

## **CAPITULO I**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **1.- ANTECEDENTE.**

En la Constitución aprobada en 1994 surgió la figura del Tribunal Constitucional, órgano destinado a ejercer el control concentrado de la constitucionalidad, aunque operativamente empezó a funcionar en 1999. Este tribunal se creó como parte del Poder Judicial, pero con independencia de todo poder constituido, quedó desactivado por vacancias a partir de noviembre del 2007.

La Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009 creó el Tribunal Constitucional Plurinacional que vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, fue ratificada el 25 de enero de 2009 mediante referéndum popular.

Las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se eligen mediante sufragio universal y el tribunal forma parte de la función judicial, son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley y entre otras, conocer y resolver, en un sistema concentrado de única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán

interponerla la presidenta o presidente del Estado, senadoras y senadores, diputadas y diputados, legisladores, legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas.

Asimismo conoce en el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales y la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución, por otra parte toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos.

El Tribunal Constitucional Plurinacional también ejerce jurisdicción apelada o de revisión en recursos contra resoluciones del órgano legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas, en recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución; en revisión de las acciones de libertad, de amparo constitucional, de protección de privacidad, popular y de cumplimiento.

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.

## **2.- DELIMITACIÓN**

### **2.1. Limite Sustantivo**

El presente trabajo está sustentado en base al estudio de:

1. La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.
2. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.
3. Código Procesal Constitucional.
4. Legislación Comparada.

### **2.2. Límite Temporal**

Este trabajo tendrá una duración de 5 meses, el cual se realizara desde el mes de Agosto hasta diciembre del año 2016

### **2.3. Límite Geográfico**

El presente trabajo de investigación tiene como límite geográfico la ciudad de cercado capital del departamento de Tarija, con repercusión a nivel Nacional.

## **3.- PLANTEAMIENTO Y FORMULACION DEL PROBLEMA**

### **3.1. Planteamiento del Problema**

Dentro de la organización de un Estado, se hace imprescindible la existencia de un órgano que vigile el fiel y estricto acatamiento a la norma constitucional, la cual se

constituye en la llamada ley de leyes o ley suprema, esto se da en atención a que esta norma se constituye en la base u origen de la formación estatal, en ese entendido se requiere de un órgano independiente, sometido única y exclusivamente a la constitución, integrado por profesionales de reconocido probidad, ya que su función justiciera será la de interpretar e imponer los contenidos axiológicos en favor a las partes procesales, ya que se encuentran reconocidos en la constitución; cuidando de esta manera la supremacía de la constitución; Es así que el principio de la supremacía constitucional establece que la Constitución Política de un Estado debe y tiene que prever mecanismos e instituciones que garanticen el cumplimiento de la misma, ya que de lo contrario quedaría solo en una simple declaración formal.

### **3.2. Formulación del Problema**

¿Cómo garantizar el cumplimiento de las funciones y competencias en la ejecución simple como compleja de los fallos del Tribunal Constitucional en el Estado Plurinacional de Bolivia?

### **4.- HIPOTESIS**

La falta de mecanismos adecuados, así como la falta de análisis de la competencias y funciones del Tribunal Constitucional para velar por el cumplimiento de las sentencias constitucionales, genera inexecución de fallos en materia ordinarios, tanto en sentencias simples como complejas.

## **5.- OBJETIVOS**

### **5.1. Objetivo General**

Fundamentar la necesidad de un cambio urgente en las funciones y competencias del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia para posibilitar el cumplimiento de las sentencias constitucionales simples y complejas.

### **5.2. Objetivo Especifico**

- Explicar la misión, visión, competencias y sus atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- Identificar las clases de control de constitucionalidad en Bolivia.
- Definir cuál o cuáles son los órganos competentes para ejercer el control de constitucionalidad.
- Realizar un análisis comparativo acerca de los diferentes Tribunales Constitucionales que existen en otros países.
- Encontrar las soluciones para los problemas de ejecución en las legislaciones y jurisprudencias comparadas.
- Analizar la legislación comparada respecto al control de constitucionalidad.

## **6.- JUSTIFICACION. -**

### **6.1.- Justificación Científica. –**

Esta propuesta de investigación se justifica por la necesidad y la importancia que tiene el Tribunal Constitucional Plurinacional en nuestro estado Boliviano.

### **6.2.- Justificación Social. –**

Este trabajo tiende a realizar como es el manejo y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional, y así identificar el modelo de control de constitucionalidad que ejerce el (TCP) en Bolivia.

### **6.3.- Justificación Jurídica. -**

Se hace necesario establecer la función específica del órgano competente para velar la supremacía constitucional en el Estado Plurinacional de Bolivia.

## **7.- METODOLOGIA. -**

### **7.1.- Tipo de Investigación**

La investigación es de naturaleza **descriptiva, analítica, aplicada**, primero se describirá una realidad, luego se analizara está, posteriormente se aplicaran los datos analizados y por último se elaborará junto a las conclusiones unas recomendaciones.

## 7.2. Métodos

Los métodos que se utilizaron son:

**Método Analítico-Descriptivo**, se utilizó este método para desarrollar esta investigación y hacer un repaso histórico a la situación del tribunal constitucional respecto a sus funciones y competencias.

**Método Comparativo**, este método ha permitido acudir en todo momento a la doctrina, jurisprudencia y legislación foránea, sobre todo a la colombiana con el fin de cubrir las falencias doctrinales de éste tema en Bolivia.

**Método Descriptivo**, se aplicó este método, porque la investigación principalmente describe una realidad.

## 7.3. Instrumentos

Los instrumentos que se utilizaron concuerdan con los métodos escogidos para la presente investigación y son:

- Material bibliográfico y doctrina, para recolectar información pertinente.
- Normas jurídicas, como ser Constituciones, leyes, y decretos.
- Sentencias del Tribunal Constitucional y resoluciones de los jueces tutelares, que no hayan sido cumplidas.

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEORICO**

Es la definición de términos y conceptos necesarios para el análisis, interpretación y demostración del presente trabajo de investigación.

#### **¿QUE ES UNA CONSTITUCION?**

Para el autor Georges Burdeau 1905-1988, una Constitución es el status del poder político convertido en instituciones estatales, la Constitución es la institucionalización del poder.

Para el autor Maurice Hauriou 1856-1929 , dice que la Constitución es un conjunto de reglas en materia de gobierno y de la vida de la comunidad, la Constitución de un Estado, es un conjunto de reglas que son relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal.

Para el autor Jorge Carpizo , da una clara descripción de la Constitución, de las teorías, posturas y corrientes que ha habido en torno a ella, además de esta gran contribución, también analiza el concepto desde diversos ángulos, y nos dice que la palabra Constitución, como tal, es una palabra que tiene diversos significados, es una palabra multívoca.

Entonces podemos decir que una Constitución es la norma jurídica suprema positiva que rige la organización de un Estado, estableciendo: la autoridad, la forma de ejercicio



de esa autoridad, los límites de los órganos públicos, definiendo los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos y garantizando la libertad política.

