

5.

Derecho constitucional

CONSECUENCIAS FORMALES DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS

[“Formal Consequences of the Constitutional Regulation of Rights”]

HORACIO ANDALUZ VEGACENTENO*
Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia

RESUMEN

Este artículo intenta demostrar que las consecuencias formales de una regulación constitucional de derechos son fruto del carácter normativo de la *Constitución* antes que de la existencia de una específica disposición constitucional; y que de tal rasgo derivan que los derechos son directamente aplicables, interpretables según los tratados de derechos humanos, que están garantizados por una reserva material de ley, y que son objetos de tutela en sede constitucional.

PALABRAS CLAVE

Constitución de Bolivia. – Derechos constitucionales, – Jurisdicción constitucional – Eficacia directa de la constitución.

ABSTRACT

This article aims at demonstrating that the formal consequences of a constitutional regulation of rights are the result of the regulatory nature of the *Constitution* rather than the result of the existence of any specific constitutional provision and, from that feature, the rights are directly applicable, construable according to the human rights treaties that are guaranteed by a material reservation of law that must be safeguarded at a constitutional level.

KEYWORDS

Constitution of Bolivia – Constitutional rights – Constitutional Jurisdiction – Direct efficacy of the constitution.

RECIBIDO el 7 de julio y ACEPTADO el 1 de octubre de 2012.

* Magíster en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Master of Laws-Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (Harvard Law School), profesor de Derecho de la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Domicilio postal: Casilla Postal 4710, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Correo electrónico: handaluz@cotas.com.bo

Que la *Constitución* regule los derechos significa (I) que son directamente aplicables, (II) que son interpretables según los tratados de derechos humanos, (III) que institucionalmente están garantizados por una reserva material de ley, y (IV) que son objetos de tutela en sede constitucional.

I. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES SON DIRECTAMENTE APLICABLES

1. Fundar la eficacia directa de los derechos en el artículo 109,I de la *Constitución*, y asumir que ello es una innovación del texto de 2009, significa: *i*) negar el carácter normativo de la propia *Constitución*; y *ii*) confesar desconocimiento de la historia constitucional.

Significa lo primero, porque equivale a sostener que una norma constitucional sólo rige como tal si la propia norma así lo establece. A contrario, implica afirmar que si la constitución no predica de alguna de sus normas su carácter obligatorio, carece de tal virtud. Lo cual es absurdo. Los derechos establecidos por cualquiera de sus normas son directamente aplicables por el solo hecho de estar inscritos en la constitución; y para el caso boliviano esto viene desde 1826 (artículos 149 a 157). Es una consecuencia del carácter normativo de la constitución. Si ella existe con la dignidad de una auténtica norma jurídica, entonces su contenido, por el solo hecho de estar regulado en su texto, es, en efecto, jurídicamente exigible. Artículos como el 109,I son, por consiguiente, una redundancia del carácter normativo que ostenta la *Constitución* como norma jurídica (acaso importante como reduplicación enfática de lo obvio en un contexto social que no exhibe precisamente la mejor tradición de respeto a las normas, pero que, al margen tal finalidad enteramente pedagógica, carece de toda relevancia propiamente normativa).

Se confiesa lo segundo, porque ignora que al decir “[los derechos] *no necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento*”, la *Constitución*, desde sus reformas de 1945 (artículo 28), ya contenía una norma redundante de su carácter normativo, y que, con distinta ubicación en el articulado, estuvo vigente con ese mismo texto por más de sesenta años, dando forma al anterior artículo 229. Gramaticalmente estaba formulada en sentido negativo, mientras que hoy ha tomado la forma de una afirmación (“[los derechos] *son directamente aplicables*”). No sería correcto mezquinarse al cambio una vocación pedagógica, pero tampoco lo sería atribuirle un carácter de innovación normativa.

2. Que los derechos sean directamente aplicables significa: *i*) que puede reivindicarse su tutela en cualquier actuación procesal con el solo fundamento de la norma constitucional; *ii*) que su falta de desarrollo legislativo no es obstáculo para su aplicación; y *iii*) que debe interpretárselos a favor

