) 1981 SC Nº 049/2000</p> <p>Expediente Nº: 2000-01266-03-RII</p>	<p>Declara inadmisibles Tribunal Garantías Recurso de Habeas Corpus contra ministros Corte Suprema Justicia. Admite RII sin decretar traslado a la parte recurrente de la Resolución No. 89/00 de 6 de junio de 2000</p>	<p>Realizada la regularización</p> <p>Admite RHC y regulariza RII dentro el Habeas Corpus</p> <p>TC declara INFUNDADO RII impetrados por los ministros CSJ contra SC</p>
<p>63) 1033 AC Nº 453/2007</p> <p>Expediente: 2007-16501-34-RII</p>	<p>ADMITE</p> <p>Recurso de Amparo Constitucional Código Urbanismo</p>	<p>DEVOLUCIÓN del presente recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, a objeto que los Vocales de la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, pronuncien el correspondiente Auto motivado respecto del incidente de inconstitucionalidad</p>
<p>64) 1109 AC Nº 114/2007</p> <p>Expediente: 2007- 5442-31-RII</p>	<p>Rechaza</p> <p>Proceso Penal</p>	<p>Aprueba</p> <p>Rechazo</p> <p>Sala no ha sustanciado el incidente conforme dispone el art. 62 de la LTC, puesto que resolvió con anterioridad el recurso de casación, pese a estar impedida de pronunciarse sobre el fondo de este medio de impugnación, incumpliendo lo que señala la Ley del Tribunal Constitucional en su art. 59 y ss. Empero, no obstante esa anomalía, en el presente caso no se dispone la regularización del procedimiento, en virtud al principio de celeridad y economía procesal, por cuanto se reiteró, el recurso incidental fue planteado sin cumplir los requisitos exigidos por ley.</p>
<p>68) 1236 AC Nº 113/2006</p> <p>Expediente: 2006-</p>	<p>Rechaza</p> <p>Juicio Responsabilidades Fiscal general</p>	<p>La Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, dispone la DEVOLUCIÓN</p>
<p>69) 1086 AC Nº 245/2007</p> <p>Expediente: 2007-15843-32-RII</p>	<p>Rechaza Dentro del trámite de cesación de detención preventiva</p>	<p>La Comisión de Admisión dispone la DEVOLUCIÓN</p>
<p>72) 1111 AC Nº 106/2007</p> <p>Expediente: 2007-15432-31-RII</p>	<p>ADMITE</p> <p>Proceso Penal Ley seguridad</p>	<p>DEVOLUCIÓN del expediente a la autoridad consultante a objeto no es la llamada por ley para admitir el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad como erróneamente lo hizo a través de la Resolución de 31 de enero de 2007, atribuyéndose una facultad propia del Tribunal Constitucional, siendo así que correspondía, conforme a las atribuciones que le reconocen los arts. 59 parte in fine y 62.2. De la LTC, era promover el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional mediante una resolución motivada y fundamentada.</p>

**ANEXO 8: CONFUSIÓN O DESCONOCIMIENTO JUEZ/AUTORIDAD -
TABLA 57**

<p align="center">4) 1964 AC Nº 530/2001 Expediente Nº 2000-01558-04-RII</p>		<p>Que, por Decreto de 8 de septiembre de 2000 se La Comisión de Admisión dispone tenerse por NO PRESENTADO</p>
<p align="center">5) 1967 AC Nº 161/2000 Expediente Nº 2000-01510-04-RII</p>	<p align="center">Proceso Penal (Caso de Corte)</p>	<p>RII ante el Juez Quinto de Partido en lo Penal de la Que en el caso que nos ocupa el Juez de Partido La Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional dispone la DEVOLUCIÓN del expediente al Juez de Partido Sexto en lo Penal de la ciudad de la Paz, para que regularice el procedimiento conforme a ley.</p>
<p align="center">39) 1650 AC Nº 065/2003 Expediente: 2002-05973-12-RII</p>	<p align="center">Proceso Coactivo</p>	<p>La Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, dispone la DEVOLUCIÓN del expediente a objeto de que la solicitud interpuesta por Gonzalo Erwin Suárez Ribera, sea resuelta por Guido Salas Guardia, Juez Séptimo de Partido en Materia Civil y Comercial de Santa Cruz, conforme se pide, al no constituir la misma solicitud de que se promueva el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad. Sino que lo que se pretende es la nulidad de los actos procesales por aplicación de una norma inconstitucional en su tramitación como es la Ley 1760.</p>
<p align="center">44) 1532 AC Nº 041/2004 Expediente: 2004-08218-17-RII</p>	<p>Programa transitorio, voluntario y excepcional para la regularización de vehículos contenida en la Disposición Transitoria Tercera, Num. V del Código Tributario, petitorio que se encuentra para resolución</p>	<p>Se llama la atención a la autoridad remitente por no haber observado los plazos establecidos en el art. 62 LTC para pronunciar resolución y elevar en consulta la misma.</p>