### **¿QUE ES EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD?**

Según el profesor Víctor J. Ortecho Villena 1993, es el conjunto de procedimientos tanto políticos como jurisdiccionales destinados a defender la constitucionalidad, es decir la plena vigencia de la Constitución y el respeto a las normas constitucionales, como la forma más adecuada de defender un Estado constitucional de Derecho, y por ende una manera de asegurar un ambiente de justicia, paz y progreso en una determinada sociedad.

### **¿QUE ES UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?**

Según el jurista alemán Peter Haberle en su “Estudios sobre la jurisdicción constitucional” quien sustenta que un Tribunal Constitucional es: una institución judicial, autónoma de los otros órganos constitucionales y estatales, y dotada de determinadas competencias y funciones a través de las que hace valer la constitución, entendida esta no solo como una ordenación jurídicas para juristas a interpretar por estos según reglas artísticas nuevas y viejas, sino que actúan esencialmente también como guía para profanos en Derecho.

Podemos decir entonces que es el Órgano que tienen algunos estados para velar por el respeto y la supremacía de la Constitución y procurar que las leyes se ajusten a su espíritu.

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL**

El Tribunal Constitucional Plurinacional, antes Tribunal Constitucional de Bolivia, es el órgano que ejerce el control concentrado de la constitucionalidad en Bolivia, se creó por la reforma constitucional aprobada en 1994, y operativamente empezó a funcionar en 1999 luego de que los lineamientos constitucionales de su funcionamiento fueran establecidos por la Ley 1836 de 01/04/1998 (Ley del Tribunal Constitucional). Actualmente este tribunal está regulado por la Ley 027 de 06/07/2010 (Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional).

La regulación constitucional del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, se encuentra prescrita en los arts. 196 a 204 de la Constitución Política del Estado (CPE), y determina entre los principales lineamientos de funcionamiento la independencia y el sometimiento exclusivo del órgano jurisdiccional a la Constitución.

## **COMPETENCIAS Y DECISIONES:**

Las competencias del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia se encuentran descritas en el art. 202 de la CPE y gran parte de su Ley orgánica, las mismas pueden sintetizarse a tres campos de acción:

- 1) Protección de derechos y garantías integrantes del bloque de constitucionalidad.
- 2) Control normativo de la constitucionalidad de los actos del Gobierno.
- 3) Control del ejercicio del poder estatal.

Las sentencias que emite el Tribunal Constitucional de Bolivia no permiten recurso ulterior para su consideración, son vinculantes en función a las reglas de vinculatoriedad que la jurisprudencia constitucional boliviana ha desarrollado en Bolivia.

**MISION:**

La misión institucional tiene que ver con el mandato legal que le otorga la Constitución Política del Estado, Leyes y la Sociedad, en esa lógica, la definida para el Tribunal Constitucional Plurinacional es:

"Velar por la Supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de constitucionalidad, y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales, en el marco de los principios del Estado Plurinacional de Bolivia"

**VISION:**

La visión institucional, muestra el conjunto de las ideas generales que proveen el marco de referencia respecto a lo que el Tribunal Constitucional Plurinacional busca y espera en el futuro, es: integradora, amplia, positiva, alentadora, realista y consistente con los principios de la Constitución Política del Estado, a saber:

"El Tribunal Constitucional Plurinacional se consolida como una entidad transparente y eficiente que goza de credibilidad y reconocimiento nacional e internacional y que a partir de sus decisiones garantiza una nueva Justicia Constitucional Plural en el marco de nuevo Estado Plurinacional, descolonizado, con autonomías y que reconoce la diversidad de la realidad boliviana"

### **¿COMO ESTA INTEGRADO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?**

Se integra por siete Magistradas y Magistrados titulares, y siete Magistradas y Magistrados suplentes.

### **ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL ESTABLECIDAS EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO:**

Artículo 202. (CPE), 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 leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas.

2. Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público.
3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas.
4. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en con prevención a lo dispuesto en esta Constitución.
5. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas.
6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción.
7. Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio.
8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria.

9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.

10. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.

11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

12. Los recursos directos de nulidad.

### **CAPITULO III**

## **CREACIÓN Y DESARROLLO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL MUNDO**

Los Tribunales Constitucionales existen hoy en casi toda Europa, América Latina, Asia y África. En su obra sobre estos tribunales expresa el autor Louis Favoreu:

El desarrollo de la justicia constitucional es ciertamente el acontecimiento más destacado del Derecho Constitucional europeo de la segunda mitad del siglo XX. No se concibe hoy día, un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución, y en Europa todas las nuevas constituciones han previsto la existencia de un Tribunal Constitucional (TC).

Si bien existen antecedentes, la aparición del control constitucional se produjo con la sentencia del juez Marshall en 1803 en el caso Marbury vs Madison. Los argumentos de Marshall fueron los siguientes, según el resumen de Pedro José González Trevijano Sánchez:

“Una afirmación de principio: La Constitución escrita ha sido considerada siempre como ley fundamental y superior de la nación y, consecuentemente la teoría de tales gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo” y “la necesidad de optar por una de las normas (Constitución/ley) en conflicto”:

Si una ley está en oposición a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables al caso particular, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso.

“La lógica preeminencia de la Constitución: Si los tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas”.

En cuanto al origen de los tribunales constitucionales es célebre la polémica entre Carl Schmitt, quien en 1931 publicó *La defensa de la Constitución*. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución, a la cual Hans Kelsen contestó con su libro llamado *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*

No hay duda de que la historia le dio la razón a Kelsen, quien sostenía que a los tribunales constitucionales se les debe confiar la función de ser garantes de la Constitución. Al efecto expresó:

Defensor de la Constitución significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones, como toda norma también la Constitución puede ser violada solo por aquéllos que deben cumplirla.

De esta polémica surge la conclusión de que, si bien el Poder Ejecutivo o el Legislativo pueden ejercer el control constitucional, es más democrático que esté a cargo de un órgano independiente y autónomo, aunque nada obsta para que forme parte del Poder Judicial, como recuerda el autor Favoreu, la historia de los tribunales constitucionales empieza con la creación del Tribunal Constitucional checoslovaco y el Alto Tribunal Constitucional de Austria en 1920.



Posteriormente, fueron creados el Tribunal de Garantías Constitucionales de España en 1931, el Tribunal Constitucional italiano en 1948, el Tribunal Constitucional alemán en 1949, el turco (1961) y el yugoslavo (1963). Sobre las circunstancias históricas de aparición de los tribunales constitucionales expresa el autor Javier Pérez Royo:

El Tribunal Constitucional, por el contrario, responde a una anomalía histórica presente y con proyección de futuro. El Tribunal Constitucional nace en el siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial, con el constitucionalismo que hemos definido en muchas ocasiones a lo largo del curso como constitucionalismo democrático.

La anomalía histórica que está detrás de él es una anomalía democrática o, mejor dicho, una anomalía en el proceso de transición a la democracia de determinados países, por eso, el Tribunal Constitucional no existe en todos los países europeos, sino solo en aquellos que tuvieron excepcionales dificultades para transitar del Estado liberal del XIX al Estado democrático del siglo XX: Austria, Alemania, Italia, Portugal y España.

