



## Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis/monografía

Yo EDGAR GUSTAVO AGUILAR CANACHO C.I. 6793074 LP  
autor/a de la tesis titulada

LA INCORPORACIÓN DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA TRATADOS INTERNACIONALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de

MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede académica La Paz.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Académica La Paz, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación a partir de la fecha de defensa de grado, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamo de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría Adjunta a la Secretaría General sede Académica La Paz, los tres ejemplares respectivos y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha 05 de abril de 2021

Firma: 



**UASB**  
Universidad Andina Simón Bolívar  
ORGANISMO ACADÉMICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR  
SEDE ACADEMICA LA PAZ**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN “DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL  
CONSTITUCIONAL 2017 - 2018”**

**“LA INCORPORACIÓN DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA TRATADOS  
INTERNACIONALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL”**

**Tesis presentada para optar el Grado Académico de Magister en Derecho  
Constitucional y Procesal Constitucional**

**MAESTRANTE: EDGAR GUSTAVO AGUILAR CAMACHO  
TUTOR: MSC. JORGE OMAR MOSTAJO BARRIOS**

**La Paz – Bolivia  
2020**

## **DEDICATORIA**

A Dios, quien es el responsable de todas las bendiciones que tuve en mi vida. A mi madre, padre, hermanos y hermana, quienes son los verdaderos titulares de todos los logros personales y profesionales logrados por mi persona.

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios, por iluminarme en todo el camino realizado en esta investigación. A mi madre, padre, hermanos y hermana, por ser la motivación de mi vida y la razón de todas mis fuerzas y virtudes. A mi profesora de derecho internacional, por ser un ejemplo como persona, académica y profesional. A mis compañeras y compañeros de aula, por haberme honrado con su amistad. A mis docentes del programa de maestría, por su desprendida labor en la transmisión de sus valiosos conocimientos y experiencias.

## RESUMEN

La incorporación al Código Procesal Constitucional de la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales, parte de la respuesta al problema de investigación planteado, relativo a la manera en qué el principio de supremacía constitucional y la disposición transitoria novena de la CPE (2009), deben ser cumplidos, cuando se presume la inconstitucionalidad de un tratado internacional vigente para el Estado Plurinacional de Bolivia.

El tipo de investigación es explicativo y el diseño de investigación es no experimental de carácter transversal, al haberse recolectado datos en un momento determinado, en un tiempo único. En la investigación se empleó la dogmática jurídica en un enfoque cualitativo. Asimismo, se empleó como técnica, el análisis de contenido y análisis argumentativo, analizando la Constitución Política del Estado, la Ley N° 027 del Tribunal Constitucional, la Ley N° 254 'Código Procesal Constitucional', la Ley N° 401 de Celebración de Tratados, la Ley N° 381 de Aplicación Normativa, etc.

Ayudado en autores como Kelsen, Verdross, Rivera, Sorensen, Roa, Bazán, entre otros, se logró acoplar los principios de supremacía constitucional y el *pacta sunt servanda*. En ese sentido, se determinó la procedencia y pertinencia de la Acción de Inconstitucionalidad contra tratados internacionales, fundados en el modelo *kelseniano* de control de constitucionalidad y el monismo moderado.

Asimismo, se llegó a la conclusión de que lo más relevante de la propuesta de incorporación realizada, fue haber verificado que el Estado boliviano se constituye como un Estado Constitucional de derecho, adoptando el modelo *kelseniano* de control de constitucionalidad. En la Constitución se reconoce tácitamente a la teoría del monismo moderado; porque a partir de estos

criterios, se comprende el procedimiento que se debe adoptar para cumplir con la disposición transitoria novena de la Constitución y el principio de supremacía constitucional.

La propuesta, no se limita a establecer la necesidad de incorporación, sino que también, establece las particularidades de esta nueva acción de inconstitucionalidad, estableciendo un procedimiento especial, además del contenido y efectos de la sentencia.

**PALABRAS CLAVE:**

Control posterior de constitucionalidad, *Pacta sunt servanda*, Modelo *kelseniano* de control de constitucionalidad, Supremacía constitucional, Monismo moderado, Desvinculación de un tratado internacional.

## ÍNDICE

<b>Capítulo I: Aspectos Generales.....</b>	<b>1</b>
<b>1.1. Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>1.2. Planteamiento del Problema .....</b>	<b>6</b>
<b>1.2.1. Situación Problemática .....</b>	<b>6</b>
<b>1.2.2. Situación Proyectada.....</b>	<b>7</b>
<b>1.3. Formulación del Problema .....</b>	<b>8</b>
<b>1.4. Delimitación .....</b>	<b>8</b>
<b>1.4.1. Delimitación Temática .....</b>	<b>8</b>
<b>1.4.2. Delimitación Espacial .....</b>	<b>8</b>
<b>1.4.3. Delimitación Temporal.....</b>	<b>9</b>
<b>1.5. Justificación .....</b>	<b>9</b>
<b>1.6. Objetivos .....</b>	<b>11</b>
<b>1.6.1. Objetivo General.....</b>	<b>11</b>
<b>1.6.2. Objetivos Específicos.....</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo II: Fundamentación Teórica .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1. Los Tratados Internacionales Contrarios a la Constitución en el Ordenamiento     Jurídico Boliviano .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1.1. La Constitución Política del Estado: Disposición Transitoria Novena ....</b>	<b>13</b>

2.1.2.	<i>Ley N° 401 “Ley de Celebración de Tratados”</i> .....	16
2.1.3.	<i>Ley N° 381 “Ley de Aplicación Normativa”</i> .....	18
2.1.4.	<i>Declaración Constitucional Plurinacional N° 0003/2013</i> .....	19
2.2.	<b>El Control de Constitucionalidad en un Estado Constitucional de Derecho</b> .....	21
2.2.1.	<i>Supremacía Constitucional y el Estado Constitucional de Derecho</i> .....	21
2.2.2.	<i>Control de Constitucionalidad: Modelo Kelseniano, Control Normativo, ¿Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?</i> .....	31
2.2.3.	<i>Fundamentos del Control Posterior de Constitucionalidad</i> .....	59
2.3.	<b>Relación Entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional de los Estados, y su Incidencia en el Control Posterior de Constitucionalidad de Tratados Internacionales..</b>	77
2.3.1.	<i>Principio de Jerarquía Normativa</i> .....	78
2.3.2.	<i>Norma Fundamental del Derecho Internacional y Relación del Derecho Internacional con el Derecho Nacional</i> .....	89
2.3.3.	<i>Criterios Sobre el Control de Constitucionalidad de Tratados Internacionales</i>	114
2.3.4.	<i>El Control Posterior de Constitucionalidad de Tratados Internacionales en la Legislación Comparada</i> .....	131
2.4.	<b>Control de Constitucionalidad y Jerarquía Normativa en la Normativa Boliviana</b>	139
2.4.1.	<i>Control de Constitucionalidad en la Constitución Política del Estado, Código Procesal Constitucional y la Ley N° 027</i> .....	139
2.4.2.	<i>Jerarquía del Ordenamiento Jurídico Boliviano</i> .....	167



2.5.	<b>Fundamentos del Derecho de los Tratados</b> .....	186
2.5.1.	<i>Relaciones Internacionales, Política Exterior y Diplomacia</i> .....	186
2.5.2.	<i>Concepto y Naturaleza de los Tratados Internacionales</i> .....	189
2.5.3.	<i>Ámbito de Validez de los Tratados Internacionales</i> .....	193
2.5.4.	<i>Pacta Sunt Servanda</i> .....	197
2.5.5.	<i>Formas de Desvinculación a un Tratado Internacional</i> .....	199
2.5.6.	<i>Terminación de los Tratados en la Ley N° 401</i> .....	207
2.6.	<b>Hipótesis</b> .....	210
2.7.	<b>Variables</b> .....	211
	<b>Capítulo III: Diseño Metodológico y Marco Práctico</b> .....	213
3.1.	<b>Diseño Metodológico</b> .....	213
3.1.1.	<i>Tipo de Estudio</i> .....	213
3.1.2.	<i>Diseño de Investigación</i> .....	213
3.1.3.	<i>Métodos de Investigación</i> .....	213
3.1.4.	<i>Técnicas de Recojo de Información</i> .....	213
3.2.	<b>Marco Práctico</b> .....	213
3.2.1.	<i>Sentencia Constitucional N° 0031/2006</i> .....	214
3.2.2.	<i>Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0024/2017</i> .....	219
	<b>Capítulo IV: Propuesta</b> .....	222
4.1.	<b>Objeto</b> .....	222

<b>4.2. Legitimación Activa .....</b>	<b>222</b>
<b>4.3. Prohibición de Inadmisión por Forma .....</b>	<b>223</b>
<b>4.4. Procedimiento .....</b>	<b>223</b>
<b>4.5. Contenido de la Sentencia.....</b>	<b>225</b>
<b>4.6. Efectos de la Sentencia.....</b>	<b>225</b>
<b>Capítulo V: Conclusiones y Recomendaciones .....</b>	<b>228</b>
<b>5.1. Conclusiones .....</b>	<b>228</b>
<b>5.2. Recomendaciones .....</b>	<b>234</b>

## ÍNDICE DE TABLAS, CUADROS Y GRÁFICOS

Ilustración 1: Sistema jurídico universal monista, estructurado a partir de una norma fundamental suprapositiva.....	98
Tabla 1: Variables de la Hipótesis.....	212

## Capítulo I: Aspectos Generales

### 1.1. Introducción

La incorporación de la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales (AITI) en el Código Procesal Constitucional (CPCo), importa para Bolivia, formalizar el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales, en la búsqueda de cumplir con el principio de supremacía constitucional y la disposición transitorio novena de la Constitución Política del Estado (CPE). Para un Estado Constitucional de derecho, las normas que integran el ordenamiento jurídico estatal, deben guardar regularidad frente a la Constitución. No obstante, la validez de los tratados internacionales, se debe además del derecho interno o nacional, también al derecho internacional. Esta particularidad de estos instrumentos internacionales, genera que su tratamiento en el ordenamiento jurídico interno sea especial, por lo cual no puede ser sometido a similares procedimientos de control, a los establecidos para el resto de normas jurídicas nacionales.

En la CPE (2009), se establece el carácter supremo de la Constitución, además que instituye una entidad destinada a arrogarse de forma exclusiva la atribución de ser el máximo intérprete y guardián de esta norma suprema. En esa lógica, en la disposición transitoria novena, se plantea la posibilidad de someter a control de constitucionalidad, a aquellos tratados internacionales que se encuentran vigentes antes de la CPE de 2009 y, lo cuales por algún apartado jurídico o en su integridad pueden contradecir a la actual norma suprema. Por lo cual, se exhibe la necesidad que tiene el Estado, de armonizar y velar por la regularidad del ordenamiento jurídico.

A más de diez años de vigencia de la Constitución, aun no se ha podido satisfacer esta necesidad del Estado. Pese a dos periodos de gobiernos, el desarrollo de la precitada disposición

transitoria novena, ha sido superfluo, limitándose a un par de leyes y una DCP que tratan esta disposición constitucional de forma tangencial.

El control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales, no solo incumbe a intereses generales del Estado, sino que también, atañe a la sociedad misma, debido a que la irregularidad en el ordenamiento jurídico, resulta ser una lesión a la seguridad jurídica que le debe el Estado a su población.

La propuesta de una AITI respaldada con argumento sólidos que justifican su pertinencia, procedencia e importancia; será una contribución a la ciencia del derecho, tanto para los juristas nacionales, como para los internacionales. La AITI, además de tener una faz práctica, con incidencia directa en las relaciones jurídicas nacionales e internacionales, también cuenta con una faz teórica, debido a que servirá como objeto de estudio para los estudiantes de derecho constitucional y derecho internacional, gracias a la armonización que se hace entre dos principios que incipientemente parecen opuestos, pero que más al contrario pueden ser complementarios, como lo son los principios de supremacía constitucional y el principio de *pacta sunt servanda*.

Proponer la incorporación de la AITI en el CPCo (2012), como manera de cumplir el principio de supremacía constitucional y la disposición transitoria novena de la CPE (2009), cuando se presuma la inconstitucionalidad de un tratado internacional vigente para el Estado Plurinacional de Bolivia. Es el objetivo general que se ha planteado para esta investigación, debido a que, al lograrlo se establecería un procedimiento nuevo para velar por la regularidad del ordenamiento jurídico entorno a la Constitución.

La incorporación de la AITI en el CPCo (2012), será la manera de cumplir el principio de supremacía constitucional y la disposición transitoria novena de la CPE (2009), cuando se presuma la inconstitucionalidad de un tratado internacional vigente para el Estado Plurinacional de Bolivia.

La fundamentación teórica parte con examinar el régimen jurídico boliviano, relativo a los tratados internacionales contrarios a la Constitución. La disposición transitoria novena de la CPE (2009), establece la necesidad de realizar un control posterior de constitucionalidad contra tratados internacionales, cuando señala que estos instrumentos internacionales anteriores a la Constitución y que la contradigan, deberán ser denunciados, o en su caso ser renegociados. Esta disposición, fue posteriormente desarrollada tanto por la Ley N°381 y su DCP, como por la Ley N°401; en las cuales se le atribuye esa obligación de renegociar o denunciar el tratado internacional al órgano ejecutivo, al ser este quien dirige las relaciones internacionales.

El control de constitucionalidad en un Estado Constitucional de derecho, surge como consecuencia de la aplicación del principio de supremacía constitucional, debido a que en estos Estados, la CPE (2009) es la norma suprema del ordenamiento jurídico nacional. La Constitución, adquiere este carácter supremo, debido a la legitimidad democrática con la que cuenta, además de ser la fuente jurídica fundamental para la organización política y jurídica del Estado.

La Constitución, es la que va a determinar la regularidad de todos los actos y normas que se van a realizar por las autoridades estatales. La validez que adquieren las normas producto de la norma suprema, determina la obligación que tiene la población de cumplir tanto la norma suprema, como el resto de las normas jurídicas del Estado. Para tal efecto, se ha establecido un modelo de control de constitucionalidad, el cual tiene la finalidad de velar por la regularidad del ordenamiento jurídico entorno a la CPE (2009).

El modelo acogido por Bolivia, es el modelo *kelseniano*, debido a que se ha instituido al TCP como el máximo interprete y guardián de la CPE (2009). En ese sentido, también es la institución idónea para determinar si un tratado internacional es o no compatible con la Constitución. Asimismo, el control correctivo o posterior de constitucionalidad, es un

procedimiento que quizá pueda merecer ciertas objeciones, pero es el idóneo para subsanar o corregir irregularidades en el ordenamiento jurídico de un Estado. En Bolivia, se tiene tres acciones o recursos destinados a realizar este control posterior de constitucionalidad, los cuales cada uno de estos tienen sus propias características y particularidades.

La relación entre el derecho internacional con el derecho nacional de los Estados, cobra sentido cuando se analiza el principio de jerarquía normativa, el cual, a partir de una propuesta de Kelsen (2009), se construye una dinámica de convalidación normativa, realizadas por normas inmediatamente superiores hasta llegar a una norma fundamental hipotética. En ese sentido, al ser también el derecho internacional una trama de normas jurídicas jerarquizadas, necesariamente debe contar con una norma fundamental hipotética suprapositiva, que según Verdross (1976) son los principios generales del derecho.

En el ordenamiento jurídico boliviano, a partir de un análisis realizado a la CPE (2009), se determina que los tratados internacionales cuentan con diferentes niveles jerárquicos, que oscilan entre un rango legal, supralegal, constitucional y supraconstitucional. En consecuencia, a partir de una disquisición entre el dualismo (independencia del derecho internacional y el derecho nacional de los Estados, además de su relación producto de la incorporación y reconocimiento), el monismo radical (unidad del derecho internacional y el derecho nacional de los Estados, con supremacía del derecho internacional y con efecto de nulidad *ab initio* ante una irregularidad), y el monismo moderado (unidad del derecho internacional y el derecho nacional de los Estados, con supremacía del derecho internacional y con efecto mediato ante una irregularidad); se determina que la teoría más pertinente y que en la práctica es mayormente aceptada, es el monismo moderado, la cual difiere la obligación del Estado frente al derecho internacional, hasta que sea declarada ante tribunales internacionales, su responsabilidad internacional.

En la normativa de Colombia, Perú, México y Alemania, se constata la existencia de un control posterior de constitucionalidad contra tratados internacionales. En estos países, se encuentra reconocido este control, bajo diferentes formas y con particulares características, como ser un reconocimiento jurisprudencial, limitación en el plazo para iniciar la acción, entre otras particularidades.

El derecho de los tratados, se encuentra intrínsecamente relacionado a la diplomacia, como forma de materializar la política exterior de un Estado en las relaciones internacionales. Los tratados internacionales, son acuerdos suscritos por escrito, conforme el derecho internacional y entre sujetos de esta materia; una clasificación que resulta relevante para el estudio de estos instrumentos internacionales, es la de tratados-leyes y tratados-contrato.

Las formas por las cuales un Estado puede desvincularse de un tratado internacional, son la revisión, extinción y denuncia. En cambio en el procedimiento nacional boliviano, para realizar esta desvinculación, deberá tomarse en cuenta el mismo procedimiento por el cual el tratado internacional, fue aprobado en un principio.

En la SC N°0031/2006, el TC evita ingresar a analizar los tratados internacionales recurridos, bajo el argumento de que las leyes que aprueban estos instrumentos internacionales, no tienen ninguna causal de inconstitucionalidad, además de auto limitarse señalando que no es su atribución analizar el contenido del tratado. En la SCP N°0024/2017, el TCP declara la constitucionalidad del tratado internacional accionado, bajo el argumento de que su ley aprobatoria, cumplió con todos los presupuestos constitucionales establecidos en la normativa, desestimando la hipótesis de que el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales es automático y obligatorio.



La propuesta de incorporación de la AITI en el CPCo (2012), establece una nueva clase de acción de inconstitucionalidad, debido a que plantea ciertas diferencias en el objeto, legitimación activa, legitimación pasiva, procedimiento, contenido y efectos de la sentencia. Es decir, antes de declarar la inconstitucionalidad, se deberá determinar la procedencia, conforme a la posibilidad que tiene Bolivia de desvincularse del instrumento internacional en cuestión, además que su efecto abrogatorio no será inmediato, sino será, considerando el procedimiento de desvinculación del Estado.

## **1.2. Planteamiento del Problema**

### **1.2.1. *Situación Problemática***

En la disposición transitoria novena de la Constitución Política del Estado (CPE) entrada en vigor el 07 de febrero de 2009, de forma implícita se establece la necesidad de realizar un control posterior de constitucionalidad de los tratados internacionales.

La precitada disposición transitoria, señala que el Órgano Ejecutivo tiene un plazo de cuatro años contabilizados desde su elección, para denunciar o renegociar los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que la contradigan. Lo que no establece de forma explícita en la disposición transitoria, ni en el resto de la Constitución, es sobre quién debe analizar y examinar la compatibilidad o constitucionalidad de los tratados internacionales vinculantes para el Estado Plurinacional de Bolivia. Es decir que, la CPE (2009) no ingresa a llenar expresamente este vacío jurídico, relacionado al procedimiento de control de constitucionalidad.

Al respecto, existen dos normas jurídicas de relevancia que, tratan de aclarar lo señalado por la disposición transitoria novena. La primera es la Ley N° 381 de Aplicación Normativa (2013a), la misma aclara que la obligación de denunciar los tratados internacionales, implica la

posibilidad de denunciarlos o, alternativamente, demandarlos ante tribunales internacionales, a fin precautelar los altos intereses del Estado. La segunda norma, es la Ley N° 401 de Celebración de Tratados de 18 de septiembre de 2013 señala que, la evaluación técnica jurídica de los tratados internacionales, la realizará el Ministerio de Relaciones Exteriores en coordinación con las entidades públicas competentes. Es decir que, aparentemente se estaría contradiciendo con el modelo de control de constitucionalidad, asumido por el Estado boliviano atribuyendo esta competencia a Cancillería.

Así también, considerando que la CPE (2009) ya tiene más de una década de entrada en vigor, existe también la posibilidad de que en este tiempo, el Estado boliviano se haya vinculado a tratados internacionales que puedan ser contrarios a la Constitución. Es decir, al ser el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales, un procedimiento a solicitud de autoridad competente y no de oficio para todos los tratados, se deja la posibilidad de que estos nuevos tratados internacionales de los cuales Bolivia es parte, puedan ser contrarios a la Constitución.

En ese antecedente, también existe la necesidad de aclarar sobre la procedencia del control posterior de constitucionalidad de los tratados internacionales, además de determinar la autoridad que debe realizar este control, sin importar que estos tratados sean anteriores o con posteriores a la CPE de 2009. Esta necesidad que parte de la incongruencia que se tiene entre lo que dispone la disposición transitoria novena, la citada Ley de Aplicación Normativa y la Ley de Celebración de Tratados; referidas al modelo de control de constitucionalidad que asume Bolivia y que fue adoptada en la Constitución.

### **1.2.2. Situación Proyectada**

Desde 1994, Bolivia ha decidido adoptar el modelo *kelseniano* de control de constitucionalidad, por lo cual se ha instituido un Tribunal Constitucional y se le ha encomendado

ser el defensor de la Constitución y se le ha atribuido la misión de velar por la supremacía constitucional, frente al resto de las normas jurídicas vigentes para el Estado boliviano.

Al respecto, desde la última década del siglo XX, con el establecimiento del Tribunal Constitucional, se ha buscado que este órgano realice el control de constitucionalidad, y se ha decidido que sea la institución idónea y exclusiva para realizar esa labor de control. En consecuencia, es lógico pensar y colegir que el Tribunal Constitucional es la institución llamada a realizar el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales, así como de resolver sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales vinculantes para Bolivia.

### **1.3. Formulación del Problema**

¿De qué manera el principio de supremacía constitucional y la disposición transitoria novena de la CPE, deben ser cumplidos, cuando se presume la inconstitucionalidad de un tratado internacional vigente para el Estado Plurinacional de Bolivia?

### **1.4. Delimitación**

#### **1.4.1. *Delimitación Temática***

La investigación será desarrollada de forma interdisciplinaria, para tal efecto se revisará temas de derecho público y de derecho internacional. Se abordará en específico, las materias de derecho constitucional y derecho internacional público; cada una de ellas en sus diferentes subdivisiones.

#### **1.4.2. *Delimitación Espacial***

La investigación será trabajada en la ciudad de La Paz, se tomará como objeto de análisis, normativa nacional e internacional. Las conclusiones y la propuesta serán de alcance nacional.

### **1.4.3. Delimitación Temporal**

La investigación será realizada a partir de febrero de 2009, es decir desde la entrada en vigencia de la nueva CPE (2009); y será trabajada hasta septiembre de 2020.

### **1.5. Justificación**

Con la primera década de vigencia de la CPE Plurinacional de Bolivia de 2009, habiendo transcurrido dos periodos de gobierno, se evidencia que aún no se ha podido efectivizar las disposiciones constitucionales en los diferentes ámbitos del desarrollo del Estado. En ese sentido, la necesidad de estudios e investigaciones en los diferentes ámbitos de desarrollo del Estado, se ha tornado necesario y urgente.

Durante este tiempo, se ha logrado identificar que a la Constitución, aún le falta bastante para materializarse como norma suprema dentro del Estado boliviano. La incongruencia expresada en el ordenamiento jurídico boliviano, así como, el temeroso desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), determina que uno de los ámbitos en los cuales el desarrollo de la supremacía constitucional es incipiente aun, es el referido al control de constitucionalidad de los tratados internacionales, principalmente el control *a posteriori*.

Actualmente, no existe en Bolivia investigaciones serias y concretamente definidas sobre este tema en particular, quizá sea por la comodidad política que resulta no ingresar a debatir y desarrollar este tema, o quizá por la falta de comprensión que se tiene sobre la interacción entre el derecho internacional con el derecho nacional boliviano. No obstante, lo mencionado no constituye una excusa valedera para que persista esta contradicción en el ordenamiento jurídico, los problemas no se solucionan con la sola voluntad de ignorar su existencia, sino más al contrario cuando se lo identifica y se decide corregirlo. Es posible, que no exista la voluntad de subsanar

esta posible contradicción entre los tratados internacionales y la Constitución, pero tampoco existe un apoyo teórico por medio del cual las autoridades llamadas a solucionar esta contradicción, puedan proyectar una modificación al Código Procesal Constitucional y que de esta forma se reconozca de forma expresa un acción de inconstitucionalidad, destinada a resolver sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales vigentes para Bolivia.

Esta investigación, involucra verificar la procedencia del control posterior de constitucionalidad de los tratados internacionales, que puede ser materializada por una acción de inconstitucionalidad contra estos instrumentos internacionales. Asimismo, involucra también, un análisis de la relación jerárquica entre el derecho internacional y el derecho interno, debido a que no procede ningún control si es que no se determina la superioridad de una norma sobre otra. Por último, es necesario revisar los fundamentos del derecho internacional en lo referente al derecho de los tratados, que se extiende a las obligaciones jurídicas que los Estados asumen al vincularse a estos instrumentos internacionales, además de la forma de cómo se puede efectivizar la denuncia o renegociación de los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución boliviana. Esto, sin duda, resulta ser un importante aporte para el desarrollo del derecho constitucional y el derecho internacional, aporte que no involucra abordar otros temas ajenos al objetivo de la investigación.

El beneficio directo que va a traer el resultado de esta investigación, será principalmente la razonada propuesta de modificación del Código Procesal Constitucional, para la incorporación expresa de la ‘Acción de Inconstitucionalidad contra tratados internacionales’, como control posterior de constitucionalidad de estos instrumentos internacionales. Por otro lado, el beneficio indirecto para la sociedad producto de esta investigación, es contribuir con una propuesta cuya finalidad es brindar certidumbre jurídica a las autoridades nacionales, instituciones del Estado,

personas jurídicas y naturales sean nacionales o extranjeras. El investigador cree que la modificación del adjetivo constitucional, resultará en definitiva un avance en el constitucionalismo boliviano que puede ser proyectado a nivel internacional.

## **1.6. Objetivos**

### **1.6.1. *Objetivo General***

Proponer la incorporación de la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales en el Código Procesal Constitucional, como manera de cumplir el principio de supremacía constitucional y la disposición transitoria novena de la Constitución Política del Estado, cuando se presuma la inconstitucionalidad de un tratado internacional vigente para el Estado Plurinacional de Bolivia.

### **1.6.2. *Objetivos Específicos***

- Examinar el régimen jurídico interno, relacionado a la disposición transitoria novena de la Constitución Política del Estado, relativo a los tratados internacionales contrarios a la Constitución boliviana,
- Explicar el control de constitucionalidad dentro de un Estado de constitucional de derecho, considerando el principio de supremacía constitucional y el modelo *kelseniano* de control de constitucionalidad.
- Evaluar las teorías referidas a la norma fundamental de derecho internacional, además de la relación entre el derecho internacional con el derecho nacional de los Estados y, su incidencia en el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales.

- Comparar el régimen de control de constitucionalidad de los tratados internacionales *a posteriori* de Colombia, Perú, México y Alemania; y la forma de su reconocimiento.
- Desmenuzar el control de constitucionalidad y la jerarquía normativa en la Constitución Política del Estado, el Código Procesal Constitucional y la Ley N° 027, para determinar la norma donde se debe incorporar la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales.
- Detallar los fundamentos del derecho de los tratados, y los mecanismos de desvinculación de los Estados a estos instrumentos internacionales.
- Analizar las sentencias constitucionales bolivianas más destacadas, relacionadas con el control posterior de constitucionalidad de los tratados internacionales.
- Elaborar una propuesta de incorporación de la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales en el Código Procesal Constitucional.

## **Capítulo II: Fundamentación Teórica**

### **2.1. Los Tratados Internacionales Contrarios a la Constitución en el Ordenamiento Jurídico Boliviano**

La presente investigación, tiene su asidero en la evidencia del vacío jurídico que generó la CPE (2009), sobre los tratados internacionales que se presuman incompatibles con la norma suprema nacional, surgiendo dudas sobre la posibilidad de realizar un análisis de compatibilidad de estos instrumentos internacionales y someterlos a la jurisdicción constitucional. De la misma forma y, producto de lo que señaló en un principio la Constitución, la Ley N° 401 de Celebración de Tratados (2013b) y la Ley N° 381 de Aplicación Normativa (2013a), se ocuparon de desarrollar en cierta medida lo estipulado en la norma suprema vigente, y sobre las cuales se precisará posteriormente.

En ese antecedente que, para sentar las bases del control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales en Bolivia, se debe iniciar con estudiar la disposición transitoria novena de la Constitución, el Artículo 71 de la Ley N° 401 de Celebración de Tratados (2013b), el Artículo 5 de la Ley N° 381 de Aplicación Normativa (2013a) y, la Declaración Constitucional Plurinacional N° 0003/2013.