ANEXO 9: INCOHERENCIAS DE LA COMISIÓN DE ADMISIÓN - TABLA

58

	Autoridad Judicial o Administrativa	Tribunal Constitucional
3) 1957 SC Nº 089/00 Exp. Nº 01741-04 RII	Rechaza Procedimiento Administrativo Hidrocarburos	Revoca Admite INFUNDADO
1) 1603 AC Nº 317/03 Exp. Nº 06885-14 - RII	Rechaza Recurso Jerárquico Procedimiento administrativo SIRESE SIREFI	Aprueba Rechazo Al tratarse el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad de una vía incidental, accesoria al proceso principal, no afecta a la solución de fondo, máxime si la solicitud es manifiestamente improcedente, de manera que anular obrados significaría simplemente perjudicar a las partes por la pérdida de tiempo para llegar a un mismo resultado.
21) 1725 AC Nº 329/02 Exp. Nº 4754-09 RII	Rechaza En elecciones Municipales de 1999	Aprueba Rechazo
22) 1726 AC Nº 325/02 Exp. Nº 04748-09-RII	Rechaza Proceso Ejecutivo	Aprueba Rechazo
23) 1734 AC Nº 297/02 Exp. Nº04679-09RII	Rechaza Proceso Coactivo	Aprueba Rechazo
31) 1848 SC Nº 003/02 Exp. Nº03399-07-RII	ADMITE Personería jurídica de la Cooperativa,	TC-IMPROCEDENTE Se llama severamente la atención al Juez Quinto de Partido en lo Civil de la ciudad de La Paz por haberse excedido en la tramitación del presente Recurso.
37) 1681 AC Nº546/02 Exp. Nº05558-11-RII	Rechaza Proceso Disciplinario Concejal y ejercicio libre abogacía	Aprueba Rechazo está referido a la supuesta errónea interpretación de los artículos 19 de la Ley de la Abogacía y 26 de la Ley de Municipalidad por el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Cochabamba y la supuesta confusión en la que incurre dicho tribunal con referencia a los términos función pública y cargo público que dio lugar a que en la sentencia de 16 de julio de 2002, se haya establecido que su condición de concejal es excluyente del ejercicio libre de la profesión, fundamento que no corresponde al recurso indirecto o incidental de Se llama la atención al Tribunal remitente por no haber observado el procedimiento establecido por el art. 62 LTC.
40) 1485 SC Nº 0052/2004 Exp. Nº 08850-18-RII	PROMOVIDO DE OFICIO Proceso asistencia familiar circular que instruye la aplicación de las normas de la Ley de abreviación procesal civil y de asistencia familiar a los procesos ordinarios de divorcio –en ejecución de sentencia–.	INFUNDADO Extraña a este Tribunal, los términos e expresiones que vierte el Juez, poniendo en duda la actuación de esta jurisdicción; cuando lo que corresponde, para salvar su preocupación, es que analice cuidadosamente los fundamentos de la Sentencia; asimismo, examine con un adecuado razonamiento jurídico la Circular impugnada para encontrar la solución a un eventual problema.
41) 1430 SC Nº 0122/04 Exp. Nº09812-20 RII	ADMITE Proceso laboral Prescripción dos años	TC INFUNDADO De acuerdo con lo expresado, el recurso no cumple con los requisitos señalados en el art. 60 de la LTC, por lo que no debió ser admitido por el Juez Segundo del Trabajo y Seguridad Social, al ser manifiestamente infundado; no obstante, al haberlo hecho, corresponde a este Tribunal declararlo infundado por inobservancia de los requisitos establecidos por Ley para su interposición, sin ingresar al análisis de fondo del asunto.