A estos tribunales hay que agregar la creación del Consejo Constitucional francés en 1959; el Tribunal Constitucional portugués en la Constitución de 1976, revisada en 1982, y en cierta medida el Tribunal Especial Superior griego en 1975. Este movimiento se extendió a Bélgica, con el Tribunal de Arbitraje (1983) y se ha desarrollado en Europa del Este: Polonia (1985), Hungría (1989), Checoslovaquia (1991), Rumania (1991) y Bulgaria (1991).

En Latinoamérica la jurisdicción constitucional se ha extendido a Perú en la Constitución de 1979; en Chile fue instalado nuevamente un Tribunal Constitucional en

1980; en El Salvador se previó el Tribunal Constitucional en la Constitución de 1982 y Guatemala estableció un Tribunal Constitucional en 1985.

Asimismo, Costa Rica creó en 1989 una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia; Colombia instauró en 1991 la Corte Constitucional; Ecuador creó el Tribunal en 1945 y lo reinstaló en 1998; Paraguay creó una Sala Constitucional en 1992; Bolivia estableció el Tribunal Constitucional en 1994, aunque operativamente empezó a funcionar en 1999, pero quedó desactivado por vacaciones a partir de noviembre de 2007, pero con la reforma de la constitución del 7 de febrero de 2009 creó el Tribunal Constitucional Plurinacional; Nicaragua creó una Sala Constitucional en 1995; México, mediante las reformas constitucionales de 1994, 1996 y 1999, estableció la Corte Suprema de Justicia como Tribunal Constitucional, y en Honduras fue creado en 2001.

## **LOS SISTEMAS O MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA DEL SUR**

Según el autor Humberto Nogueira Alcalá, se clasifican en:

1. Sistema judicial difuso (Argentina).
2. Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema (Uruguay).
3. Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema de Justicia y en su Sala Constitucional (Paraguay).

4. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Supremo (Brasil).
5. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Constitucional (Bolivia, Colombia).
6. Sistema de control constitucional dualista (Perú, Ecuador).
7. Sistema de doble control concentrado de constitucionalidad (Chile).

En los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú las competencias se refieren al control constitucional normativo, control de constitucionalidad de conflictos de competencias y control de constitucionalidad a través del amparo de derechos fundamentales y sus garantías.

En resumen, como dice el autor Losing, la jurisdicción constitucional en Europa “se evidencia como presupuesto irrenunciable de la conservación, operatividad, y desarrollo ulterior del Estado constitucional y democrático o, en otras palabras como la culminación del Estado de Derecho”, y lo mismo se puede decir respecto de otras partes del mundo.

En cuanto a la importancia de los Tribunales Constitucionales, nos dice el autor Javier Pérez Royo:

Son una institución vigorosa que no sólo no se ha difuminado con el paso del tiempo, sino que se ha ido convirtiendo en una institución cada vez más importante en el Estado Constitucional democrático. En los países europeos que tienen Tribunales

Constitucionales la historia de la democracia y la de la justicia constitucional han ido juntas, alimentándose la una a la otra.

Esta es la razón por la que el (TC) es una institución de sólido prestigio, con una aceptación muy amplia tanto en la opinión especializada como en la opinión pública en general: de hecho, suele ser una de las instituciones mejor valoradas en todas las encuestas.

Por su parte, el autor Mauro Cappelletti expresa: Parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante puede encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la Justicia Constitucional en su forma de gobierno, esta es la razón por la cual los Tribunales Constitucionales se están imponiendo en los países orientales europeos tras la caída del Muro de Berlín: Polonia, Hungría, repúblicas Checa y Eslovaca.

## **FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**

El fundamento de la jurisdicción constitucional depende del concepto que se tenga de la Constitución, de las normas constitucionales y de su efectividad, la doctrina ha dicho que para que pueda existir un sistema de control constitucional son necesarios:

La existencia de una Constitución total o parcialmente rígida y un órgano estatal independiente y autónomo que desarrolle el control de constitucionalidad con facultad decisoria dentro de plazos determinados.

El control no forma parte únicamente de un concepto “político” de la Constitución, como sostenía el autor Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que solo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y solo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma”.

Por tanto, la doctrina sostiene que el control es elemento indispensable del concepto de Constitución y dicho control es ejercido por la jurisdicción constitucional.

### **CARACTERISTICAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES**

El tratadista Javier Pérez Royo 1944 sostiene que las características de los Tribunales Constitucionales son las siguientes:

- 1.- Como un órgano único, en el que se concentra la interpretación definitivamente vinculante de la Constitución.
- 2.- Como un órgano jurisdiccional, aunque no integrado en el Poder Judicial. “El hecho de ser un Tribunal que actúa a instancia de parte y que obtiene información, la procesa y la traduce en una sentencia, como lo hacen los Tribunales de Justicia, se adecua muy bien a su naturaleza defensiva”.
- 3.- Su composición tiende a reflejar el compromiso entre la mayoría y la minoría que presidió la aprobación de la Constitución.

4.- Su competencia básica consiste en el control de constitucionalidad de la ley y, por tanto en imponer a la mayoría parlamentaria que la aprueba el respeto del pacto constituyente.

5.- Sus competencias adicionales van en la misma dirección: protección de los derechos fundamentales, esto es defensa del individuo y de la sociedad frente al Estado; protección de la distribución territorial del poder y, por tanto de la existencia de minorías territoriales; protección de la división de poderes, esto es, protección de la sociedad frente a la concentración indebida de poder en uno de los órganos del Estado.

A lo anterior habría que agregar que los tribunales constitucionales controlan el ejercicio del poder del Estado y complementan la división de poderes mediante el control constitucional.

La justicia constitucional desempeña una función de protección eficaz de la minoría contra el avasallamiento de la mayoría, cuyo dominio solo es soportable en la medida en que se ejerce jurídicamente.

Por otra parte, los Tribunales Constitucionales han sido una institución defensora del régimen constitucional democrático, garantizan la supremacía e integridad de la Constitución como norma de normas y fuente de fuentes del derecho. Además, estos Tribunales garantizan el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

El autor José Asensi Sabater , al referirse al papel preponderante de los Tribunales Constitucionales, dice:

Es hoy opinión generalizada que el juez constitucional desarrolla cada vez más una función activa que abarca desde la represión de las leyes inconstitucionales hasta una función de dirección integradora, de estímulo y más genéricamente, de garantía activa de los fines de la Constitución.

La voluntad democrática representada en el parlamento queda decisivamente limitada por la existencia de estas normas superiores cuyo intérprete es el Tribunal Constitucional, de ahí que en consonancia con otras características que afloran en el constitucionalismo actual, pueda decidirse que el anterior estado legislativo parlamentario está dejando paso a un estado jurisdiccional, o lo que es igual, la soberanía popular se está transformando en soberanía constitucional.

La creación de una Constitución escrita que no pueda ser modificada sino mediante un procedimiento especial y determinado dio origen al control constitucional.

La Constitución estadounidense de 1789 declaró la Constitución como ley suprema del país y obligatoria para todos los jueces, de esta norma se desarrolló la doctrina del judicial review (revisión) que fue formulada por el juez Marshall en el caso Marbury vs Madison: “Es evidente que, o los jueces prefieren la Constitución a las leyes que la contravienen, o el legislador puede modificar la Constitución mediante la legislación ordinaria”. Por tanto, si la Constitución es el derecho supremo, la ley inconstitucional deberá ceder ante ella.