de su ejercicio. En lo formal, las tres son consecuencias del carácter normativo de la constitución; en lo material, lo son de la filosofía política liberal que la inspira. Respecto a la primera, si el cometido de la constitución es instituir un gobierno de poderes limitados sometidos a sus mandatos, entonces su sola invocación ya compromete a los poderes públicos a dar al que pide una respuesta fundada en derecho. Y si ocurre que los derechos constitucionales invocados han sido objeto de desarrollo legislativo, y el que pide no ha cumplido las condiciones impuestas por la ley para su tutela, será tal acto propio el fundamento para denegar la tutela solicitada, pero no la sola falta de invocación de dichas normas de desarrollo. Respecto a la segunda, si la sola falta de desarrollo legislativo fuese razón para frustrar la aplicación directa de los derechos constitucionales, entonces estos derechos no constituirían el fundamento mismo del orden político, sino una concesión graciosa de éste. Que no haya una ley reglamentando el ejercicio de un derecho constitucional, y que se tome esa ausencia como argumento para fundar la inacción de los poderes públicos con respecto a tal derecho, significa invocar el hecho propio consistente en la inacción legislativa, para justificar una violación a la constitución. Tal argumento cae por su propia base. Para tener asidero, la constitución tendría que ser cosa distinta a una norma que garantice el ejercicio de los derechos a través de la institución de un gobierno de poderes limitados. Si uno de los órganos de gobierno no ha honrado sus competencias, los costos de su inacción no pueden transferirse al ciudadano. Y si el derecho cuya tutela se reivindica es uno que por su naturaleza necesita de mayor desarrollo que el brindado por la norma constitucional, el órgano autorizado para su aplicación será el encargado de dársela para el caso concreto. Se trata de lo que la teoría general del derecho conoce como una laguna técnica, causada por la indeterminación de la norma aplicable. Siempre que la norma es indeterminada, la autoridad llamada a aplicarla no rehúye su aplicación, sino que la aplica determinado su contenido. Se trata, por tanto, de uno de los supuestos que por definición dicen de la aplicación del derecho como función normativa: la integración de sus normas. Y, respecto a la tercera consecuencia, que un derecho deba interpretarse a favor de su ejercicio deriva del hecho que la *Constitución* existe precisamente para garantizar su ejercicio, en idéntica forma en que las competencias de los poderes públicos deban interpretarse restrictivamente es consecuencia de que la *Constitución* haya instaurado un gobierno de poderes limitados, haciendo de las habilitaciones normativas la técnica para la organización jurídica del poder. Interpretar a favor del ejercicio de un derecho significa preferir las construcciones que le den mayor eficacia. Esto es, no caer en formalismos (degeneración del pensamiento formal), desviando los requisitos formales de sus genuinos fines de seguridad, para convertirlos en obstáculos que, por

la desproporción entre lo que protegen y lo que impiden, lesionen los derechos cuya tutela se reivindica. Aplicación inmediata de esto es, por ejemplo, el principio de trascendencia de las nulidades procesales, adoptado siempre por la jurisprudencia constitucional¹.

II. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES SON INTERPRETABLES SEGÚN LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. Los derechos se interpretan según los tratados de derechos humanos porque éstos forman parte del bloque de constitucionalidad. En lo atinente a estos tratados, el artículo 410,II supuso llevar al texto expreso de la *Constitución* la jurisprudencia ya existente del Tribunal Constitucional. Ya éste había tomado el artículo 35 del texto anterior de la *Constitución* como “permiso expreso” para la incorporación de normas al bloque de constitucionalidad. Interpretado como norma incorporante, el artículo 35 fue tornado en puerto de entrada de derechos y garantías que nacían de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, pero que no estaban literalmente enunciadas en el texto de la *Constitución*. La primera vez que se hizo mención al bloque de constitucionalidad fue en la STC 95/2001-RDI (21 de diciembre, párrafo V,2). En ella, aunque los límites del bloque ya estaban claros (los tratados sobre derechos humanos), no se argumentaba sobre su fuente positiva. El artículo 35 ni siquiera mereció mención. Ya para la STC 1662/2003-RAC (17 de noviembre, párrafo III,2) el artículo 35 fue tomado como norma incorporante; pero el Tribunal desarrolló mejor su justificación en la STC 45/2006-RDI (2 de junio, párrafo II,5,1). Aquí, sin embargo, comenzó usando un lenguaje cercano al concepto de constitución material. Afirmó que las normas del bloque eran tales por virtud a sus “cualidades intrínsecas”. Pero las cualidades intrínsecas (materia) que debía tener una norma para integrar el bloque de constitucionalidad estaban decididas por la propia constitución, a través de la norma interpretada como incorporante. Por tanto, el concepto de bloque de constitucionalidad se fundaba en el concepto formal de constitución. Por lo mismo, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma contraria al bloque debía sustanciarse como una violación del artículo 35 del texto formal de la *Constitución*.

Normativamente, que los tratados sobre derechos humanos fueran normas constitucionales llevaba consigo la incorporación de su significado jurídico tal como había sido definido por los órganos autorizados para su interpretación. Por esto, los precedentes de la Corte Interamericana de

¹ Cf. STC 731/2010-RAC, 26 de julio, párrafo III,3.