<p>43) 1452 SC Nº 0092/04 Exp.Nº 09367-19-RII</p>	<p>ADMITE ejecución provisional de la sentencia Pago beneficios sociales de obrados hasta instancia en el recurso sea promovido obrados hasta la instancia en que el recurso sea promovido con los requisitos de admisión,</p>	<p>TC NULIDAD "De acuerdo a la línea jurisprudencial establecida por la SC 0045/2004, los requisitos referidos anteriormente, deben ser cumplidos por el Juez o Tribunal Judicial o Administrativo que promueve el recurso; toda vez que es él quien tiene la legitimación activa y quien presenta el recurso ante el Tribunal Constitucional, de manera que, en el Auto Motivado al que hace referencia el art. 62.2 de la LTC, el Juez o Tribunal que promueve el recurso, deberá expresar los fundamentos jurídico-constitucionales antes mencionados, no pudiendo remitirse a los fundamentos expresados por la parte que ha solicitado se promueva el recurso, transgrediendo de esta manera las normas citadas, así como el entendimiento jurisprudencial referido".</p>
<p>45) 1536 AC Nº 034/2004 Exp. Nº 08116-17-RII</p>	<p>Rechaza Proceso contencioso Administrativo</p>	<p>Aprueba Rechazo Se llama la atención a los Ministros de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por no haber observado el plazo establecido en el art. 62.1 LTC para elevar en consulta la resolución de rechazo del presente recurso.</p>
<p>46) 1458 SC Nº 0079/04 SC Nº 0115/2004 Exp.Nº 09262-19-RII</p>	<p>ADMITE y RE ADMITE Recurso de revocatoria Superintendencia de Hidrocarburos Que habría dictado una medida urgente, sin que existan los presupuestos de hecho que exige el art. 12 del Reglamento de la LPA para el SIRESE: Hasta la instancia en que el recurso sea promovido por el Superintendente de Hidrocarburos cumpliendo con los requisitos de admisión, conforme a los fundamentos expuestos en esta Sentencia.</p>	<p>TC dispone Nulidad de obrados INFUNDADO Voto disidente 2º La Sentencia Constitucional 0115/2004 de 15 de octubre, ha declarado infundado por improcedente, el recurso promovido por el Superintendente Interino de Hidrocarburos; el Tribunal Constitucional debió ingresar al análisis del fondo de la problemática planteada, sometiendo a juicio de constitucionalidad la disposición legal impugnada, de manera que dilucidando el caso debió pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 12 del DS 27172 de 15 de septiembre de 2003; 3º Por las razones antes referidas, el suscrito magistrado considera que el Tribunal constitucional debió ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada en el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad pronunciándose sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada.</p>
<p>47) 1306 AC Nº 463/05 Exp.Nº 12234-25-RII</p>	<p>Rechaza Contra el Acuerdo 136/05 del Pleno del Consejo de la Judicatura, a través del cual se aprobó el Reglamento de Incompatibilidades del Poder Judicial.</p>	<p>Aprueba Rechazo Comisión de admisión se refiere al caso A C 427/05 el mismo que no corresponde al RII sino a la SC 0427/2005 Expediente:2005-11258-23- Recurso Habeas Corpus Cambia línea jurisprudencial devolviendo a las partes legitimación activa para interponer RII "De lo expuesto, se concluye que en el recurso incidental de inconstitucionalidad, la parte que plantea el recurso tiene legitimación activa ... lo que implica un cambio del entendimiento jurisprudencial sentado en los AACC 356/2003-CA, 357/2003-CA, 057/2005-CA, 290/2005-CA, 337/2005-CA y otros, en los que se señaló que sólo el juez, tribunal o autoridad administrativa están legitimadas para promover el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad;</p>
<p>48) 1356 AC Nº 198/05 Exp. Nº 11463-23-RII</p>	<p>PROMUEVE Proceso penal</p>	<p>La Comisión de Admisión del Tribunal, RECHAZA apartándose del procedimiento establecido en la Ley 1836. En este caso no llama la atención pese a detectar la ausencia de motivación de la resolución de admisión "Por último, la ausencia de fundamentación, que es un elemento exigido por el numeral 3 de la norma citada, impedirá conocer los motivos por los que se considera inconstitucional la norma impugnada y la importancia de la misma en la resolución de la causa que origina el recurso".</p>
<p>50) 1039 AC Nº 414/07 Exp. Nº 16426-33-RII</p>	<p>Rechaza Juicio Social mantenimiento de valor de los beneficios sociales y establece que será calculado y actualizado en base a la variación de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV's),</p>	<p>Aprueba Rechazo En el caso de autos b) La autoridad consultante, no aclaró ni pidió al incidentista aclarar sobre si poseía o no personería para presentar el incidente de nulidad dentro del cual interpuso el incidente de inconstitucionalidad, requisito formal que si bien se pudo requerir sea subsanado, ante los argumentos de rechazo expuestos precedentemente, por razones de economía procesal, justicia pronta y efectiva, corresponde rechazar el presente recurso.</p>