#### **2.1.1. *La Constitución Política del Estado: Disposición Transitoria Novena***

La CPE (2009), plantea nuevos paradigmas en el ámbito del desarrollo de las relaciones internacionales de Bolivia en la sociedad internacional, además de una serie de principios sobre los cuales se van a regir. Asimismo, establece una jerarquización de normas jurídicas dentro del ordenamiento jurídico, del cual los tratados internacionales también forman parte. En ese sentido, el constituyente no ha querido dejar de pronunciarse sobre los tratados internacionales anteriores



a la Constitución (2009), de los cuales Bolivia es parte. La disposición transitoria novena, al respecto dispone lo siguiente:

Novena. Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución.

En la referida disposición transitoria, se puede identificar la coincidencia con lo dispuesto en el Artículo 257 también de la CPE (2009), en el entendido de atribuir un rango de ley a los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, para comprender la importancia de esta disposición transitoria, previamente se debe determinar la naturaleza jurídica de estos Artículos transitorios en un cuerpo normativo, en este caso de la Constitución. Al respecto, las normas jurídicas poseen una estructura común, integrada por un supuesto o hipótesis, una cópula o nexos atributivo, y una sanción. Las disposiciones o Artículos transitorios además de ser parte del sistema jurídico, también comparten la misma estructura normativa y, tomando ese parámetro estructural, también son normas jurídicas en sentido estricto, debido a que igualmente regulan los actos relacionados con la aplicación de normas y la establecen como obligatoria, prohibida o permitida. Sin embargo, la diferencia de estas normas transitorias, con otro tipo de normas jurídicas, radica en dos aspectos, el primero es relativo al sujeto normativo, es decir a quien se dirige la norma, debido a que estas normas transitorias se dirigen a las autoridades aplicadoras y no a los particulares; por otro lado, el segundo aspecto, resulta ser relativo al objeto, puesto que únicamente se pueden referir a la vigencia o modo de aplicación de otras normas. Estas normas transitorias, carecen de autonomía, es decir,

exclusivamente existen, cuando están vinculadas a otras disposiciones normativas (Huerta, 2001: 819-820).

Siguiendo la lógica planteada, la disposición transitoria novena, no cuenta con autonomía, se encuentra vinculada a otras disposiciones normativas, establecidas en la Constitución. En ese sentido, la señalada disposición transitoria novena, se vincula con los Artículos de la norma suprema boliviana que se ocupan de establecer la supremacía constitucional, los cuales serán detallados más adelante.

En lo que respecta a la función de los Artículos transitorios, Huerta señala lo siguiente:

De manera que si bien los Artículos transitorios poseen la misma estructura que otras normas jurídicas, sus contenidos se encuentran limitados en virtud de su función, la cual se refiere a la aplicación y obligatoriedad de otras normas, no a la regulación de las conductas de particulares y menos aún a la atribución de competencia a las autoridades. (...) (*Ídem*)

En ese sentido, se debe interpretar la disposición transitoria novena, de forma que no atribuya nuevas competencias a determinados órganos, que en el texto principal no le haya atribuido. Es decir, el Órgano Ejecutivo, encabezado por el presidente del Estado, conforme dispone el Artículo 172 de la Constitución (2009), tiene la siguiente atribución: “(...) 5. Dirigir la política exterior; suscribir tratados internacionales (...)”, del cual se desprende la atribución de denunciar o renegociar tratados internacionales. Sin embargo, no tiene la atribución de determinar sobre la constitucionalidad o no, de una norma que forme parte del ordenamiento jurídico del Estado, esa atribución es del TCP.

Para concluir, conforme a lo expuesto, la disposición transitoria novena, como norma constitucional, constituye el punto de partida de la presente investigación, además de ser el motivo por el cual se debe denunciar o renegociar los tratados internacionales contrarios a la Constitución,

debiendo para ese efecto examinar con mayor detalle, las atribuciones de los órganos que van a intervenir en la ejecución de lo dispuesto en la precitada norma transitoria. Esta disposición transitoria, deja importantes elementos de estudio en el tintero, que serán revisados más adelante.

De cualquier forma es necesario complementar lo citado, con lo que en su oportunidad estableció el legislador y el TCP, al momento de pronunciarse al respecto de esta disposición transitoria.

### **2.1.2. Ley N° 401 “Ley de Celebración de Tratados”**

Dentro del ordenamiento jurídico boliviano, se encuentra una norma que por excelencia, es la encargada de identificar las atribuciones internas del derecho de los tratados, así como el alcance de los efectos de los tratados en Bolivia y, establecer lineamientos de coordinación interinstitucional entre las entidades públicas. La Ley N° 401 de Celebración de Tratados (2013b), cuando se refiere a la disposición transitoria novena de la Constitución, en su Artículo 71 determina lo siguiente:

Artículo 71°.- (DENUNCIAS DE TRATADOS ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO).

I. Conforme la Disposición Transitoria Novena de la Constitución Política del Estado, los Tratados Internacionales anteriores a su promulgación y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno con rango de Ley.

II. Corresponde al Órgano Ejecutivo denunciar y renegociar los Tratados Internacionales suscritos, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado Plurinacional de Bolivia con anterioridad al 7 de febrero de 2009 y que sean contrarios a la Constitución Política del Estado, previa evaluación técnica jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, en coordinación con las

Entidades Públicas competentes, observando los intereses y soberanía del Estado y únicamente cumpliendo el procedimiento previsto en los respectivos Instrumentos internacionales suscritos.

III. Transcurridos los cuatro años previstos en la Disposición Transitoria Novena de la Constitución Política del Estado, los Tratados Internacionales identificados como contrarios a sus mandatos y a los intereses del Estado, podrán renegociarse y/o denunciarse conforme al procedimiento establecido en el propio Tratado o en su caso podrán ser demandados ante Tribunales Internacionales, conforme lo previsto en la Ley N° 381 de 20 de mayo de 2013 “Ley de Aplicación Normativa”.

El primer párrafo, coincide con lo que se había señalado en la disposición transitoria novena de la norma suprema vigente, al atribuir un rango legal a los tratados internacionales, siempre bajo la condicionante de que no contradiga a la Constitución.

Sobre el segundo párrafo, aclara que es de competencia del Órgano Ejecutivo, denunciar y renegociar los tratados anteriores a la CPE (2009) y que la contradigan, en concordancia con la disposición transitoria novena de la norma suprema. Este apartado jurídico, tiene asidero en la Constitución boliviana (2009), que en su Artículo 172 numeral 5, reconoce como atribución del Presidente, dirigir la política exterior de Bolivia (cfr.). Sin embargo, pese a que el Órgano Ejecutivo, a la cabeza del Presidente, sea el encargado de dirigir la política exterior, de ninguna forma involucra que este Órgano absorba todas las funciones que involucren las decisiones de la política exterior.

Para la procedencia de la denuncia y renegociación de tratados, este Artículo de la ley de tratados, señala que debe existir previamente un análisis técnico jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, en coordinación con las entidades públicas competentes. Evidentemente, Cancillería es el ministerio llamado a analizar sobre la procedencia y condiciones por las cuales

Bolivia podría desvincularse de un tratado vigente, siempre en observancia del derecho internacional. Sin embargo, en lo que respecta al procedimiento interno, obligatoriamente tendrá que coordinar con otras entidades públicas, verbigracia, el Artículo 260 de la Constitución (2009), que señala: “(...) II. La denuncia de los tratados ratificados deberá ser aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional antes de ser ejecutada por la Presidenta o Presidente del Estado (...)”. Del caso citado, se logra concluir que, el Presidente pese a dirigir la política exterior, en algunas situaciones, debe actuar previa aprobación de otras entidades públicas. Esta lógica se puede aplicar en relación a la determinación de incompatibilidad de un tratado internacional con la Constitución.

El tercer párrafo señala que, una vez cumplido ese plazo que señala la Constitución, se podrá realizar la denuncia y/o renegociación, siempre en consideración de los procedimientos establecidos en el derecho internacional y el propio tratado. De la misma forma señala que, ante la improcedencia de los anteriores, se deberá demandarse ante tribunales internacionales y, para ese efecto, cita a Ley N° 381 de Aplicación Normativa (2013a).

### **2.1.3. Ley N° 381 “Ley de Aplicación Normativa”**

La Ley N° 381 de Aplicación Normativa (2013a), tiene por objeto determinar la aplicación normativa de las disposiciones de la Constitución y, establecer su correcto ámbito de validez. Una de las disposiciones constitucionales sobre la cual se ocupa esta ley, es precisamente la disposición transitoria novena, misma que señala lo siguiente:

Artículo 5°.- (Tratados internacionales anteriores a la Constitución) La obligación de denunciar los Tratados Internacionales contrarios a la Constitución, establecida en la Disposición Transitoria Novena de la Constitución Política del Estado, implica la posibilidad de denunciarlos o, alternativamente, demandarlos ante Tribunales Internacionales, a fin de precautelar los altos intereses del Estado.

La referida norma, plantea la posibilidad de demandar ante tribunales internacionales, aquellos tratados que se encuentren en contradicción con la Constitución. Sin embargo, tanto la denuncia, como la demanda, necesariamente tienen que estar posibilitadas por el derecho internacional, no pudiendo los Estados, actuar unilateralmente con el objetivo de desvincularse de un tratado vigente.

Pese a ello, resulta interesante y relevante para la presente investigación, revisar el análisis de constitucionalidad que en su oportunidad hizo el TCP.

#### **2.1.4. *Declaración Constitucional Plurinacional N° 0003/2013***

Por medio de la Declaración Constitucional Plurinacional DCP N° 0003/2013 de 25 de abril, el TCP realizó el control previo de constitucionalidad sobre el proyecto de Ley de Aplicación Normativa. En los fundamentos jurídicos del fallo (numeral III.), se realiza un análisis sobre lo que involucra el control de constitucionalidad, una distinción entre la parte orgánica y dogmática relacionada a su aplicación, también sobre la irradiación de la Constitución en todo el ordenamiento jurídico, y por último, realiza el test de compatibilidad de todos los Artículos del proyecto, que en su oportunidad se presentó.

En relación a la disposición transitoria novena de la CPE (2009), el TCP declaró la constitucionalidad condicionada de la Ley de Aplicación Normativa. Al respecto, en el fundamento jurídico III.11 de la DCP N° 0003/2013, determina lo siguiente:

De las normas glosadas se tienen dos elementos relevantes, el primero referido a la disquisición de Tratados internacionales que contradicen la constitucional y aquello que no lo hacen, facultando al Órgano Ejecutivo a denunciar los Tratados internacionales o alternativamente demandarlos ante Tribunales Internacionales, por lo que en esa labor corresponderá diferenciar los Tratados

internacionales que contradicen la Constitución de los que no lo hacen y fundamentalmente los que forman parte de ella.

El TCP aporta una interesante clasificación de tratados internacionales, y lo agrupa de la siguiente forma: 1. Tratados que contradicen a la constitución, 2. Tratados internacionales que no contradicen a la constitución, y por último, 3. Tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

En relación al último grupo, como se examinará oportunamente, existen tratados internacionales que pueden formar parte del bloque de constitucionalidad, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 410 de la Constitución.

Ahora bien, esta DCP se limita a establecer que, en el caso de decidir presentar la denuncia correspondiente a este grupo de tratados, debe ser conforme el Artículo 260 de la norma suprema, que establece el procedimiento de la denuncia de tratados internacionales. No obstante, lo que no realiza la jurisdicción constitucional, es establecer quien debe determinar si el tratado internacional contradice o no a la Constitución.

El TCP en la referida decisión constitucional, confirma lo señalado por la CPE (2009) y le encomienda al Órgano Ejecutivo la atribución de realizar la denuncia, renegociación o demanda ante tribunales internacionales; de aquellos tratados internacionales que sean contrarios a la norma suprema, en ese sentido señala lo siguiente:

Respecto del primer supuesto referido a los Tratados internacionales que contradicen la constitucional, debe aclararse que no es potestativo del Órgano Ejecutivo denunciar o alternativamente demandarlos ante Tribunales Internacionales, así el art. 108 de la CPE (2009), establece como deber fundamental el “conocer, cumplir y **hacer cumplir la Constitución y las**

leyes” (el resaltado no corresponde), luego es posible la denuncia o demanda de Tratados internacionales que se contrapongan al interés estatal. (*Ídem*)

Es decir que, el Órgano Ejecutivo puede denunciar o alternatively demandar ante tribunales internacionales los tratados internacionales, más no se le atribuye la función de hacer un juicio de constitucionalidad.

## **2.2. El Control de Constitucionalidad en un Estado Constitucional de Derecho**

A partir de la revisión de lo dispuesto en la disposición transitoria novena de la Constitución boliviana, aparentemente se podría presumir la posibilidad de realizar un control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales. Sin embargo, para confirmar esta presunción, previamente se debe analizar la razón por la cual debería realizarse este control.

El control de constitucionalidad, se encuentra intrínsecamente relacionado con los Estados constitucionales de derecho, debido a que estos asumen la hipótesis de supremacía constitucional. Además de determinar la razón del control, también es pertinente responder a la pregunta de ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, y luego determinar a qué modelo de control de constitucionalidad, el Estado boliviano se adscribe.

### **2.2.1. *Supremacía Constitucional y el Estado Constitucional de Derecho***

Es necesario comprender la estrecha relación del control de constitucionalidad con un Estado constitucional de derecho, para determinar la procedencia o no de un control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales. Al respecto, Häberle (2001) señala que el Estado constitucional de derecho, de cuño común europeo y atlántico, se caracteriza por la dignidad humana, plasmada en la soberanía popular y la división de poderes, así como el reconocimiento de los derechos fundamentales, además de la pluralidad de partidos y la independencia de los



tribunales, en el contexto de una democracia pluralista. La Constitución en este modelo de Estado, constituye como orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, además que posee una validez jurídica formal de naturaleza superior. Por último concluye que la Constitución es creadora del momento de la estabilidad y permanencia del Estado (p. 3). Asimismo, en cuanto a los poderes públicos, se cita lo siguiente:

(...) como el modelo de Estado en el que prima la Constitución sobre la ley, la totalidad de los poderes públicos están sometidos a la Constitución, y se dan las condiciones de justiciabilidad y garantía de la Constitución que aseguran su normatividad. (García Pelayo, 1991: 42 citado en Martínez Dalmau, 2018: 21).

En ese sentido, los referidos autores coinciden en establecer que en este modelo de Estado, la Constitución prima sobre la ley y los poderes públicos, además de garantizar su normatividad. También sobre el Estado Constitucional de derecho, Añon (2002) señala lo siguiente:

(...) sobre qué haya de enterarse por *Estado constitucional* y están sometidos de debate sus rasgos definitorios. No obstante asumiré que constitucionales son aquellos sistemas donde existe una constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene carácter normativo. (p. 25)

En conclusión, cuando se habla de un Estado Constitucional de derecho, se habla de una Constitución confeccionada bajo criterios democráticos. Los autores referidos plantean que la Constitución, resulta ser el indicador por excelencia, para identificar si un Estado, puede ser incorporado o no, dentro de la clasificación de un Estado Constitucional de derecho.

Ahora bien, sobre la Constitución Kelsen (2001) manifiesta lo siguiente:

(...) Se entienden tradicionalmente por Constitución –en sentido material– no solamente las reglas que tratan de los órganos y de los procedimientos de la legislación, sino, también las reglas que

tratan de los órganos ejecutivos supremos, y además, la determinación de las relaciones fundamentales entre el Estado y sus súbditos –por lo que se designa simplemente el catálogo de derechos fundamentales–, esto es, si se quiere expresar de una manera jurídicamente correcta, ciertos principios sobre el contenido de las leyes. (...) (p. 26)

El razonamiento del citado autor, en la actualidad mantiene su ostensible relevancia. Cuando se refiere a las reglas de los órganos de poder, lo que hace es referirse a la parte orgánica de la Constitución, la cual se encuentra relacionada al procedimiento legislativo del Estado, el mismo que debe adecuarse para cumplir con su mandato. Así también, reconoce en la Constitución, a la parte dogmática, la misma que se va a ocupar de regular las relaciones fundamentales entre el Estado y sus súbditos, instaurando un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales. En ese entendido, la Constitución, como se señala, expresa de manera jurídicamente correcta, ciertos principios, direcciones y límites, sobre el contenido de las leyes.

Al respecto, la Constitución es la principal fuente formal del derecho constitucional, por ser la norma suprema del ordenamiento jurídico. Es decir que esta se convierte en la norma de normas, debido a que ordena y regula el resto de las normas hasta convertirlas en un solo ordenamiento. La Constitución se encarga también de determinar las condiciones de producción de las demás normas, además de cumplir con la función de determinar la validez de las demás normas, condición de la que dependerá su fuerza misma para obligar (Herrera, 2019: 47).

En ese entendido, se arriba a la idea de que, la Constitución ocupa el grado superior del derecho positivo de un Estado, en ese razonamiento Kelsen (2009), señala que en el orden jurídico nacional, se describe esquemáticamente su jerarquía de acuerdo a la norma fundamental hipotética, el grado superior del derecho positivo lo tiene la Constitución, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el

procedimiento que deben seguir. De la misma forma, la Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido (pp. 118-119).

A partir de lo referido, se arriba a la idea de ‘supremacía constitucional’. En ese sentido, en la nota de pie de página de su obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Kelsen (2002), sintetiza lo siguiente:

(...) La Constitución entra en consideración como norma que está por encima de la legislación por el hecho de que determina el procedimiento legislativo y, en cierta medida, incluso el contenido de las leyes (aprobadas en base a la Constitución); así como la Constitución está por encima de la así llamada ejecución (jurisdicción, administración), en cuanto regula la formación de sus actos y, en una amplia medida, también su contenido. (...) (p. 31)

Sin embargo, no basta con señalar que la Constitución es la norma suprema del orden jurídico de un Estado, se debe justificar la razón por la cual goza de ese privilegio. Nuevamente apoyados Kelsen (2001), se debe indicar que la regularidad de los grados del orden jurídico inmediatamente subordinados a la Constitución, presupone, para ser resuelto, una noción clara de la Constitución. Esta noción ha conservado un núcleo permanente, que es la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden, constituyéndose la Constitución, en el fundamento del Estado y base del orden jurídico. La Constitución se compone como un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, además de regir la elaboración de las leyes y otras normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas. En conclusión, la Constitución es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, erigiéndose la Constitución, en suma, el asiento fundamental del Estado. Por esa razón, se

deriva la idea de asegurarle a esta norma suprema, la mayor estabilidad posible y, diferenciarla del resto de las normas legales, sometiendo la revisión de aquellas a un procedimiento especial que contiene condiciones más difíciles de reunir, bajo la forma constitucional. Así la Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino además, una regla de fondo (pp. 20-23).

Ahora bien, habiendo expuesto el carácter supremo de la Constitución, en un Estado Constitucional de derecho, corresponde identificar las características del constitucionalismo en este tipo de Estado identificadas por Añón (2002). La primera de estas, es la consideración de la Constitución, como auténtica norma jurídica, debido a que la misma cuenta con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento jurídico. El propósito de esta norma suprema en un Estado Constitucional de derecho, es configurar la realidad, superando el modelo legislativo, donde las constituciones originariamente fueron simples cartas políticas.

Segundo, la Constitución también es una norma jurídica suprema, jerárquicamente superior, debido a que procede de un poder con legitimidad cualificada, como es el poder constituyente.

Tercero, la Constitución es accesible directamente a todos los operadores jurídicos, y no sólo al legislador. Se respalda esta característica, en el principio de eficacia o aplicación directa del texto constitucional, en virtud del cual las disposiciones constitucionales pueden ser alegadas directamente en cualquier controversia jurídica.

Cuarto, la Constitución como texto, está integrada básicamente por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos. Estas constituciones principialistas, asumen la función de modelar el conjunto de la vida social, debido a que sus principios se despliegan directa e independiente, del legislador y los operadores de justicia (pp. 26-27).

Una característica de un Estado Constitucional de derecho, que quizá por su importancia, requiere ser analizado por separado, es precisamente la aplicación inmediata de la Constitución. A ese respecto, Kelsen (2001) señala:

(...) a que las normas sean puestas en la forma constitucional y que no solamente contemplen principios, direcciones y límites al contenido de las leyes futuras y no puedan, consecuentemente, ser concretizadas por medio de leyes sino que, por el contrario, regulen una materia en forma tan completa que sean inmediatamente aplicables a los casos concretos a través de actos jurisdiccionales e incluso administrativos. (...) (p. 25)

La idea de aplicación directa de la Constitución, ya había sido señalada en líneas precedentes por Añón, como característica del constitucionalismo en un Estado Constitucional de derecho. Sin embargo, en referencia a esta idea, Kelsen, es más preciso, estableciendo que las normas constitucionales sean inmediatamente aplicables a los casos concretos, por medio de actos jurisdiccionales o administrativos.

Ahora bien, surge una interrogante con la idea de Kelsen, citada en párrafos precedentes, la cual se refiere a que las normas constitucionales, requieren ser positivadas, a través de la 'forma constitucional'. En ese criterio, cuando se ratifica un tratado de derechos humanos y, se la incorpora en el bloque de constitucionalidad, se creería que esta norma con rango constitucional, no fueron logradas estrictamente por medio de una 'forma constitucional'.

Asimismo, SÁCHICA (1988), identifica por su lado, otras características del constitucionalismo en un Estado Constitucional de derecho. A ese respecto, señala que, surgen algunos de los dogmas y dispositivos del constitucionalismo, tales como:

- 1) La distinción entre poder constituyente primario y poderes constituidos;

2) La consiguiente diferencia entre la norma constitucional –voluntad del constituyente– y la ley ordinaria –formulada por uno de los poderes constituidos–;

3) La lógica jerarquización entre las normas de un orden jurídico y la superioridad de la norma constitucional, por ser el origen y fundamento de validez de todas las demás;

4) La salvaguardia de esa prioridad, construyendo sistemas constitucionales escritos, codificados y rígidos que traducen estas preocupaciones y hacen patentes las diferencias entre el concepto de Constitución en sentido material y el de Constitución en sentido formal.

(...)

De otro lado, y ese es nuestro específico campo, en el orden estrictamente jurídico, en tanto se procura la eliminación de las posibles incongruencias que puedan presentarse en el orden normativo. Esto es, la adopción de los mecanismos correctivos que permitan invalidar las normas producidas irregularmente, no conformes con las prescripciones constitucionales, cuya prevalencia es esencial para el funcionamiento del sistema. (pp. 27-28)

Las características que detalla el citado profesor, se relaciona con la distinción entre la forma de elaboración de la Constitución, con el resto de las normas del orden jurídico. Es en esa dirección que, al merecer la Constitución, una tramitación más solemne, en relación al resto de las normas, eso genera que se beneficie de supremacía con relación al resto del ordenamiento jurídico, conforme a lo que se tiene expresado. En ese entendido, al gozar de supremacía, la Constitución, requiere de mecanismos correctivos, cuya finalidad será velar por la regularidad de las normas, para un correcto funcionamiento del sistema.

A esa situación, es necesario resaltar la implicancia que tiene la supremacía constitucional, dentro de un Estado Constitucional de derecho. En ese sentido, Quiroga y otros (2009); señalan que, la suprasubordinación en la que se encuentran las normas dentro de un ordenamiento jurídico,

implican la validez de todas las normas y actos del ordenamiento jurídico al establecer los órganos encargados de su creación, el procedimiento y contenido que debe respetarse.

Implica también, la unidad del ordenamiento jurídico, asegurando la compatibilidad de sus normas. De la misma forma, involucra la gradación de diferentes peldaños o niveles del ordenamiento jurídico, que va de mayor a menor, bajo la dinámica de creación-aplicación, hasta culminar en los actos de pura aplicación-ejecución del órgano público que se limita a ejecutar sin crear nuevo derecho. Sobre una característica que ya se había hablado, es decir la distinción entre poder constituyente y poder constituido, relacionado a la distribución de competencias de creación normativa. Esto secundado con la rigidez constitucional, en el sentido de que si no hubiera supremacía de la Constitución, esta podría ser reformada por los procedimientos legislativos ordinarios. Para concluir lo que plantean los autores, implica un sistema de control, pues de no existir un mecanismo para fiscalizar el cumplimiento de la relación de suprasubordinación normativa ésta podría convertirse en una mera declaración teórica (pp. 559-560).

Ahora bien, sobre las leyes, Kelsen (2009) manifiesta lo siguiente:

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la constitución. (p. 124)

Del texto citado se deduce que, Kelsen anticipa criterio, respecto al principio de presunción de constitucionalidad, atribuyéndole no solo su participación en la generación de las normas, sino que también, identifica una función adicional, la misma que se ocupa de regular la situación en la cual una norma puede estar vigente, pese a que fue dictada de otra manera o que tenga un contenido diferente a la Constitución y que, no debe ser considerada como nula. Estas normas, como señala, son válidas, hasta el momento que el tribunal que se arrogue la función de control, determine anularlas.

La forma por la cual se garantiza la supremacía de la Constitución y la suprasubordinación normativa, expuesta en párrafos precedentes, lo explica Herrera (2019), quien señala que, para garantizar la supremacía normativa de la Constitución, en primer lugar, se impide que esta norma suprema, pueda ser modificada, a través de procedimientos legislativos ordinarios. En segundo lugar, se encomienda a alguien la misión de impedir que puedan surtir efectos jurídicos las decisiones de los poderes constituidos que vulneren la Constitución, así la garantía de la supremacía normativa de la Constitución, se completa con el ‘control de constitucionalidad’ (pp. 110-111). Es decir, el Estado Constitucional de derecho, de acuerdo a los criterios expresados precedentemente, encuentra su base en el control de constitucionalidad.

Una Constitución que no cuenta con la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, no es plenamente obligatoria en un sentido técnico, es decir, cuando los actos inconstitucionales y leyes inconstitucionales se mantienen válidos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, se tornan en un deseo sin fuerza obligatoria. La Constitución, señala la elaboración y el contenido de las leyes, sin embargo, si se admite que las leyes inconstitucionales sean también válidas, ya sea por ser hechas de otra manera y su contenido sobrepase los límites asignados, las disposiciones constitucionales, dejan de ser exclusivas, convirtiéndose alternativas.



La república democrática, entendida como un Estado Constitucional de derecho, se defiende, organizando todas las garantías posibles de la regularidad de las funciones estatales, mientras más se democratizan, más fuerte debe ser el control. El medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayoría, es asegurar que las leyes sean confeccionadas de forma constitucional. La democracia de la mayoría se hace soportable cuando es ejercida de manera regular. La forma constitucional especial, consiste en que para la revisión de la Constitución, la misma depende de una mayoría calificada, en ciertas situaciones fundamentales, que no pueden ser resueltas más que de acuerdo con la minoría.

En ese sentido, los intereses de cualquier minoría, se encuentran de alguna forma protegidas, por la constitucionalidad de las leyes. Esto es cierto, en particular si suponemos un cambio de mayoría en que se deja a la antigua mayoría convertida en minoría, una fuerza aun suficiente para impedir la reunión de las condiciones necesarias para una revisión legal de la Constitución. La esencia de la democracia, no radica en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y minoría, por tanto, en la paz social; la jurisdicción constitucional aparece como medio particularmente idóneo para materializar esta idea (Kelsen, 2001: 95).

Por último, se anticipa una duda sobre la intromisión en las competencias de otros órganos, por el tribunal que se plantea realice el control de constitucionalidad. En ese entendido, SÁCHICA (1988), en una respuesta brindada en las conclusiones del *Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional*, llevado a cabo en Paipa, Colombia en 1977, señaló que la ampliación de competencia de la justicia constitucional no debe implicar la politización de la justicia, debido a que el carácter político de un acto no excluye el conocimiento jurídico del mismo, así también que el resultado político del señalado conocimiento no tiene por qué despojarle de su carácter jurídico.

El juez constitucional, en ese sentido, va a seguir ejerciendo la función judicial de forma normal y ordinaria. Es decir, va a decidir cuál es el derecho aplicable, definiendo con fuerza de cosa juzgada una prioridad normativa entre preceptos contradictorios. La interpretación judicial es creadora de derecho en la cadena normativa que integra el orden jurídico al ponerlo en acto y ejercicio de un poder, que a la larga resulta ser poder político. En conclusión, el proceso jurisdiccional, es el ejercicio del poder político en el sentido *montesquiano* de freno y contrapeso de las otras ramas del poder (pp. 33-34). Un antecedente bastante interesante sobre la jurisdicción constitucional es el Tribunal Constitucional español, sobre el cual cabe precisar lo siguiente:

(...) el Tribunal está llamado a perfeccionar la vigencia del Estado de Derecho en el que se constituye la Nación española, y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes constitucionalmente establecida, componentes ambos inexcusables del Estado constitucional de nuestro tiempo (García Pelayo en Fernández Segado, 1997c: 639 citado en Rivera, 2011: 85).