El autor Mauro Cappelletti, considera que en Noruega, Dinamarca, Rumania, Grecia y Portugal, aun antes de la primera guerra mundial, se reconoce los inicios de un control

constitucional por vía judicial, si bien estos en principio no fueron aplicados a largo plazo.

Ya se ha visto que luego de la primera guerra mundial la jurisdicción constitucional adquirió importancia gracias a los esfuerzos de Hans Kelsen y Franz Wyer.

Los primeros Tribunales Constitucionales fueron los de Austria y Checoslovaquia, creados en 1920, hay que dejar establecido que la justicia constitucional se ubica dentro de la defensa constitucional, los Tribunales Constitucionales son uno de los mecanismos de defensa de la Constitución. Puede haber otros mecanismos, como las normas sobre reforma de la Constitución, desde un punto de vista objetivo la justicia constitucional está formada por las funciones jurisdiccionales realizadas para la garantía y defensa de la Constitución.

Pero hay que tener en cuenta que, además el control de constitucionalidad no es el único objeto de la justicia constitucional, actualmente se agrega la tutela de los derechos fundamentales y, en algunos Estados, la decisión de los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado y la denominada justicia política.

Además, en Estados federales se plantea la resolución de conflictos entre el Estado central y las entidades políticamente descentralizadas, los mecanismos de defensa de la Constitución pueden ser atribuidos a órganos políticos como el Parlamento, que sería juez y parte de sus propias decisiones, a órganos ejecutivos o a órganos judiciales, que son propiamente los denominados de justicia constitucional.



## **ATRIBUCIÓN A ÓRGANOS JUDICIALES EXISTE DOS SISTEMAS:**

**a).-** El austriaco se caracteriza por el sistema de justicia constitucional concentrado, las sentencias del (TC) producen, en caso afirmativo, la nulidad de la disposición impugnada. Este sistema influyó en los modelos alemán, italiano y español.

**b).-** El sistema norteamericano, denominado judicial review, es un control difuso, ya que todos los Tribunales son competentes en este sentido, aunque están vinculados por el principio “stare decisis”, además únicamente se admite la vía indirecta en el control de constitucionalidad de las leyes; no se produce la nulidad de la disposición afectada, sino únicamente su inaplicabilidad al caso concreto objeto del proceso.

Los tratadistas Lucio Cabrera y Fix Zamudio, expresan: La contribución de América a la defensa constitucional consiste en que en este continente surgió la verdadera y propia garantía jurisdiccional de la Constitución, en contraste con el continente europeo, en donde se ensayó primeramente la búsqueda de una defensa política de la Constitución, una de cuyas manifestaciones fue la defensa por Sieyes de la necesidad de crear un “Jury de Constitution” o “Jury constitutionnel”.

Hay que tener en cuenta que en la actualidad la justicia constitucional de los distintos Estados tiene características especiales y no responde a los modelos antes mencionados. Expresa el tratadista Álvarez Conde, refiriéndose a los modelos citados:

La filosofía política subyacente a ambos sistemas es muy diferente, mientras el sistema norteamericano tiene, al menos en sus orígenes, como finalidad fundamental la

consagración del principio federal, el sistema europeo tiene como finalidad la garantía de la libertad.

Pensemos que en 1803 existía en Norteamérica la esclavitud y que en 1920 en Europa, las célebres disputas entre Kelsen y Schmitt, para quien la existencia de una jurisdicción constitucional politiza la justicia en vez de judicializar la política, fueron confrontaciones entre democracia y dictadura.

Sin embargo, es muy difícil dar una regla general; depende de la Constitución de cada Estado consagrar un modelo que se ajuste a sus especiales circunstancias históricas, políticas, y sociales.

## **CAPITULO IV**

### **EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

Según el profesor Víctor J. Ortecho Villena, es el conjunto de procedimientos tanto políticos como jurisdiccionales destinados a defender la constitucionalidad, es decir la plena vigencia de la Constitución y el respeto a las normas constitucionales, como la forma más adecuada de defender un Estado constitucional de Derecho, y por ende una manera de asegurar un ambiente de justicia, paz y progreso en una determinada sociedad.

De manera general se puede conceptualizar al control de constitucionalidad como aquella acción política o jurisdiccional que tiene la finalidad de garantizar la supremacía de la Constitución, la cual debe ser acatada y cumplida por todos los órganos del poder público, por los gobernantes y gobernados, así como también debe ser aplicada con preferencia a las leyes, decretos o resoluciones, es un mecanismo jurídico por el cual, asegura el cumplimiento de las normas constitucionales.

### **REQUISITOS O CONDICIONES PARA LA EXISTENCIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

Según Néstor Pedro Sagúes, para la existencia del control de constitucionalidad y que el mismo sea efectivo en el cumplimiento de sus finalidades, deben concurrir los siguientes requisitos o presupuestos jurídicos necesarios:

## **CONSTITUCIÓN TOTAL O PARCIALMENTE RÍGIDA. –**

Un requisito esencial para la existencia del control de constitucionalidad de las leyes y los actos estatales, es que la Constitución sea rígida total o parcialmente, es decir, que esté ubicada en la cima de la jerarquía normativa y sólo pueda ser reformada mediante un procedimiento y una votación especial, que sean distintos a los que se emplean para reformar una ley ordinaria.

Se entiende que si la Constitución es flexible se ubica en el mismo rango que una ley ordinaria; en cuyo caso las leyes ordinarias tienen la misma jerarquía constitucional, por lo tanto, es imposible que sean contrarias a la Constitución, ya que de ser así no la estarían contrariando, sino derogándola.

## **ÓRGANO DE CONTROL INDEPENDIENTE. -**

Otro requisito importante para la existencia del control de constitucionalidad es que el órgano encargado del control tenga independencia con relación a los demás órganos cuyos actos o resoluciones controla. En efecto, tomando en cuenta que la jurisdicción constitucional controla los actos, decisiones y resoluciones de los órganos del poder constituido, la labor del control de constitucionalidad no puede encomendarse al mismo órgano del que emana la disposición legal o acto que debe ser sometido al control.

## **EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCION Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

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

La exigencia de que esto se verifique impone establecer determinados mecanismos de defensa de la Constitución. No procede ahora extenderse en un análisis exhaustivo de los mismos. Baste con afirmar que el principal de todos ellos radica en la Justicia Constitucional, concepto que acentúa el carácter predominantemente valorativo de estos instrumentos y su preciso sentido jurídico. Utilizar el vocablo justicia constitucional implica señalar que el poder del ejecutivo y legislativo están limitados y sometidos a las normas constitucionales y que, en el nuevo modelo de Estado Constitucional, se ha creado un nuevo tipo de instituciones y procedimientos directamente ligados a la salvaguarda de la supremacía de la Constitución, destinados a limitar y controlar el poder político y la acción legislativa. En otras palabras, la otra cara de la moneda de la supremacía de la Constitución es el control de constitucionalidad, mecanismo crucial para garantizar y mantener la vigencia de la Ley fundamental.

La supremacía jurídica de la Constitución es una cualidad política de todo Estado Constitucional de Derecho, en cuanto que en él se concibe a la Constitución como un

conjunto de principios, valores, derechos y reglas jurídicas que se tienen por fundamentales y esenciales para preservar la forma política del Estado, la organización institucional de la comunidad política y el sistema de fuentes formales del Derecho.