<p>51)</p> <p>1108</p> <p>AC Nº 125/07</p> <p>Exp.Nº 15480-31-RII</p>	<p>Rechaza</p> <p>Proceso Coactivo Fiscal</p>	<p>DEVOLUCIÓN</p> <p>Con anterioridad al RII que resolvió un mes después mediante Auto Motivado 01/2007, de 5 de febrero (fs. 132 a 136 vta.), rechazando el mencionado incidente de inconstitucionalidad, por lo que esa autoridad no ha cumplido el procedimiento y por ende lo dispuesto por los citados artículos de la Ley del Tribunal Constitucional, imposibilitando así que la Resolución final sobre el incidente de nulidad de obrados esté sujeta a la decisión del Tribunal Constitucional con referencia al recurso incidental, cuyo pronunciamiento, consecuentemente, sería innecesario.</p> <p>La Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, dispone la DEVOLUCIÓN del presente expediente, a objeto de que Luvia Aspiazu de Vargas, Jueza Segunda de Partido en lo Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario del Distrito Judicial de La Paz, regularice procedimiento y remita en consulta la Resolución del incidente, anulando previamente el Auto Interlocutorio 19/2007, de 2 de febrero, debiendo suspender su emisión entre tanto sea absuelta la consulta del Auto que rechaza la solicitud de promover el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad.</p>
<p>52)</p> <p>1031</p> <p>AC Nº 463/07</p> <p>Exp.Nº16531-34</p> <p>RII</p>	<p>ADMITE</p> <p>Procedimiento Administrativo</p> <p>Reglamento interno Museo</p>	<p>REVOCA</p> <p>RECHAZA</p> <p>Al carecer el presente recurso de fundamento jurídico constitucional que amerite una decisión en el fondo de la problemática planteada y al haber sido incorrectamente "admitido" por la autoridad administrativa consultante, conforme se fundamentó, corresponde rechazarlo.</p>
<p>55)</p> <p>1022</p> <p>AC Nº 0037/2010</p> <p>Expediente:2007-16764-34</p> <p>RII</p>	<p>Rechaza</p> <p>Proceso sobre infracción a derechos de propiedad industrial</p> <p>Reglamento sobre Denuncias de Infracciones y/o Violaciones a los Derechos de Propiedad Industrial, dispone la realización de audiencias sin noticia previa a las partes. establecido por el Instructivo Administrativo 001/05</p>	<p>Aprueba</p> <p>Rechazo</p> <p>El Director Jurídico del SENAPI no ha dado cumplimiento al trámite previsto por el ya citado art. 62 de la LTC. Sin embargo, la Comisión de Admisión de este Tribunal considera que no es pertinente anular obrados, dado el transcurso desde el momento en que se planteó el incidente de inconstitucionalidad a la fecha, por cuanto dicha medida perjudicaría a las partes por constituir un efecto dilatorio para obtener un mismo resultado, máxime</p>
<p>56)</p> <p>1323</p> <p>AC Nº 341/2005</p> <p>Expediente: 2005-11970-</p>	<p>ADMITE</p> <p>Por RS 222842 de 24 de febrero de 2005 fue suspendido sin goce de haberes, de su cargo de Liquidador del Fondo Nacional de Vivienda Social (FONVIS)</p>	<p>REVOCA</p> <p>RECHAZA</p> <p>Se llama la atención a la autoridad consultante, Carlos Díaz Villavicencio, Ministro de Desarrollo Económico; por no haber remitido la Resolución y las fotocopias legalizadas de las piezas pertinentes (expediente), dentro del plazo legal de cuarenta y ocho horas, previsto por el art. 62.2) de la LTC.</p>
<p>57)</p> <p>1168</p> <p>AC Nº 490/2006</p> <p>Expediente: 2006-14652-</p>	<p>Rechaza</p> <p>Oficial Mayor de la H. Cámara de Diputados,</p>	<p>DEVOLUCIÓN</p> <p>El consultante, ha incumplido el debido proceso también aplicable a la No se hace referencia a la existencia de proceso judicial o administrativo</p> <p>Proceso</p>
<p>59)</p> <p>1329</p> <p>SC Nº 0083/05</p> <p>Exp.Nº11868-24-RII</p>	<p>RECHAZA</p> <p>Recurso de Amparo Constitucional impugnación contra la convocatoria a concurso de méritos y examen de competencia abierto departamental</p>	<p>REVOCA Y ADMITE</p> <p>TC INCONSTITUCIONALIDAD de los dos últimos párrafos del art. 5 del Estatuto de las Sociedades Médico - Científicas y del inc. 7) del art. 15 del Reglamento de Concurso de Méritos y Examen de Competencia, con los efectos establecidos por el art. 58.III de la LTC.</p>