De lo referido se puede ultimar que el Tribunal Constitucional en España, al igual que los otros tribunales constitucionales, es el llamado a perfeccionar el Estado Constitucional de derecho, para asegurar la vigencia y distribución de poderes constitucionalmente establecidos. En otras palabras, la actuación de los tribunales encargados del control de constitucionalidad, tiene la finalidad de perfeccionar la idea de frenos y contrapesos, ampliamente aceptado por los Estados del mundo, en sus respectivas normas supremas.

### ***2.2.2. Control de Constitucionalidad: Modelo Kelseniano, Control Normativo, ¿Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?***

Una característica necesaria de un Estado Constitucional de derecho, es el control de constitucionalidad, destinado a defender la ineludible supremacía constitucional. En el punto

anterior, se ha observado la relevancia de hacer este control, la finalidad que tiene este examen jurídico dentro de los actos y normas jurídicas de un Estado.

Al respecto, Kelsen (2001), señala lo siguiente:

La garantía jurisdiccional de la Constitución –la justicia constitucional– es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas funciones tienen en sí mismas un carácter jurídico: constituyen actos jurídicos. Son actos de creación de derecho, esto es, de normas jurídicas, o actos de ejecución de derecho creado; es decir, de normas jurídicas puestas. (...) (p. 10).

La garantía jurisdiccional de la norma suprema, tiene precisamente la finalidad de asegurar la regularidad de las funciones estatales, que constituyen actos jurídicos. Entre estas funciones, se involucra a la creación de normas jurídicas, pero corresponde señalar también a las condiciones de validez de las mismas; también involucra, a los actos de ejecución del derecho creado, es decir a las normas jurídicas puestas, ampliamente explicadas. Así también, Kelsen señala también lo siguiente:

(...) Las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son, entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos individuales.

Garantías de la Constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución; es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes. (*Ibíd.*: 14-15)

Las garantías de regularidad en un Estado Constitucional de derecho, comprende tanto las garantías de constitucionalidad de las leyes, cuanto las garantías de legalidad de los reglamentos. En ese sentido, corresponde establecer que, para cuando se refiera a las garantías de la Constitución, esta comprenderá desde una perspectiva normativista, a la regularidad de las normas

inmediatamente inferiores subordinadas a la Constitución. Los tratados internacionales en cambio, en muchos casos se les asignan un rango infraconstitucional en el ordenamiento jurídico de los Estados, por lo que no se descarta la posibilidad de que sean sometidos a un control de constitucionalidad.

Se debe considerar al respecto, lo que indica Quiroga y otros (2009), quienes refieren que la supremacía de la Constitución y los tratados que comparten ese rango sobre los demás tratados, leyes, decretos, sentencias y actos emanados de la autoridad o de los particulares deben ser garantizados por medio de algún sistema de fiscalización dirigido a asegurar que las normas con rango superior, prevalezcan en su aplicación sobre las normas jerárquicamente inferiores, dentro de un ordenamiento jurídico. En el caso de no existir un control de regularidad, la supremacía sería únicamente un simple enunciado, dejando la Constitución, de ser rígida, al permitirse la posibilidad de que se dicte normas o actos que se opusieran a lo prescrito por el vértice del ordenamiento jurídico. En consecuencia, el control de constitucionalidad, consiste en cotejar la norma o acto impugnado, con la norma suprema y, en caso de verificar la incompatibilidad formal (creación) o sustancial (contenido), corresponderá ser declarada como norma o acto inconstitucional. El control involucra entonces, la operación de comparación o confrontación normativa, verificando la contradicción o armonía con la norma suprema (pp. 589-590).

En ese discernimiento, sobre el control de constitucionalidad, corresponde precisar:

El control de constitucionalidad es la acción política o jurisdiccional que tiene la finalidad de garantizar la primacía de la Constitución, la que debe ser acatada y cumplida por todos los órganos del poder público, los gobernantes y gobernados, así como aplicada con preferencia a las leyes, decretos o resoluciones.

El control de constitucionalidad en su naturaleza misma es una acción política, no sólo porque esa labor suele estar encomendada a un organismo esencialmente político, como es el propio Legislativo o a un otro organismo especial –como es el Consejo Constitucional de Francia–, sino porque el control importa una revisión de los actos o decisiones adoptadas por las autoridades políticas, pues en esencia, el control de constitucionalidad está establecido para resolver las controversias constitucionales dentro del Estado, controversias que tienen connotaciones políticas porque derivan del ejercicio del poder, aunque la solución se la realiza por medio de criterio y métodos jurídicos. (...) (Rivera, 2011: 15)

El axiomático criterio planteado por Rivera, nos plantea la idea de que el control de constitucionalidad, resulta ser una acción política, que tiene la finalidad de garantizar la primacía de la Constitución. Así también, es una acción política, principalmente debido a que, importa una revisión de los actos o decisiones adoptadas por autoridades políticas. Entonces, el control de constitucionalidad, es político porque sustancia controversias derivadas del ejercicio del poder, utilizando métodos jurídicos. El control de constitucionalidad de una ley, verbigracia, involucra controlar los actos de un órgano de poder, que tiene la finalidad de legislar y está conformado bajo criterios políticos, en ese sentido realiza sus actos, motivados también por motivaciones políticas. Bajo esa perspectiva, Rivera, explica el alcance del control de constitucionalidad en un Estado Constitucional de derecho:

Entonces, en el nuevo modelo de Estado constitucional de derecho, que se configura sobre la base del constitucionalismo contemporáneo, el control de constitucionalidad abarca tres ámbitos importantes: a) el control normativo, es decir, el control de la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales, sean éstas las expedidas por el órgano Legislativo como leyes, o las expedidas por el órgano Ejecutivo como Decretos que reglamentan las leyes; b) el control tutelar para la protección de los derechos humanos positivados por la Constitución como derechos

fundamentales, restableciéndolos en los casos en que sean restringidos o suprimidos de manera ilegal o indebida; y, c) el control del ejercicio del poder político, preservando el respeto del principio de la separación de funciones o la división del ejercicio del poder político, en su sentido vertical o territorial como en su sentido horizontal, resolviendo los conflictos de competencia que se suscitan entre los diferentes órganos del poder público, así como entre los diferentes niveles de gobierno. (*Ibid.*: 16-17)

El control de constitucionalidad, conforme a lo citado, comprende tres ámbitos en los cuales tiene incidencia, para esta investigación, sin embargo, se hace énfasis en el primero de estos ámbitos, es decir, el control normativo. Cuando se escribe sobre este ámbito de control de constitucionalidad, se señala que las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico, son sometidas a un control de regularidad con referencia a su norma superior, terminando en el vértice de este ordenamiento jurídico, que resulta ser la Constitución.

Así también, Kelsen (2001) manifiesta sobre las formas por las cuales una norma puede ser irregular, señalando lo siguiente:

(...) Por consiguiente, una ley, puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad de procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución; es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala.

Es por ello que distingue frecuentemente la inconstitucionalidad formal de la inconstitucionalidad material de las leyes. Sin embargo, esta distinción no es admisible sino con la reserva de que dicha inconstitucionalidad material no es, en última instancia, más que una inconstitucionalidad formal en el sentido de que una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional. (...) (p. 23)

En otros términos, una ley, puede ser inconstitucional en razón a una irregularidad en el procedimiento de su confección, o debido a que el contenido de esta norma, contravenga los principios o direcciones prescritos en la Constitución, excediendo de cualquier forma los límites establecidos en la norma suprema.

En párrafos precedentes, se había indicado que la inconstitucionalidad podría ser formal o sustancial (material), esta distinción también la identifica Kelsen, sin embargo, involucra en esta distinción una reserva. Una inconstitucionalidad material, dejaría de serlo en última instancia, en el caso de que esta sea votada como ley constitucional. Es precisamente ante esta reserva que algunos de los tratados internacionales encuentran cabida en el ordenamiento jurídico de un Estado, cuando estos instrumentos internacionales, merecen un respaldo constitucional o supraconstitucional en su incorporación. Por último, corresponde considerar que dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, pueden existir normas que cuenten con un carácter supraconstitucional, esta posibilidad será analizada con posterioridad.

Ahora bien, la inconstitucionalidad de una norma, puede ser directa, cuando se trata de leyes y normas de ejecución directa de la Constitución. Por otro lado, la inconstitucionalidad de una norma, también puede ser indirecta, cuando la norma cuestionada, está destinada a la ejecución de otras normas. Al respecto, Kelsen sobre la constitucionalidad directa e indirecta, señala lo siguiente:

Por otro lado es necesario subrayar que la inconstitucionalidad directa no siempre puede distinguirse netamente de la inconstitucionalidad indirecta, porque entre estos dos tipos pueden insertarse ciertas formas mixtas o intermedias. Así sucede por ejemplo, cuando la Constitución autoriza inmediata y directamente, a todas las autoridades administrativas, o a algunas de ellas, a dictar reglamentos dentro de los límites de su competencia y asegurar la ejecución de las leyes que

deben aplicar. Estas autoridades obtienen su poder reglamentario de la propia Constitución. Pero aquello que deben ordenar; es decir, el contenido de sus reglamentos, está determinado por las leyes que se encuentran entre éstos y la Constitución. (...) (*Ibíd.*: 28)

El poder reglamentario, verbigracia, que tiene la o el presidente del Estado de dirigir la política exterior, suscribir tratados internacionales, nombrar servidores públicos diplomáticos y consulares; se encuentra determinado por las leyes referentes a estas atribuciones, y la Constitución. En ese sentido, existen normas que pese a no ser inmediatamente inferiores a la Constitución, de acuerdo a su jerarquía, pueden ser sometidas a un control de constitucionalidad, resultando una excepción a la distinción previamente expresada, es decir a la garantía de legalidad y la garantía de la Constitución.

Así también, se puede dar el caso que se someta a un control de constitucionalidad, un acto o norma jurídica que no sea inmediatamente inferior a la Constitución, así como se señala en lo siguiente:

(...) cuando la Constitución señala principios relativos al contenido de las leyes, verbigracia, en un catálogo de derechos fundamentales. Los actos administrativos hechos en aplicación de estas leyes pueden ser inconstitucionales, en un sentido distinto del que tiene todo acto administrativo ilegal. (...) (*Ibíd.*: 29)

En este caso, el control de constitucionalidad que se plantea realizar, deja el ámbito de control normativo, e ingresa al ámbito tutelar, de acuerdo a lo clasificado previamente. En ese entendido, esta situación sería la base de las acciones tutelares de defensa.

En esa misma línea, en lo cotidiano, pueden existir actos de ejecución realizados por autoridades, los mismos que no encuentren respaldo en ninguna disposición legal, quebrantando el principio constitucional de legalidad de ejecución, como se señala en lo siguiente:



El principio constitucional de la legalidad de la ejecución no sólo significa que todo acto de ejecución debe ser conforme con la ley, sino también y esencialmente, que puede haber actos de ejecución sobre la base de una ley; es decir, autorizados por una ley. Por consiguiente, si una autoridad estatal –tribunal o agente administrativo– realiza un acto sin alguna base legal, no es, propiamente hablando, un acto ilegal, en ausencia de una ley que permita apreciar su legalidad, sino “sin ley”, y como tal, inmediatamente inconstitucional. (*Ibíd.*: 30)

Al respecto, encuentra sentido la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad a ciertos actos de ejecución, los cuales al tener esta naturaleza, no se adecuan al ámbito de control de constitucionalidad normativo, al igual que en el caso precedente.

La justicia constitucional se basa en garantías de protección de la Constitución y, constituyen medios generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado sobre la regularidad de los actos estatales en general. En ese entendido, las garantías preventivas tienden a advertir la realización de actos irregulares. Por otro lado, las garantías represivas, reaccionan contra el acto irregular una vez realizado, y tienen la finalidad de impedir la reincidencia en el futuro, la de reparar el daño que se ha causado, la de hacerla desaparecer, y eventualmente, la de reemplazarla por un acto regular. Por último, señala que ambos elementos pueden estar unidos en una sola y misma medida de garantía (*Ibíd.*: 34-35). Asimismo, las garantías objetivas, que tienen al mismo tiempo un carácter represivo acentuado, son la nulidad o anulabilidad del acto irregular (*Ibíd.*: 36-38).

En relación a la nulidad o anulabilidad de un acto irregular, Kelsen (2009) manifiesta lo siguiente:

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma

válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia. (p. 125)

En caso de las leyes, estas deben su subordinación, normalmente a la Constitución, por lo cual la condición de validez de esta norma, se encuentra sometida a la norma suprema de un Estado. Así también, cabe resaltar que, solo las normas válidas pueden ser anulables y en el caso de no serlo son definitivamente válidas, a diferencia de una norma nula, ya que esta solo aparenta ser una norma, cuando no lo es. Esta referencia, es importante para los tratados internacionales, los cuales al ser validados por el derecho internacional, tienen la calidad de normas jurídicas, y que en la mayoría de los casos no pueden ser anulados, por lo cual terminan siendo también válidos en el derecho interno de los Estados.

Sin embargo, antes de ingresar a analizar el control de constitucionalidad de tratados internacionales, corresponde previamente profundizar lo que involucra la anulabilidad y nulidad de una norma, como parte del control de regularidad. Al respecto, cabe precisar lo siguiente:

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida “declaración de nulidad” la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto. (*Ídem*)

Sobre el particular, se asienta la idea de que no existe nulidad de una norma, sino por el contrario distintos grados de anulabilidad de estas normas. Asimismo, establece la necesidad de que sea un órgano diferente al creador de la norma, para que realice este control. Las normas, son válidas hasta que estas son sometidas a su anulación por el órgano diferente al responsable de la norma, constituyendo un acto constitutivo, debido a que si este órgano, no anula la norma en cuestión, esta se mantiene válida y vinculante.

Sobre este criterio Kelsen (2001) realiza la siguiente disquisición señalando que la nulidad significa que un acto, especialmente un acto estatal, no es 'objetivamente' un acto jurídico, al ser irregular por no responder a las condiciones que le prescribe una norma jurídica de grado superior. En ese sentido, a ese acto nulo, le falta de antemano el carácter jurídico, por lo cual resulta innecesario retirarle por medio de otro acto jurídico su cualidad usurpada de acto jurídico, no obstante, en el caso de que requiera un nuevo acto, pues esa norma no sería nula, sino anulable. Sin embargo, la nulidad tomada en consideración para los actos inmediatamente subordinados a la Constitución, en cierto sentido es también una garantía de la Constitución.

Asimismo, señala que ni los súbditos ni las autoridades públicas, deben considerar como ley, a todo acto que se intitule de esa forma, pues puede haber indiscutiblemente, actos que de leyes solo tienen la apariencia. Para definir por medio de una teoría general, el límite que separa el acto nulo y el acto viciado, se debe recurrir al derecho positivo, sin embargo, generalmente no lo hace, o al menos, no conscientemente ni de manera precisa. Normalmente el derecho positivo deja el cuidado de responder a esta cuestión a la autoridad llamada a decir cuando algún sujeto, rehúsa obedecer la norma cuestionada, al considerarla como una falsa ley, no obstante, al realizarse de esa forma, y al requerir la actuación de una autoridad, esa norma sale de la esfera de la nulidad absoluta e ingresa al ámbito de la anulación (pp. 36-41). En cambio, en lo que respecta a los

tratados internacionales, la autoridad nacional llamada por el derecho positivo a decidir sobre la naturaleza esta norma, solo generará efectos dentro del derecho interno, reservándose para el derecho internacional otra autoridad reconocida por ese derecho.

La anulabilidad por otro lado, diferenciada de la nulidad debido a la tendencia de que las normas jurídicas, sean tratadas como válidas y obligatorias hasta la participación de una autoridad que se encargue de extraerla del ordenamiento jurídico. A ese respecto, en su citada obra, Kelsen nos señala que la anulabilidad de un acto irregular significa la posibilidad de hacer desaparecer sus consecuencias jurídicas, la anulación contiene diversos grados en cuanto a su alcance, así como en cuanto a su efecto en el tiempo. La anulación, desde el primer punto de vista, puede limitarse a un caso concreto, cuando se refiere a una norma general, se mantiene limitada al caso concreto, cuando las autoridades que deberían aplicar la norma, pueden o deben rehusarse a aplicarla a un caso concreto, cuando la consideren irregular, pudiendo resolver el caso, como si esa norma no estuviera en vigor, no perdiendo su validez para otros casos y otras autoridades. Sin embargo, por regla general, las autoridades están lejos de poseer tan amplios poderes de control, limitándose a lo mucho, a verificar la regularidad de la publicación (*Ibíd.*: 42-44). En el caso boliviano, lamentablemente en la práctica, las autoridades administrativas y principalmente las autoridades jurisdiccionales, ejercen esa poder de inaplicar una norma, por considerarla inconstitucional, sin que previamente haya sido declarada su irregularidad.

El proceso de control de regularidad de las normas y actos del Estado, y en este caso también la atribución de declarar la anulabilidad de las normas irregulares, se debe encomendar a una autoridad competente, como señala a continuación:

(...) La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos. Pero si se resuelve en confiar este control a una autoridad única,

entonces es posible abandonar la limitación de la anulación para el caso concreto en favor del sistema de la anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma hubiera tenido que ser aplicada. Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a una instancia central suprema. (*Ídem*)

Bajo esta propuesta, se concluye que Kelsen propugna un modelo de control concentrado, debido a que el control de regularidad, debe ser realizado por una instancia central suprema, no previendo la posibilidad de que las autoridades jurisdiccionales en general realicen este procedimiento para casos en concreto. En el Estado boliviano, como se tiene precisado, se ha decidido adoptar en la práctica ambas propuestas de control, resultando en un confuso control de regularidad de normas y actos del Estado.

En el caso de los tratados internacionales, conforme a lo que se señala en los siguientes puntos, el control debe ser realizado por ese órgano supremo y central. Estas normas del ordenamiento jurídico, son vinculantes para los Estados que decidieron ser parte de estos instrumentos internacionales, y en tal sentido, la decisión también obliga a los sujetos que intervienen en el ordenamiento jurídico del Estado. Asimismo, en el caso de que se optare por permitir que se anule estas normas internacionales en casos concretos, además de la confusión que generaría, también a la larga podría generar responsabilidades del Estado frente a la sociedad internacional.

En cuanto al alcance temporal de la anulabilidad, el autor precisa lo siguiente:

En cuanto a su alcance en el tiempo la anulación puede limitarse al futuro o, por el contrario, extenderse igualmente al pasado, es decir, con o sin efecto retroactivo. (...) El ideal de la seguridad jurídica exige que, en general, no se atribuya efecto alguno a la anulación de una norma general irregular más que *por futuro*, es decir, a partir de la anulación (...) (*Ídem*)

Si bien puede darse el caso que la anulación pueda ser retroactiva, sin embargo, conforme lo señalado, tal decisión resultaría lesionar la seguridad jurídica, que es responsabilidad de cada Estado. En lo que respecta a los tratados internacionales, de ninguna forma se podría disponer anular un tratado internacional de forma retroactiva; tomar esta decisión, además de lesionar la seguridad jurídica del Estado, también sería pasible a responsabilidad internacional.

El control de constitucionalidad, como se tiene precisado, resulta ser una acción política, que tiene como finalidad, garantizar la primacía de la Constitución, involucrando la revisión de actos o decisiones de otros órganos de poder. Al respecto, cuando se refiere a la anulabilidad de actos y normas generadas por órganos de poder, Kelsen señala la organización técnica de la anulación de un acto, tomando en cuenta el carácter más problemático de la distinción entre jurisdicción y administración, la invocación de la separación de poderes tiene en este caso tanto valor como la de 'soberanía' del órgano. Sin embargo, estos argumentos juegan, por otro lado, un papel particular en la cuestión de las garantías de la Constitución. En el argumento de la soberanía del órgano o de que la separación de poderes debe salvaguardarse, se inobserva la necesidad de anular los actos irregulares, dejando esta responsabilidad al mismo órgano que ha emitido el acto, sin conceder a los interesados más que el derecho de hacer una demanda de anulación desprovista de fuerza obligatoria o en su caso habilitando un procedimiento ante el órgano emisor del acto impugnado, para que este sustancie la solicitud, dejando certeza de que la única obligación que tendría este órgano, sería únicamente la de recibirlo, pero de ninguna forma a anularlo.

La garantía de la constitución, solo existe cuando la anulación del acto impugnado, es pronunciada inmediatamente por un órgano completamente diferente e independiente de aquel que ha realizado el acto irregular. En ese sentido, se recuerda dos tipos de anulación clasificada según el órgano que lo realiza, el primero involucra que la anulación sea realizada dentro del mismo

órgano y por una autoridad superior, la segunda en cambio resulta cuando esta es realizada por una autoridad de otro órgano. En el primer tipo, verbigracia, cuando se realiza en sede administrativa, un recurso jerárquico para revisar el acto impugnado. En el segundo tipo, verbigracia, involucra cuando un acto administrativo, es sometido a proceso contencioso administrativo en sede judicial. En este caso, lo que se sugiere es que si existen situaciones en el espectro jurídico de un Estado, por medio del cual un órgano se involucra en controlar los actos de otros órganos de poder.

La anulación del acto irregular, sugiere la cuestión de la posibilidad o no, del remplazo por un acto regular. Suele darse el caso en que la autoridad competente en realizar el control, pueda además de disponer la anulación, remplazar el acto anulado, por un acto regular. En cambio, la posibilidad de remplazo, es reservada usualmente por la autoridad encargada de emitir el acto, conforme a sus atribuciones (*Ibíd.*: 45-48). Sin duda alguna, es recomendable que se decida optar por la segunda alternativa, principalmente en el caso de tratados internacionales, debido a que requieren respaldo constitucional en el reconocimiento de sus atribuciones, para avocarse a realizar estos actos que requieren un mínimo de apoyo técnico en derecho internacional.

La opción de que el mismo órgano que realiza el acto, sea el encargado de verificar sobre la regularidad de este, resulta bastante criticado por Kelsen, quien al momento de referirse sobre el principal órgano encargado de emisión de normativa jurídica para un Estado, es decir el legislativo, señala lo siguiente:

No existe hipótesis de garantía de la regularidad, en donde se pudiera, más que en la de la garantía de la Constitución, estar tentado a confiar la anulación de los actos irregulares al mismo órgano que los ha realizado. Y, ciertamente, en ningún caso este procedimiento estaría más contraindicado; puesto que la única forma en la que se podría ver, en una cierta medida, una garantía eficaz de la

constitucionalidad –declaración de la irregularidad por un tercer órgano y obligación del órgano autor del acto irregular de anularlo– es aquí impracticable porque el Parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de manera eficaz. Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional. (...)

No es pues el Parlamento mismo con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales –esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional–. (*Ibíd.*: 51-52)

Kelsen (2002) es bastante elocuente en su posición, la misma que la reafirma en otra de sus obras, propugnando lo referido previamente. En la obra *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, señala lo siguiente:

I. «Defensor de la Constitución» significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general de una «garantía» de la Constitución. Dado que ésta es un ordenamiento, y como tal, cuanto a su contenido, un conjunto de normas determinadas, la «violación» de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución (...) Como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumplirla. (...) Los órganos de los que tales violaciones pueden provenir son órganos constitucionales directos y están bajo el control de la Constitución. (pp. 3-4)

El axioma que nos propone Kelsen, no solo desestima la posibilidad de que el control de constitucionalidad como garantía constitucional, sea llevado a efecto por parte del órgano generador del acto; sino que también identifica a los órganos y autoridades que serían los responsables del acto sometido a anulación por presumirse inconstitucional. Los órganos que se



encuentran sometidos directamente a la Constitución, son los órganos que sus actos deberían ser sometidos a este análisis constitucional por un tercer órgano, constituido exclusivamente para ese fin. Al respecto, realizar esta función que incipientemente se lo reconoce exclusivamente en la esfera jurídica, puede ingresar a ciertas funciones políticas de la Constitución, como se indica en el siguiente texto:

(...) La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del *poder*. Garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos. Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquella, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que: nadie puede ser *juez de su propia causa*. (*Ibíd.*: 5)

A ese respecto, pese que el modelo de control de constitucionalidad que se tiene en los Estados Unidos de América, es diferente al que propone Kelsen, el principio jurídico que hace referencia, es decir ‘nadie puede ser juez de su propia causa’, es recogido en los comentarios a la Constitución norteamericana, realizados por Hamilton en *El Federalista* citado por Rivera (2011), quien señala que el Legislativo no es el más indicado para revisar sus propios actos, e indica:

(...) “*si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser éste presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como*

*un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad". (p. 31)*

Cuando se somete a crítica las atribuciones del Órgano Judicial, se identifica que estas son establecidas en la misma norma suprema de cada Estado. Es decir, en una Constitución democrática, la decisión de establecer un órgano encargado de arrogarse la facultad de solucionar las controversias suscitadas en el Estado, es decisión del mismo pueblo que ha decidido aprobar esa norma suprema. Sin embargo, se puede observar que el Órgano Judicial, tampoco resulta ser el órgano idóneo para realizar el control de regularidad con relación a la Constitución, esto debido a que, este mismo también con sus actos puede incurrir en realizar actos irregulares, con relación a la norma suprema. Es decir, el principio citado por Kelsen, que refiere: 'nadie puede ser juez de su propia causa', es aplicable también, cuando se hace referencia al Órgano Judicial, por lo que sigue incólume la propuesta de un órgano independiente, cuya finalidad sea exclusivamente, garantizar la supremacía constitucional.

En relación a los tratados internacionales, como se revisará más adelante, dentro de la regulación interna de un Estado, la participación de los órganos de poder es alternativa y en otros casos necesaria. El órgano de poder que conforme a sus atribuciones constitucionales, participa necesariamente en la celebración de todos los tratados internacionales, es el Órgano Ejecutivo, sin embargo, en otros casos también participa el Órgano Legislativo para la aprobación (o ratificación como señala la Constitución) de los tratados que lo requieran. El Órgano Electoral, verbigracia, puede involucrarse en la celebración de tratados, cuando estos instrumentos internacionales requieran ser aprobados por un proceso electoral, conforme lo establecido en la Constitución. Es decir, los órganos de poder referidos, pueden ser sometidos a un control de constitucionalidad, en relación a sus actos realizados en su participación en la celebración de estos instrumentos

internacionales, por lo cual, la opción de que estos órganos realicen un control de sus mismos actos, no sería la mejor opción en aras de velar por la supremacía constitucional.

Sobre la jurisdicción constitucional como garantía de la Constitución, en su tiempo surgieron algunas objeciones, los cuales se acogieron a la hipótesis de que esta modelo iría contra principio de separación de poderes, ampliamente aceptado por los Estados. Kelsen (2001), agrupó esta postura en dos objeciones intrínsecamente relacionadas, y señaló lo siguiente:

A este sistema se dirigen, habitualmente, ciertas objeciones. La primera es, naturalmente, que tal institución sería incompatible con la soberanía del Parlamento. Pero –abstracción hecha de que no puede tratarse de la soberanía de un órgano estatal particular, la soberanía pertenece a todo el orden jurídico– este argumento se desploma sólo por el hecho de que debe reconocerse, que la Constitución regula el procedimiento de legislación exactamente de la misma manera en que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y el de las autoridades administrativas; que la legislación se encuentra subordinada a la Constitución absolutamente de la misma forma en que lo están a la legislación, la jurisdicción y la administración, y, por tanto, que el postulado de la constitucionalidad de las leyes es, teórica como técnicamente, idéntica por completo al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración. (p. 52-53)

Asimismo, se puede emplear la misma abstracción, al momento analizar sobre exclusividad en dirigir la política exterior y la suscripción de tratados internacionales, establecida como atribución del Órgano Ejecutivo. En esa línea, se colige que el Estado es uno solo, por ese motivo, los actos que puedan realizar cualquiera de sus órganos de poder, generan efectos y obligaciones para todo el Estado.

En lo que respecta a la segunda objeción, señala Kelsen que esta se deriva del principio de separación de poderes. La anulación de un acto legislativo por un órgano distinto a este, constituiría

una supuesta invasión al dominio del legislativo. Sin embargo, el carácter problemático de esa afirmación aparece si se considera que el órgano al que se confía la anulación de estas leyes inconstitucionales, no ejercería propiamente una verdadera función jurisdiccional, involucrándose en la función legislativa. Cuando se hace referencia a las funciones jurisdiccionales, se señala que estas crean normas individuales, en cambio, en la jurisdicción constitucional, su función involucra anular una ley o norma jurídica, esto equivale a establecer una norma general, debido a que la anulación de una ley, tiene el mismo carácter de generalidad que su confección.

Aparentemente, lo señalado en el párrafo precedente, involucraría invadir las funciones legislativas, y con ello el principio de separación de poderes. Este principio, en una República democrática, ante las diferentes significaciones, sólo puede ser tomada en cuenta, razonablemente, aquella que, en lugar de una separación de poderes, indica una división de los mismos, esto involucra un reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para partir de un control recíproco de los unos sobre los otros. Esta división y control, no solo tiene la finalidad de impedir la concentración de un poder excesivo en las manos de un solo órgano, tornándose en una concentración antidemocrática; sino que también, para garantizar la regularidad del funcionamiento de diferentes órganos. La institución de la jurisdicción constitucional, no contradice con el principio de separación, sino que por el contrario, es una afirmación de éste.