Derechos Humanos también eran parte del bloque de constitucionalidad. Era consecuencia de que la *Convención americana sobre derechos humanos* otorgase competencia a la Corte para aplicar e interpretar la *Convención* (artículo 62) y para producir decisiones autoritativas al respecto (artículo 67). Por tanto, negar el carácter vinculante de los precedentes hubiese supuesto violar la propia *Convención*, en la medida que suponía desconocer la calidad de órgano autoritativo que tiene la Corte. Obedecer los precedentes era también una exigencia práctica, porque suponía que el Estado se comportase según las normas que serían usadas para su enjuiciamiento. Pero el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la incorporación de la jurisprudencia sino hasta el año pasado, en la STC 110/2010-RAC (10 de mayo, párrafo III,3).

2. Como los tratados de derechos humanos son normas de jerarquía constitucional, sus relaciones con las normas que integran el texto formal de la *Constitución* sólo pueden definirse por un criterio de relacionamiento intra-normativo. Tal criterio es el de especialidad. Según este criterio, de presentarse una antinomia entre una norma del texto formal de la *Constitución* y una contenida en un tratado sobre derechos humanos, la resolución del conflicto consiste en demostrar que, en realidad, no hay antinomia. Para esto, debe interpretarse el supuesto de hecho de la norma del texto formal como siendo lo suficientemente general como para cobijar el supuesto especial de la norma de fuente internacional, eliminándose la antinomia con la aplicación preferente de esta última.

Para justificar la aplicación preferente de una norma constitucional respecto de otra norma también constitucional, a veces se dice que la primera tiene rango “supraconstitucional”. Esto es un equívoco. Para que una denominación sea válida debe describir suficientemente la categoría conceptual que designa. La denominación sería correcta si ella se refiriese al derecho internacional y a su primacía sobre el derecho interno, incluyendo el constitucional. Pero la denominación se refiere más bien a las relaciones entre normas del mismo cuerpo normativo (la constitución). La “supraconstitucionalidad” confunde las relaciones estructurales del sistema jurídico con las formas específicas de relacionamiento intra-normativo. Como construye sobre un error (concebir al criterio de jerarquía como única forma de relacionamiento intranormativo), concluye en otro error (reducir la aplicación preferente de una norma a términos de jerarquía, como la propia palabra “supraconstitucional” mienta). Si la aplicación preferente se reduce a términos de jerarquía, la “supraconstitucionalidad” significaría: *i*) una invocación al naturalismo; o *ii*) la ordinarización de la constitución. Si es lo primero, las normas “supraconstitucionales” serían una teoría acerca del conocimiento moral, no derecho positivo. No siendo jurídicas, hablar de su aplicación preferente

estaría fuera de lugar. Si es lo segundo, la constitución no sería la norma fundacional del sistema jurídico. Si se admite que en el derecho interno hay normas superiores a la constitución, ésta debería su validez a aquellas. De ser así, las normas fundacionales serían las normas “supraconstitucionales”. Sólo ellas condicionarían la validez de todo el sistema jurídico, comenzando con la constitución, que para unificar denominaciones habría que llamarla “constitución ordinaria”. Por último, si con el término “supraconstitucionalidad” se quiere hacer referencia a que ciertas disposiciones tienen mayor relevancia material que otras, entonces la “supraconstitucionalidad” sería una nueva denominación para una categoría conceptual ya nominada: el ámbito de aplicación material de las normas. Por razón de su ámbito de aplicación, unas normas pueden influir en la determinación del significado jurídico de otras. A nivel constitucional esto se ve con la aplicación de los principios. La mayor acción material de éstos es consecuencia de su fisonomía como mandatos de optimización. No son mandatos definitivos, que se cumplen o se violan (*tertium non datur*). Son normas que establecen una finalidad, y la coherencia del sistema lleva a que las demás normas se adapten a ésta. Es así como el ámbito de aplicación material de una norma participa en el proceso de determinación del significado jurídico de otra, sin necesidad de serle superior. Se trata de contenidos de mayor importancia valorativa según el propio sistema jurídico, no de formas superiores. Por tanto, no hay una relación estructural entre las normas constitucionales del texto formal y las de los tratados de derechos humanos incorporados. Lo que hay es una forma de relacionamiento intranormativo (la especialidad).

3. El mérito de la *Constitución* ha sido explicitar este razonamiento: *i*) Ya siendo los tratados de derechos humanos parte de la *Constitución* desde 2001; y *ii*) siendo aquellos especiales en su materia respecto de ésta, pues *iii*) en caso de antinomia el intérprete tenía que decantarse por la norma de fuente internacional, excepto cuando *iv*) su especialidad supusiese un obstáculo para la efectividad de los derechos, en cuyo caso debía aplicar el texto formal de la *Constitución*, que fue instituido para garantizar su ejercicio.