<p>61)</p> <p>1173</p> <p>AC Nº 470/06</p> <p>Exp.Nº14613-30-RII</p>	<p>Rechaza</p> <p>Proceso Coactivo Civil</p>	<p>NULIDAD.</p> <p>De los antecedentes remitidos por la autoridad judicial consultante, Edgar Peña Venegas, Juez Undécimo de Partido en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial de Santa Cruz, se constata que, dentro del fenecido proceso coactivo civil seguido por la Asociación Mutual de Ahorro y Crédito "GUAPAY" contra Juan Carlos Otero Pinto, el mismo mediante memorial presentado el 26 de enero de 2006 (fs. 7 a 9 vta.) solicitó se promueva recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad del art. 509.IV CPC.</p> <p>Situación ante la cual, el Juez de la causa, al día siguiente y sin disponer el traslado de dicho incidente, mediante Resolución de 27 de enero de 2006, cursante a fs. 10 y vta., sin mayor trámite rechazó el aludido incidente de inconstitucionalidad. Remitiendo los antecedentes después de más de siete meses de emitida la aludida Resolución.</p> <p>2º SE LLAMA LA ATENCIÓN de manera severa al Juez Consultante, Edgar Peña Venegas, Juez Undécimo de Partido en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial de Santa Cruz, por el irregular procedimiento y la demora excesiva e injustificada en la remisión de la Resolución consultada, dejando constancia que se ha tomado nota al respecto y en caso de reincidir en la dilación procesal, se remitirán antecedentes al Consejo de la Judicatura.</p>
<p>64)</p> <p>1109</p> <p>AC Nº 114/07</p> <p>Exp.Nº15442-31-RII</p>	<p>Rechaza</p> <p>Proceso Penal Sala Penal</p> <p>Corte Suprema de Justicia de la Nación</p>	<p>Aprueba</p> <p>Rechazo</p> <p><i>"consta de obrados que éste interpuso recurso de casación, radicando la causa en la Sala Penal Primera de la Corte Suprema de Justicia, y durante su tramitación, se presentó la solicitud para que se promueva el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad contra el art. 308 Bis del CP, pero el 7 de octubre de 2006, ese Tribunal declaró inadmisibile el recurso de casación, para luego, tres meses después, por Auto Supremo de 24 de enero de 2007, rechazar el recurso incidental de referencia; por consiguiente, dicha Sala no ha sustanciado el incidente conforme dispone el art. 62 de la LTC, puesto que resolvió con anterioridad el recurso de casación, pese a estar impedida de pronunciarse sobre el fondo de este medio de impugnación, incumpliendo lo que señala la Ley del Tribunal Constitucional en su art. 59 y ss., imposibilitando así que la decisión del recurso de casación esté sujeta a la decisión del Tribunal Constitucional con referencia al incidente, cuyo pronunciamiento, consecuentemente, sería innecesario. Así, los AACC 529/2004-CA y 83/2005-CA.</i></p> <p><i>Empero, no obstante esa anomalía, en el presente caso no se dispone la regularización del procedimiento, en virtud al principio de celeridad y economía procesal, por cuanto se reiteró, el recurso incidental fue planteado sin cumplir los requisitos exigidos por ley, conforme se ha concluido en el punto II.2.2., lo que amerita aprobar el rechazo".</i></p>
<p>70)</p> <p>1026</p> <p>AC Nº 475/07</p> <p>Exp. Nº16722-34-RII</p>	<p>Rechaza</p> <p>Proceso Laboral en ejecución de sentencia CONTRA EL ART. 4 DEL DECRETO SUPREMO (DS) 8270 DE 21 DE FEBRERO DE 1968</p>	<p>REVOCA</p> <p>RECHAZO</p> <p>Por otra parte, de la Resolución enviada en consulta se advierte que la Jueza consultante omitió dar cumplimiento a los requisitos de contenido al no haberla motivado, limitándose a admitir el recurso señalando que el proceso laboral depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada que debe ser declarada por el único órgano competente, el Tribunal Constitucional, por lo que si bien correspondía devolver el expediente a efecto de que la autoridad judicial consultante motive su decisión conforme a derecho tal como exige el art. 62.2 de la LTC, y efectuando un nuevo análisis respecto del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad que también deben ser cumplidos por su autoridad, si corresponde admitir promover el incidente más no admitir el recurso como erróneamente lo hizo, atribuyéndose en consecuencia una facultad propia del Tribunal Constitucional (SC 0007/2005 de 17 de enero); en consecuencia, ante el planteamiento del recurso después de la ejecutoria del Auto Supremo respaldado en la norma que se cuestiona, conforme se argumentó, corresponde su rechazo.</p> <p>la Sentencia 015/98 de 21 de febrero de 1998, que determinó el pago de \$us9 928,28.- (nueve mil novecientos 28/100 dólares estadounidenses) como monto total de sus beneficios, fallo que apelado por la parte perdedora fue confirmado mediante Resolución 259/2000, y recurrido en casación por la "GTZ" dispuso la anulación de obrados hasta el estado de darse cumplimiento al artículo cuestionado, hecho que lo motiva a cuestionar si se debe dar cumplimiento a la notificación con el artículo impugnado que será aplicado en la decisión final dentro del proceso laboral que se encuentra en ejecución de fallos, o iniciar nuevamente el proceso laboral</p>