Se debe distinguir entre la confección y la simple anulación de las leyes. La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación de las leyes, es característica de la legislación, en esta prácticamente no se presenta la anulación. El legislador y las leyes que crea, se encuentra únicamente vinculado a la Constitución, cuando cumple con su función de legislar; en cambio la función de legislador negativo, que ejerce la jurisdicción constitucional, se encuentra absolutamente determinada por la Constitución.

La composición y organización de la jurisdicción constitucional, depende de cada una de estas. Es importante también considerar que, se debe excluir de esta jurisdicción, a los miembros del Parlamento o del gobierno, debido a que precisamente sus actos los que deben ser controlados, se debe alejar a la jurisdicción constitucional de cualquier influencia política (*Ibíd.*: 53-58).

El control de constitucionalidad bajo el modelo *kelseniano*, como se ha señalado, no involucra la invasión de las atribuciones del Órgano Legislativo o cualquier otro órgano de poder, tampoco comprende desestabilizar el principio de separación de poderes. Se debe comprender que, al realizar el control de constitucionalidad, no se realiza un acto de decisión gubernamental, sino que se lleva a efecto la identificación de alguna posible irregularidad entre los actos o normas jurídicas, los cuales puedan ser contrarios a la Constitución. La jurisdicción constitucional, implica principalmente un análisis de fundamentos estrictamente jurídicos.

En lo que respecta al objeto del control de constitucionalidad, Kelsen, refiere que las leyes atacadas de inconstitucionales, conforman el principal objeto de la jurisdicción constitucional. Se debe someter al control de la jurisdicción constitucional a todos los actos que acusen forma de leyes, aún si sólo contienen normas individuales. Los actos del Parlamento, que conforme a la Constitución, tienen carácter obligatorio, por más que no revistan necesariamente forma de leyes, igualmente se deben someter a un control de constitucionalidad. De la misma forma, todos los actos que pretenden valer como leyes, pero que no lo son en razón de la falta de una condición esencial, que no involucre ésta en una causal de nulidad absoluta.

Así también, la competencia de la jurisdicción constitucional, también debe extenderse, a los reglamentos que tienen fuerza de ley, y que se encuentren inmediatamente subordinados a la Constitución. Los reglamentos derogativos de leyes, que tienen en la jerarquía de los fenómenos

jurídicos, el mismo rango que las leyes y que en ocasiones son llamados decretos-ley o reglamento con fuerza de ley; pueden ser sometidos al control de constitucionalidad (*Ibíd.*: 59:62).

Además de las normas señaladas que se encuentran directamente subordinadas a la Constitución y, que se constituyen como el objeto de la jurisdicción constitucional; existen otras normas que también tiene una relación jerárquica inmediata con relación a la Constitución. Los tratados internacionales, en el ordenamiento jurídico de los Estados, guardan una estrecha relación con la Constitución, como se señalará más adelante, un número de estos instrumentos internacionales, se encuentran subordinados a la Constitución, y por tal razón, estas no deben ser irregulares con relación a su norma superior.

En lo que respecta a la anulación de las normas que se encuentran ya abrogadas, se precisa lo siguiente:

Parece obvio que el tribunal constitucional sólo puede conocer las normas todavía en vigor al momento en que dicta su resolución ¿Por qué anular una norma que ha dejado de estar en vigor? Observando con atención esta cuestión se advierte, sin embargo, que es posible aplicar el control de constitucionalidad a normas ya abrogadas. En efecto, si una norma –en este sentido sólo las normas generales pueden ser tomadas en cuenta– abroga otra norma general sin efecto retroactivo, las autoridades deberán continuar aplicando la norma abrogada para todos los hechos realizados mientras se encontraba aun en vigor. (...) (*Ibíd.*: 70)

En ese criterio, se comprende el argumento por el cual se debe realizar el control de constitucionalidad de algunas normas que pudieren ya no encontrarse en vigor. Sin embargo, mismo argumento no se puede en los casos donde la jurisdicción constitucional se avoque a analizar la regularidad de un tratado internacional, debido a que la validez de estos instrumentos también se encuentra condicionada a otros órganos de carácter internacional.

Asimismo, para la anulación de una norma inconstitucional por la jurisdicción constitucional, se debe considerar el principio de *lex posterior*, cuando se trate de leyes anteriores a la Constitución y que la contradigan. Es decir, bajo el señalado supuesto, la Constitución que entra en vigor después de la ley irregular, la deroga conforme el señalado principio.

Sobre el particular, vale la pena preguntarse si se debería retirar la atribución de la jurisdicción constitucional, de declarar la anulabilidad expresamente de estas leyes anteriores a la Constitución y que la contradigan. Al mantener la señalada atribución al tribunal constitucional, equivaldría a retirarle a la Constitución, su fuerza derogatoria frente a las leyes anteriores. (*Ibíd.*: 70:72)

A ese respecto, se identifica dos supuestos, el primero, refiere a cuando la nueva Constitución es contraria a la ley anterior, esta norma suprema cuenta con un efecto derogatorio de la ley irregular, bajo el principio de *lex posterior*. El segundo supuesto, surge cuando por algún motivo no es posible aplicar el señalado principio, surgiendo la necesidad de que la anulación sea realizada de forma expresa por una autoridad del Estado, sin embargo, no es prudente dejar que el órgano que creó la norma cuestionada, sea el que deba corregir la irregularidad con la Constitución, conforme lo expresado *ut supra*, reservándose esta atribución de la jurisdicción constitucional.

En lo que respecta a los tratados internacionales, en la Constitución boliviana, se ha determinado que el procedimiento para la desvinculación a uno de estos instrumentos internacionales, es atribución del Órgano Ejecutivo. Sin perjuicio de aquello, como se tiene señalado, es atribución de la jurisdicción constitucional determinar cuándo una norma se encuentre en contradicción con la Constitución, siendo el tribunal constitucional el defensor de esta norma suprema. Al respecto, sobre la calidad de supremo interprete de la Constitución, García Belaunde (2003) señala lo siguiente:

(...) resulta inevitable que el Tribunal sea el supremo intérprete; el último definidor de la situación, nos guste o no nos guste. Lo estamos viendo recientemente, y aunque no se diga: eso es lo que existe. He dicho supremo; no he dicho el mejor, ni el más acertado. Pero espero que lo sea. (p. 118)

La jurisdicción constitucional como supremo intérprete de la Constitución, surge desde los fundamentos que planteó en su oportunidad Kelsen, y que fue identificado como modelo *kelseniano*. Sobre el tribunal constitucional, que resulta ser la institución llamada a realizar el control de constitucionalidad, bajo el señalado modelo, se precisa lo siguiente:

El TC se ocupa de la defensa de la Constitución, el más importante por cierto, porque es una garantía permanente y no extraordinaria como la reforma. Su función fundamental es asegurar el cumplimiento, la vigencia efectiva de las normas constitucionales, hacer respetar sus mandatos, y garantizar su observancia por parte de todos los poderes públicos. Nació concretamente con un objetivo definido: el control de constitucionalidad de las leyes, y, por tanto, como un instrumento o técnica para hacer efectiva la supremacía normativa de la Constitución sobre la ley (supralegalidad hasta entonces proclamada pero no garantizada en la práctica). (Herrera, 2019: 503)

A la CPE (2009), se le ha otorgado la calidad de norma suprema del ordenamiento jurídico de un Estado. Sin embargo, este carácter supremo, hasta antes de la implantación de jurisdicción constitucional, era meramente declarativo, y no se materializaba en una efectiva supremacía constitucional. Está claro que la principal finalidad de la jurisdicción constitucional, es velar por la supremacía de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad bajo los tres ámbitos desarrollados *ut supra*.

La jurisdicción constitucional de un Estado, para cumplir con su axiomática misión, debe gozar de independencia, al igual que cualquier otro órgano. A ese respecto, Kelsen (2002)



refiriéndose al fundamento de que el Presidente del Reich, sea el defensor de la Constitución, como habría planteado Carl Schmitt, señala lo siguiente:

(...) una *jurisdicción constitucional*, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un *Tribunal independiente*. Éste funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del Gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada. (...) (pp. 14-15)

Es decir, la independencia de la jurisdicción constitucional, está subordinada a la naturaleza de sus atribuciones. La función que tiene el tribunal constitucional, de controlar la regularidad de aquellos actos que pudieren ser contrarios a la Constitución, realizados por los órganos de poder reconocidos por esta norma suprema. Para respaldar a la jurisdicción constitucional, su posibilidad de ejercer la función de control de constitucionalidad, por actos de competencia de otros órganos de poder, y desechar la idea de que el tribunal constitucional sea una institución antidemocrática, así se precisa lo siguiente:

(...) ¿Por qué razón un Tribunal constitucional puede ser un defensor antidemocrático de la Constitución, menos democrático que el jefe de Estado? El carácter democrático de un Tribunal constitucional, lo mismo que el del jefe de Estado, no puede depender sino sólo del modo de su designación y de su situación jurídica. No hay obstáculo alguno, si se quiere constituir ese Tribunal democráticamente, que hacerlo elegir por el pueblo lo mismo que al jefe de Estado, y dar el carácter de funcionarios de profesión a sus miembros no menos que al jefe de Estado; aun cuando pueda dudarse de si este modo de creación del órgano y de su calificación sea oportuno para la función del organismo. Tales consideraciones se plantean también en relación con el jefe de Estado. En

cualquier caso, no puede afirmarse que un Tribunal no puede estructurarse tan democráticamente como cualquier otro órgano. (...) con el hecho de que un Tribunal constitucional, elegido por el pueblo o sólo por el Parlamento representa algo totalmente distinto de una «aristocracia de la toga», a la manera del Tribunal Constitucional Austriaco, de acuerdo a la Constitución de 1920. (...) (*Ibid.*: 72-73)

Como se citó, si se quiere abordar la idea de que la jurisdicción constitucional, sea antidemocrática debido a que la composición de los miembros del tribunal por no ser realizada de la misma forma de cómo se conforma los otros órganos del Estado, se debe considerar que la jurisdicción constitucional es compuesta de forma democrática, ya sea directamente por medio del sufragio, o indirectamente por medio del legislativo del Estado. El Tribunal Constitucional austriaco, es conformado por nombramiento de autoridades del Estado, entre los magistrados, funcionarios administrativos y catedráticos de las Facultades universitarias de Derecho y Ciencias Políticas.

La configuración de la jurisdicción constitucional, debe ser especializada, idónea y eficaz; resultando que estas también resulten ser definitivas y no revisables por otros órganos de poder. En lo que respecta a las facultades decisorias del órgano de control, como requisito o condiciones para la existencia del control de constitucionalidad, Rivera (2011) al respecto, indica lo siguiente:

(...) Ello supone básicamente lo siguiente: el primer lugar, no sólo que la Constitución y la Ley Orgánica que regule su organización y funcionamiento le reconozcan esta capacidad decisoria, sino, y fundamentalmente, que los jueces que la integran asuman la firme convicción de que deben resolver las controversias constitucionales sometidas a su competencia adoptando decisiones firmes y sólidas sobre el fondo mismo del proceso, sin rehuir la responsabilidad acudiendo a vicios o defectos formales en que aparentemente hubiesen incurrido las partes; en segundo lugar, que las decisiones adoptadas por la jurisdicción constitucional sean definitivas, no susceptibles de revisión

por otros órganos constitucionales del Estado, lo que significa que esas decisiones serán mandatos expresos no meramente indicativos, de cumplimiento obligatorio para todos los gobernantes y gobernados, y que la jurisprudencia contenida en esas decisiones tenga fuerza vinculante; y, en tercer lugar, si la controversia constitucional versa sobre la incompatibilidad o inconformidad de una disposición legal ordinaria con la Constitución, la decisión adoptada por la Jurisdicción Constitucional que declara la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada debe tener un efecto general o *erga omnes*, de manera que sea expulsada del ordenamiento jurídico. (p. 21)

En lo que respecta al control de constitucionalidad de tratados internacionales, para que proceda la desvinculación del Estado producto de una declaratoria de inconstitucionalidad, necesariamente, previo a la emisión de la sentencia, se debería pedir un informe al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que este informe sobre la procedencia y procedimiento de una desvinculación a un tratado internacional, del cual el Estado es parte.

En los Estados federados o compuestos, la jurisdicción constitucional también tiene incidencia sobre este tipo de Estados, controlando las relaciones entre los gobiernos subnacionales, entre sí y con el gobierno central. Sobre las funciones de la justicia constitucional, corresponde precisar lo siguiente:

Puede observarse, sin embargo, tomando en cuenta la oposición de interés característico del Estado federal entre la Federación y los Estados-miembros, y la necesidad particularmente fuerte de una instancia decisiva, y por así decidir, arbitral que funcione como órgano de la comunidad formada por colectividades jurídicas coordinadas: la Federación y los Estados-miembros, que la cuestión de la competencia que deba acordarse a un tribunal constitucional no se presenta exactamente del mismo modo que en un Estado unitario centralizado, y así, podría perfectamente pensarse en confiar a un tribunal constitucional federal el control de actos administrativos individuales, pero

exclusivamente en cuanto a su conformidad con las reglas constitucionales de competencia. (...)  
(Kelsen, 2001: 104)

Bajo ese criterio, lo que se comprende es precisamente el tercer ámbito del control de constitucionalidad que hace la jurisdicción constitucional, es decir el ámbito competencial. Este control de constitucionalidad, no solo puede ser ejercido en Estados federados, sino que resulta también necesario y aplicable para el resto de los Estados compuestos.

Precedentemente se ha señalado como requisito para el control de constitucionalidad, la rigidez de la Constitución. A ese respecto, Rivera (2011) indica que según la doctrina del Derecho Procesal Constitucional, un presupuesto jurídico o condición esencial para la existencia del control de constitucionalidad de las leyes y los actos estatales, es que la Constitución sea rígida total o parcialmente, ubicando a esta norma en la cima de la jerarquía normativa del Estado, pudiéndose reformar por mecanismos y procedimientos extraordinarios y especiales diferentes a los que se aplicarían en la reforma de una ley ordinaria. En ese entendido, la Constitución, sería Ley suprema porque se coloca por encima de toda otra norma legal; es fundamental, bajo el argumento de que, tanto las disposiciones legales ordinarias emanadas de otros órganos de poder, tienen su fuerte legitimación y fundamento en las normas de la Constitución. Como se había señalado, esta norma suprema, se constituye en el mejor instrumento de limitación del poder público, estableciendo un sistema de valores supremos, principios fundamentales, así como los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas; de la misma forma, establece las competencias y atribuciones de los órganos de poder del Estado, previendo la rigidez en cuanto a su modificación o reforma, además de encomendar la labor de jurisdicción constitucional constituida por un Tribunal o Corte Constitucional (pp. 17-18).

Ahora bien, la Constitución, en este modelo de control de constitucionalidad, se distingue porque los derechos reconocidos en esta norma suprema, son directamente aplicables. Sobre el derecho de los particulares para solicitar el control de constitucionalidad, la legitimación activa reconocida a los ciudadanos como un derecho de acceso al control, es irrestricta a las personas que desean solicitar la tutela de sus derechos fundamentales o garantías constitucionales, frente a los actos, resoluciones u omisiones ilegales o indebidas que los restringen o suprimen (*Ibíd.*: 21). Estos actos, realizados por las autoridades del Estado, además de poder ser ilegales o indebidas, constituyen también, una irregularidad dentro del Estado constitucional de derecho.

En lo que respecta al acceso a la justicia constitucional para los ciudadanos de un Estado, existen posiciones contrapuestas en el ámbito del control normativo, toda vez que, una posición se sustenta en que la legitimación activa, sea amplia e irrestricta. En cambio la posición restringida, se sustenta en que la legitimación irrestricta daría lugar a que se traslade el debate político, desnaturalizando el sistema de control de constitucionalidad, además de generar un congestionamiento de causas (*Ídem*). Sin embargo, sea la posición irrestricta o la restringida, el control normativo es necesario en un Estado constitucional de derecho.

En definitiva, el modelo *kelseniano* de control de constitucionalidad, encuentra su lugar en un Estado constitucional de derecho, resultando este sistema de control en una importante medida para precautelar la supremacía de la Constitución y la regularidad del ordenamiento jurídico del Estado. El ámbito del control normativo, bajo este modelo, involucra precisamente una garantía de la Constitución, este que puede resultar en un control previo o preventivo, y por otro lado, un control posterior o correctivo. El objeto de la presente investigación, como se ha explicado, es determinar la forma por la cual se cumpliría con el principio de supremacía constitucional, con relación a tratados internacionales vigentes y vinculantes, esto involucra la realización de un

control posterior o correctivo, sobre estos instrumentos internacionales; en consecuencia, es necesario comprender lo que involucra este ámbito de control de constitucionalidad.

### ***2.2.3. Fundamentos del Control Posterior de Constitucionalidad***

El control de constitucionalidad, como se ha explicado, tiene la finalidad de preservar la regularidad de los actos y leyes de los órganos del Estado, para con la Constitución. Al respecto, sobre el criterio de la jurisdicción constitucional, en el ejercicio de su control, así como las reglas que se debe seguir como base de sus decisiones, se debe considerar lo siguiente:

(...) La respuesta a esta cuestión depende, en gran parte, del objeto del control. Es evidente que para los actos inmediatamente subordinados a la Constitución, es su constitucionalidad, y para los actos que no le están más que mediatamente subordinados es su legalidad la que debe ser controlada, o más generalmente, es la conformidad de un acto a las normas de grado superior lo que debe ser verificado. Es igualmente evidente que el control debe comprender el procedimiento según el cual ha sido elaborado el acto, así como su contenido, si las normas de grado superior contienen disposiciones sobre el particular. (Kelsen, 2001: 73)

En resumen, el control de regularidad de los actos o normas del ordenamiento jurídico, necesariamente bajo el ámbito normativo, será sobre la norma inmediatamente superior. Asimismo, el control de constitucionalidad normativo, involucra el control de las normas directamente infraconstitucionales, tanto en el procedimiento de su elaboración, así como el contenido de las mismas; sobre el particular, Rivera (2011) señala.

La contradicción o vulneración de la disposición legal con las normas de la Constitución puede tener un diverso origen. Así, una disposición legal cuyo contenido es absolutamente compatible con la Constitución, pudo haber sido elaborada desconociendo el procedimiento establecido para el efecto por las normas de la Constitución. De otro lado, una disposición legal elaborada y

sancionada conforme al procedimiento establecido por la Constitución, peor que contiene normas contrarias a los principios, preceptos o normas establecidas en ella. Finalmente, la no elaboración y aprobación de una disposición legal que desarrolle las normas de la Constitución respecto a un determinado tema, como los derechos fundamentales, puede constituirse en una conducta contraria a la Constitución. (p. 169)

En esa misma línea, Kelsen (2002), en su obra *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, refiere lo siguiente:

(...) La inconstitucionalidad de una ley puede consistir –como parece a primera vista– no sólo en que ha sido adoptada mediante un *procedimiento* no prescrito por la Constitución, sino que también puede tener un *contenido* que no debería tener según la Constitución; en la medida en que precisamente la Constitución no sólo regula los procedimientos de la legislación, sino que también determina de alguna manera el contenido de las futuras leyes (...) la evaluación de la constitucionalidad de una ley por parte de un Tribunal constitucional implica una respuesta a la cuestión de si la ley *ha sido dictada de acuerdo con la Constitución* (...). (pp. 24-25)

Como se tiene señalado, el control de constitucionalidad en el ámbito normativo, se lo realiza sobre el procedimiento de creación o aprobación de una norma. Los Estados Constitucionales de derecho, reservan para su norma suprema, el procedimiento por el cual se va a incorporar al ordenamiento jurídico, una nueva norma, o al menos lo hace sobre las normas directamente subordinadas a la Constitución; con la finalidad constituirse como una limitación del ejercicio del poder público, además de servir como instrumento de cumplimiento de los valores supremos y principios fundamentales del Estado. Los procedimientos y formalidades de producción normativa, que establece la Constitución, cumplen con la señalada finalidad, estableciendo filtros de control preventivo de regularidad de las normas, así como brindar un

respaldo democrático a las mismas; es decir, estos procedimientos y formalidades, determinan la legitimidad de estas normas, para su cumplimiento obligatorio por parte de la sociedad del Estado.

Así también, para que la Constitución cumpla con su finalidad previamente señalada, establece derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas; de la misma forma, establece las competencias y atribuciones de los órganos de poder del Estado. En ese sentido, se requiere también que, el control de constitucionalidad en el ámbito normativo, sea no solo sobre el procedimiento, sino también sobre el contenido de las normas, en el sentido de que pueden existir normas en el ordenamiento jurídico, que puedan haber sido creadas observando correctamente el procedimiento, pero que pese a ello puedan resultar contrarias con la finalidad de la norma suprema del Estado. Un Estado Constitucional de derecho, no debe permitirse tener en su ordenamiento jurídico, normas irregulares, principalmente las que se encuentran directamente relacionadas jerárquicamente con la Constitución.

De acuerdo a la naturaleza jurídica de los tratados internacionales, se requiere un análisis de la jerarquía que tienen en el ordenamiento jurídico nacional del cual son parte, y también requieren, según el caso, un control de constitucionalidad en el ámbito normativo. El control de regularidad sobre el procedimiento de celebración de los tratados en el ámbito interno del Estado y su ingreso al ordenamiento jurídico boliviano, requiere un examen de compatibilidad con la Constitución, que conforme al modelo *kelseniano*, es atribución del Tribunal Constitucional. En lo que respecta al control del contenido del tratado internacional, el análisis también requerirá la participación de la justicia constitucional, quien es la institución constitucionalmente llamada a interpretar la Constitución. Sin embargo, es necesario considerar que, los efectos del control de constitucionalidad, pueden variar, si el mismo resulta ser preventivo, o en cambio, este sea



correctivo; sin influir que, este control sea sobre el procedimiento o el contenido de estos instrumentos internacionales.

A ese respecto, cabe distinguir entre ambos controles normativos, es decir entre el control preventivo, y el correctivo. En lo que respecta al primer tipo de control, es preciso señalar lo siguiente:

(...) al adelantar la verificación de la constitucionalidad de la ley o del tratado internacional al momento anterior a su promulgación o a su ratificación, permite evitar los efectos traumáticos de la anulación de una norma inconstitucional aplicada durante un periodo más o menos largo, periodo en que su aplicación podría dar lugar a perjuicios quizás de imposible reparación. (Moderne, 1993: 147 citado en Rivera, 2011: 156)

La relevancia del control preventivo, también denominado control *a priori*, radica en evitar efectos traumáticos de la anulación de una norma inconstitucional, como puede suceder con el control correctivo. El control preventivo en el ámbito del control normativo de constitucionalidad, resulta en el análisis de la jurisdicción constitucional de las normas jurídicas que aspiran a ingresar al ordenamiento jurídico del Estado, con la finalidad de precautelar la regularidad del mismo y velar por la supremacía constitucional.

En lo que respecta a los tratados internacionales, la posibilidad de realizar un control previo de constitucionalidad, se encuentra expresamente reconocida en la Constitución boliviana (2009) en el numeral 9 del Artículo 202. Realizar este control preventivo con relación a estos instrumentos internacionales, resulta ser lo más conveniente para precautelar la jerarquía normativa y la supremacía constitucional, sin embargo, la posibilidad de que este control sea suficiente para cumplir con esa finalidad, resulta limitada. En el ordenamiento jurídico ya existen o pueden existir tratados internacionales, que terminen resultando irregulares para con la Constitución, verbigracia,

por ser tratados internacionales anteriores a la Constitución, también por no existir un control preventivo y obligatorio, además de no considerar a aquellos tratados que por su naturaleza no requieran ratificación y su celebración es abreviada.

El control correctivo o *a posteriori* de constitucionalidad, en cambio, tiene la finalidad de corregir las irregularidades que se puede tener en el ordenamiento jurídico del Estado. Al respecto, Rivera, señala lo siguiente:

El control correctivo o a posteriori es un sistema a través del cual, el órgano competente realiza el control de las disposiciones legales en vigencia para establecer la compatibilidad o incompatibilidad de sus normas con las de la Constitución, con el objeto de sanear el ordenamiento jurídico del Estado, de manera que pueda anular y retirar del ordenamiento jurídico toda norma que sea contraria a los valores supremos, principios fundamentales, derechos fundamentales, preceptos y norma previstas en la Ley Fundamental del Estado.

Es control correctivo porque se ejerce una vez sancionada y puesta en vigencia la disposición legal, para que en caso de establecerse su incompatibilidad con la norma constitucional, se pueda corregirla por la vía interpretativa o anularla retirándola del ordenamiento jurídico. (*Ibíd.*: 161)

La jurisdicción constitucional en este tipo de control, tiene la finalidad de determinar la compatibilidad o incompatibilidad de las normas que se encuentran en el ordenamiento jurídico, con relación a la Constitución. El control de constitucionalidad correctivo, se torna importante, cuando este sana el ordenamiento jurídico, procurando que las normas no contradigan los valores supremos, principios fundamentales, derechos fundamentales, preceptos y normas previstas en la Constitución.

El tema de los tratados internacionales, motiva una disquisición particular, estas normas jurídicas que son vinculantes para el Estado y, por lo mismo también para su población; encuentran su sustento jurídico, no solo en el derecho interno del Estado, sino que principalmente tienen ese carácter vinculante, gracias al derecho internacional. Esto involucra que, para determinar la procedencia, procedimiento y efectos jurídicos del control *a posteriori* de constitucionalidad de estos instrumentos internacionales; se requerirá comprender además de los fundamentos teóricos que respaldan a la justicia constitucional y sus atribuciones, también sobre la relación jerárquica que tienen los tratados internacionales, en el ordenamiento jurídico del Estado.

El objeto del control correctivo o *a posteriori* de constitucionalidad, propugna lo que se había señalado en relación al ámbito normativo de control de constitucionalidad. Al respecto, Rivera señala al respecto, lo siguiente:

En ese contexto, el control correctivo de constitucionalidad tiene por objeto la verificación no sólo del contenido material de la disposición legal controlada, es decir, de si el contenido de la disposición legal es compatible con las normas de la Constitución o no, sino también implica una verificación de la forma y origen, es decir, de sus propias condiciones de validez. Ello significa que a través del control se verifica si en la aprobación de la disposición legal se dio cumplimiento al procedimiento previsto por la Constitución, además de si emana del órgano competente establecido por la norma constitucional. (*Ibíd.*: 163)

En la parte orgánica de la Constitución, se desarrolla básicamente la forma por la cual se va a organizar el Estado, además de la forma de ejecución del poder público. Las atribuciones y competencias que reciben los órganos de poder por parte de la norma suprema, tienen respaldo democrático, irradiando este carácter a los actos que puedan realizar estos órganos. Los actos y las normas que surgen conforme a lo señalado, son concebidos de acuerdo a las limitaciones al

ejercicio del poder público, además de servir como instrumento de cumplimiento de los valores supremos y principios fundamentales del Estado; cuando estos actos y normas jurídicas, no cumplen con el procedimiento estipulado por la norma suprema, o en su caso son realizados por autoridades cuya atribución no se encuentra otorgada por la Constitución.

El alcance del control correctivo o *a posteriori* de constitucionalidad, implica siempre un juicio relacional que busca determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales; ese juicio es posible realizarlo, si se establece previamente el significado de la norma legal, por lo que el Tribunal Constitucional no puede eludir la labor de interpretación de las normas legales (*Ídem*). En ese sentido, la Sentencia N° C-170 de 1995 de la Corte Constitucional colombiana, citada por Rivera señala sobre el control de constitucionalidad, lo siguiente:

*(...) “Esta Corporación debe advertir que la inconstitucionalidad de una norma jurídica corresponde siempre a una colisión entre ella y los preceptos fundamentales. Por tal razón, el juez constitucional no puede deducir esa oposición de situaciones futuras y eventuales que pudieran producirse por la aplicación de la norma examinada sino que está obligado a definir si ella en si misma se ajusta a la Constitución Política o si, por el contrario, la desconoce. En otros términos, su función no consiste en determinar la constitucionalidad de aquello que en concreto pueda o no hacerse en desarrollo de la disposición objeto de análisis, sino en confrontar el contenido de ésta con los mandatos de la Carta”. (Ibíd.: 164)*

A ese respecto, el Tribunal Constitucional, conforme a lo señalado, cuando se ocupe de analizar tratados internacionales en virtud del control de constitucionalidad, deberá tomar contacto en calidad de *amicus curiae*, a expertos y juristas especializados en relaciones internacionales, política exterior y diplomacia; para que los mismos asesoren al tribunal, sobre el significado jurídico que tiene investido el tratado internacional objeto de control. En esa línea, también deberá

solicitar informes a Cancillería, sobre el instrumento internacional sometido a control, y el procedimiento que ameritará la desvinculación del Estado a un tratado internacional, producto de una posible inconstitucionalidad.