Repárese en el contenido del artículo 13,IV de la *Constitución*: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. [...]*”. El texto “*y que prohíben su limitación en los estados de excepción*” podría llevar a entender que sólo prevalecerán en el orden interno los tratados de derechos humanos que contengan tal prohibición. Pero esta no es una interpretación posible. Resulta antinómica con el artículo 410,II, que hace que cualquier tratado sobre derechos humanos tenga jerarquía constitucional. En consecuencia, el significado jurídico que dicho texto está predicando es la especialidad de

las normas que menciona en relación con las demás normas constitucionales (tanto las del texto formal como las incorporadas). Como la unidad del sistema jurídico impide sostener que el artículo 13,IV esté diciendo lo que su tenor literal, en efecto, dice, debe rescatarse su sentido normativo apelando a su especialidad. Esto permite demostrar que no contradice lo dispuesto por el artículo 410,II. Así, *i*) el artículo 410,II establece la supremacía constitucional llana de todos los tratados sobre derechos humanos; pero *ii*) eso no es antinómico con que durante el estado de excepción la aplicación de tales tratados se rija por la regla especial del artículo 13,IV reconstruido: prevalecen entre todas las normas constitucionales de la materia (supremacía constitucional llana), aquellas que prohíban la limitación de los derechos humanos durante el estado de excepción (aplicación del criterio de especialidad entre normas del mismo rango).

Que el criterio de especialidad regula las relaciones entre las normas constitucionales sobre derechos humanos está claro en el texto expreso del artículo 256,I: los tratados sobre derechos humanos que “*declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta*”. Al igual que en el caso del artículo 13,IV, aquí la preferencia no está en función de la jerarquía (porque todas las normas son del mismo rango), sino de la especialidad.

Con forma de regla de interpretación, el artículo 256,II introduce al sistema una norma sobre la producción jurídica (fuente). Establece que los derechos reconocidos en la *Constitución* se interpretarán de acuerdo a los tratados internacionales sobre derechos humanos “*cuando éstos prevean normas más favorables*”. Excepto la parte entrecomillada, el mismo texto está en el artículo 13,IV. Para ambos artículos debe entenderse que la regla de interpretación supone la especialidad de los tratados de derechos humanos respecto del texto formal de la *Constitución*, tomando como criterio específico de especialidad su carácter más favorable para los derechos humanos. Que la mención expresa al carácter más favorable no esté en el texto del artículo 13, IV no quiere decir que no sea parte de su significado jurídico. Las constituciones existen para instituir gobiernos de poderes limitados; la regla general para su interpretación es leerlas a favor de los derechos fundamentales. Por último, entre los artículos 196,II y 256,II de la *Constitución* existe una relación de medios a fines. El primero dice que el Tribunal Constitucional aplicará, con preferencia, los criterios de interpretación gramatical e histórico, y el segundo dice que los derechos se interpretarán de acuerdo a los tratados cuando éstos prevean normas más favorables. Este último, en consecuencia, establece un fin (*telos*): favorecer el ejercicio de los derechos. Respecto de esto, el primero es un instrumento: es el medio que tiene el Tribunal Constitucional para

decidir si es la norma de fuente internacional, o es si el texto formal de la *Constitución*, la norma que más favorece a un derecho.

III. TODA MATERIA RELATIVA A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES CONFORMA UNA RESERVA LEGAL

1. Por su contenido, el artículo 109,II es una garantía institucional. Dice que los derechos “*sólo podrán ser regulados por ley*”, lo que significa: *i*) que no pueden ser regulados por otra forma normativa; y *ii*) que la ley no puede privarlos de su contenido. Esto venía ya de las reformas de 1861. Ya en ellas la *Constitución* impuso que los derechos y garantías “*no [podrían] alterarse por las leyes que reglamenten su ejercicio*” (artículo 18). Al igual que la fórmula actual, se trataba de una reserva material, pero que debía ser objeto de reconstrucción. Así, si correspondía al Poder Legislativo reglamentar el ejercicio de los derechos, entonces no correspondía a ningún otro; donde debía asumirse que al decir “*ley*”, la *Constitución* estaba diciendo ley en sentido formal, por tratarse de la constitución de una república. Esta misma fórmula se mantuvo hasta las reformas de 1938, cuando su texto pasó a ser una afirmación: “*toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*” (artículo 6); manteniéndose la prohibición de alteración de los derechos como un artículo independiente (artículo 28). De 1938 a 2009 el cambio ha sido en el énfasis: de “*conforme a las leyes*” a “*sólo*” por ley. Pero de 1861 a 2009 la constante es la misma: queda sobrentendido que al decir “*ley*” se trata de una ley formal, por tratarse de una constitución republicana. En este sentido, que la *Constitución* de 1826 no hubiese tenido una norma expresa al respecto, no quiere decir que los derechos no tuviesen que ser regulados sólo por ley. No hace falta decir que en una república el órgano con mayor legitimidad democrática es el legislativo y que, en un gobierno de poderes limitados instituido para garantizar el ejercicio de los derechos, por fuerza debe corresponder a dicho órgano su regulación. Y, lo mismo, está demás decir que la falta de una prohibición específica de alterar los derechos no los deja desguarnecidos, porque su carácter inviolable deviene del carácter normativo de la norma constitucional que los contiene (párrafo 2).