<p>71) 1309 AC Nº 417/05</p> <p>Exp. Nº12202-25-RII</p>	<p>ADMITIÓ convocatoria pública internacional Ministra de Desarrollo Sostenible</p>	<p>REVOCA RECHAZO ENMIENDA DE OFICIO</p> <p>En consecuencia, la Resolución Ministerial (RM) 268 de admisión del RII remitida a este Tribunal, carece de una debida fundamentación, a lo que se añade la incoherencia que se observa en su texto cuando en la parte considerativa se desvirtúan los argumentos de la parte solicitante, pero de manera inexplicable se resuelve admitir el recurso, además de que no cumple con las condiciones establecidas por el art. 60 de la LTC, lo cual hace que el recurso carezca manifiestamente de fundamento jurídico constitucional que amerite un análisis de fondo, lo que determina su rechazo.</p> <p>AUTO CONSTITUCIONAL 437/2005-CA-ECA</p> <p>Sucre, 12 de septiembre de 2005</p> <p>Que revisado el Auto Constitucional 417/2005-CA de 2 de septiembre, se advierte un error material en el análisis del recurso, concretamente en el apartado II.2.2. que establece que "...así como la Resolución 268 de 8 de agosto de 2005 por la que la Ministra de Desarrollo Sostenible "admitió el recurso", cumplen con las condiciones de admisibilidad, pues no expresan la duda razonable sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada..", cuando lo correcto era "...así como la Resolución 268 de 8 de agosto de 2005 por la que la Ministra de Desarrollo Sostenible "admitió el recurso", no cumplen con las condiciones de admisibilidad, pues no expresan la duda razonable sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada..",</p>
---	---	--

**ANEXO 10: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE
RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS -
TABLA 62**

RII en Procesos Administrativos				
Norma cuestionada	Tipo de proceso	Criterio Autoridad Administrativa	Criterio Comisión Admisión	Tribunal Constitucional
1) 724 AC 597/10 Comunicación Interna Universidad		Rechazo	Aprueba Resolución de carácter administrativo no normativo	
2) 754 AC 517/10 Resolución Municipal	Supresión defensorías Niñez y Adolescencia	Recurso de Revocatoria Rechazo	Aprueba Acto Administrativo RII Res. No se refiere a cualquier resolución no judicial, Tienen que tener carácter normativo	
3) 793 AC 436/10 Circular Consejo Magistratura	Designación provisional	Rechazo	Aprueba Según la SC 0052/04 la circular no constituye disposición legal	
4) 796 Ley de Bancos	Rechaza la admisión personalidad jurídica Cooperativa	Rechazo	Aprueba Diferencia entre proceso administrativo y procedimiento	
5) 825 AC 405/ 10 Auto Inicial por decisión directorio	Proceso Administrativo Interno Caja Petrolera	Rechazo	Aprueba Res. No tiene carácter normativo	
6) 840 AC 395/10 Resoluciones Supremas	Recurso Jerárquico Trámite inscripción cuotas de capital	Rechazo	Aprueba Resolución es comprensivo a decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa con carácter normativo no administrativo	
7) 878 AC 0298/10 Ley Municipal	Suspensión Alcalde	Rechazo	Aprueba Diferencia entre proceso Administrativo de procedimiento	
8) 978 AC 0067/10 D.S 27190	Acción de Repetición ICE	Rechazo	Aprueba Diferencia entre proceso administrativo y procedimiento	