Así también, la Sentencia N° C-149/93 de la Corte Constitucional de Colombia, señala lo siguiente:

*(...) “esta Corporación no tiene a su cargo la evaluación de si son convenientes, oportunos o benéficos los propósitos buscados por las normas que se someten a su juicio, sino el estudio y decisión objetivos acerca de la constitucionalidad de las mismas. Es, pues, el medio y su viabilidad a la luz del orden superior lo que cae dentro de la órbita de competencia de la Corte, no los fines a los cuales él está encaminado”. (Ídem)*

Los tribunales constitucionales, tienen la labor de someter a juicio la constitucionalidad de los medios y la viabilidad de las normas legales. La jurisdicción constitucional no tiene la atribución de evaluar si estas normas son convenientes, oportunos o benéficos a los propósitos buscados por las mismas; respetando las atribuciones establecida en la Constitución, a los órganos de poder constituidos, encomendados a cumplir con las finalidad de la norma jurídica.

La inconstitucionalidad sobreviniente, en cambio, como señala Rivera, consiste en la incompatibilidad de la disposición legal producida por la reforma de la Constitución, resultando en un cambio de su validez constitucional, o en el cambio de los criterios interpretativos (*Ibíd.*: 175). A diferencia de lo que señala Rivera, habría que analizar si ese cambio de criterios interpretativos, podría ser por un cambio de la realidad social, económica y política; esto debido a que previamente, se debería formalizar criterio sobre si la jurisdicción constitucional debería y podría ser influenciado sobre cuestiones que van más allá de la interpretación de la norma suprema. Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia N° C-260/93, señala lo siguiente:

*“Si bien la ley acusada fue expedida en el año 1990, esto es cuando aún se encontraba vigente el antiguo estatuto constitucional, el examen de constitucionalidad de la ley debe hacerse a la luz de la Carta vigente. Ello es así por dos motivos: a) Porque de examinar la constitucionalidad frente a una Carta Política derogada, necesariamente se llegaría a un fallo inocuo, y b) Porque la normatividad de la Constitución vigente, como norma de normas, actúa en relación con situaciones jurídicas anteriores, privándolas de validez y, por consecuencia, de eficacia, cuando ellas son manifiestamente contrarias a su espíritu. Es decir, no las que son distintas, sino aquellas normas jurídicas que pugnan con la filosofía de la Constitución, de tal manera que, de subsistir, implicaría un caso de violación del principio lógico de no contradicción. La norma constitucional es retroactiva en el sentido de corregir las normas jurídicas originadas antes de su expedición, que en la actualidad contradicen manifiestamente los principios rectores del máximo estatuto jurídico. Esto es, cuando se trate de una inconstitucionalidad sobreviniente”. (Ídem)*

Las normas jurídicas que fueron puestas en vigencia antes de la reforma constitucional, necesariamente deben ser adecuadas e interpretados conforma a la nueva Constitución, además de que en el caso de no poder compatibilizar con la nueva norma suprema, la misma deberá ser extraída del ordenamiento jurídico. Si el objetivo del control de constitucionalidad en el ámbito normativo, es velar por la regularidad del ordenamiento jurídico para con la Constitución, permitir permanecer una norma irregular e inconstitucional, resultaría una lesión, un atentado al Estado Constitucional de derecho. Esta situación, también se hace extensiva a los tratados internacionales, de acuerdo a lo ya previsto en la disposición transitoria novena de la CPE (2009).

Además de analizar sobre el alcance del control de constitucionalidad en el modelo de control *kelseniano*, se debe tomar atención sobre el resultado de este control. A ese respecto, Kelsen (2001), señala en un principio lo siguiente:

De lo explicado anteriormente se deduce que para que la Constitución, sea efectivamente garantizada, es necesario, que el acto sometido al control del tribunal constitucional sea directamente anulado en su sentencia en caso de que lo considere irregular. (...) (p. 82)

En ese sentido, el resultado que se adecúa al espíritu del control de constitucionalidad, es que el acto inconstitucional, sea anulado en directamente en la sentencia de la jurisdicción constitucional, saneando de esta forma el ordenamiento jurídico. Sin embargo, corresponde precisar lo siguiente:

Teniendo en cuenta la extrema importancia que posee la anulación de una norma general, y en particular una ley, podría preguntarse si no sería conveniente autorizar al tribunal a no anular un acto por vicio de forma, es decir, por irregularidad en el procedimiento sino cuando este vicio es particularmente importante, esencial. En tal caso, la apreciación de este carácter es mejor dejarlo a la entera libertad del tribunal, porque no es bueno que la Constitución misma proceda, de manera general, a la difícil distinción entre vicios esenciales y no esenciales. (*Ídem*)

Precedentemente se ha señalado que la anulación del acto o norma irregular, resulta ser traumático para el ordenamiento jurídico; en ese sentido se deja a discrecionalidad de la jurisdicción constitucional, la posibilidad de distinguir entre vicios esenciales y no esenciales. En el caso de la irregularidad de procedimiento, esta tendría mayor posibilidad de adecuarse a ese parámetro de vicio no esencial.

Ahora bien, sobre los otros criterios del control de constitucionalidad, es conveniente examinar en interés de la seguridad jurídica, que la anulación, particularmente de las normas generales y principalmente las leyes y tratados internacionales, no proceda sino dentro de un plazo fijado por la misma Constitución, contabilizada a partir de la entrada en vigor de la norma irregular. Esto debido a que sería extremadamente lamentable, anular por una inconstitucionalidad, una ley

o un tratado, que haya entrado en vigor durante largos años sin haber sido criticados. Sin embargo, esta situación resulta también contradictorio con los fundamentos del control de constitucionalidad.

De todas formas, en interés de la misma seguridad jurídica, no sería conveniente atribuir ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales.

En lo que respecta a la parte dispositiva de la resolución del tribunal constitucional, esta será diferente según se trate de un acto jurídico todavía en vigor (especialmente una norma general) al momento en que se dicta el fallo, o se trate de una norma que ya haya sido abrogada para entonces, pero que deba ser aplicada aún para hechos anteriores.

La anulación, de cualquier forma, no debe aplicarse necesariamente a la ley o al reglamento en su totalidad, sino que puede limitarse también a algunas de sus disposiciones, suponiendo naturalmente, que las otras se mantengan aplicables o que no vean su sentido modificado de manera inesperada (*Ibíd.*: 83-87).

Los criterios que expone Kelsen, procuran explicar la posibilidad de flexibilizar el efecto de identificación de la irregularidad de una norma. Además de propugnar la idea del vicio de forma, también propone se establezca un plazo para realizar ese examen de regularidad, entendiendo que una vez cumplido el plazo ya no podría ser impugnada la norma cuestionada de inconstitucionalidad. Así también, involucra el criterio de irretroactividad del efecto de la anulación de una norma, cuando lo que sucede es la anulación de un acto o norma cuyos efectos ya fueron ampliamente perfeccionados.

En lo que respecta a los tratados internacionales, el criterio del plazo para realizar el examen de regularidad, se encuentra establecida en la disposición transitoria novena de la Constitución.



No obstante, como lo señalado *ut supra*, la precitada disposición transitoria, evidencia la necesidad de realizar el control, y el plazo establecido no limita la posibilidad de realizar el control fuera de ese tiempo debido a que no establece una consecuencia ante la no declaratoria inconstitucionalidad de un tratado internacional anterior a la CPE (2009).

En cuanto al modo de iniciar el procedimiento del control de constitucionalidad, Kelsen señala que la más fuerte garantía consistiría en una *actio popularis*, de esta forma el tribunal constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, a solicitud de cualquier particular. El interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares, sería radicalmente satisfecho, sin embargo, no es recomendable esta solución porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestiónamiento de procesos.

Asimismo, autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que van a aplicar una norma y que tengan duda sobre su regularidad, puedan interrumpir el procedimiento en el caso concreto e interponer ante el tribunal constitucional una demanda razonada para examen y anulación eventual de la norma; como una solución posible ante la disyuntiva originada por el control de constitucionalidad.

Ahora bien, si se anulara la norma atacada de inconstitucional, en ese caso únicamente, la autoridad demandante no debería aplicarla al caso concreto la norma que dio origen a la acción de inconstitucionalidad, asumiendo que esa norma inconstitucional no se encontraba en vigor cuando el caso se produjo. Este efecto retroactivo de la anulación, es una necesidad técnica, porque sin esta, las autoridades encargadas de la aplicación del derecho no tendrían interés inmediato ni suficientemente fuerte para provocar la intervención de la justicia constitucional. Este efecto retroactivo limitado de la anulación de las normas, se constituye en un estímulo para las

autoridades judiciales y administrativas a interponer estas demandas (*Ibíd.*: 87-89). En ese sentido, se encuentra el fundamento de la Acción de Inconstitucionalidad Concreta (AIC), como aquella acción incoada por autoridades judiciales o administrativas, que se encuentren sustanciando una causa, y requieran verificar la constitucionalidad de una norma que será de fundamento para una futura sentencia o resolución; es decir esta acción es motivada dentro de un caso en concreto.

Los Estados que se acogieron al modelo *kelseniano*, verbigracia, la AIC. Asimismo, también plantea lo siguiente:

Una institución completamente novedosa, pero que merece la más seria consideración, sería la de un defensor de la Constitución ante el tribunal constitucional que, a semejanza del Ministerio Público en el procedimiento penal, iniciará de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad respecto a los actos que estimara irregulares. Es evidente que el titular de semejante función deberá estar revestido de todas las garantías de independencia imaginables, frente al gobierno como frente al Parlamento. (*Ibíd.*: 90)

La función de defensor de la Constitución frente al tribunal constitucional, en la práctica termina siendo ejercida por el Defensor del Pueblo, así lo expresa la Constitución y las normas conexas en sus respectivas atribuciones. En ese sentido, el Defensor del Pueblo, además de ser un sujeto de relevancia y con legitimación activa en el control de constitucionalidad en el ámbito tutelar, también cuenta con legitimación activa en algunos de los otros ámbitos del control de constitucionalidad, verbigracia, la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta (AIA); sin embargo, esa atribución de defensor de la Constitución frente al tribunal constitucional, se encuentra limitada a algunas acciones y recursos en la jurisdicción constitucional.

Se tiene señalado que la Constitución, tiene entre otras, la función de limitar el poder público, el mismo que su ejercicio puede tornarse excesivo ante una abrumadora mayoría. En ese

sentido, el principio contramayoritario de la jurisdicción constitucional, ha merecido la siguiente consideración:

En lo que concierne particularmente al recurso contra las leyes sería extremadamente importante otorgar a una minoría calificada del Parlamento el derecho a interponerlo. Y, tanto más importante cuanto que a jurisdicción constitucional, como lo habremos de mostrar más adelante, debe necesariamente servir, en las democracias parlamentarias, a la protección de las minorías.

Cabe la posibilidad, en fin, de hacer que el tribunal constitucional inicie de oficio el procedimiento de control contra una norma general de cuya regularidad tiene sus dudas. (...) (*Ibíd.*: 90-91)

En lo que respecta a los tratados internacionales, se debe considerar que la atribución de dirigir las relaciones internacionales y de negociar estos instrumentos internacionales, es del Órgano Ejecutivo. Es decir, analizar la regularidad de los tratados internacionales, involucra controlar los actos tanto del Órgano Legislativo, cuanto el Órgano Ejecutivo, al requerir la participación de ambos órganos de poder en la celebración de estos instrumentos internacionales.

Así también, sobre el procedimiento ante el tribunal constitucional, para que este cumpla con su función de protector de la Constitución, corresponde señalar lo siguiente:

En el procedimiento ante el tribunal constitucional se recomienda, que de una manera general, se siga el principio de publicidad y se acentúe su carácter oral, aunque se trate principalmente, de cuestiones de estricto derecho en que la atención debe centrarse en las explicaciones contenidas en los alegatos escritos que las partes pueden presentar –o que deben presentar– al tribunal. (...)

Deberán tener acceso al procedimiento de control: la autoridad cuyo acto es atacado para permitirle defender su regularidad; el órgano que interpone la demanda; eventualmente, también, el particular interesado en el litigio pendiente ante el tribunal o ante la autoridad administrativas

que dio lugar al procedimiento de control, o al particular que tenga derecho de someter el acto, inmediatamente, al conocimiento del tribunal constitucional. (...) (*Ibid.*: 92-93)

Al respecto, en el caso del control de constitucionalidad de tratados internacionales, la participación del Órgano Ejecutivo en el procedimiento ante la jurisdicción constitucional, resulta necesaria. El análisis de la constitucionalidad de tratados internacionales, en la mayoría de los casos será un análisis de puro derecho, además que la sustanciación del control de estos instrumentos internacionales, deberá ser también regida bajo el principio de publicidad, con excepción de los casos que se encuentren protegidos por reserva diplomática.

La sentencia del tribunal constitucional, que sea producto del juicio de constitucionalidad sobre una norma jurídica, deberá efectivamente disponer la anulación de la norma irregular. Estas sentencias, necesariamente deberán ser congruentes con la demanda, si esta se declara fundada, Kelsen, señala que: “La sentencia del tribunal constitucional, cuando encuentre fundada la demanda, deberá pronunciar la anulación del acto atacado de manera que aparezca como la consecuencia del mismo fallo.” (*Ídem*). Así también, en lo que respecta a la publicación de la sentencia constitucional emitida por el tribunal constitucional, Kelsen indica lo siguiente:

Para la anulación de las normas que entran en vigor por su publicación, el acto de anulación, esto es la sentencia del tribunal, debería ser también publicada de la misma manera en que lo fue la norma anulada. (...) (*Ídem*)

Las sentencias constitucionales que declaran la inconstitucionalidad de una disposición normativa, se fundamentan en que la norma impugnada es ostensiblemente irregular con relación a la Constitución, no existiendo ninguna interpretación de esta norma, que posibilite asumir su regularidad frente a la norma suprema del Estado. Ahora bien, sobre las normas reconocidas por

el tribunal constitucional como regulares, las cuales pueden merecer alguna interpretación contraria a la Constitución, se señala lo siguiente:

La necesidad de modular las sentencias constitucionales surge de la contestación de que una disposición legal acusada de inconstitucional contiene distintas normas, las mismas que a su vez admiten diversas interpretaciones razonables, de las que unas son compatibles con la Constitución y otras no. En esa situación, una sentencia de simple declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad no constituye el camino más correcto para resolver el conflicto y responder adecuadamente a la solución del problema planteado. Pues, como razona la Corte Constitucional de Colombia, si la Jurisdicción Constitucional declara la constitucionalidad de la disposición legal, manteniéndola en el ordenamiento sin efectuar ninguna aclaración, está admitiendo la permanencia de una disposición legal cuyas normas tienen ciertas interpretaciones que son contrarias a la Constitución, afectando su supremacía así como su integridad; en cambio, si la declara inconstitucional y la retira en su integridad está apartando del ordenamiento jurídico una disposición legal cuyas normas, en parte y sobre la base de la interpretación, son conformes a la Constitución, en cuyo caso la jurisdicción constitucional se estaría extralimitando en sus funciones, pues estaría anulando, por tanto retirando del ordenamiento, normas que no vulneran la Constitución. Esta situación será resuelta en la medida en que el Tribunal Constitucional module su sentencia en cuanto a su contenido, de manera que disponga mantener en el ordenamiento jurídico la disposición legal acusada, pero condicionando su permanencia a que sólo serán válidas las interpretaciones que son conformes a la Constitución, en cambio aquellas interpretaciones que son contrarias a la Constitución serán declaradas inconstitucionales. (Rivera, 2011: 108-109)

En ese criterio, el tribunal constitucional deberá cerrar la interpretación de la norma impugnada, únicamente a aquellas que no resulten contradecir a la Constitución, fundando de esta forma, un lineamiento interpretativo vinculante. Sin embargo, en lo que respecta a los tratados internacionales, la posibilidad de fundar un similar lineamiento interpretativo, resulta limitada para

la jurisdicción constitucional de un Estado, debido a que estos instrumentos internacionales, tienen un origen distinto a la de cualquier otra norma jurídica, además que puedan contar con un nivel jerárquico superior al de la Constitución. En ese sentido, no es de exclusividad de un Estado, la atribución de interpretar estas normas internacionales, debiendo considerarse los derechos de los que cuentan el resto de la sociedad internacional.

Las sentencias constitucionales del tribunal constitucional, puede en ocasiones tener ciertos efectos que no involucra una inmediata anulación de la norma impugnada. Al respecto, Kelsen (2001) señala lo siguiente:

(...) Sería conveniente que el tribunal constitucional pudiera decidir, como lo hemos dicho, que la anulación, especialmente de leyes y tratados internacionales, no surta efecto sino hasta la expiración de un cierto término a partir de su publicación, aunque no sea más que para dar al Parlamento la ocasión de reemplazar la ley inconstitucional por una ley conforme con la Constitución, sin que la materia regulada por la ley anulada quede fuera de reglamentación durante un tiempo relativamente largo. (p. 94)

En este sentido, cuando se permite la vigencia de una norma inconstitucional, dejando un plazo perentorio para su anulación, estamos en presencia de una sentencia con efecto diferido. En ese sentido, Rivera (2011) señala lo siguiente:

Son aquéllas que, si bien declaran la inconstitucionalidad de la disposición legal acusada, no la retiran ni anulan de forma inmediata sino que difieren el efecto de la decisión por determinando plazo, dentro del cual el legislativo podrá proceder a modificar la disposición legal para hacerla compatible con el texto de la Constitución o sustituir por otra disposición legal cuyas normas sean compatibles con la misma. En su defecto, también la decisión del Tribunal podrá establecer la constitucionalidad temporal o provisional de la norma, entretanto el órgano legislativo la modifique o reemplace con otra cuyas normas sean compatibles con la Constitución. (p. 117)

Este tipo de sentencias constitucionales, resultan ser bastante necesarias, cuando la norma impugnada es una pieza fundamental en el ordenamiento jurídico de un Estado, la cual para ser anulada, necesariamente requeriría una norma que la reemplace en el ordenamiento jurídico del Estado. En ese sentido, habría que considerar también la finalidad de estas sentencias, la cual es precisamente permitir que el órgano emisor de la norma, sea el que la subsane, siempre con la finalidad de preservar el carácter supremo de la Constitución. En lo que respecta a los tratados internacionales, la pertinencia de estas sentencias, únicamente debería ser limitada a cuestiones de constitucionalidad de forma, es decir, sería únicamente procedente cuando exista una irregularidad en el procedimiento interno de celebración de tratados internacionales y, con la única finalidad de subsanar el procedimiento, no pudiendo ingresar a debatir el fondo del tratado, y menos aún discutir sobre su vinculatoriedad del tratado internacional para el Estado boliviano. Se debe recordar, como se ha señalado, que el respaldo jurídico del cual esta investido un tratado internacional, no solo proviene de un Estado, sino de la sociedad internacional.

Asimismo, similar razonamiento se podría emplear con relación a las sentencias constitucionales exhortativas, sobre las cuales corresponde precisar lo siguiente:

Conocidas también en Alemania como “sentencias con aviso”, son aquéllas en las que la Corte o Tribunal Constitucional constata que un texto es inconstitucional pero no puede retirarlo porque el efecto sería más perjudicial, entonces la Sentencia no retira ni anula la Ley pero si exhorta al Legislativo para que subsane o arregle el problema. Puede ser simple si sólo se exhorta, o puede ser imperativa cuando a tiempo de exhortar se concede un plazo al legislativo para que solucione el problema. (*Ibíd.*: 114)

Sobre este tipo de sentencias, también se reserva la posibilidad de subsanar la irregularidad normativa al órgano emisor de la norma. Sin embargo, la diferencia radica principalmente en el

plazo perentorio que conlleva las anulaciones con efecto diferido, limitándose únicamente a identificar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

### **2.3. Relación Entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional de los Estados, y su Incidencia en el Control Posterior de Constitucionalidad de Tratados Internacionales**

Los tratados internacionales, en el ordenamiento jurídico de un Estado, encuentran soporte jurídico en el derecho internacional, en ese entendido, si se tiene como objetivo someter a estos instrumentos internacionales a la jurisdicción constitucional, debe considerarse la relación entre el sistema jurídico nacional e internacional. A ese respecto, se debe considerar la ubicación de los tratados internacionales y el derecho internacional, en el ordenamiento jurídico del Estado, además de la norma fundamental del derecho internacional, conforme al principio de jerarquía normativa.

El argumento que enarbolan los críticos del control de constitucionalidad *a posteriori* de tratados internacionales, parte principalmente del principio de *pacta sunt servanda* y buena fe, los cuales sustentan a estos instrumentos internacionales. Estos, aparentemente rechazan la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad sobre tratados internacionales, debido a su supuesta incompatibilidad con el derecho internacional. A partir de ello, se opta por no ingresar en controversia y se evita sustanciar este tipo de procesos ante la jurisdicción constitucional, pese a que eso involucra desconocer la razón de existencia de la justicia constitucional.

Ahora bien, la relación jerárquica entre ambos sistemas jurídicos, no puede ser un argumento de rechazo del control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales, sin que previamente, se comprenda esta relación y sus efectos en ordenamiento jurídico de un Estado. Asimismo, corresponde precisar sobre los criterios de procedencia del control de constitucionalidad de tratados internacionales, además de verificar la legislación comparada sobre este ámbito de control.



### 2.3.1. *Principio de Jerarquía Normativa*

La jerarquización de las normas en un sistema y en un orden jurídico, se funda en el establecimiento de una articulación normativa, donde la validez de una norma depende de una norma superior. En ese sentido, Kelsen (2009), señala lo siguiente:

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden. (p. 111)

Es decir, la existencia de una norma fundamental, que sostenga toda la estructura normativa para un Estado o la sociedad internacional, encuentra asidero lógico, en esa dinámica de validez normativa, sostenida por una norma superior, que debe tener un sostén fundamental, del cual se desprenda un sistema jurídico. Al respecto, sobre la validez normativa, corresponde precisar lo siguiente:

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido “puesto”. Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. (...) (*Ibíd.*: 112)

La regularidad de una norma jurídica, se supedita a ciertas reglas establecidas por normas jerárquicamente superiores. Este sistema positivo de normas ‘puestas’, debe ser independiente de elementos que vicien su objetividad, instaurando a la norma fundamental, como matriz creadora del resto de la estructura normativa. En ese sentido, como señala: “Referir las diversas normas de

un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. (...)” (*Ídem*).

Ahora bien, la norma fundamental, tiene un carácter de hipótesis básica y se encuentra conferida por los actos del primer constituyente, como se señala en lo siguiente:

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es “puesta” sino “supuesta”. Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. (...) (*Ibid.*: 113)

La hipótesis de una norma fundamental, justifica la existencia de un sistema jurídico. Esta norma, no encuentra un sustento en una norma superior o anterior, además de no haber sido establecida por el derecho positivo, por lo cual adquiere el carácter de norma ‘supuesta’. A partir

de la ello, y bajo un procedimiento jurídico, se crean normas 'puestas', como Kelsen, continúa indicando lo siguiente:

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto. (*Ibíd.*: 118)

El sistema normativo, se encuentra sustentado en un ordenamiento jerarquizado de normas, fundados en una unidad normativa. La creación y validez de una norma, como se tiene establecido, reside en una norma jerárquicamente superior. Este sistema normativo, genera que las normas 'puestas', cumplan dos etapas jerarquizadas de creación y ejecución de derecho, la legislación y ejecución no son dos funciones estatales coordinadas, sino dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del derecho y, dos etapas intermedias. Las etapas principales de este proceso, se considera como fases intraestatales, por medio del cual el derecho regula su propia creación, creándose el Estado y volviéndolo a hacer, sin cesar. Este orden de Constitución, ley, reglamento, acto

administrativo y sentencia, acto de ejecución; son simplemente, los estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva del Estado (Kelsen, 2001: 12).

A ese respecto, cada norma jurídica del ordenamiento jurídico, se constituye en una expresión de voluntad del soberano, que en definitiva, es el que le atribuye el ejercicio del poder a los mandatarios. En ese sentido, cada acto o norma jurídica, debe estar sustentado por un acto creador, y en esa dinámica, Kelsen, señala lo siguiente:

Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del derecho. Por el contrario, frente al reglamento y frente a los otros actos subordinados a la ley, la legislación es creación del derecho. Asimismo, el reglamento es aplicación del derecho frente a la ley, y creación del derecho frente a la sentencia y frente al acto administrativo que lo aplican. Éstos, a su vez, son aplicación del derecho, si se mira hacia abajo, esto es, hacia los actos a través de los cuales la sentencia y el acto administrativo son ejecutados (*Vollstreckt*) (*Ibíd.*: 13)

Este es el principal fundamento para la hipótesis de la jerarquía normativa. El establecimiento de una norma jerárquicamente superior sobre otra, no es resultado de la discrecionalidad del constituyente o legislador, sino que, debe justificar su existencia y rango, conforme al carácter de creación y aplicación del derecho. En ese sentido, el indicador para determinar la jerarquía de una norma en el ordenamiento jurídico, es la calidad que tiene en este, como creador o aplicador de derecho. Asimismo, similar disquisición se debe realizar con los órganos encargados de crear la norma jurídica y las potestades de las cuales se encuentran munidos. Sobre ese punto, se precisa lo siguiente:

El origen y cómo se ha producido la norma es un elemento determinante a la hora de establecer su validez y jerarquía normativa; por ejemplo, la Constitución, que es obra del poder constituyente la

más alta y soberana entre todas las fuentes posibles tiene más fuerza que una ley o un reglamento. El mismo fenómeno tendrá que ocurrir entre la ley y el reglamento, la primera tiene mayor categoría que el segundo por ser obra de una potestad normativa primaria como es la “potestad legislativa” del Parlamento, mientras que la “potestad reglamentaria” del gobierno es ya una potestad normativa secundaria o subordina a la ley. Y dentro de los reglamentos, los distintos tipos normativos que poseen tal condición producen la correlativa jerarquía del órgano que los produjo, de tal modo que un decreto presidencial tiene más autoridad que una orden o resolución ministerial. (Herrera, 2019: 48)

Asimismo, en relación a la libertad de creación o producción normativa, Kelsen (2001) dispone lo siguiente:

La libertad del legislador, quien sólo está subordinado a la Constitución, se encuentra sometida a límites relativamente débiles. Su poder de creación continúa siendo relativamente grande. Sin embargo, a cada grupo en que se desciende, la relación entre libertad y limitación se modifica en favor del segundo término: la parte de la aplicación aumenta, la de libre creación disminuye. (p. 14)

Cuando el poder constituyente, crea la Constitución, lo hace con una amplia libertad de creación, debido a que los límites a los que está sometido, son relativamente débiles. En cambio, el resto de las normas jurídicas, se van adecuando, conforme a la libertad de creación y límites que tuvo el órgano de encargado de emitirla. Los tratados internacionales, por otro lado, tienen la particularidad de que su creación no solo depende de órganos internos de un Estado, sino que también de la sociedad internacional, como se indica en lo siguiente:

Cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción de derecho, frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior.

La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del derecho. La regularidad no es, entonces sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico. (...) (*Ídem*)

La producción y reproducción del derecho, dentro de un ordenamiento jurídico, es importante debido a que, por medio de la última, las normas jurídicas y los actos particulares del Estado, son llevados a efecto para el cumplimiento de la sociedad. La relevancia de estructurar y ordenar las normas jurídicas en un sistema jurídico, con lo expresado, cobra sentido.

Ahora bien, se utiliza como sinónimos, o al menos como conceptos que avocan a lo mismo, los términos de ‘orden jurídico’ u ‘ordenamiento jurídico’ y ‘sistema jurídico’; sobre esta cuestión, se precisa lo siguiente:

(...) Hacer una distinción de fondo entre sistema y orden jurídico, términos que la doctrina tradicionalmente ha usado como sinónimos, pero que en la actualidad son utilizados cada vez con mayor frecuencia con una connotación propia, sirve para explicar el funcionamiento y la obligatoriedad de las normas. (Huerta, 2001: 815)

En ese sentido, además de tener significados disímiles, estos términos contribuyen en la consolidación del carácter jurídico de las normas que los componen. Ahora bien, sobre ‘sistema jurídico’, se indica lo siguiente:

Entre los presupuestos más relevantes sobre el funcionamiento del sistema jurídico se encuentra su naturaleza dinámica, el derecho es un ente en constante movimiento, cambiante, lo cual dificulta el conocimiento de las normas aplicables. Por ello resulta conveniente hacer una distinción temporal, utilizando los términos de sistema y orden jurídicos. El concepto de sistema jurídico es diacrónico, ya que las normas que lo integran poseen eficacia a través del tiempo hacia el futuro y en ocasiones incluso hacia el pasado, esto posibilita en casos específicos tanto la retroactividad como la aplicación de normas no vigentes (como son las excepciones en la aplicación de normas derogadas

previstas en Artículos transitorios). Por ello es que se puede decir que al sistema pertenecen además de las normas vigentes, las que ya han sido derogadas. (*Ibíd.*: 815-816)

La diacronía del derecho y las normas jurídicas que lo componen, es la característica del concepto de sistema jurídico, debido a que incumbe a las normas jurídicas con eficacia a través del tiempo. Entonces, sistema jurídico, refiere además de las normas vigentes en un determinado tiempo, a las normas que por alguna situación se caracterizan por su retroactividad o ultraactividad, según el caso. En cambio, en lo que respecta al concepto de orden jurídico, es preciso señalar lo siguiente

(...) El orden jurídico puede ser concebido como cada uno de esos conjuntos de normas vigentes en un momento específico, identificado de esta manera las disposiciones aplicables a un caso dado.