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

En la mayoría de las constituciones (la mexicana o la española son un ejemplo fehaciente) los titulares de los poderes constituidos adquieren el compromiso personal con el Estado de realizar sus funciones dentro del marco constitucional, al comprometerse a guardar y hacer guardar la Ley fundamental. En ese sentido, los mecanismos de control constitucional, sean correctivos o preventivos, en teoría, no tendrían que entrar en funcionamiento si jamás la Constitución fuere vulnerada por actos de autoridad o de gobierno, lato sensu, y si el poder del Estado se mantuviera en sus límites legalmente establecidos.

Pero la esencia del juego democrático radica precisamente en controlar y limitar al poder político, garantizando que el sistema constitucional de valores no se conculcado. Y eso exige, necesariamente, controles externos y procedimientos específicos para realizarlo. La historia reciente ha demostrado que sólo en aquellos Estados donde

existe un verdadero sistema democrático, la justicia constitucional ha prevalecido. A manera de ejemplo podríamos citar el caso del primer Tribunal Constitucional de Austria, durante la breve etapa del primer sistema republicano austríaco y que desaparece por la influencia del partido social cristiano; el caso del Tribunal de Garantías español, que desaparece a raíz de la dictadura franquista; el caso peruano, donde la justicia constitucional desaparece durante el autogolpe de Alberto Fujimori, de donde se desprende que la justicia constitucional, lejos de suponer un elemento de freno o un riesgo para la democracia, si funciona correctamente, deviene en un elemento dinamizador de la democracia, pues permite una interpretación de la constitución capaz de adaptarla al paso del tiempo, sirviendo además para la consolidación de la constitución y juridificación de la política.

Así pues, si la supremacía de la Constitución supone diferenciar entre Ley Constitucional y Ley ordinaria, es lógico, concluir que debe existir un poder capaz de resguardar los grandes principios receptados en la Constitución, y que el pueblo ha estimado necesarios para la existencia del Estado y de su orden jurídico. Los jueces son los investidos de ese poder en cuanto ellos son los encargados de aplicar la Ley. De la supremacía constitucional deriva la potestad judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, porque los Tribunales proceden siempre aplicando la Constitución, debiendo prescindir de toda disposición de los demás poderes que se hallen en oposición de ella. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, resulta de estricto derecho dentro del Estado constitucional y corresponde, dentro de ese modelo, como ya vimos, a los jueces la misión natural de realizarlo.

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

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

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



## **EL CARÁCTER SUPRALEGAL DE LA CONSTITUCIÓN**

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

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

## **EL ORIGEN DE LA SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL**

La afirmación jurídica de la supra legalidad constitucional tuvo su origen y su más sólida formulación doctrinal en la famosísima sentencia de la Corte Suprema de los Estados

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

Se planteó en 1803, poco tiempo después de sancionada la Constitución de los Estados Unidos, siendo Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia, John Marshall. La cuestión a decidir en el caso "*Marbury vs. Madison*" (que analizaremos en profundidad en el siguiente capítulo) tenía relación directa con la competencia originaria del Alto Tribunal, y con la supremacía de la Constitución de los Estados Unidos. El Congreso había dictado una Ley ampliando la

Jurisdicción de la Corte Suprema. Ante una Petición de Marbury solicitando ser nombrado en aplicación de dicha Ley, la Suprema Corte denegó el pedido, y la declaró inconstitucional afirmando que su competencia originaria provenía de la Constitución y por tanto el Congreso no podía ampliar los casos de jurisdicción originaria.

A tal efecto, Marshall afirmó la doctrina sustancial del principio de supremacía:

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

Esta sentencia, como decimos, supuso la construcción de la doctrina de la revisión judicial de las leyes (judicial review), que suele denominarse como modelo norteamericano o de control difuso, y que habilita a cualquier juez para inaplicar en el caso concreto una Ley contraria a la Constitución. Aunque los efectos de la declaración se limitan, de esa forma, al caso concreto en litigio, sin embargo, y debido al principio stare decisis (los jueces están obligados a seguir los criterios dimanantes de sus propias decisiones y, más precisamente, de los principios derivados de las decisiones de los Tribunales superiores), la repercusión de tal práctica se proyecta sobre todo el sistema. De esta forma, el control difuso no redundaría en perjuicio de la seguridad

jurídica, y la unidad de criterio jurisprudencial, al inaplicar la ley inconstitucional, produce efectos parecidos a su anulación.

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

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

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

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

## **EL FUNDAMENTO JERÁRQUICO DE LA SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL**

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

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

normatividad constitucional, impidiendo que normas de inferior categoría puedan llegar a alterarla.

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

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

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

En esta perspectiva la Constitución adquiere, sin duda, un carácter sacralizado que coadyuva a su función legitimadora del ejercicio del poder, por cuanto, en razón de la

salvaguarda de los derechos del ciudadano que necesariamente debería cumplir la actividad de los gobernantes se remite permanentemente a ella, extrayendo en esta forma continua legitimidad para sus actos.

Conviene, con fundamento en los anteriores presupuestos, detenernos ahora en la más acabada teorización acerca de la supremacía constitucional elaborada por el jurista Kantiano Hans Kelsen, por su implicación no solo en el campo de la teoría constitucional, son en el derecho penal a través de la llamada "Escuela Dogmática" o de la "tipicidad penal"-

Para el sistema Kelsen ano, el derecho ofrece al investigador una dualidad de naturaleza:

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

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

Tal dualidad del derecho ha sido expresada por medio de las categorías Kantianas de "deber ser" y "el ser", que para el filósofo de Koenisberg aparecen como contradictorias e irreconciliables<sup>161</sup>.

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

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

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

Kelsen pretende ubicar el derecho en el universo del "deber ser", es decir, en el universo de las ideas puras, no contaminadas por la realidad. Para lograrlo considera:a) Que el objeto de la "ciencia pura" del derecho ("pura" en el sentido de que los conceptos que emplea no provienen de la experiencia, pues son universales y racionales) es la norma jurídica.

b) El análisis de la norma jurídica, como objeto propio de la "ciencia" jurídica, está obligado a desembarazarse de todo contenido sociológico y psicológico. No interesa que disponga la norma. Basta que tenga los prerequisites de toda norma jurídica



(derivación de otra norma de superior jerarquía). Igualmente es preciso rechazar toda consideración acerca de la finalidad que la norma pudiese pretender (justicia, igualdad, seguridad, etc.), cualquier referencia a contenidos sociológicos, psicológicos, éticos, etc., es rechazada por Kelsen por considerar que éstos son residuos meta-jurídicos que obstaculizan el avance de la ciencia jurídica. Como dice Cerroni, comentando el pensamiento kelseniano: "Toda investigación sobre la legitimidad moral o de justicia de la norma y sobre la efectividad histórica del ordenamiento, es extraña a la problemática lógica- científica de las disciplinas jurídicas".

c) En consecuencia, la "ciencia pura" del derecho, ordenará por gradaciones las distintas normas jurídicas en razón de su logicidad y de manera sistemática (la célebre representación piramidal del ordenamiento jurídico), es decir, buscando limpiar de las escorias de la realidad a la norma jurídica.