2. Por la reserva formal la ley puede regular todo lo que la constitución no ha atribuido a otros órganos. Esta concesión al Poder Legislativo es consecuencia de la mayor legitimidad democrática que ostenta. Que la ley lo pueda todo, dentro del límite dicho, pareciera hacer irrelevante el principio de reserva legal (reserva material de ley), que hace que una materia sólo pueda ser regulada por ley formal. Pero no es así. El principio de reserva legal fue originalmente formulado para las organizaciones jurídicas de legitimidad

monárquica. Aquí la reserva significaba limitar la competencia normativa general del Poder Ejecutivo. Como el principio organizativo era monárquico, correspondían al rey todas las competencias que la constitución no le hubiese privado (una norma general excluyente a su favor). Su poder era un derecho propio de carácter originario (anterior a la constitución). Para asegurar que asuntos como, por ejemplo, la propiedad y la libertad fueran decididos en asamblea, había que “reservarlos” a su favor, excluyendo al rey de su tratamiento. En la organización jurídica de legitimidad democrática, en cambio, los poderes públicos sólo pueden actuar en virtud de habilitaciones normativas. Aquí el objeto del principio de reserva legal consiste en imponer al legislador el deber de regular por sí mismo una materia determinada. Esto limita su competencia para dejar a la potestad reglamentaria la regulación de la materia reservada (“*Potestas delegata non potest delegari*”). Si lo hiciera, la delegación violaría la cláusula de reserva, en este caso, el artículo 109,II, causando la inconstitucionalidad del acto legislativo delegante como de la forma normativa delegada (v.gr. un decreto). Hasta aquí los efectos de la reserva material en relación a otras fuentes.

3. Si la reserva material ha sido instituida como garantía de los derechos, por definición, la ley no puede privarlos de su contenido. Una ley que, en nombre del artículo 109,II, legislase así, sería inconstitucional. Tomar este artículo como una competencia ilimitada es un exceso de formalismo. Olvida que la hipótesis de los derechos vacíos supone una negación de la propia constitución, instituida para garantizar su ejercicio. Desde 2001 el Tribunal Constitucional ha adoptado la garantía del contenido esencial, excluyendo de regulación el núcleo esencial de los derechos, que no puede ser afectado para que no se “*altere el derecho como tal*”². Interpretativamente, esta construcción cogía pie en el artículo 229 del anterior texto constitucional, que prohibía la alteración de los derechos por las leyes que regulasen su ejercicio. Al decir “*el derecho como tal*”, el Tribunal estaba haciendo suya la teoría absoluta del contenido esencial, que sostiene que los derechos están definidos por una específica esfera permanente, que existe como una medida preestablecida fija determinable en forma abstracta. Hoy el contenido del anterior artículo 229 está en el artículo 13,I. Prohibir la alteración de los derechos (artículo 229) es jurídicamente lo mismo que prohibir su violación (artículo 13,I). Con esto: *i*) el precedente constitucional que viene de 2001 sigue vigente, porque la norma constitucional que le da fundamento, como acto interpretativo, no ha cambiado; y *ii*) al no haber cambiado la norma constitucional, el Tribunal Constitucional puede mantenerse aferrado a la teoría absoluta o abordar la garantía del contenido esencial desde su vertiente

² STC 4/2001-RDI, 5 de enero, párrafo V,2.

relativa, “como [aquel contenido que queda] después de una ponderación”³ con aquellos derechos que justifiquen su limitación. Ambas opciones son constitucionalmente válidas, porque ambas son definiciones operativas del concepto jurídico de inviolabilidad, aunque la segunda parece ser más apropiada para pensar el derecho constitucional, para el que desde la tercera década del siglo XX las categorías absolutas comenzaban a serle ajenas y no así las cuestiones de grado⁴.

IV. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES SON OBJETO DE TUTELA EN SEDE CONSTITUCIONAL

La *Constitución* dedica un capítulo a las “Acciones de defensa”. Allí están las acciones de *i*) libertad, *ii*) amparo, *iii*) protección de privacidad, *iv*) inconstitucionalidad, *v*) cumplimiento y *vi*) la acción popular. Pero las acciones *iv*) y *v*) no son acciones de naturaleza tutelar.

1. De las que quedan como acciones de tutela, la acción de libertad y el amparo constitucional son las más antiguas. La primera viene de las reformas de 1938 (artículo 8) y, respecto de las reformas de 2009, la innovación ha consistido en ampliar el objeto procesal de su pretensión, sumando el derecho a la vida al derecho a la libertad (artículo 125), que era por definición el objeto de esta acción.