Así resulta que el criterio de vigencia no sirve para identificar las normas que pertenecen al sistema jurídico, sino más bien para determinar su aplicabilidad. En consecuencia, sirve para identificar las normas que forman parte de un orden jurídico, el cual a diferencia del sistema jurídico es considerado como sincrónico. El orden jurídico representa al conjunto de normas que tienen aplicación simultánea en un momento determinado, ya que el orden se refiere a las normas vigentes. Como modelo es estático, puesto que al cambiar una sola norma general, ya sea por inclusión o rechazo, cambia el orden jurídico. (*Ibíd.*: 817)

La sincronía de un conjunto de normas vigentes en un determinado tiempo, es la característica del concepto de orden jurídico. En ese argumento, no se considera como parte del orden jurídico, a las normas que no se encuentran vigentes en un determinado tiempo. Este indicador de vigencia normativa, es el diferenciador entre ambos conceptos, debido a que el sistema jurídico, permite ciertas situaciones, a diferencia del orden jurídico, como lo señala la precitada profesora:

(...) En ocasiones, el sistema jurídico permite temporalmente y de manera excepcional la aplicación de normas que ya no están vigentes, esto es posible porque la derogación no afecta la pertenencia de una norma al sistema, sino su vigencia, por lo que una norma derogada deja de formar parte de los órdenes jurídicos sucesivos a partir del momento de su derogación o abrogación. (*Ídem*)

Es decir, la derogación y abrogación de una norma, excluye a la misma del orden u ordenamiento jurídico, sin embargo, similar acto jurídico, no separa a esa norma del sistema jurídico debido a que en algún tiempo, esa norma sí estuvo vigente y respaldada de otras normas jurídicas. En ese criterio, se debe considerar que los efectos en el orden jurídico de la anulabilidad y nulidad de una norma jurídica, también afectan al sistema jurídico. La validez de una norma jurídica, condiciona su espacio en el sistema jurídico, de la siguiente manera:

También la validez de las normas está relacionada con su pertenencia al sistema jurídico, ya que por una parte la obligatoriedad de una norma declarada válida es incuestionable, y por la otra, en cambio, al declararse la invalidez de una norma (con efectos generales) se podría decir que su eficacia es destruida completamente, ya que no podrá volver a ser aplicada bajo ninguna circunstancia, es decir, pierde no solamente su eficacia futura, sino también su potencial eficacia ultra-activa, la cual, sin embargo, conservan las normas derogadas, ya que solamente pierden su vigencia. (*Ibíd.*: 818)

En ese sentido, se justifica la atención que tienen los órganos estatales de controlar la regularidad de las normas jurídicas, incluso las que ya se encuentran derogadas o abrogadas. Sin embargo, el principio de jerarquía normativa, hace referencia principalmente a las normas vigentes para un determinado Estado, por lo cual incumbe realizar esta jerarquización sobre el ordenamiento jurídico, salvando ciertas excepciones que permite la dinámica normativa de un sistema normativo.



La jerarquización normativa, brinda certidumbre a los actos de los órganos encargados de crear normas jurídicas para un ordenamiento jurídico, por lo cual, es necesario considerar lo que señala Herrera (2019) en el siguiente texto:

En este sentido el principio de jerarquía opera cuando dos normas pueden versar sobre una misma materia, obligando a preferir a la de nivel superior, pero cuando la relación entre ellas está estructurada sobre el presupuesto de que cada una es competente en un respectivo y bien delimitado ámbito de materias, esa colisión jerárquica no debe existir. No tiene sentido entonces indagar cuál es la norma superior sino cuál es la *norma competente*, de modo que cuando dos normas tienen bien delimitados sus respectivos ámbitos materiales, se establece entre ellas una relación horizontal que hace legítima la acción de cada una en su correspondiente espacio, obligando a preferir siempre, en caso de colisión, la procedente de quien tenga la competencia sobre la materia de que se trate. (sic) (p. 48)

El principio de jerarquía normativa, no se funda en el establecimiento de niveles jerárquicos genéricos y estáticos, como usualmente algunos juristas lo idealizan en una suerte de ‘pirámide jurídica’. Al respecto Kelsen, como se tiene señalado, realiza una explicación de lo que involucra la jerarquización de las normas, bajo la dinámica de creación y aplicación de la norma, la misma que se encuentra subordinada a la libertad que tuvo el creador de la norma para la producción de la misma. En ese fundamento, para establecer la subordinación de una norma sobre otra, la materia de la norma y la competencia del creador de la misma, se debe considerar lo que establece las normas superiores, debiéndose a estas su regularidad y no a otras normas que no participan en validar o invalidar la norma inferior jerárquicamente.

Las normas de derecho internacional, por otro lado, deben su validez y regularidad, no solo a las normas internas de un Estado, sino también a las normas de la sociedad internacional, siendo esta sociedad, superior a cualquier Estado. Asimismo, la norma fundamental de un Estado,

encuentra un sustento en el derecho internacional, debido a que el mismo le dota de cierta eficacia para el sistema jurídico desprendido de esta norma fundamental, sobre ese punto, se señala lo siguiente:

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. (...) (Kelsen, 2009: 116)

Al respecto, la norma fundamental de un Estado, para ser considerada como tal, debe cumplir con lo dispuesto por el derecho internacional respectivo. Es decir, esta norma fundamental, debe lograr que el nuevo Estado se someta y cumpla esta norma, debido a que de no hacerlo esta pierde efectividad y por lo cual exhibe su debilidad como norma fundamental. Ahora bien, este requisito *sine qua non*, no radica pues, del mismo sistema jurídico del nuevo Estado, sino que reside en un sistema jurídico internacional, anterior a esa norma fundamental interna o nacional, debiendo esta última su validez al derecho internacional.

Ahora bien, para cualquier norma fundamental nacional o interna, el principio de efectividad, registra su relevancia debido a que debe ser observado para obtener ese carácter fundamental. Al respecto se señala lo siguiente:

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que

un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional. (*Ídem*)

La norma fundamental que dio origen a un Estado, tuvo que estar necesariamente reconocida por el derecho internacional. Es decir que, el derecho internacional está por encima de todo orden jurídico interno de un Estado, debido a que esta norma es resultado de ciertos presupuestos jurídicos establecidos en el derecho internacional. Sin embargo, ese sometimiento, como se establecerá más adelante, no involucra a todo el derecho internacional, sino solo a su norma fundamental y las normas que la respaldan para el Estado en cuestión, al igual que una norma interna se encuentra subordinada jerárquicamente, únicamente a las normas que la validan por materia y competencia.

Ahora bien, el control de regularidad de tratados internacionales con la Constitución de un Estado, debe considerar que estos instrumentos internacionales no solo deben su eficacia al derecho interno del Estado, sino también al derecho internacional. Es decir, la jerarquía normativa, no se cierra en un modelo cerrado y estático de una 'pirámide', donde la respuesta a la duda de regularidad termina resultando automática y sesgada; sino que amerita un análisis particular de validez, como lo exige el caso de los tratados internacionales.

Lo primero que se debe comprender antes de someter a un análisis de regularidad de un tratado internacional, es la interacción que tiene el ordenamiento jurídico interno de un Estado, con el ordenamiento jurídico internacional; así como verificar si el sistema jurídico interno de un Estado es parte del sistema jurídico internacional o es independiente de este. En ese sentido, se debe determinar, el grado de convalidación que le otorga el derecho internacional a un tratado

internacional frente al derecho interno, o en algún caso, pueden estos instrumentos internacionales dispensarse de la protección del derecho internacional y someterse a un control de regularidad con el derecho interno o nacional de un Estado.

### ***2.3.2. Norma Fundamental del Derecho Internacional y Relación del Derecho Internacional con el Derecho Nacional***

Un conjunto de normas que tienen la finalidad de regular las relaciones de una determinada sociedad, se estructuran necesariamente en un sistema y un ordenamiento jurídico jerarquizado, que se sustentan a partir de una norma fundamental ‘supuesta’. En el caso del derecho internacional, sus normas tienen la finalidad de regular las relaciones de la sociedad internacional, y se conforman en un sistema jurídico internacional, que cuenta con una norma fundamental ‘supuesta’, de la que se desprende todo este sistema jurídico.

Ahora bien, antes de ingresar a determinar que norma internacional, se erige como aquella norma fundamental ‘supuesta’, se debe analizar la relación que tiene el derecho nacional o interno, con el derecho internacional. El análisis de esta relación de ordenamientos jurídicos, significa una disquisición jerárquica, en la cual un ordenamiento jurídico se superpone sobre otro, estableciendo un rango jerárquico superior de una norma fundamental sobre la otra.

La relación de estos sistemas jurídicos, fue analizada en su oportunidad por la teoría dualista o tradicional. Esta teoría establece que, el sistema jurídico internacional es independiente e incomunicado del sistema jurídico nacional o interno de un Estado. Es decir, bajo esta teoría, cada sistema se encuentra sustentado por normas fundamentales distintas e independientes, por lo que el tratamiento de sus normas jurídicas debe limitarse únicamente a los sujetos que se desenvuelven en sus respectivas sociedades. A ese respecto, Sorensen (1973), señala lo siguiente: “Ya hemos mencionado las doctrinas opuestas del dualismo y el monismo. Conforme a la primera,

el derecho internacional es exclusivamente para los Estados. Es, por ende, diverso del derecho interno. (...)” (p. 91).

Incipientemente, el derecho internacional en razón a los sujetos, para esta teoría dualista, es distinto al derecho interno de un Estado, sin embargo, existe otra posición, la cual señala lo siguiente: “Los dualistas consideran que el d.i. y el interno son dos ordenamientos distintos e incommunicables, porque cada uno de ellos tiene diversas fuentes y diversos destinatarios. Un tratado es obligatorio únicamente para los estados que lo ratifiquen.” (Halajczuk; Moya, 1999: 47). En este caso, además de los sujetos, se incorpora otro elemento de distinción entre un ordenamiento jurídico con el otro, relativo a las fuentes de estas normas jurídicas que componen el sistema; así como, la distinción de los tratados internacionales, los cuales son vinculantes, únicamente a los sujetos que son parte de estos instrumentos internacionales.

Esta teoría dualista, también reconocida como teoría tradicional, ha merecido una consideración especial por Verdross (1976), quien indica lo siguiente:

La teoría dualista o pluralista, fundada por Triepel y Anzilotti y representada todavía hoy por la doctrina italiana, afirma que el D.I. y el derecho interno son dos ordenamientos jurídicos absolutamente separados, por tener fundamentos de validez y destinatarios distintos. Mientras las normas del D.I. son producidas según un procedimiento internacional y obligan tan solo a comunidades soberanas, el derecho estatal, con arreglo a esta concepción, arraiga en su constitución, la única que puede originar derechos y deberes para individuos. Se llega así a la conclusión de que la total independencia de ambos ordenamientos resulta así mismo del hecho de que las normas estatales opuestas al D.I. gozan de obligatoriedad jurídica. (p. 95)

Los destinatarios del derecho internacional son los Estados soberanos que conforman la sociedad internacional, en la cual no se admite la posibilidad de contradicción de normas internas

de algún Estado, con las normas de la sociedad internacional. La teoría dualista, no prevé la posibilidad de contradicción de sistemas normativos, debido a que estos sistemas son incompatibles y, no existe alguna oportunidad para el surgimiento de posible contradicción, además que su validez se debe al mismo sistema.

Asimismo, sobre esta teoría tradicional, Kelsen (2009) indica lo siguiente:

(...) la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único. (p. 162)

En ese sentido, los sistemas jurídicos que señala esta teoría, se distinguen por ser diferentes, independientes y aislados; la existencia del sistema jurídico internacional, que sea independiente de cualquier sistema jurídico interno de algún Estado. Sin embargo, Kelsen evidencia una contradicción, debido a que el fundamento de la existencia de un sistema jurídico interno de un Estado, se desprende del sistema jurídico internacional. En esa misma lógica, Roa (2001), indica lo siguiente:

La primera, que tiene su origen en las obras de H. Triepel y D. Anzilotti, descansa en el postulado esencial de que el ordenamiento jurídico internacional es distinto, separado y autónomo de cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados que forman la Comunidad de Naciones.

Por virtud de sus diferencias, las consecuencias prácticas son dos, ambas de capital importancia: si se trata de dos órdenes normativos distintos, las normas emanadas del derecho internacional no pueden ser directamente aplicables en los ordenamientos internos, pues sólo vinculan a los Estados en sus relaciones mutuas. La segunda consecuencia es que la norma internacional sólo será aplicable en el derecho interno si hay un previo acto de “incorporación” de aquélla a este último mediante la voluntad expresa del legislador nacional. (p. 180)

La separación de estos ordenamientos jurídicos, de acuerdo a las consecuencias señaladas, genera que la figura de la ‘incorporación’ cobre relevancia y distinga a esta teoría de las otras. Esta teoría, dispone que la única posibilidad para que una norma de derecho internacional sea parte del derecho interno de un Estado, con todos los efectos que involucra, sea por medio de la incorporación al ordenamiento jurídico interno de las normas del derecho internacional. En esa lógica, cuando se suscite la incorporación de la norma de derecho internacional, esta última cobrará una doble dimensión en relación a su validez y alcance, debido a que en su cuando adopte su faceta de derecho interno, deberá someterse a las normas de ese derecho. Ahora bien, sobre la teoría dualista y sus consecuencias, se indica lo siguiente:

(...) Hoy no cabe ya realmente poner en duda que un tratado internacional, lejos de ser exclusivamente una fuente del D.I., *puede* obligar también en el ámbito interno del Estado. Incluso *determinadas* normas del D.I. consuetudinario son *directamente* obligatorias para los individuos (págs, 199 ss.); de lo que se desprende que también los individuos *pueden estar directamente conectados con el D.I.* (...) En cambio, es cierto que una norma estatal opuesta al D.I. común o a un tratado internacional no carece de suyo de fuerza obligatoria, ya que los tribunales estatales tienen en principio el deber de aplicar las leyes, aun las que infringen el D.I. Tal principio resulta del hecho de que los tribunales estatales son órganos de un determinado ordenamiento jurídico estatal, y como tales, han de aplicar las normas que el derecho propio les prescribe. Ahora bien:

como no cabe presumir que un Estado quiera violar conscientemente el D.I., rige con carácter general en la interpretación de las leyes la regla de que en lo posible han de aplicarse a la luz del D.I. Solo cuando una ley contiene clara e inequívocamente una norma contraria al D.I., habrá de ser aplicada tal cual por los tribunales estatales, mientras el propio derecho estatal no determine otra cosa. (...) (Verdross, 1976:95)

Al respecto, cabe precisar que, en el derecho internacional contemporáneo, se ha suscrito ciertos tratados internacionales, los cuales por su naturaleza e importancia, tienen efectos directos en la sociedad de los Estados, verbigracia, tratados internacionales sobre derechos humanos; por lo cual asumir que estos sistemas jurídicos son diferentes, independientes y aislados, termina siendo superado. Asimismo, al ingresar el derecho internacional a regular ciertas conductas de la sociedad de un Estado sin requerir una incorporación por el derecho interno, puede concurrir alguna contradicción entre estas, por lo cual, la jurisdicción del Estado, deberá aplicar en un principio su norma interna, pero sin eximir al Estado de una posible responsabilidad internacional.

La teoría dualista, no niega el carácter jurídico del derecho internacional, más al contrario lo reafirma; sin embargo, este reconocimiento a su carácter jurídico genera una duda sobre la coexistencia de las normas jurídicas del derecho interno de un Estado con las normas de derecho internacional, o con las normas jurídicas del derecho interno de otro Estado. A ese respecto, Kelsen (2009) señala que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y se orienta hacia una construcción monista. Para el dualismo, un Estado solo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente si los ha reconocido como tales. La ‘voluntad’ del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los órdenes



jurídicos de otros Estados. En ese sentido, el Estado que realiza ese reconocimiento, se erigiría fácticamente como una autoridad jurídica suprema. El derecho internacional solo es válido cuando un Estado lo reconoce, derivando en la lógica que el derecho internacional no es un orden jurídico superior ni mucho menos independiente al derecho nacional. En ese sentido, podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de su construcción, debiendo buscarse en el derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Metafóricamente se podría decir que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido, estableciendo un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo. Esta afirmación, deriva en una contradicción en la esencia de la teoría dualista, la misma que respaldada en la idea del reconocimiento, arriba a una hipótesis monista, en la cual el sistema jurídico universal se desprende de un derecho nacional soberano. Los partidarios de esta teoría, no se liberan de sus intenciones políticas, en la cual desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema, bajo un sentido primitivo de soberanía (p. 165-166). En definitiva, el dualismo desemboca en una desnaturalización del derecho internacional, asumiendo su subordinación al derecho nacional de un Estado.

En esa perspectiva, al alejarse de su esencia dual o plural, el dualismo pierde sentido y, se hace insoslayable arribar a una teoría monista, en la cual el derecho internacional y el derecho nacional de los Estados, forman parte de un mismo sistema jurídico. Al respecto, como se tiene señalado, todo sistema jurídico, necesariamente debe sustentarse en una norma fundamental supuesta, o al menos que eso proponen los partidarios del positivismo jurídico.

Ahora bien, no todos los partidarios del positivismo jurídico, prevén la posibilidad de que exista una norma fundamental supuesta. A estos partidarios, Verdross (1976), los agrupa dentro del positivismo jurídico dogmático o ingenuo, además de señalar lo siguiente:

(...) el positivismo jurídico dogmático niega la validez de normas suprapositivas. Afirma, pues, que todo derecho se reduce al derecho positivo, el cual es *puesto* por determinados hombres (legisladores y jueces). Estas manifestaciones de voluntad están ciertamente subordinadas, según él, unas a otras con arreglo a una jerarquía, pero no dependen de ningún ordenamiento superior, siendo indiferente que lo designemos como idea del derecho, derecho natural o moral social. El positivismo jurídico dogmático sustenta, por consiguiente, que el derecho positivo constituye un ordenamiento plenamente autónomo y hermético. (...) (p. 20)

Es ingenuo, debido a que ignora el origen y los sucesos que han motivado la creación de las normas jurídicas. Ciertamente el positivismo jurídico parte de la premisa de aislar el estudio de las normas jurídicas de elementos no verificables, sin embargo, no se puede ignorar que estas normas jurídicas tienen un origen, un fundamento del que se desprende el sistema jurídico. En ese sentido, el precitado autor señala lo siguiente sobre el positivismo jurídico crítico:

(...) Ahora bien: surge inmediatamente la cuestión (que el positivismo jurídico ingenuo deja sin resolver) de saber por qué razón las manifestaciones de voluntad de los hombres que aparecen como legisladores y jueces pueden resultar obligatorias para otros; y por ello el positivismo jurídico crítico, fundado por Kelsen, se ve, precisado a introducir una norma fundamental suprapositiva que prescribe obedecer a lo que mandan determinados individuos. Kelsen designa también esta norma fundamental como hipótesis fundamental, por cuanto los imperativos dimanantes de determinados individuos solo pueden ser considerados como normas obligatorias si se parte del supuesto de que tales imperativos deben ser acatados. Pero esto no es la última palabra de Kelsen, ya que el contenido de su norma fundamental no prescribe obedecer a individuos cualesquiera, sino a

aquellos cuyos imperativos se imponen con regularidad. Preguntemos, sin embargo, por qué la norma fundamental kelseniana establece precisamente como autoridad jurídica el ordenamiento efectivo (y no otro): encontraremos la clave en el hecho de que también Kelsen considera el derecho, en el sentido de la teoría tradicional; como orden social de paz. Es evidente que no cabe un orden de paz fuera de un orden *efectivo*, siendo así que únicamente este es capaz de garantizar la tranquilidad y el orden en la convivencia humana. Mas, como quiera que tranquilidad y el orden son *valores* que si bien por lo general realiza el derecho positivo, no son «puestos» por él, sino «supuestos» suyos, advertimos que el positivismo jurídico no parte menos que el iusnaturalismo de determinados valores suprapositivos. Ahora bien: mientras el iusnaturalismo aprehende la plenitud de los valores enraizados en la naturaleza del hombre, el positivismo jurídico se basa en una axiología artificialmente recortada, al tomar como punto de partida exclusivamente los valores de la tranquilidad y el orden externos. (*Ibid.*: 21)

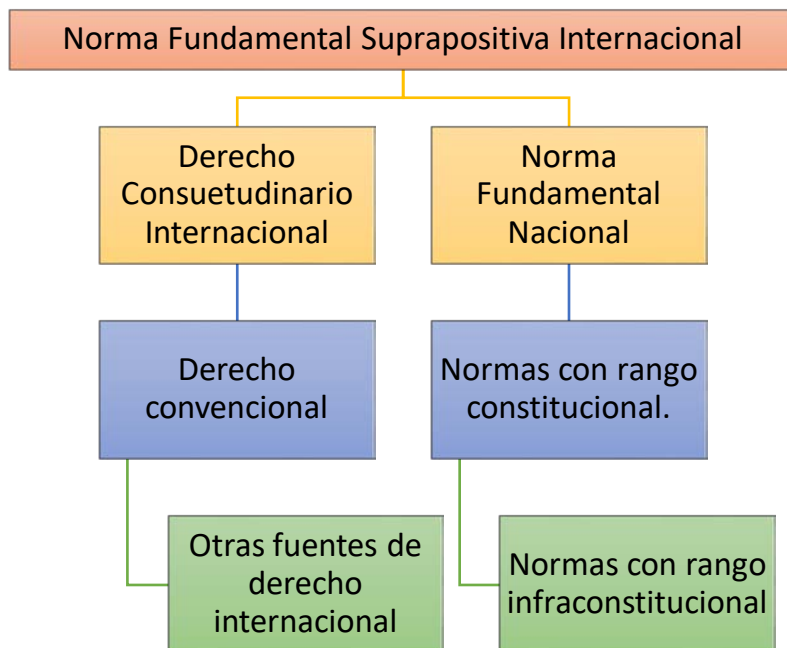
El positivismo jurídico crítico, supera la ingenuidad del positivismo jurídico dogmático y, acepta que la existencia de una norma suprapositiva fundada en el derecho natural, y permite la efectividad del derecho positivo. En otros términos, la existencia de una norma no sostenida en el derecho positivo, la cual tiene la característica de ser una norma jurídica supuesta, permite sostener toda la estructura de normas positivas, atribuyendo la validez del sistema jurídico, a esa norma fundamental hipotética.

Para la teoría monista, el derecho internacional y el derecho nacional de los Estados, conforman un solo sistema jurídico, y de acuerdo al positivismo jurídico crítico, este debe sostenerse en una norma fundamental de alcance internacional, como se señala de la siguiente forma:

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos

naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárseles como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación. (Kelsen, 2009:163)

El sistema jurídico que propugna Kelsen, se desarrolla en un modelo en el cual las normas que son parte del sistema, se desarrollan bajo una lógica de subordinación y coordinación. En ese sentido, la subordinación se refiere a la validez que le otorga una norma superior a una norma jerárquicamente inferior. En lo que respecta a la coordinación, bajo la idea de una unidad de sistema, las normas no se encuentran en una relación de subordinación de una sobre la otra, pero ambas se deben en algún nivel jerárquico, a una norma superior común para ambas normas. La relación del derecho internacional y el derecho nacional de los Estados, principalmente se adecua a la figura de la coordinación de normas, en la cual, estos derechos no se deben directamente a una subordinación, debido a que la validez de sus normas no dependen del otro grupo normativo. A ese respecto, la siguiente ilustración es una interpretación de las ideas de Kelsen sobre el sistema jurídico universal, bajo el fundamento de una norma fundamental hipotética suprapositiva.



*Ilustración 1: Sistema jurídico universal monista, estructurado a partir de una norma fundamental suprapositiva.*

Las normas del derecho nacional de los Estados, bajo la propuesta *kelseniana*, obtienen su validez y efectividad, producto de una norma jerárquicamente superior. Al respecto, se precisa lo siguiente:

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación. (*Ibid.*: 164)

Ahora bien, en esta dinámica normativa de coordinación y subordinación, se ha establecido la existencia de una norma fundamental suprapositiva internacional, la misma que necesariamente es acogida por el derecho internacional como fundamento principal de su existencia y efectividad. En ese sentido, se precisa lo siguiente sobre esta norma:

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. (...) (*Ibid.*: 160)

En lo que respecta a la identificación de la norma fundamental de derecho internacional, existe cierta controversia sobre cuál de las normas de derecho internacional asume ese rol fundamental. En ese sentido, Verdross (1976), indica lo siguiente:

(...) Según Anzilotti, dicha norma consiste en el principio «pacta sunt servanda». Según Kelsen y Guggenheim, por el contrario, la norma fundamental prescribe que los Estados se comporten con arreglo al uso establecido. En ambos casos, pues, estamos ante una norma fundamental que puede ser rellenada con cualquier contenido: por cuya razón, y en virtud de lo que antes dijimos, no es aceptable. A esto hay que añadir que estas normas fundamentales presuponen ya la existencia de los Estados, puesto que sin ellos no puede haber tratados ni usos interestatales. (...) (p. 24)

En el caso de aceptar la tesis de que el derecho consuetudinario se constituya como norma fundamental del derecho internacional, habría que asumir la existencia innata de los Estados, como

creadores de la sociedad internacional. Sin embargo, como señala Verdross, el derecho consuetudinario puede ser reemplazado por el derecho convencional, por lo cual pasaría a convertirse en derecho positivo, y ya no suprapositivo como lo debería ser la norma fundamental del derecho internacional. Es decir, el derecho consuetudinario es la consecuencia de la norma fundamental del derecho internacional, dándole esta última su validez jurídica ante la sociedad internacional. En cambio, también se puede referir lo siguiente:

(...) Ahora bien: admitida la existencia de los Estados como *supuestos* previamente dados del D.I., se verá que el D.I. positivo se ha ido constituyendo *sobre la base de la conciencia jurídica común de los pueblos*. Ejemplo claro de ello es el viejo D.I. de la cultura mediterránea, que brotó del *jus gentium* de la Antigüedad. El mismo proceso se repite en la Edad Media: también el D.I. de entonces tiene como base los *principios jurídicos comunes* del mundo cristiano. Y un proceso análogo volvería a darse en el futuro, si después de una anarquía o una dictadura mundial transitorias hubiera de producirse un nuevo D.I. positivo: este no podría entroncar con principios jurídicos que no fueran los reconocidos en común por las comunidades sometidas a la nueva ordenación. Una positivización jurídico-internacional general de los principios generales del derecho es lo que en definitiva ha traído consigo el Artículo 38 del Estatuto del T.P.J.I. (cf. *Infra*. págs. 132 ss.).

Pero esta positivización no ha hecho perder a los principios generales del derecho su rango originario, toda vez que—lo mismo ahora que antes—constituyen en parte el fundamento del D.I., y en parte intervienen directamente en aquellos puntos en que el D.I. no ha establecido normas propias. (...) (*Ídem*)

Los principios generales del derecho, tienen la particularidad de haber existido desde la génesis de las sociedades humanas, las cuales han influido en las relaciones de los grupos sociales que a la postre terminaron constituyéndose en Estados, además de servir como fundamento de las

normas que constituyeron a estos sujetos de la sociedad internacional. Estos principios son suprapositivos, porque se fundan en un derecho anterior al derecho positivo y que, si se quiere, pueden constituirse como parte del derecho natural. Los principios generales del derecho, con el tiempo, han sido objeto de positivización y se han incorporado en normas jurídicas del derecho internacional y derecho nacional de los Estados; sin embargo esto no ha logrado que estos principios pierdan su carácter fundamental, debido a que incluso sin ser positivos, han influido en la creación de las normas jurídicas del sistema jurídico universal.