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

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

superioridad. Si se responde negativamente, tendríamos entonces que la norma superior de la cual derivan todas las demás su validez no es una norma jurídica, en el sentido Kelseniano del concepto.

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

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

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

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

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

## **EL FUNDAMENTO POLÍTICO Y LEGISLATIVO DE LA SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL**

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

El fundamento político consiste en que la Constitución enuncia y consagra los valores constantes (libertad, justicia, paz, orden, seguridad, etc.) que constituyen los

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

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

El fundamento legislativo de la supremacía de la Constitución surge de ella misma, al declarar ley suprema de la Nación, a través de un órgano específico que la representa y al establecer la jerarquía de las normas jurídicas según el orden en que deben ser

aplicadas. La violación de tal jerarquía está sancionada de modo expreso con la ilegitimidad.

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

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

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

bajo pena de invalidez de las normas que lo pretenden. Así, pues, mediante ella, el derecho

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

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

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

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

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

Resumiendo, el orden jurídico, debe estar de acuerdo con la Constitución y no debe transgredirlo. Si la ruptura de ese ligamen de subordinación se produce, la violación implica una anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad. El orden jurídico que debe compadecerse con la Constitución, puede de hecho, y a veces presenta discordancias: son las inconstitucionalidades.

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

## **GARANTÍAS JURÍDICAS DE LA SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL**

Como señala Duverger, la Constitución escrita (norma fundamental en la estructura del Estado) es un instrumento de limitación de los poderes de los órganos del Estado, por cuanto todos los gobernantes deben conformar a ella sus actos. Asimismo, como manifiesta Gabaldón, la limitación del poder ejecutivo basada en una mera sensibilización de la opinión pública (y la acción de control de los partidos de oposición)

es de por sí imperfecta cuando se producen transgresiones graves de la Constitución. Para que las Constituciones escritas limiten realmente a los gobernantes es necesario que exista un control de la constitucionalidad, es decir, que un órgano independiente tenga potestad para verificar y sancionar las violaciones de la Constitución. 165 Lo que en la práctica tendrá lugar respecto de la constitucionalidad de las Leyes votadas por el Parlamento, puesto que todos los demás actos de los gobernantes están a su vez subordinados a las Leyes. Y esta subordinación se asegura mediante el control de la legalidad de los actos administrativos.

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

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

El deber de los jueces argumentaba el Juez Marshall en la sentencia *Marbury vs Madison*- es declarar lo que es Derecho. "Si dos normas están en conflicto entre sí, los

Tribunales deben decidir sobre los efectos de cada una de ellas. Así, si una norma jurídica está en oposición a la Constitución, y si tanto dicha norma como la Constitución son aplicables a un caso particular, el Tribunal debe determinar cual de estas dos normas en conflicto regula el caso en litigio". Si la Constitución es norma superior a cualquier acto ordinario del Poder Legislativo, ésta y no las leyes debe ser aplicada para regular el caso en litigio".

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

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

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

Para garantizar esta vinculación se crea un órgano especial, el Tribunal Constitucional, que tiene el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes. De esta



forma, como destaca García de Enterría, puede decirse que "solo el Tribunal Constitucional queda vinculado jurídicamente" por la Constitución<sup>168</sup>. La invalidez de la Ley es efecto, más que de la Constitución, del órgano facultado para la eliminación de aquellas normas incompatibles con la misma. En consecuencia, los Tribunales ordinarios quedan, en este sentido, vinculados tan sólo a la Ley y, por supuesto, a las decisiones del Tribunal Constitucional, en tanto en cuanto éstas supongan la expulsión del ordenamiento jurídico de algún precepto legal.

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

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

## **NATURALEZA JURÍDICA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD**

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

a) Desde el punto de vista de su origen, es decir, de su relación con el proceso concreto en el cual se plantea.

b) Desde la perspectiva de su objeto o finalidad, perseguida mediante un mecanismo de control de constitucionalidad.

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

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

Desde la perspectiva de su objeto, la inconstitucionalidad se concibe como un instrumento más del control de la constitucionalidad de las leyes. Su finalidad última es, por tanto: asegurar que la actuación del legislador se mantenga dentro de los límites establecidos por la Constitución (mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen estos límites). Este objetivo puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada. Por otro lado, también es de destacar que en este mecanismo de defensa de la Constitución se produce una importante colaboración de

los órganos de la jurisdicción ordinaria con el Tribunal Constitucional (Corte Suprema de Justicia). Colaboración que es necesaria u obligada debido al principio de constitucionalidad, que implica la superioridad del texto constitucional sobre todo el ordenamiento jurídico, así como la sujeción de los jueces a dicho texto fundamental, frente a la imposibilidad o incompetencia de éstos para valorar la posible inconstitucionalidad de una norma legal.

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

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

En definitiva, es evidente, que la vigencia de intereses subjetivos está presente en toda cuestión, y que dichos intereses se verán irremediablemente afectados por la decisión de cualquier Tribunal, pero tampoco puede olvidarse que la Corte Suprema de

Justicia o el Tribunal Constitucional, al resolver, no le corresponde apreciar la existencia, o no, de estos intereses, sino la defensa objetiva de la Constitución.

## **SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN**

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

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

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

Sostienen los tratadistas que la actividad del órgano controlador se limita a comparar la doble relación, formal y material, entre la norma presuntamente vulneradora y los preceptos constitucionales, a fin de deducir su concordancia o incompatibilidad. Es, pues, teóricamente hablando, un control jurídico, puramente formal, que para nada tiene en cuenta los factores de conveniencia u oportunidad que

hubiesen animado al legislador o al gobierno para expedir el acto acusado de inconstitucional.

Con todo, teniendo en cuenta que dicho control, a través de la interpretación jurisprudencial, entra a definir el ámbito de acción de los órganos e instituciones políticas, sus mutuas relaciones, el alcance, capacidad y eficacia de sus actos, etc., resulta indubitable que dicho control es también un control político, en contra del parecer de quienes pretenden circunscribirlo a una actividad "puramente jurídica", como si lo jurídico pudiese desligarse de lo político, del cual es su producto e instrumento legitimador.

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

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

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

## **LOS MECANISMOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL**

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

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

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

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

Se trata, pues, de arbitrar una técnica para que la supremacía opere. Y como esta supremacía ha sido pensada en el constitucionalismo moderno para protección de los gobernados, el mecanismo de control de esa supremacía se convierte, en una garantía en pro de los ciudadanos.

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

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

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

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

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

Las alternativas oscilan, pues, entre las metodologías que utilizan los Tribunales Constitucionales y la correspondiente a los jueces ordinarios. Mientras los primeros intervienen cuando se comprueba la posible colisión de la norma con el texto constitucional, evitando que se aplique hacia el futuro (actividad preventiva); los otros opera "a posteriori", esto es, obran sobre el hecho concreto y acusado de inconstitucionalidad (actividad reparadora).

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

## **SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

**a) Sistema Difuso.** En el cual todos los jueces tienen la potestad y obligación de aplicar la Constitución con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a los decretos o resoluciones. Este sistema tiene las siguientes características: todos los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes; la ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa; están legitimadas para solicitar o promover el control las partes en litigio y; el juez no anula la ley sino que declara una nulidad preexistente.