Respecto a la acción de amparo, fue introducida en las reformas de 1967 (artículo 19). Su mayor desarrollo ha sido jurisprudencial, causando tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Aquí se dijo que el Tribunal se inmiscuía en cuestiones privativas de la jurisdicción ordinaria y que generaba inseguridad jurídica. Ambas acusaciones se reducían a la revisión por vía de amparo de decisiones de la jurisdicción ordinaria. Desde su sentencia hito en la materia⁵, el Tribunal condicionó la revocación de las decisiones de la jurisdicción ordinaria a la violación de derechos fundamentales. En estos casos, el Tribunal no invade la competencia de la jurisdicción ordinaria, sino que se limita a ejercer la suya propia. La razón: todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales para el ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, a la competencia del Tribunal Constitucional para su enjuiciamiento. Si no fuera así, habría que asumir que las decisiones de

³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (3^a reimpresión, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), p. 288.

⁴ HOLMES, opinión disidente en “Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex rel. Knox”, 277 U.S. 218, 223, 1928). “En los días [de Marshall] no estaba reconocido, como sí lo está hoy en día [refiriéndose a 1928] que muchas de las distinciones del derecho son distinciones de grado”.

⁵ AC 111/99-RAC, 6 de septiembre, último considerando.

la jurisdicción ordinaria estarían fuera del sistema jurídico. Por tanto, si las decisiones de la jurisdicción ordinaria derivan su validez de la *Constitución*, entonces el análisis por vía de amparo del respeto a los derechos y garantías constitucionales no debe suscitar controversia alguna.

Desde su institución, el objeto de la pretensión de la acción de amparo abarcó siempre todos los derechos de índole constitucional. Pero en las reformas de 2004 se dotó a los derechos a la intimidad y a la privacidad de una acción propia, aunque por remisión expresa su procedimiento era el mismo que el de la acción de amparo (artículo 23,V). Ese fue el origen de la acción de privacidad, hoy inscrita en el artículo 130 y la remisión de su procedimiento al de la acción de amparo en el artículo 131,I. Careciendo de un procedimiento y de una instancia propia, las reformas de 2004 escindieron ociosamente el amparo. Que los derechos a la intimidad y a la privacidad no hubiesen estado expresamente mencionados en el texto de la *Constitución* hasta la incorporación de la acción de privacidad, no quiere decir que no fuesen derechos constitucionales. Ellos nacían del artículo 6,II, que hacía inviolables la dignidad y la libertad. Que en una república la intimidad y la privacidad sean parte de la esfera de libertad protegida es cosa que no necesita de mayor construcción, lo mismo que no necesita de mayor argumento que intimidad y privacidad hagan parte del concepto jurídico de dignidad. Antes de 2004, por tanto, podía también protegerse estos derechos, usando la acción de amparo.

La acción popular es una innovación de la *Constitución* de 2009. El objeto de su pretensión es la protección de los “derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza” (artículo 135). Aunque la *Constitución* también remite su tratamiento procesal al de la acción de amparo (artículo 136,II), la acción popular no es subsidiaria del agotamiento previo de los medios ordinarios de defensa (artículo 136,I). Son sujetos activos de la pretensión toda persona a título individual o en representación de una colectividad (la legitimación amplia es consecuencia del carácter colectivo del objeto procesal) y, obligatoriamente, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus funciones (artículo 136,II); mientras que son sujetos pasivos de la misma toda autoridad o todo particular que, por acción u omisión, viole o amenace violar los derechos o intereses objeto de tutela por esta vía. El carácter colectivo del objeto de la pretensión extiende sus efectos a la cosa juzgada. Habiéndose pronunciado una decisión de fondo, la cosa juzgada quedará constituida por la identidad de objeto, causa y colectividad, ya que la decisión, por pronunciarse sobre un derecho o interés colectivo, produce sus efectos sobre toda la colectividad, y no únicamente sobre el específico sujeto accionante.

2. La acción de cumplimiento no tutela derechos, con mucho que el Tribunal Constitucional arribe a la conclusión contraria, al casar la razón de su pretensión con la posible existencia de un daño “directo o indirecto” a un derecho⁶. No es de naturaleza tutelar, porque el objeto de su pretensión es garantizar la ejecución de las disposiciones constitucionales o legales cuyo cumplimiento hubiese sido omitido (artículo 134). La *Constitución* es clara: no hace a la razón de su pretensión que el incumplimiento hubiese dañado o amenazare dañar un derecho constitucional. Sólo exige como fundamento el hecho del incumplimiento. A contrario, si hubiese violación de un derecho constitucional a causa de la omisión de un acto debido, la vía no sería la acción de cumplimiento, sino el amparo por omisión. Al haberse alejado del principio de unidad de acción y pluralidad de pretensiones, la *Constitución* ha optado por un sistema de acciones mutuamente excluyentes. Y como en su seno no pueden haber antinomias, ella misma ha hecho que los actos de incumplimiento dañinos para los derechos constituyan la razón de la pretensión del amparo por omisión (artículo 128), y ha excluido del fundamento de la acción de cumplimiento el daño constitucional a un derecho. En este sentido, no debe confundirse la exigencia de fundamentar la afectación que sufre el accionante (artículo 134,II), con la razón de la pretensión de la acción de cumplimiento. Lo primero es una condición de admisibilidad, que deriva del carácter concreto de la acción. No es una acción abstracta, no vinculada a un caso concreto, resoluble por el mero interés académico del actor. De ahí que quien la interponga deba fundamentar su interés para actuar, para echar a andar la jurisdicción. Lo segundo es una condición de la pretensión, de su éxito o de su fracaso, pero necesaria para decidirla sustantivamente.