La comprobación del carácter fundamental de los principios generales del derecho, se encuentra en los actos realizados bajo el amparo del derecho internacional. Verdross, indica que la vigencia de los principios jurídicos que están por encima del derecho internacional, fue reconocida en el preámbulo del Reglamento de La Haya sobre la guerra terrestre y por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en la cual se estipula que en los casos no previstos, no quedan entregados al arbitrio de los beligerantes, sino que quedan sometidos a los principios resultantes de la costumbre internacional, las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública. Asimismo, el secretario de Estado norteamericano Kellogg, en el cambio de notas que procedió la firma del pacto que lleva su nombre, señala que la legítima defensa es un derecho natural de todo Estado soberano, que en cualquier tratado tiene que darse por supuesto, esta concepción no mereció ninguna oposición. En el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, se ha calificado la legítima defensa como un ‘derecho inmanente’, es decir un derecho natural, independiente del derecho positivo. Por excepción se aplican también principios jurídicos directamente obtenidos de la naturaleza del derecho, así el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el asunto *Chorzów*, dedujo el deber de reparación de un daño directamente de la naturaleza de la infracción jurídica. En el litigio sobre la *navegación por el Estrecho de Corfú*



entre Gran Bretaña y Albania, el Tribunal Internacional de Justicia, ha deducido directamente de los principios de humanidad, el deber de los Estados ribereños de llamar la atención de los buques en tránsito por las aguas jurisdiccionales sobre los peligros que corren, sin intentar siquiera demostrar un fundamento jurídico-positivo de dichos principios, admitiendo de esta forma principios de derecho natural. Esta concepción fue confirmada por el dictamen del Tribunal Internacional de Justicia, relativo al *Convenio sobre el genocidio* de 28 de mayo de 1951, en el que subraya que los principios que le sirven de base, son válidos aun en ausencia de una obligación contractual (*Ibíd.*: 25-26).

La sociedad internacional, conforme a los antecedentes señalados precedentemente, tiene asimilado los principios jurídicos, como fundamento para la regulación de las relaciones en la sociedad internacional; considerándolos también como un derecho natural a estos principios. Por último corresponde indicar lo siguiente:

Si, pues, ha de formularse la norma fundamental del D.I.P., tiene que decir que los sujetos del D.I.P. deben comportarse según lo que prescriben los principios generales del derecho que dimanen de la naturaleza social de las colectividades humanas (véase *supra*, pág. 14; *infra*, pág. 134), y las normas del derecho convencional y consuetudinario que sobre la base de aquellos se establezcan. En realidad, esta formulación no hace sino expresar de manera compendiada que el D.I. positivo depende de determinados principios jurídicos, a los que ya *presupone*. De ahí que sea más exacto hablar, no propiamente de una norma fundamental, sino de una *trama de normas fundamentales*.  
(...) (*Ídem*)

Esta trama de normas fundamentales del derecho internacional, o también podría afirmarse del sistema jurídico universal, solventa la unidad sistémica normativa. Sin embargo, la precitada unidad, tiene un carácter puramente teórico, como lo señala Kelsen (2009):

(...) Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados. (p. 173)

En este criterio, cobra relevancia la distinción realizada previamente entre sistema jurídico y ordenamiento jurídico. El derecho internacional y los derechos nacionales de los Estados, son parte del mismo sistema jurídico universal, sin embargo, cada uno de estos derechos, han conformado para sus respectivas sociedades sus propios ordenamientos jurídicos, conformados por normas vigentes que asumen la independencia de cada uno de estos sujetos de derecho internacional.

Ahora bien, la independencia de los Estados y por ende del derecho internacional y los derechos nacionales de los Estados, no puede dar acogida a los partidarios del dualismo para defender su teoría, como se precisa a continuación:

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. (...) La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad.

Para ellos, los extranjeros son “bárbaros” que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista. (*Ibíd.*: 164)

Sobre la teoría dualista, como se tiene señalado, se puede argumentar dos interpretaciones contrarias a sus mismos postulados teóricos, los cuales son incompatibles con la relación fáctica del derecho internacional y nacional de los Estados. Una de estas interpretaciones, desemboca en el desconocimiento del carácter jurídico de los ordenamientos jurídicos de otros Estados, resultando un problema en las relaciones internacionales, verbigracia, cuestiones de derecho internacional privado. La otra interpretación a la que se arriba con la teoría dualista, es la superioridad del derecho interno o nacional con relación al derecho internacional, producto de la figura del reconocimiento e incorporación. En este último caso, como se tiene señalado, se contradice el dualismo, debido que se arribaría en definitiva a una unidad del sistema jurídico entorno a la soberanía de un derecho nacional, dándole a la norma fundamental de este derecho, también el rol de norma fundamental suprapositiva del derecho internacional.

Ahora bien, producto de las contradicciones teóricas del dualismo, los partidarios de esta teoría, abandonan su posición inicial y se inclinan por acogerse a un monismo con primacía del derecho interno, basados en el reconocimiento e incorporación del derecho internacional. Al respecto, sobre la teoría monista, Halajczuk y Moya (1999), señalan lo siguiente:

Los monistas toman como punto de partida el concepto unitario de todo el derecho, que comprende tanto el interno como el internacional, y que implica inevitablemente el problema de la relación

jerárquica existente entre uno y otro. Son relativamente pocos los monistas que se pronuncian en favor de la superioridad del derecho interno, porque esta tendencia se canaliza a través del dualismo; de modo que el término "monismo" a secas, expresa el monismo con primacía del d.i. (...) (p. 46)

El derecho interno, puede ser entendido dentro del monismo, como un derecho superior al derecho internacional, debido a la adaptación en esta teoría, de las figuras dualistas del reconocimiento y la incorporación que realiza el derecho interno al derecho internacional. Sin embargo, como señala Verdross (1976), el reconocimiento de una norma por otra puede significar no solo que una delegación de esta en aquella, sino también que hay sumisión de una a otra. En ese sentido, el reconocimiento de una ley por un reglamento o una sentencia judicial, no significa una delegación respecto de la ley, sino que se invoca a la ley para someterse a su autoridad. Asimismo, cuando una Constitución reconoce al derecho internacional, ello puede significar también que se somete a este derecho. En cambio, si se entendiere lo contrario, resultaría jurídicamente superfluas, por cuanto la validez del derecho internacional, en la comunidad de los Estados, depende exclusivamente de la constitución de dicha comunidad y no de la Constitución de ningún Estado. Por otro lado, las Constituciones estatales, pueden contener normas acerca de la validez interna del derecho internacional, es decir, de la ejecución de las normas jurídico-internacionales dentro de la comunidad estatal, debido a que el derecho internacional solo obliga a los Estados a cumplir sus normas, reservando a estos sujetos, la apreciación de la modalidad de su cumplimiento. Las Constituciones estatales pueden regular la puesta en práctica interna. La ejecución del derecho internacional, por medio del derecho interno, es necesaria porque el hecho de que la mayor parte de las normas jurídico-internacionales no instituyen un órgano propio para su aplicación, de ahí que surgen dos formas de ejecución del derecho internacional; una de estas formas es por medio de la emisión de una disposición interna de un poder central, característico

de los gobiernos absolutistas. En cambio la otra forma de aplicación del derecho internacional, es realizada por las autoridades independientes de justicia, en gobiernos democráticos (p. 99).

El derecho internacional, para la sociedad internacional, no puede ser opuestas por el derecho interno de los Estados, así lo señala Halajczuk y Moya (1999), cuando refieren: “(...) En cuanto a la faz práctica, se fundamenta en la jurisprudencia internacional, que considera que las leyes internas contrarias al d.i. no son oponibles y que dan lugar a responsabilidad internacional.” (p. 46) En ese sentido, se debe diferenciar las normas del derecho internacional que requieren la manifestación de la voluntad de los Estados, en oposición de las que no requieren la precitada manifestación de voluntad debido a que son parte del derecho imperativo internacional o también denominadas normas *jus cogens*. Al respecto, se puede realizar la siguiente disquisición entre normas taxativas y dispositivas del derecho internacional:

Afirman algunos autores que en principio todas las normas del D.I.P. son dispositivas. Lo único cierto en esta afirmación es que en *principio* dos Estados pueden acordar *entre sí* una regulación que se aparte del D.I. común *en la medida* en que no afecte los derechos de terceros Estados.

Pero *junto* a estas normas hay otras que los Estados tampoco pueden modificar *inter se*. Así, ya con anterioridad a la Carta de la O.N.U. eran nulos los tratados que se opusiesen a las buenas costumbres (*contra bonos mores*) (cf. págs. 157 s.). Desde la entrada en vigor de la Carta, figuran entre estos todos los tratados que violan los derechos humanos fundamentales, y así mismo los que se oponen a la prohibición del uso de la fuerza del Artículo 2.º, apartado 4.º.

En efecto, hay que observar que en principio hay en todo ordenamiento jurídico principios que pertenecen al *ordre public* y constituyen, pues, su *jus cogens*. Este punto de vista, que he venido sosteniendo desde 1937, fue reconocido por la Comisión de D.I. en su sesión de 1963 (y ha plasmado, finalmente, en el Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, a tenor del cual es nulo todo tratado que al celebrarse esté en oposición

con «una norma imperativa de derecho internacional general», entendiéndose por tal «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de D.I. general que tenga el mismo carácter»). Cuando más se organice la comunidad internacional, tanto mayor se hará este sector del D.I. (Verdross, 1976: 112-113)

En ese fundamento, los Estados, no les queda más camino que la asimilación de estas normas *jus cogens* que pertenecen al *ordre public*, de la sociedad internacional. Sin embargo, la validez de estas normas imperativas, se encuentra sostenida en última instancia a la norma fundamental de derecho internacional, de la cual se desprende todo el sistema jurídico universal. Al respecto, el monismo que se adecua a este razonamiento, es el que establece una primacía del derecho internacional, sobre el derecho interno de los Estados, el cual como señalan Halajczuk y Moya (1999), se agrupan en dos clases: los absolutos y los moderados. La primera clase, respaldado por Scelle y un joven Kelsen, consideran que una norma interna o nacional contraria al derecho internacional, es nula (p. 47). Asimismo, la unidad del sistema normativo que agrupa al derecho internacional y los diversos derechos internos de los Estados, concluye en la afirmación de la superioridad del derecho internacional, dejando como consecuencia la eficacia y obligatoriedad de este derecho, en los ámbitos normativos nacionales, sin requerir de una ‘transformación’ (reconocimiento e incorporación) previa de ningún Estado (Roa, 2001: 181). En cuanto al reconocimiento, como señala Kelsen (2009), este es sustentado en el derecho internacional positivo, el cual determina las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado, por lo cual tiene un carácter constitutivo (p. 166).

Ahora bien, esta obligatoriedad directa del derecho internacional en el derecho interno, es un indicador relevante para identificar al monismo radical, como se cita a continuación:

(...) Pero hemos de matizar esta comprobación, añadiendo la evolución jurídica más reciente se inclina a considerar que los órganos estatales quedan directamente obligados por el D.I. a negarse a obedecer *excepcionalmente* a una ley de su propio Estado, si el órgano en cuestión, al aplicarla, incurriera en un delito internacional (págs 201 ss.). En un supuesto de esta índole, el órgano estatal tendría, pues, que considerar como nula, a título excepcional, la ley contraria al D.I. (Verdross, 1976: 95)

La obligatoriedad del derecho internacional frente al derecho interno, desemboca en la nulidad de la norma irregular, o al menos es lo que en teoría debería suceder ante una contradicción de esa naturaleza. En ese sentido, esta superioridad del derecho internacional, derivada en un orden jurídico superior a los Estados, ha merecido la siguiente consideración de Kelsen (2001), quien señala lo siguiente:

(...) Desde este punto de vista, el tratado tiene frente a la ley, e incluso, frente a la Constitución cierta preeminencia puesto que él puede derogar una ley ordinaria o constitucional en tanto que lo contrario es imposible. Según las reglas del derecho internacional, un tratado no puede perder su fuerza obligatoria sino en virtud de otro tratado o de otros hechos determinados por él, pero no por un acto unilateral de una de las partes contratantes, especialmente una ley. Si una ley, incluso una ley constitucional, contradice un tratado ella es irregular, esto es, contraria al derecho internacional; va inmediatamente contra el tratado, y mediatamente contra el principio *pacta sunt servanda*. (p. 33)

En el derecho internacional se ha identificado dos principales tipos de normas jurídicas desarrolladas a partir de la norma fundamental universal, estos tipos son el derecho consuetudinario y el derecho convencional o escrito.

En cuanto al derecho convencional, este es desarrollado básicamente por tratados internacionales. Los Estados y los demás sujetos de derecho internacional, deben someterse a un

principio jurídico con calidad de *jus cogens*, denominado *pacta sunt servanda*. Este principio será analizado más adelante, sin embargo, en síntesis significa que los sujetos parte de un tratado, se encuentra obligado a este y, deben cumplir el tratado de buena fe.

A partir del *pacta sunt servanda*, corresponde declarar la nulidad de aquella norma jurídica de derecho interno, que contradiga al derecho internacional, principalmente si es objetivamente verificable, como lo es con los tratados internacionales. Asimismo, la nulidad de la norma interna irregular, para el monismo radical, es *ab initio*, como señala a continuación:

Pero, además, por virtud de dicha primacía, no cabe la posibilidad de conflicto entre ambos órdenes. Al entrar en vigor la norma internacional, toda disposición interna que esté en eventual contradicción con ella es nula *ab initio*, pues “su validez se haya condicionada por la norma superior”, en este caso, la norma internacional. (Roa, 2001: 180)

Este tipo de nulidad, procedería sin ninguna observación en el caso que la norma interna se encuentre directamente subordinada al derecho internacional. No obstante, como se tiene señalado, dentro de un sistema jurídico, la interacción normativa, no solo se cierra a una lógica de subordinación, sino también a una lógica de coordinación de normas que son parte de un sistema. Es precisamente en este criterio que, se puede encontrar algunas inconsistencias en el monismo radical. A ese respecto Verdross (1976), señala lo siguiente sobre la nulidad de la norma interna irregular:

(...) la teoría del monismo radical, opuesta a la teoría dualista, y que afirma que *toda* norma estatal contraria al D.I. es *nula*, no resulta sostenible. Pero tampoco puede mantenerse a la teoría dualista de la completa separación del D.I. y el derecho estatal, ya que olvida que la obligatoriedad de una ley opuesta al D.I. solo es *a efectos internos y provisional*: el Estado perjudicado está autorizado por el D.I. común a exigir la derogación, o por lo menos la no aplicación, de tal ley, y el otro Estado



está obligado a satisfacer dicha demanda. Ello prueba que el procedimiento legislativo estatal puede quedar sometido a un *control jurídico internacional*. (...) La consecuencia de ello es que el derecho estatal solo puede moverse *con entera libertad* dentro de los límites fijados por el D.I. (...) (p. 96)

La flexibilización del monismo radical, no puede significar un retroceso hacia el dualismo, debido a que esa teoría se encuentra superada por los criterios anteriormente expuestos. Sin embargo, se debe considerar que la expulsión de la norma interna del ordenamiento jurídico, por considerarse irregular con el derecho internacional, no puede ser *ab initio* debido a que no se tiene instituido un órgano internacional encargado de realizar el precitado control, de acuerdo a la siguiente cita:

(...) Debemos subrayar, por otro lado, que el derecho internacional no pronuncia por sí mismo la nulidad de los actos estatales que le son contrarios. No se ha elaborado todavía un procedimiento mediante el cual estos actos irregulares pudieran ser anulados por un tribunal internacional. Así, pues, estos actos se conservan válidos si es que no son anulados a través de un procedimiento estatal. (...) (Kelsen, 2001: 33)

En ese sentido, la contradicción de una norma interna, con el derecho internacional, no genera una nulidad automática de la norma irregular, como señala el monismo radical. En cambio, para el Estado al que se le atribuya la posible irregularidad, resulta en una responsabilidad internacional, de acuerdo a lo establecido por el propio derecho internacional. Al respecto, surge la otra clase de monismo, denominado ‘moderado’, el cual propugna la unidad del sistema jurídico universal y la superioridad del derecho internacional. En cuanto al monismo moderado, Verdross (1976), señala lo siguiente:

(...) solo puede dar cuenta de la realidad jurídica una teoría que, reconociendo, desde luego, la posibilidad de conflictos entre el D.I. y el derecho interno, advierta que tales conflictos no tienen

carácter definitivo y encuentran su solución en la unidad del sistema jurídico. Doy a esta teoría el nombre de *monismo moderado o estructurado* sobre la base de la primacía del D.I. porque mantiene la distinción entre el D.I. y el derecho estatal, pero subraya al propio tiempo su conexión dentro de un sistema jurídico unitario basado en la constitución de la comunidad jurídica internacional. (p. 97)

El carácter moderado, precisamente radica en la forma por la cual se soluciona la contradicción del derecho interno de los Estados con el derecho internacional. Es decir, para esta clase de monismo, las irregularidades que pueden suscitarse entre estos ordenamientos jurídicos, no derivan automáticamente en la nulidad de la norma interna, sino que se considera algunos elementos como la efectividad de la irregularidad y el daño ocasionado por este. En ese criterio, se continúa señalando lo siguiente:

La diferencia que separa el D.I. del derecho interno dentro del sistema jurídico unitario se pone claramente de manifiesto si consideramos la relación entre ambos sucesivamente desde el punto de vista de un tribunal estatal y de un tribunal internacional de arbitraje o de justicia. Si, en efecto, los tribunales estatales, en cuanto órganos del derecho estatal, han de aplicar incluso leyes contrarias al D.I., los tribunales internacionales de arbitraje y de justicia, como órganos del D.I., tienen que aplicar las normas de este. Para ellos las leyes estatales, como las decisiones judiciales y actos administrativos de un Estado, son meros hechos, susceptibles de ser medidos a la luz del D.I., y por consiguiente, de verse calificados según su concordancia u oposición al D.I. Esto vale incluso para las leyes constitucionales de un Estado opuestas al D.I. Ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídico-internacional invocando su derecho interno. De ahí que los órganos internacionales competentes puedan imponer al Estado que promulgó una ley opuesta al D.I. que proceda a su derogación, o por lo menos a su no aplicación. (...) (*Ídem*)

Al respecto, las normas jurídicas que conforman el derecho interno de un Estado, tienen el alcance que le permite la soberanía del Estado del que proviene. Ahora bien, solo la subjetividad internacional, respalda al Estado para que cuente con soberanía dentro de su territorio y para su población.

El derecho internacional, tiene como esencia, la regulación de las relaciones jurídicas de los sujetos que conforman la sociedad internacional. En consecuencia, todas las normas jurídicas que producen los Estados dentro de su soberanía, son para la sociedad internacional, simplemente hechos que serán considerados para determinar una posible responsabilidad internacional. En cuanto al efecto de la irregularidad de la norma interna, en el sistema jurídico universal, Halajczuk y Moya (1999), señalan lo siguiente:

El monismo moderado está de acuerdo con la práctica internacional: considera que una ley contraria al d.i. puede ser válida en el orden interno, pero carece de validez en el internacional. El estado no puede alegar su propia ley para no cumplir el d.i., ni la CIJ ni el árbitro la tomará en cuenta, y por el contrario tal ley compromete la responsabilidad internacional del estado. (p. 47)

La norma interna irregular con el derecho internacional, carece de validez para la sociedad internacional. A partir de ello, surge la posibilidad de que los órganos internacionales competentes, puedan imponer al Estado responsable de la irregularidad, la obligación de proceder a expulsar la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, o en su defecto a su no aplicación. Sin perjuicio de aquello, el Estado responsable de la norma irregular, deberá asumir su responsabilidad frente a la sociedad internacional, por los daños que pudo haber causado a otro sujeto de derecho internacional o a la sociedad internacional en su conjunto. Asimismo, se debe considerar que un Estado, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, para justificar el incumplimiento del derecho internacional.

En definitiva, como señala Díez de Velasco, citado en la Sentencia N° C-400/98 de la Corte Constitucional de Colombia, en el fundamento jurídico 44; el monismo moderado, que en el fondo tiene ciertas connotaciones dualistas moderadas, debido a que defiende una primacía indirecta del derecho internacional, la cual no opera por la vía de la nulidad automática de la norma interna irregular con el derecho internacional, sino que, por la vía de la responsabilidad internacional. En la gran mayoría de los casos y, salvo disposición expresa en contrario, las normas internas irregulares con el derecho internacional, son plenamente eficaces y aplicables por los tribunales y autoridades internos, aunque engendren responsabilidad internacional para su Estado. En ese sentido, para el juez y las autoridades nacionales del Estado responsable de la irregularidad, fácticamente se acogen al principio de que el derecho constitucional precede al orden internacional, por lo cual los tratados internacionales tienen el valor que la Constitución les asigne (cfr.).

Ahora bien, se debe considerar que a partir de los importantes sucesos que convulsionaron la sociedad internacional en el siglo XX, se fue construyendo un grupo de normas internacionales, que tienen la finalidad de incidir directamente en la vida de las personas de cada una de las naciones del mundo. A ese respecto, Kelsen (2009), ya en su oportunidad, había anticipado este grupo de normas, señalando lo siguiente:

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico

nacional, personificado bajo el nombre de Estado. (...) Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional. (p. 162)

La subjetividad originaria para el derecho internacional, está reservada exclusivamente para los Estados, debido a que principalmente, estos gozan de plenitud de derechos y obligaciones que ofrece la sociedad internacional. Sin embargo, el mismo derecho internacional tiene previsto la subjetividad en determinados casos, a los seres humanos, en temas relativos principalmente a derechos humanos y derecho humanitario. Ahora bien, la mediata aplicabilidad del derecho internacional, en estas determinadas cuestiones, es superada bajo el argumento de velar por la estabilidad y paz de la sociedad internacional. Los Estados, bajo estas determinadas situaciones, no han tenido más camino que adecuar su normativa interna, y guardar la debida regularidad con el derecho internacional, incluso incorporando dentro de las normas supremas de sus respectivos ordenamientos jurídicos, a determinadas normas internacionales, en temas específicos. En el caso del Estado boliviano, además de incorporar en su Constitución lo señalado, ha previsto incorporar al bloque de constitucionalidad a ciertas normas de derecho internacional, previendo una mala interpretación del monismo moderado, donde se priorice al derecho interno por sobre el derecho internacional.

### ***2.3.3. Criterios Sobre el Control de Constitucionalidad de Tratados Internacionales***

El tema de control de constitucionalidad de tratados internacionales, ha merecido poco análisis a nivel teórico, además de tener un escaso desarrollo jurisprudencial por parte de los más altos tribunales de justicia de los Estados. Sin embargo, los Estados Constitucionales de derecho,

se rigen por el principio de supremacía constitucional, además de que sus Constituciones son el eje central y creador de todo el ordenamiento jurídico estatal. Se instituye también a esta norma suprema, como límite jurídico al poder público ejercido por las distintas autoridades estatales.

Ahora bien, el control constitucionalidad tiene la finalidad de asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales, además de las normas jurídicas directamente subordinadas a la Constitución. En el Estado boliviano, a partir de lo dispuesto por el constituyente, se ha asumido como modelo de control de constitucionalidad, el modelo concentrado o *kelseniano*, y se ha instituido un TCP, para que cumpla con la destacada misión de velar por la supremacía constitucional y ejercer el control de constitucionalidad. Asimismo, de acuerdo a lo señalado previamente, la Constitución no niega la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad correctivo de tratados internacionales, sino que, más al contrario establece los cimientos necesarios para activar la jurisdicción constitucional y realizar este control normativo de constitucionalidad.

Así pues, los tratados internacionales, forman parte del de ordenamiento jurídico del Estado, además de recibir su validez interna de la Constitución. No obstante, al ser originalmente normas del derecho internacional, los tratados internacionales, no solo adquieren validez gracias a la Constitución, sino también, adquieren validez del derecho internacional, constituyéndose como fuente jurídica de los sujetos de la sociedad internacional.

A ese respecto, surge una disyuntiva referida a la procedencia o no de activar la jurisdicción constitucional para realizar el control de constitucionalidad correctivo sobre estos instrumentos internacionales, debido a que, en el caso de determinar la inconstitucionalidad de estos instrumentos internacionales, los mismos no podrían ser causales de anulación frente al derecho internacional, ni mucho menos la Constitución podría convertirse en un indicador de regularidad para el resto de sujetos de la sociedad internacional. La oposición referida, debe ser necesariamente

conciliada con el principio de supremacía constitucional, entendiendo el carácter normativo de los tratados internacionales en el derecho interno de los Estados. Al respecto, corresponde precisar lo siguiente:

Al lado de las leyes, de ciertos reglamentos y actos individuales de ejecución que presentan los caracteres anteriormente indicados, es necesario considerar a los tratados internacionales como otra forma jurídica inmediatamente subordinada a la Constitución. Las Constituciones contienen, en general, prescripciones sobre su conclusión, en las cuales se autoriza al jefe de Estado a celebrarlos, y se atribuye al Parlamento el derecho de aprobarlos, asimismo, se exige, para su validez interna que sean transformados en leyes, etcétera. Los principios constitucionales sobre el contenido de las leyes valen igualmente para los tratados internacionales, o al menos, podrían valer para ellos, pues sería concebible que el derecho positivo los exceptuara de estas disposiciones. (Kelsen, 2001: 31)

En ese criterio, no se puede desconocer la necesidad de realizar el control de constitucionalidad de estos instrumentos internacionales, debido a que una posible incompatibilidad, puede lesionar la estabilidad del Estado. La Constitución, al igual que el resto de las normas jurídicas de un Estado, determina las formalidades internas que deben cumplirse por parte de las personas que participan en la celebración de un tratado. Asimismo, prescriben el contenido de los tratados internacionales, para que estos sean conforme a los principios y valores del Estado establecidos en la Constitución. En ese sentido, se manifiesta lo siguiente:

Los tratados internacionales deben ser interpretados de modo que sostengan con la Constitución exactamente la misma relación que ésta guarda con las leyes. Ellos pueden ser inmediatamente inconstitucionales, ya sea formalmente, en razón de su confección, ya sea materialmente, en razón de su contenido. Poco importa, por último, que el tratado tenga un carácter general o individual.

*(Ídem)*

Ahora bien, cada Estado sin excepción, cuenta con sus propias finalidades, las cuales se ven reflejadas en su norma suprema interna, por lo que, la incompatibilidad de un tratado internacional respecto a la Constitución, genera una irregularidad en el desarrollo de sus fines. En ese criterio, el control de constitucionalidad sobre el fondo de los tratados internacionales, es igualmente necesario para la regularidad del Estado, además de realizar un contraste de lo dispuesto por el tratado con la norma constitucional.

Es así como, para la Corte Constitucional Colombiana en su Sentencia C-400/98 de fecha 10 de agosto de 1998, determina que la supremacía de la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma jurídica, clasificación en la que se incluyen a los tratados internacionales. Así también señala que la aplicación del principio del *pacta sunt servanda*, en el derecho interno colombiano, se produce por la asignación de jerarquías a diferentes tipos de tratados internacionales; al igual como lo hace el Estado boliviano en su Constitución.

En el caso boliviano, no solo se realiza esta asignación de jerarquías a tratados internacionales, sino que, a diferencia de la Constitución colombiana, no se nomina, ni se reconoce explícitamente la obligatoriedad de los principios internacionales para el Estado boliviano. No obstante, es necesario ser coherente con lo precisado previamente y, es preciso señalar que esta falta de nominación o reconocimiento explícito, no le exonera a Bolivia del sometimiento al derecho internacional, principalmente al taxativo. En consecuencia, esta flexibilización es únicamente de orden interno, y no puede ser oponible ante el derecho internacional.

Esta jerarquización de tratados internacionales, supone una distinción en el tratamiento del control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, como lo señala Ramelli (2007). Al momento de adelantar el control judicial de constitucionalidad sobre instrumentos internacionales, está de por medio no sólo la garantía de la supremacía constitucional, sino también



la protección de los derechos subjetivos del individuo, al igual que el futuro funcionamiento del Estado y de la sociedad en su conjunto. Para referirse a este control, habría que examinar si este se ejerce de manera indiscriminada sobre todos los instrumentos internacionales, o sólo sobre algunos en función de la materia regulada y de la importancia que revistan (p. 20).

Así también, puede distinguirse el control de constitucionalidad de los tratados internacionales, bajo los siguientes parámetros: a. El momento en el que se ejerce el control, es decir, posterior o anterior al momento de prestar internacionalmente el consentimiento; b. La forma de acceder a la jurisdicción constitucional, que puede ser rogado o automático; c. Si abarca o no la regularidad del procedimiento empleado por el correspondiente órgano de representación popular, los efectos jurídicos del control, es decir, cosa juzgada, formulación de reservas, etc.; d. La participación o no de la ciudadanía en el proceso de control de constitucionalidad; y e. Un examen acerca de la práctica en la materia del respectivo tribunal constitucional, el cual incluye, por un parte, el entendimiento amplio o restrictivo del concepto de tratado internacional, así como el ejercicio de controles severos, intermedios o débiles, en función, por ejemplo, de la materia regulada (*Ídem*).