**b) Sistema Concentrado.** Este sistema otorga a un organismo jurisdiccional especializado, llámese Tribunal Constitucional Plurinacional, o Tribunal de Garantías Constitucionales, el monopolio de las competencias para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, además de otras referidas a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Tiene las siguientes características: está encomendado a un órgano especializado que tiene el control; el procedimiento de control de constitucionalidad se inicia a través de un procedimiento de impugnación directa; órganos legitimados para recurrir a la acción directa de inconstitucionalidad estableciendo ciertas limitaciones; los efectos de la resolución son de carácter general y vinculante, es decir, su cumplimiento es obligatorio para todos, también tiene efecto derogatorio o abrogatorio.

## CAPITULO V

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

#### 1. CONSTITUCIONALISMO BOLIVIANO.

El constitucionalismo Boliviano remonta sus orígenes al decreto de 9 de febrero de 1825 firmado por Antonio José de Sucre, por el que se convocó a una asamblea de diputados de los pueblos de alto Perú, una vez reunida la asamblea se instó al libertador Bolívar a que redactara un proyecto de Constitución, desde la ciudad de Lima, el libertador enviaba un mensaje al Congreso Constituyente, fechado el 25 de mayo de 1826, el proyecto en cuestión fue aceptado casi en su integridad por el congreso constituyente, y fue conocido como la Constitución Vitalicia, o Liberal, esta omitía toda referencia a una cláusula de supremacía y no contemplaba la potestad jurisdiccional en el orden de velar la constitucional de las leyes.

Jaime Urcullo considera que la Constitución Boliviana de 181 abre una nueva etapa en lo que el control de la Constitución, se encomienda a un órgano especial, el consejo de Estado, a juicio de Fernández Segado esa Constitución no quiebra la tendencia de un control político, que contaba con 7 miembros uno por cada departamento que estaba obligados a informar al cuerpo Legislativo sobre las infracciones a la Constitución.

La Constitución de 1839 no estableció ningún mecanismo de autodefensa o protección.

La Constitución de año 1843 restableció el Consejo de Estado Bajo el nombre de Consejo Nacional que básicamente tenía la función de velar sobre la observación de la

Constitución, enviando informes al poder Ejecutivo si consideraba que la Constitución había sido infringida.

En resumen, es esta primera etapa del constitucionalismo boliviano solo se establece un órgano de control político con limitadas facultades sobre el control de la constitución.

La constitución de 1851 en el artículo 82, estableció que el poder Judicial reside en la corte suprema, en las cortes superiores y Juzgados de la republica a ellos pertenece privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta constitución con preferencia a las demás leyes y las leyes con preferencia a otras resoluciones.

La constitución política de 1861 introduce en el artículo 65.2 la atribución a la Corte Suprema del conocimiento de los negocios de puro derecho cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, al respecto Fernández Segado considera que si bien se estableció esta atribución no se acepto y no se comprendió y el texto se mantuvo incólume hasta la constitución de 1967.

La constitución Política de 1880, dictada por el presidente Narciso campero, una de sus principales reformas fue la introducción del recurso directo de nulidad, Art. 23. Son nulos los actos de los que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley.

La constitución de 1938, dictada bajo la presidencia del teniente coronel German Bush introduce el Habeas Corpus.

La constitución de 1967 dictada por el presidente Rene Barrientos Ortuño introdujo el Amparo constitucional.

En marzo de 1993, en cumplimiento al acuerdo de 9 de julio de 1992 ,celebrado entre el presidente de la Republica, Jaime Paz Zamora, y los jefes de los partidos políticos, era convocado un congreso extraordinario que trataría el proyecto de la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución política del Estado de acuerdo a las prescripciones del artículo 240 de la misma, el presidente de la Republica remitía al Congreso Nacional, el proyecto de Ley, siendo sancionada la Ley de Necesidad de Reforma de la constitución Política del Estado el 31 de marzo de 1993 y promulgada el 1 de abril de 1993.

Una de las reformas de mayor importancia fue la creación del Tribunal Constitucional, que en ese momento estaba pensado para ser un órgano independiente del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia se opuso a la creación de dicho órgano y propuso que se creara una sala constitucional.

Al final se llegó a un acuerdo y se aprobó el 12 de agosto de 1994 la reforma de la Constitución Política del Estado, disponiéndose la creación del Tribunal Constitucional.

Como parte del poder judicial, sin depender de la Corte Suprema de Justicia, con el principal objetivo de buscar, transparencia y eficiencia en la aplicación de la justicia constitucional.

Como parte del Poder Judicial, sin depender de la Corte Suprema de Justicia, con el principal objetivo de buscar, transparencia y eficiencia en la aplicación de la justicia constitucional.

Sin embargo este nuevo órgano para su funcionamiento requería de una ley específica, promulgándose la Ley N° 1836 de 1º de abril de 1998 bajo el nomenjuris de Ley del

Tribunal Constitucional, estableciéndose que el Tribunal Constitucional comenzaría a funcionar a partir del 5 de agosto de 1999 una vez que los magistrados se posesionaron el 5 de agosto de 1998, de acuerdo con la disposición segunda transitoria de dicha ley, esto no pudo cumplirse por lo que se dictó la Ley N° 1979 de 24 de mayo de 1999, que fija el inicio de las funciones jurisdiccionales de Tribunal a partir del 1° de junio del año 1999, surgiendo así una nueva era en la administración de justicia constitucional en Bolivia, al contar desde ese momento por primera vez con un órgano especializado en materia constitucional, posteriormente se aprobó la Constitución actual el día 25 de enero del 2009, lamentablemente, todos los miembros del Tribunal Constitucional renunciaron e inconstitucionalmente el gobierno mediante decreto nombro nuevos integrantes limitándoles su competencia y siendo una especie de tribunal liquidador.

## **2.- LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

Sentencia Constitucional N° 186/2000- R de 1 de marzo de 2000.

El tribunal Constitucional no ejerce la jurisdicción ordinaria y no le corresponde, por ello, conocer y resolver en el fondo sobre fallos, sentencia autos y otras resoluciones de jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria. Pero en el ejercicio de la jurisdicción constitucional de Habeas Corpus y de Amparo Constitucional en defensa y protección de los derechos fundamentales de la persona, garantías jurisdiccionales procedentes contra los acos ilegales y las omisiones indebidas de autoridades de los tres órganos de gobierno, sin excepción, así como de particulares en general, que vulneren los derechos fundamentales.

La competencia se basa en dos principios fundamentales.

Carácter extraordinario en las demandas, acciones y consultas, implica que son de tramitación especial en única instancia, es decir, que contra las resoluciones o sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional no procede ningún recurso ulterior, la sustanciación de las acciones, demandas o consultas son de puro derecho y no de hecho, por lo tanto, no admiten incidentes dilatorios.

Vinculatoriedad de resoluciones, significa que las resoluciones o sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional obligan a las autoridades, funcionarios públicos y personas particulares, es decir son de cumplimiento coercitivo,

El Tribunal Constitucional es el encargado de revisar de oficio todas las acciones de libertad y de Amparo Constitucional, que son las principales garantías reconocidas por la constitución Política del Estado y a través de estos mecanismos se tutelan los derechos fundamentales cuando estos han sido efectivamente vulnerado o hay amenazas de que sean restringidos indebidamente o ilegalmente.