No hay un derecho a hacer valer, en vía de acción de cumplimiento, la interpretación de una disposición normativa. La interpretación de una norma corresponde a su órgano de aplicación, y sólo si por irrazonable viola derechos constitucionales, puede la jurisdicción constitucional revisarla en vía de amparo⁷. Por exclusión, entonces, la acción de cumplimiento sólo puede ordenar la ejecución de disposiciones constitucionales claras y expresas. Y cuando se trata de disposiciones de fuente legal, sólo hacen a la acción de cumplimiento aquellas leyes a las que la *Constitución* se remita expresamente, delegándoles el desarrollo de un determinado contenido fijado por ella, tal como, por ejemplo, la ley que desarrolle la composición, la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional (artículo 197,III). Esto, dicho en disenso con lo sostenido por el Tribunal Constitucional⁸, para el

⁶STC 258/2011-RACU, 16 de marzo, párrafo III,1,5.

⁷STC 452/2011-RAC, 18 de abril, párrafo III,2.

⁸STC 258/2011-RACU, 16 de marzo, también párrafo III,1,5, seguida por la STC 1675/2011-RACU, 21 de octubre, párrafo III,2.

que es demandable de cumplimiento por esta vía *i*) no solo cualquier ley en sentido formal, sino *ii*) también cualquier norma general (i.e. ley en sentido material, por eso dice: “*ley sin importar la fuente de producción, abarcando, por tanto, a decretos supremos, resoluciones supremas, la legislación departamental y municipal*”). Si por la acción de cumplimiento se pudiera demandar la ejecución de cualquier ley, la distinción entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria se diluiría. Siendo aquella una acción constitucional, está para defender la *Constitución*, no la legalidad ordinaria. Por consiguiente, cuando la *Constitución* incluye en el objeto de su pretensión el incumplimiento de la ley (artículo 134,I), tal objeto debe leerse según el sistema de garantías al que pertenece, esto es, como medio de defensa de la propia *Constitución*. Y como es una acción instaurada para defender los mandatos claros y expresos de la *Constitución*, la demanda de cumplimiento de una ley no puede sino estar atada a dichos mandatos. Por tanto, al exigirse el cumplimiento de dicha ley, se está exigiendo el cumplimiento, por devoción, de la disposición constitucional que ordenó tal remisión legislativa. Pero al extender sin más el objeto de la acción de cumplimiento a la tutela del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional ha transmutado su naturaleza constitucional en la que debería ser una de las pretensiones de un proceso contencioso-administrativo de jurisdicción plena, que condene a la Administración a dar o a hacer a consecuencia de una demanda por la omisión de un acto debido.

3. Que la acción de inconstitucionalidad es de control normativo fluye de los artículos 132 y 133 de la *Constitución*. Ella está para defender su integridad objetiva. Su efecto jurídico es la invalidez del derecho ordinario (objeto) que viole directamente el clausulado constitucional (razón). Nace de la *Constitución* como acción directa y abstracta (artículo 202.1) y como incidente a un proceso principal. En esto consiste que toda persona afectada por una norma inconstitucional esté autorizada para promoverla (artículo 132), porque que alguien esté afectado por una norma quiere decir que será objeto de su aplicación. No hace, en consecuencia, a la razón de su pretensión la existencia de daño a un derecho constitucional.

La declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos pro-futuro. Así que las sentencias ya pasadas en autoridad de cosa juzgada, fundamentadas en la aplicación del derecho ordinario declarado luego inconstitucional, son irrevisables. Su estabilidad es consecuencia de la presunción de validez: ellas se justificaron en una norma que en su momento se estimaba válida y que, por tanto, producía sus efectos también válidamente. Pero esto no es aplicable a las sentencias en materia penal: aquí rige el *favor rei*, que es de fuente constitucional (artículo 123). Por tanto, al imputado le es aplicable retroactivamente la declaratoria de inconstitucionalidad que le es beneficiosa.