9) 990 AC 0041/10	Acción de Repetición ICE	Rechazo	Aprueba Diferencia entre proceso administrativo y procedimiento	
10) 991 AC 0049/10	Acción de de Repetición ICE	Rechaza	Aprueba Diferencia entre Proceso ADM y procedimiento	
11) 996 AC 0047/10 Resoluciones Administrativas	Recurso Jerárquico Caducidad de concesión minera	Rechaza	Aprueba Diferencia entre proceso administrativo y procedimiento	
12) 1000 AC 053/10 DS 27190	Acción de Repetición ICE	Rechaza	Aprueba Diferencia entre proceso Adm y procedimiento	
13) 1031 AC 463/07 Resolución Directorio	Proceso Administrativo Interno Academia de Ciencias	Admite	Revoca y Rechaza RII no realiza control de legalidad de una norma legal que es contraria a otra jerárquicamente superior	
14) 1048 SC 049/07 Anexo –Guía Responsabilidad Pública	Proceso interno aduana	Rechaza	Revoca	Infundado Directiva una serie de instrucciones (AC109/04) y la SC008/03 la instructiva no forma parte de las normas de control.
15) 1084 AC 311/07 Decreto Supremo Res Ministerial	Procedimiento Reincorporación Laboral	Rechaza	Aprueba Rechazo Control de legalidad vía Contenciosos Administrativo Sustitución de Magistrado	
16) 1103 AC 137/07	Proceso Coactivo Municipal	Rechaza	Aprueba Rechazo Control de constitucionalidad debe ser sobre resolución normativa	
17) 1122 AC 054/07 Informe	Regularización bien inmueble	Rechaza	Aprueba Control de constitucionalidad debe ser sobre resolución normativa	
18) 1127 AC 006/07	Comunicación interna aduana	Rechaza	Aprueba Control de constitucionalidad debe ser sobre resolución normativa	

19) 1146 AC/ 054/07	Suspensión Concejal	Rechaza	Aprueba Diferencia entre proceso administrativo y procedimiento	
20) 1178 AC 483/06 Resolución que designa interino de interino	Recurso Jerárquico SIPVS	Rechaza	Aprueba Res Administrativa sin contenido normativo	
21) 1182 AC 436/06 Reglamento Sancionatorio	Proceso Administrativo Superintendente Electricidad.	Rechaza	Aprueba Res Administrativa sin contenido normativo	
22) 1183 AC 454/06	Proceso Administrativo SPVS	Rechaza	Aprueba Res Administrativa sin contenido normativo	
23) 1188 AC 410/06 Ley 3292	Distribución de escaños parlamentarios	Rechaza	Aprueba Sin existir proceso judicial ni administrativo	
24) 1191 AC 413/06 Directriz sobre Ley Forestal	Recurso Jerárquico	Rechaza	Aprueba Directriz no forma parte del control de constitucionalidad.	
25) 1213 AC 275/06 DS 28711 reversión de la acciones de bolivianos a YPFB	FCI mediante un procedimiento sumarísimo y en el plazo del tercer día hábil administrativo computable a partir de la publicación	Rechaza	Aprueba Diferencia proceso administrativo de procedimiento	
26) 1219 AC245/06 Reglamento de debates Consejo Universitario	Sumario informativo instaurado	Rechaza	Aprueba Res administrativa no normativa	
27) 1254 AC0009/06 Ley y Reglamento Consejo Judicatura	Proceso Disciplinario	Rechaza	Aprueba Ya se declaró inconstitucionalidad	
28) 1257 AC 0017/06 D.S 27350 dispone la presentación de un precedente contradictorio como condición indispensable para la procedencia del recurso jerárquico	Recurso Jerárquico Impuestos	Rechaza	Aprueba Omisión legislativa medios o mecanismos legales de impugnación de los actos administrativos emitidos por la Administración a través de los recursos de alzada y jerárquico	
29) 1268 SC0009/06 Reglamento Incompatibilidades función judicial	Recurso Jerárquico	Rechaza	Revoca Admite	Constitucional

30) 1270 AC 640/05	Recurso Reclamación SPVS Pago bonosol	Rechazo	Aprueba	
31) 1274 AC 573/05 Art. 47 DS 27175 Deposito como requisito para interponer recursos	Proceso sancionador	Rechazo	Aprueba	
32) 1283 AC 536/04 Res Adm creación de tipo penal	Recurso Jerárquico	Rechaza	Aprueba	
33) 1291 AC 510/05	Recurso Administrativo cobro devengado pensión muerte	Rechaza	Aprueba	
34) 1323 AC/341/05 Resolución Suprema suspendido sin goce de haberes, de su cargo de Liquidador del Fondo Nacional de Vivienda Social (FONVIS) "en tanto se conozcan los resultados de las investigaciones		Admite	Revoca y Rechaza Control de constitucionalidad no alcanza a Resoluciones Administrativas Llama atención a Ministro por haber admitido	
35) 1352 AC 228/05 Omisión legislativa	Recurso jerárquico SPVS	Rechaza	Aprueba	
36) 1362 AC 187/05 D.S contra ley hidrocarburos	Recurso Revocatoria Hidrocarburos	Rechaza	Aprueba	
37) 1365 AC/05	Proceso Saneamiento Propiedad colectiva y FES	Rechaza	Aprueba Control de constitucionalidad no alcanza a Resoluciones Administrativas	
38) 1372 AC 126/05 En trámite	Res Alzada daño económico al Estado por extinción de obligación	Rechaza	Rechaza En trámite	
39) 1377 AC 107/05 Res Adm y DS 27310 disposición transitoria (II) Código Tributario		Rechaza	Aprueba SC 0029 /04 declaro inconstitucional disposición transitoria	
40) 1383 SC 033/05 Res Ministerial que amplia fuero sindical en oposición	Juez de Trabajo y Seguridad Social, demanda de cumplimiento de fuero sindical	Rechaza	Revoca	Infundado Control de constitucionalidad no alcanza a Resoluciones Administrativas