Si se revisan las atribuciones conferidas al Tribunal Constitucional en las cuales se condensa la jurisdicción constitucional, se puede observar que la misión de esta se concreta en dos grandes áreas, la protección de los derechos fundamentales y la preservación del estado de derecho, si se mira bien esta segunda tiene por finalidad la protección de los derechos de las personas, es decir que la finalidad esencial de la jurisdicción constitucional es la defensa y el ejercicio los derechos.

### **3.- EL JUEZ CONSTITUCIONAL.**

Es la persona natural que se desempeña como juez del Tribunal Constitucional, o mayoritariamente el juez que conoce las acciones constitucionales, debe ser independiente, imparcial, no puede ser removido de su cargo sino por causales legales.

Los magistrados constitucionales son servidores públicos y como todos los servidores públicos, tienen responsabilidad sobre sus actos y resoluciones, en consecuencia, están sujetos a las disposiciones legales pertinentes.

Para saber lo que vale la justicia constitucional es necesario entonces saber lo que vale el juez constitucional su íntima dimensión humana, inmerso en el sistema en que vive. Si el hombre es libre en el mundo que lo rodea, la justicia es salvada, si no lo es, la justicia esta irreparablemente perdida. Este es el abogado que se perfila y requiere como juez constitucional. Un abogado independiente del poder contingente, que frente a un conflicto solo mira la Constitución y el hecho o acto que la violenta. En este juez especializado deben concurrir una mezcla de valores, conocimiento y ponderación, que lo inspiren y conduzcan para que su sentencia, al decidir el conflicto constitucional, se acerque lo más posible a su solución justa y a la conservación de los valores y garantías que el pueblo deposito en la Carta Fundamental al aprobarla.

La misión del Juez constitucional es aplicar la Constitución, velar por que se respete la supremacía e interpretaría, con el objeto de que sus disposiciones se adapten a las necesidades de la comunidad juzgar las materias que se sometan a su competencia y en las acciones de libertad y de Amparo Constitucional, verificar que se ha observado el

respeto irrestricto a los derechos fundamentales y si se han violado estos, deben reparar la vulneración.

#### **4.- LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES**

La acción, se define generalmente como la facultad que tienen las personas para provocar o activar la actividad jurisdiccional del Estado con el objeto de acudir o poner término mediante el proceso a un conflicto de intereses de relevancia jurídica, y el recurso procesal es el medio que la ley otorga a las partes para impugnar resoluciones judiciales.

#### **5.- LA SENTENCIA Y LA EJECUCIÓN DE FALLOS**

El tema de la ejecución y los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional es uno de los más apasionantes en el campo de derecho y tomando en cuenta que hoy en día se está produciendo un fenómeno a nivel mundial conocido como el fenómeno de la judicialización de las decisiones políticas.

Este es un tema bastante arduo que recorre casi todas las aristas del derecho ya que la ejecución ocurre incluso en los procesos voluntarios, es decir que el final del proceso no es la sentencia.

Una constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes.

se acerque lo mas posible a su solución justa y a la conservación de los valores y garantías que el pueblo deposito en la Carta Fundamental al aprobarla.



La misión del Juez constitucional es aplicar la Constitución, velar por que se respete la supremacía e interpretarla, con el objeto de que sus disposiciones se adapten a las necesidades de la comunidad juzgar las materias que se sometan a su competencia y en las acciones de libertad y de Amparo Constitucional, verificar que se ha observado el respeto irrestricto a los derechos fundamentales y si se han violado estos, deben reparar la vulneración.

#### **4.- LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES**

La acción, se define generalmente como la facultad que tienen las personas para provocar o activar la actividad jurisdiccional del Estado con el objeto de acudir o poner término mediante el proceso a un conflicto de intereses de relevancia jurídica, y el recurso procesal es el medio que la ley otorga a las partes para impugnar resoluciones judiciales.

#### **5.- LA SENTENCIA Y LA EJECUCIÓN DE FALLOS**

El tema de la ejecución y los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional es uno de los más apasionantes en el campo de derecho y tomando en cuenta que hoy en día se está produciendo un fenómeno a nivel mundial conocido como el fenómeno de la judicialización de las decisiones políticas.

Este es un tema bastante arduo que recorre casi todas las aristas del derecho ya que la ejecución ocurre incluso en los procesos voluntarios, es decir que el final del proceso no es la sentencia.

Una constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen validos no pudiéndose anular su inconstitucionalidad equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria.

En la teoría y en la práctica constitucional no basta con que los derechos o libertades públicas estén proclamadas en la Constitución o en las leyes fundamentales sino, que son indispensables las medidas, acciones, etc. Que los aseguren, en Bolivia estas medidas se llaman acciones constitucionales, sin embargo si estas acciones, consagradas por la Constitución fracasan se corre el riesgo de que la Constitución se convierta en un papel simbólico y al respecto:

Aniceto Alcalá Zamora (2011), señala que para poder ganar un juicio se requiere:

Primero: Que el titular de la acción tenga el derecho.

Segundo: Que el abogado patrono lo sepa pedir.

Tercero: Que le juez lo quiera conceder.

Cuarto: Que la sentencia se pueda ejecutar.

Y sobre este respecto y haciendo una pequeña introducción al tema, se debe tomar en cuenta que la inejecución no es un problema exclusivo de Bolivia, ni un problema de naturaleza reciente, y el siguiente caso ilustra este hecho:

Una vez en estado de fallarse se dispondrá que el recurso se agregue extraordinariamente a la tabla del mismo día y resolverlo con preferencia a cualquier otro asunto, cuidando de no acceder a la suspensión de la vista sino por motivos graves e insubsanables del abogado solicitante.

Una medida que se hace indispensable adoptar y que la precisan los continuos reclamos que formulan los afectados por detenciones injustificadas, es la falta de cumplimiento que en muchas ocasiones se niega a las sentencias que acogen un recurso de amparo. Aparte del desprestigio que para las resoluciones judiciales importa ese incumplimiento y la burla que se infiere a la majestad de la ley, semejantes actos constituyen delitos que con penas muy severas sanciona nuestra legislación. Para exigir el respeto y acatamiento que merecen los fallos judiciales y sancionar a los que, quebrantando disposiciones expresas del Código Penal, se niegan o excusan cumplirlos se recomienda como necesario que una vez acogido un recurso y ordenada la libertad del detenido o preso, cuide el Tribunal que si sentencia sea debidamente cumplida, para lo cual requerirá en los casos que estimen necesarios un inmediato informe del funcionario encargado de darle aplicación o del jefe del establecimiento donde se encontraba el amparado.

Considera la Corte Suprema que las recomendaciones que quedan anotadas habrán de contribuir a hacer más expedito y eficaz un recurso que por su importancia y la gravedad del mal llamado a reparar lo confía la ley al conocimiento de los Tribunales Superiores y espera que su aplicación como las de otras medidas que tiendan a ese fin ofrecerán a los ciudadanos la garantía del más amplio respeto y protección a uno de los más importantes derechos consagrados por nuestra Constitución.