A fortiori, la misma consecuencia es extensiva al derecho administrativo sancionador, porque si se permite lo más, por fuerza debe permitirse lo menos (*a maiore ad minus*). Como la sentencia puede declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la norma impugnada, si es lo segundo, dice la *Constitución* que la hace “*inaplicable*” con “*efectos respecto a todos*” (artículo 133). Lo mismo decía antes (artículo 121,II). En naturaleza jurídica, se trata de una declaración de invalidez. Si la norma es válida, entonces existe como derecho y, en consecuencia, es aplicable. Si la norma es inválida, no existe y, por consiguiente, es inaplicable. Desde este punto de vista, la redacción constitucional es redundante: una norma que no existe porque es inválida es una norma que no puede aplicarse a nadie. Los errores de redacción no son casuales. Vienen del error de asumir que en los sistemas herederos de la tradición jurídica romana-germánica los precedentes judiciales no son vinculantes. Y es este un error tan anclado en nuestro pensamiento, que el riesgo que él entraña para un sistema jurídico en términos de eficacia, fue el justificativo para encargar a un único tribunal la guarda de la *Constitución*. Por eso, mientras que la justicia constitucional regía en Estados Unidos desde 1803, su trasplante a la tradición continental requirió de la creación previa de un tribunal que monopolizase la materia, para que expresamente pudiese dotársele de efectos generales a sus decisiones. A partir de este error el derecho constitucional construyó una clasificación de los sistemas de control que los distingue según sean concentrados (un solo tribunal ejerce la jurisdicción constitucional) o difusos (varios tribunales, todos los ordinarios, que además ejercen el control constitucional). La distinción la hizo Schmitt en 1931: “Propongo el término difuso para designar el concepto opuesto al de derecho de control concentrado en una sola instancia”⁹. Pero esta distinción es sólo procedimental. En el modelo difuso cualquier juez puede, incidentalmente, inaplicar una norma por causa de su inconstitucionalidad. Y tal inaplicación surte efectos sólo para los litigantes en el proceso. Pero como el carácter normativo de los precedentes no es violado (es el *stare decisis*, pararse, fundarse en lo decidido), a pesar de tratarse de sentencias de efectos relativos, los jueces aplican los precedentes constitucionales de los tribunales superiores hasta llegar a los precedentes sentados por la Corte Suprema que, por ser la corte de más alto grado, gozan de *stare decisis* ante todas las demás cortes del país. Por consiguiente, el órgano que decide sobre la constitucionalidad es el más alto tribunal, es decir, un solo órgano, como en el modelo concentrado. “[Como] las decisiones de la Corte Suprema vinculan a todos los demás tribunales, en tanto los tribunales americanos se

⁹ SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución* (traducción castellana, 2^a edición, Madrid, Tecnos, 1998), p. 52, n 17.

consideren obligados por los precedentes de la Corte rechazando la aplicación de una norma a un caso concreto debido a su inconstitucionalidad, la decisión tiene prácticamente los mismos efectos que la anulación general de tal norma¹⁰. El poder de decisión sobre la constitucionalidad del derecho ordinario no puede difuminarse. Es conceptualmente imposible. Quebraría la unidad de la constitución.

A propósito de la integridad objetiva de la constitución como garantía para el ejercicio de los derechos, la sana actitud que debiera seguir la jurisprudencia debiera ser la asumida en “United States v. Carolene Products Co”¹¹, en la que Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que había un estrecho margen para hacer jugar la presunción de constitucionalidad cuando el derecho ordinario aparecía frente a una específica prohibición constitucional de interferir en una libertad clásica. Tales prohibiciones están en el derecho americano en las 10 primeras enmiendas. En el derecho boliviano, una prohibición similar está en el artículo 13,I de la constitución (inviolabilidad de los derechos), y el fundamento para investir a las libertades clásicas de un escrutinio judicial estricto está en la existencia del propio orden constitucional. En esto lleva la razón Popper: “No escogemos la libertad política porque nos prometa esto o aquello. La escogemos porque hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano; la única forma en la que podemos ser completamente responsables por nosotros mismos”. “La libertad política es una condición previa de nuestra responsabilidad personal, de nuestra humanidad”¹². Para que esa condición previa quede asegurada, tiene que asegurarse la existencia del Estado en la acepción garantista del término. Si el *minimum* de libertades no está asegurado, todo lo demás está en riesgo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción castellana, 3ª reimpre-
sión, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).
HOLMES, opinión disidente en “Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex rel. Knox”, 277
U.S. 218, 223, 1928.
KELSEN, Hans, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and
the American Constitution*, en *The Journal of Politics*, 4 (1942) 2.

¹⁰ KELSEN, Hans, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Aus-
trian and the American Constitution*, en *The Journal of Politics*, 4 (1942) 2, pp. 188-
189.

¹¹ 304 U.S. 144 (1938).

¹² POPPER, Karl R., *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y co-
nocimiento* (traducción castellana, Barcelona, Paidós, 1995), pp. 147 y 236.

POPPER, Karl R., *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento* (traducción castellana, Barcelona, Paidós, 1995).

SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución* (traducción castellana, 2^a edición, Madrid, Tecnos, 1998).