41) 1390 SC 0028/05 DS 27310 disposición transitoria (I) plazo de prescripción tributaria	Procedimiento verificación Servicio de impuestos	Rechaza	Revoca	Constitucional
42) 1404 SC 0018/05 Ley de Municipalidad Silencio Administrativo	Recurso Jerárquico	Rechaza	Revoca	Infundado
43) 1485 SC 0052/04	Circular materia familiar aplicación retroactiva Ley de Abreviación.	Promovido		Infundado sin análisis sobre el fondo
44) 1557 AC 505/03 Reglamento cooperativa nominación candidaturas	Amparo Constitucional	Rechaza	Aprueba Control constitucionalidad no alcanza a entidades privadas	
45) 1587 SC 97/03 Dictamen responsabilidad civil contra autonomía universitaria	Proceso coactivo Fiscal	Promovido		Infundado control constitucionalidad no alcanza a Res Reglamentaria
46) 1610 AC 271/03 Circular	Proceso judicial	Rechaza	Aprueba control constitucionalidad no alcanza circular	
47) 1698 AC 0048/03 Normas técnicas probadas por Res Ministeria	Proceso saneamiento	Rechaza	Revoca	Infundado RII no es sustituto del RDN
48) 1644 AC 095/03 Res que rechaza petición minera En trámite	Recurso de Revocatoria	Rechaza	Aprueba En trámite	
49) 1649 AC0081/03 Estatuto Confederación	Proceso Disciplinario	Rechaza	Aprueba Res sindicales no constituyen materia de control constitucionalidad	
50) 1661 AC 044/03 Reglamento Procedimiento Arbitral	Proceso Arbitral	Rechaza	Aprueba no constituyen materia de control constitucionalidad Res. Entidad privada	
51) 1663 AC 043/03 Res SSC/IRJ 054/02	Proceso Administrativo Servicio Civil	Rechaza	Aprueba No justifica inconstitucionalidad	

52) 1668 AC 027/03	Trámite de Devolución impositiva	Rechaza	Aprueba No existe proceso judicial ni administrativo	
53) 1695 AC 480/02 Dictamen Resp. Civil	Proceso Coactivo Fiscal	Rechaza	Aprueba Informe no constituye materia de control de constitucionalidad	
54) 1696 AC 479/02 Dictamen	Proceso Coactivo Fiscal	Rechaza	Aprueba Informe no constituye materia de control de constitucionalidad	
55) 1745 AC 244/02 Res. Administrativa viola CPE y Código Tributario	Juicio contencioso Tributario	Rechaza	Aprueba	
56) 1869 AC 349/01	Recurso Jerárquico SPVS	Rechazo	Aprueba Agotada vía administrativa no interpuso en plazo RII	
57) 1892 SC 76/01 Informe Auditoría	Proceso Coactivo Fiscal	Admite		Infundado Las opiniones técnicas no constituyen materia de control de constitucionalidad.
58) 1896 AC 261/01 Inconstitucionalidad Res. Municipal	Proceso Interno de Responsabilidad Administrativa	Rechazo	Aprueba Sin fundamento de inconst. no cumple requisito Art. 60 (3)	
59) 1899 AC 278/01 Res Administrativa impone a las redes de telecomunicación servidumbre	Proceso Contencioso Administrativo	Rechazo	Aprueba	
60) 1926 SC 050/01 Disposición transitoria D.S que establece supresión exposición pública de resultados en procesos de saneamiento	Proceso Contencioso Administrativo	Admite		Infundado en parte Ya existe sentencia que declara Inconst. Disposición transitoria.
61) 1931 SC 029/01 Res. Partido Político viola Ley y CPE	Recurso de Queja	Rechaza	Revoca	Infundado Res. Que no tiene la configuración de res. Ordenamiento constitucional.