Una de las distinciones que genera atención, es la relativa al momento de activar la jurisdicción constitucional, la cual puede ser anterior o posterior al momento de prestar internacionalmente el consentimiento. La activación del control es anterior, constituye un control previo, preventivo o *a priori* de control de constitucionalidad. Al respecto, Bazán (2003) indica lo siguiente:

(...) De cualquier modo, en un sistema de control *preventivo y potestativo*, si existiera «duda fundada» acerca de la posibilidad de lesión constitucional, quedaría habilitada la competencia del tribunal competente para verificar la verosimilitud de aquel estado de duda y, en su caso,

descalificar el instrumento internacional si, como resultado de ese examen previo de constitucionalidad a cargo de dicho órgano, se constatará una efectiva colisión de su preceptiva con la Constitución Política. De ello se infiere que adscribimos al modelo de contralor *previo* de constitucionalidad, pero con el añadido de la modalidad *obligatoria* de ejercicio de dicha actividad fiscalizadora, que prefigura una mayor dosis de seguridad en beneficio del despliegue vivencial de los instrumentos internacionales una vez incorporados al ordenamiento jurídico interno correspondiente y luego de haber superado, sin sobresaltos, el forzoso tamiz preventivo al que fuera sometido para alejar el peligro de una contradicción con el texto de la Ley Fundamental. (p. 417)

Al respecto, el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales, incipientemente resultaría ser el mecanismo más acertado e idóneo para preservar la regularidad del ordenamiento jurídico interno de un Estado sometido a la Constitución. Esta suposición radica en el sentido de que al evitar que la norma internacional ingrese al ordenamiento jurídico del Estado y sea vinculante a nivel internacional, se logra velar por la regularidad normativa y la supremacía constitucional, además evitar lesionar la seguridad jurídica y el principio de *pacta sunt servanda*, como resultaría de un control correctivo.

Ahora bien, la finalidad de este control correctivo de tratados internacionales, básicamente consiste en:

La consulta sobre la constitucionalidad de tratados o convenios internacionales tiene por finalidad que Tribunal Constitucional efectúe un control preventivo e integral sobre la compatibilidad de estos instrumentos normativos internacionales que suscriba el Presidente del Estado, para dotar de seguridad tanto al orden jurídico interno como a los compromisos adquiridos internacionalmente por el Estado. (Rivera, 2011, 200)

En ese entendido, el tratamiento constitucional de los tratados internacionales, requiere no solo el análisis su validez interna, sino también se debe examinar la validez internacionales que

tienen estos instrumentos internacionales. En ese entendido, se debe velar, por la seguridad del ordenamiento jurídico interno del Estado, del mismo modo que por la seguridad del orden jurídico internacional. Se debe agregar que, el control preventivo de constitucionalidad de tratados internacionales, además de realizarse sobre instrumentos internacionales suscritos por el Estado, también se lo realiza sobre los tratados a los que el Estado desea adherirse.

Puede agregarse que, el control preventivo de constitucionalidad de tratados internacionales, resulta ser una necesidad apremiante para la seguridad jurídica y la estabilidad en el manejo de las relaciones internacionales. Esta clase de control normativo que, debe ser realizado antes de realizar el depósito del instrumento de ratificación, abarca aspectos materiales, relacionados con la conformidad del texto del tratado internacional con la Constitución, e igualmente formal, referido al examen de regularidad del trámite surtido en el procedimiento interno de celebración, incluida la Ley aprobatoria. En otros términos, el establecimiento de un control previo y automático de constitucionalidad ante la jurisdicción constitucional sobre absolutamente todos los tratados internacionales y sin importar su materia o extensión, tiene la finalidad de cerrar de una vez por todas, las puertas a futuras demandas de inconstitucionalidad contra instrumentos internacionales, tal como fue definido por la Constitución colombiana de 1991 (Ramelli, 2007, 22). En ese mismo argumento Bazán (2003) señala lo siguiente:

(...) Por lo demás, sería igualmente conveniente que se estableciera que el control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por parte del Tribunal sólo fuera operable preventiva y obligatoriamente, es decir, antes de su ratificación o aprobación, y que se proscibiera el ejercicio del control represivo o posterior de los instrumentos internacionales que se encuentren en vigor (...) (p. 453)

La razón de Bazán de proscribir el control posterior de los instrumentos internacionales, se funda en que al haberse sometido estas normas a un control automático de constitucionalidad *a priori*, su constitucionalidad ya habría sido avalada, no existiendo razón para volver a activar la jurisdicción constitucional sobre el mismo tratado. No obstante, corresponde precisar lo que señaló en su oportunidad la precitada Sentencia C-400/98 de la Corte Constitucional de Colombia, la misma hace referencia que la sentencia C-276 de 1993 parte de un presupuesto no probado, y es que la revisión automática de los nuevos tratados excluía la posibilidad de demandas sobre leyes que aprueban tratados si éstos ya se encuentran perfeccionados. El error argumental de la Sentencia C-276 es evidente, pues equivale a afirmar que como la Constitución estableció un control previo para todas las leyes estatutarias relativas a derechos fundamentales que fueran expedidas en el futuro, entonces debería entenderse que no pueden los ciudadanos demandar las leyes que en el pasado habían regulado los derechos fundamentales. En ese sentido, surge una interrogante, referida a que si la revisión automática y previa que establece la Constitución colombiana sobre los nuevos proyectos de tratados excluye las demandas sobre las leyes que aprobaron tratados, si éstos ya están perfeccionados. Sin embargo, en la medida en que los tratados son aprobados por una ley, puede sostenerse que el control de constitucionalidad *a posteriori* sobre leyes, si se encuentra reconocido textualmente en la Constitución, estableciendo una competencia por vía de acción sobre esas leyes (cfr.).

Adviértase que, a pesar de lo referido, realizar un control correctivo de constitucionalidad de las leyes que aprobaron los tratados internacionales, precisamente resulta ser eso, un control sobre una ley, y no sobre un tratado internacional.

De otro lado, la idea planteada por Bazán y la sentencia C-276, referida a que con el control de constitucionalidad *a priori* obligatorio o automático, se evitaría alguna inconstitucionalidad de

estos instrumentos internacionales vigentes para el Estado, además de brindar seguridad tanto al ordenamiento jurídico nacional, como el internacional; puede tener ciertas objeciones. Una de estas objeciones, es relativa a una posible inconstitucionalidad sobreviniente, la misma que no pudo ser prevista por la jurisdicción constitucional, al momento de realizar el control preventivo. Otra objeción, referida a que el control preventivo automático u obligatorio, no podría ser aplicado a los instrumentos internacionales simplificados o ejecutivos, debido a su naturaleza y materia. Por último, el control automático, se convertiría en una importante carga procesal para la jurisdicción constitucional, generando una deficiente labor del tribunal constitucional, y un atasco en las relaciones internacionales del Estado.

Ante estas objeciones de la efectividad del control preventivo de constitucionalidad de tratados internacionales, el estudio del control correctivo o represivo de estos instrumentos internacionales, se torna necesario para velar por la supremacía constitucional en ordenamiento jurídico del Estado. Pese a ello, han surgido respecto a este control, algunos detractores que arrojados en ciertos institutos jurídicos nacionales y principalmente internacionales, reprochan la posibilidad de realizar este control *a posteriori*. Al respecto, uno de los detractores de este control, señala lo siguiente:

El control de constitucionalidad *represivo o posterior* de los instrumentos internacionales, es decir, articulable una vez que estos estén perfeccionados, integrados en el ordenamiento jurídico interno y en vigor, resulta discutible, pues la aplicación sistemática e inveterada de dicha práctica podría vaciar de contenido axiológico y jurídico a la exigencia que se impone a todo Estado de honrar sus compromisos internacionales, y permitiría que, en cualquier momento, un tratado vigente pudiera ser declarado (total o parcialmente) inconstitucional. Este hecho supondría la violación de los principios generales del derecho y, ya en particular, las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), buena fe e improcedencia de alegar disposiciones

de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales; por otra parte, propiciaría el demérito de la seguridad jurídica, deslizaría al Estado en cuestión hacia una hipótesis de potencial responsabilidad internacional y deterioraría su imagen en el exterior. (Bazán, 2003: 449-450)

Adviértase que, la afirmación que realiza el precitado autor, de que el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales, vaciaría de contenido axiológico y jurídico a la exigencia de honrar los compromisos internacionales asumidos por el Estado, es una posición fatalista de esta clase de control normativo. Ahora bien, se correría con ese riesgo de llegar a ese vacío, si es que las declaratorias de inconstitucionalidad de tratados internacionales serían frecuentes y, que el efecto de la inconstitucionalidad resultare en un inmediato desconocimiento de la obligación internacional asumida por el Estado; sin embargo tal extremo no debería suceder. Por el contrario, el control de constitucionalidad *a posteriori* de normas inconstitucionales en general, resulta ser poco frecuente, verbigracia, debido a las formalidades inherentes a este tipo de acción. Los efectos de una posible inconstitucionalidad de un tratado internacional, dada la particularidad de estas normas, deberán someterse a un trámite especial y distinto al del resto de los controles normativos.

Siempre que la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado internacional, se adecue a las reglas y procedimientos del derecho internacional, no tiene por qué lesionar los principios generales del derecho, *pacta sunt servanda*, buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de acuerdos internacionales. Así también, al adecuarse al derecho internacional el control de constitucionalidad de tratados internacionales, se evitaría correr el riesgo de adquirir responsabilidad internacional, sin olvidar que las relaciones internacionales son encaminadas a discrecionalidad del mismo Estado, de acuerdo a sus fines, que

comúnmente se encuentran expresados en sus respectivas Constituciones, como en el caso boliviano. En ese sentido, evidenciar una inconstitucionalidad de un tratado, significa identificar una irregularidad en los fines del Estado para sus relaciones internacionales, para lo cual el mismo derecho internacional ha reservado ciertos mecanismo para desvincularse de un tratado internacional.

En lo referente a la seguridad jurídica, similar observación a la realizada por Bazán, es la que hizo Hernando Herrera Vergara en su salvamento parcial de voto en la Sentencia C-400/98, quien señala que el cambio de jurisprudencia configura nuevamente una sensible preocupación para la seguridad jurídica internacional, con impredecibles consecuencias que ameritan una reforma de carácter constitucional que en forma categórica y siguiendo los principios de derecho internacional rescate la prevalencia de los tratados internacionales sobre el ordenamiento jurídico interno del Estado (cfr.). Sin embargo, se debería considerar que, no se aspira vulnerar el derecho internacional con el control de constitucionalidad de tratados internacionales, sino que se busca más bien, brindar seguridad jurídica a la sociedad sometida al ordenamiento jurídico de un Estado, el cual puede ser afectado por contradicciones entre la Constitución y los tratados internacionales.

Así también, Vladimiro Naranjo Mesa en su salvamento parcial de voto a la precitada Sentencia C-400/98, señaló que los tratados que se encuentran perfeccionados son intangibles e incontrovertibles. En consecuencia no es posible, en el evento de existir un cambio de normatividad interna que haga devenir en inconstitucional un tratado previamente definido, acudir a la jurisdicción constitucional para obtener su desconocimiento, sino a los mecanismos idóneos reconocidos por la propia Constitución y el derecho internacional para proceder a su inaplicación. A quien corresponde la dirección de las relaciones internacionales, como ser el Presidente, debe proceder a solicitar la denuncia, la revisión o la renegociación del tratado. En ese entendido, no le

corresponde a la jurisdicción constitucional, so pretexto de procurar la integridad y supremacía de la Constitución y la prevalencia de la misma, arrogarse la competencia para revisar los tratados perfeccionados con anterioridad a la vigencia de la Constitución colombiana de 1991, en el entendido de que el constituyente al establecer un control previo y automático a la ratificación, tuvo la finalidad de respetar los principios de derecho internacional (cfr.).

Al respecto, en el derecho internacional, como bien lo señala Naranjo Mesa, si existen mecanismos de desvinculación a un tratado internacional por parte de un Estado. En ese sentido, se debería considerar que la declaratoria de inconstitucionalidad de un instrumento internacional, pueda tener como efecto, la activación de los mecanismos del derecho internacional, siempre que proceda, asumiendo los postulados del monismo moderado.

Naranjo Mesa, plantea también la hipótesis de que, con el control correctivo de constitucionalidad de tratados internacionales, la jurisdicción constitucional invadiría y se arrogaría competencias atribuidas a otros órganos de poder. No obstante, esta afirmación podría ser extensiva a todos los actos que realiza la jurisdicción constitucional, verbigracia, cuando realiza un control normativo a una Ley, o un control tutelar a algún acto de una autoridad estatal. Ahora bien, no se puede por un lado adoptar el modelo *kelseniano* de control de constitucionalidad, y por el otro desconocer los fundamentos que respaldan a este modelo. En su oportunidad se sometió a análisis la idea de que la jurisdicción constitucional resulta ser una violación al principio de separación de poderes, y en su oportunidad tal idea fue refutada.

Los órganos de poder se deben a la Constitución y reciben de esta la asignación de sus respectivas atribuciones, por lo que no pueden ser considerados como soberanos, debido a que la soberanía es una sola y se encuentra establecida en la Constitución. El procedimiento interno de celebración de tratados internacionales, por otro lado, se encuentra regulado directa e



indirectamente por la Constitución, de la misma forma como lo hace por ejemplo, las Leyes a los reglamentos, y estos últimos a los actos administrativos. El principio de separación de poderes, indica una división de los mismos, involucrando un reparto del poder entre diferentes órganos reservándose cada uno de estos, el control de los otros con la finalidad de impedir la concentración del poder en un solo órgano, y se convierta en un Estado absolutista. La jurisdicción constitucional, cumple con el propósito de garantizar la regularidad del ejercicio de las atribuciones de los órganos de poder establecidos en la Constitución.

Sobre lo que implica el control correctivo de constitucionalidad de tratados internacionales, en el principio de separación de poderes, la referida Sentencia C-400/98 señala que, mediante la sentencia de inexecutable de un tratado, la jurisdicción constitucional estaría orientando la dinámica de las relaciones internacionales, sin embargo, similar objeción se podría señalar sobre el control preventivo de constitucionalidad de tratados internacionales y sus leyes aprobatorias, dado que con los efectos de estos casos también estaría ‘influyendo’ en las relaciones internacionales. Aún más importante de destacar es que, el Presidente no escapa a los mandatos constitucionales ya que debe actuar dentro de los marcos establecidos en la Constitución, además de respetar el ordenamiento constitucional, incluso cuando conduce las relaciones internacionales (cfr.). En el caso boliviano, en el Artículo 410 de la Constitución, se dispone que los órganos públicos, funciones públicas e instituciones se encuentran sometidos a esa norma suprema.

Ahora bien, Rivera (2011) para desestimar la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad *a posteriori* de tratados internacionales, se respalda en lo que en su momento dispuso la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia N° C-276/93, que señala lo siguiente:

El examen constitucional no se puede ejercer respecto de instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados. Esto se entiende como un reflejo natural de supranacionalidad en este tipo de

convenios que comprometen a la Nación, como persona de derecho público internacional, en un acto en el que ha perfeccionado su voluntad y donde ningún organismo de carácter interno, ni siquiera el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, puede entrar a revisar aquello que es ley entre partes, siendo tales los Estados Vinculados. La Carta Política ha tenido en cuenta este espíritu de equivalencia entre las partes, al considerar que el control constitucional tan sólo se puede con anterioridad al momento en que se perfeccione el Tratado, esto es, previamente a la manifestación íntegra de la voluntad del Estado pactante. (p. 202)

De acuerdo a lo citado, la jurisdicción constitucional debe inhibirse en pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados ya perfeccionados, con el fin de preservar la intangibilidad de los compromisos internacionales. Esta posición, resulta contradictoria con la esencia misma del control de constitucionalidad, principalmente el modelo *kelseniano*. Básicamente se cierra a rechazar la posibilidad, sin aclarar sobre la consecuencia de dejar en el ordenamiento jurídico, una norma inconstitucional. En cambio, la Sentencia C-400/98 también de la Corte Constitucional Colombiana, señala que la Sentencia C-276/93, ya no es de recibo, por cuanto es evidente que una inhibición de la jurisdicción constitucional en examinar la constitucionalidad de un tratado perfeccionado, no asegura un mejor cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, debido a que, el tratado materialmente inconstitucional es de todos modos inaplicable internamente, debido a la supremacía de la Constitución. En consecuencia, la inhibición mantiene la incertidumbre sobre la existencia o no de contradicciones normativas entre los tratados y el ordenamiento constitucional, con lo cual aumenta la inseguridad jurídica. Este control de constitucionalidad, en consecuencia, si clarifica las contradicciones normativas que existen en este campo (cfr.).

Así pues los Estados ingresan en una disyuntiva ante la imposibilidad de inhibirse de realizar el control de constitucionalidad de tratados internacionales, sabiendo que haciéndolo se

generará consecuencias en el derecho internacional. Para comprender mejor sobre la razón y las respuestas a esta disyuntiva, la precitada Sentencia C-400/98 señala que la propia práctica y la doctrina internacional aceptan que un tratado puede ser válido ante el derecho internacional pero inaplicable internamente por violar normas fundamentales del Estado. Como se tiene precisado, frente al derecho internacional, un Estado no puede invocar su derecho interno para desconocer su compromiso internacional, de hacerlo incurre en responsabilidad internacional. Ante esta situación, se ha planteado una doctrina contemporánea que abandona las tesis clásicas del dualismo y el monismo rígido o radical, las cuales pretenden eliminar *ipso facto* las contradicciones inevitables entre los tratados y las Constituciones. Esta doctrina contemporánea, denominada monismo moderado, fue defendida como una tesis intermedia por Verdross y otros autores (cfr.). En lo que respecta a los fundamentos de esta doctrina, así como el aporte que brinda para esta disyuntiva, se encuentra precisado precedentemente, sin embargo, se debe destacar que para esta doctrina se mantiene la idea de un único sistema jurídico universal, con supremacía del derecho internacional, pero que en el caso de una irregularidad con la norma internacional, no deriva automáticamente en la nulidad de la norma interna.

Otra observación que es común para los críticos del control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales, es que la jurisdicción constitucional al realizar este control, estaría invadiendo las competencias de la sociedad internacional. Al respecto, la Sentencia C-400/98 señala que el control de manera alguna constituye una intromisión de la jurisdicción constitucional en la competencia de los jueces internacionales, ya que una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley aprobatoria de un tratado no afecta el vínculo internacional como tal, pues frente al derecho internacional esa sentencia no tiene ninguna validez jurídica, resultando ser un mero aspecto fáctico a ser considerado para evaluar el cumplimiento o no del compromiso internacional

por parte del Estado (cfr.). La esencia del monismo moderado, también se percibe en este análisis, aceptando que para el derecho internacional, las normas y actos jurídicos internos de un Estado, son simplemente hechos a ser considerados por los jueces internacionales.

Evidentemente, cuando se negocia un tratado internacional, se lo realiza en consideración de la Constitución, tomando los recaudos necesarios para evitar contradecirla. Pese a ello, en algunos casos se suscriben por parte del Estado, tratados internacionales que no son compatibles con la Constitución. Así también, pese a lo anterior, cabe la posibilidad de mantener esta incompatibilidad, cuando se realiza el control preventivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Sin embargo, como se tiene precisado, un control preventivo, por más que sea automático, no es garantía de regularidad de los tratados internacionales que se encuentran en el ordenamiento jurídico interno del Estado, por razones previamente expuestas.

Al respecto, Bazán (2003) en la siguiente cita, reconoce la dinámica de celebración de los tratados internacionales y, aunque trata de refutar la posibilidad del control posterior de estos, más al contrario, marca el camino ha tomar una vez declarada la inconstitucionalidad:

Pero cuando el tratado o el convenio han sido suscritos, aprobados, ratificados y con comunicaciones de ratificación canjeadas y dichas actividades fueron desplegadas por las respectivas autoridades nacionales con competencia para dichos menesteres sin que mediara declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional respectivo, o habiendo sido considerado constitucional por este, no deja de ser razonable entender extinguida la competencia del Tribunal para efectivizar el control de constitucionalidad respecto de aquellos, quedando potencialmente subsistentes las vías estipuladas en el marco del derecho internacional para la terminación de los tratados y convenios. (p. 450)

Es claro que una declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado vigente, no generará un efecto sobre la obligación internacional asumida por el Estado frente a la sociedad internacional, sin embargo, lo que supondría sería más bien, es activar los mecanismos establecidos por el derecho internacional para la desvinculación del Estado al tratado irregular. Precisamente sobre las consecuencias de la declaratoria de inexecutable de un tratado internacional, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C-400/98 señaló que un pronunciamiento de la jurisdicción constitucional sobre la constitucionalidad o no de las leyes aprobatorias de tratados perfeccionados, no afectan las relaciones internacionales del Estado sino que, por el contrario, les confiere mayor seguridad jurídica, en el entendido de que si la jurisdicción constitucional declara su inexecutable, es deber del Gobierno proponer la reforma de la Constitución, o renegociar o denunciar los correspondientes tratados, según el caso. De esta forma, se soluciona eventuales problemas que puedan surgir por contradicciones entre la Constitución y los tratados, o por conflictos que deriven de sentencias de la jurisdicción constitucional que puedan entrar en contradicción con los compromisos internacionales del Estado (cfr.).

No obstante, se debe considerar la modulación que planteó la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C-354/03, referida al estudio de un protocolo que modifica un convenio anterior, no obliga a examinar la constitucionalidad del instrumento precedente, como lo demostró la referida Corte en su sentencia C-915 de 2001, que es posterior a la doctrina fijada por la sentencia C-400 de 1998, al limitarse a realizar únicamente el control del Protocolo que se sometió a análisis (cfr.).

En último término, como señala la precitada Sentencia C-400/98, es inadmisibles el mantenimiento de una incompatibilidad entre un tratado internacional y la Constitución, debido a que las autoridades quedan sometidas a situaciones insostenibles cuando deban aplicar la norma

suprema interna, aun cuando ello implique desconocer las obligaciones internacionales y comprometer la responsabilidad internacional del Estado (cfr.). En ese entendido, con la permanencia de esta disyuntiva, se atribuye a las autoridades estatales una misión que no les corresponde y, pueden obtener una posible responsabilidad por las decisiones que asuman. Asimismo, producto de esta inacción de la jurisdicción constitucional, las personas no cuentan con seguridad jurídica para llevar adelante sus actos dentro de su sociedad.

En definitiva, la responsabilidad que tiene el Estado y la jurisdicción constitucional de velar por la regularidad del ordenamiento jurídico es insoslayable y, es obligación de los juristas brindar soluciones razonadas para brindar coherencia en la relación del derecho internacional con el derecho nacional de los Estados.

#### ***2.3.4. El Control Posterior de Constitucionalidad de Tratados Internacionales en la Legislación Comparada***

El control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales, como se tiene señalado, surge de la necesidad de velar por la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico de los Estados. En ese entendido, se ha previsto en algunos países, la posibilidad de realizar este ámbito de control.

Al respecto, se puede precisar las normas referidas al control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales, de Colombia, Perú, México y Alemania. La comparación entre las normas de los referidos Estados, evidencia los diferentes regímenes de control y la forma de su reconocimiento.

**A) Colombia.** - En la República de Colombia, en el año 1991 se promulgó una nueva Constitución Política, en la cual se reafirmó la supremacía constitucional por medio de la siguiente

disposición: “Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”. De acuerdo a la norma citada, ante una posible incompatibilidad entre la Constitución y una norma, ya sea leyes o tratados internacionales, se aplicará con prioridad la primera en demérito de las segundas.

Para velar por la supremacía constitucional, Colombia también adopta el modelo *kelseniano* de control de constitucionalidad, e instituye un órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional. La Constitución colombiana, en relación a este órgano, le asigna la siguiente función:

Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este Artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

A partir de la referida función otorgada a la Corte Constitucional de Colombia, por la Constitución Política de 1991, es que este órgano puede realizar tanto el control preventivo, como el control posterior de constitucionalidad de los tratados internacionales. En Colombia, como se

tiene precisado, se ha adoptado un control preventivo y automático de control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, sin embargo, también esta Corte ha reconocido entre sus funciones, la posibilidad de realizar un control *a posteriori*, tal como se estableció en la precitada Sentencia C-400/98 de fecha 10 de agosto de 1998, MP. Alejandro Martínez. En esta Sentencia, se considera la doctrina monista moderada o atenuada, y se realiza un interesante análisis de la legislación comparada relativa a este control, para concluir que pese a que un control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales puede generar responsabilidad internacional, este es una función que debe ser cumplida por la Corte Constitucional de Colombia.

**B) Perú.** - En la República del Perú, el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales se encuentra reconocido expresamente en su normativa nacional, diferenciándose del Estado colombiano que lo realiza a partir de una interpretación de su Corte Constitucional.

Al respecto, la Constitución Política del Perú (1993) establece en el numeral 4 del Artículo 200, referido a las acciones de garantía constitucional, lo siguiente:

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Es decir que, se le atribuye internamente un rango jerárquico legal a los tratados internacionales, generando que estos deban ser regulares frente a la Constitución, abriendo para ese fin la posibilidad de plantear una acción de inconstitucionalidad contra estos instrumentos internacionales. En relación a quien se le atribuye conocer la acción de inconstitucionalidad contra



tratados internacionales, el Artículo 202 de la Constitución peruana señala que: “Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.”.

Asimismo, en cuanto a los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional, la Constitución peruana, en su Artículo 204 dispone lo siguiente:

La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

En lo que respecta a los tratados internacionales, el precitado texto constitucional no realiza ninguna distinción entre los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los tratados internacionales, con relación al resto de normas con rango legal.

Ahora bien, la Ley N°28237 del Código Procesal Constitucional del Perú (2004), establece en su Artículo 75 como finalidad de los procesos de acción de inconstitucionalidad, lo siguiente:

Los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo. (...)

En cuanto a la procedencia de la demanda de inconstitucionalidad, el adjetivo constitucional peruano, en su Artículo 77 señala lo siguiente:

La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los Artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

En cuanto a los efectos de las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad, conforme el Artículo 81, estas dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos (cfr.). Asimismo, estas sentencias del Tribunal constitucional en los procesos de inconstitucionalidad, conforme el Artículo 82, tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación (cfr.). En ese sentido, no se hace ninguna distinción entre los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de tratados internacionales, con el resto de las normas sometidas al control, por lo cual la jurisdicción constitucional peruana, puede decidir en última instancia sobre el cumplimiento o no de un compromiso internacional asumido.

Otro elemento que se destaca en el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales del Perú, es el plazo prescriptorio que se encuentra establecido en el Artículo 100, que indica lo siguiente:

La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 51 y por el segundo párrafo del Artículo 138 de la Constitución.

En relación a esto, esta norma limita el plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad contra tratados internacionales, a solo seis meses contado a partir de su publicación. Evidentemente es necesario establecer un plazo para poder incoar la acción, pero la norma peruana desvirtúa la finalidad del control, al poner un plazo bastante reducido de activación de la jurisdicción constitucional.

**C) México.** - En la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, sobre el control posterior de constitucionalidad de los tratados internacionales, se señala en el Artículo 105 lo siguiente:

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

(...)

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano; (Inciso reformado DOF 29-01-2016)

En el citado apartado jurídico, se le atribuye la competencia a la Suprema Corte de Justicia mexicana, de conocer las acciones de inconstitucionalidad sobre normas que sean posiblemente contrarias a la Constitución. Los tratados internacionales, al ser normas jurídicas, también ingresan dentro de esa clasificación. El plazo para interponer la acción, en México es de treinta días naturales, y debe ser planteado por el treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado de ese país.

En ese sentido, se puede observar una lógica similar a la normativa peruana, al establecer un plazo bastante reducido para incoar la acción.

En la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 11 de mayo de 1995, precisamente lo que se realiza es reglamentar el referido Artículo constitucional. En ese sentido, en el Artículo 60 se establece la forma de cómputo de los treinta días naturales. El Artículo 71, sobre las sentencias de la Suprema Corte, señala lo siguiente:

Al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial. Igualmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaración de invalidez en la violación de los derechos humanos consagrados en cualquier tratado internacional del que México sea parte, haya o no sido invocado en el escrito inicial. (...) (Párrafo reformado DOF 27-01-2015)

Al respecto, se prevé la posibilidad de que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales sea tanto por la forma o procedimiento, como también del fondo de la norma sometida a control. Sin embargo, tampoco se hace una distinción entre los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los instrumentos internacionales, y el resto de las normas jurídicas.

**D) Alemania.** - En la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, de 23 de mayo de 1949, traducida por KONRAD - ADENAUER – STIFTUNG (KAS, 2009) se dispone en su Artículo 25, lo siguiente:

Las normas generales del derecho internacional público constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal.

La Ley Fundamental de Bonn, determina la primacía del derecho internacional sobre el derecho nacional alemán, otorgándole un efecto inmediato dentro su territorio. En cuanto a una posible controversia jurídica entre ambas normativas, en el numeral 2 del Artículo 100, señala lo siguiente:

2. Si en el curso de una controversia jurídica existieran dudas acerca de si una regla del derecho internacional forma parte integrante del derecho federal, así como si constituye fuente directa de derechos y deberes para el individuo (Art. 25), el tribunal recabará la decisión del Tribunal Constitucional Federal. (Ídem)

En lo referido, se le reconoce al Tribunal Constitucional Federal, la posibilidad de conocer las contradicciones entre el derecho internacional y el derecho nacional.

En la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (KAS, 2009), de 12 de marzo de 1951, en la sección 13, se dispone lo siguiente:

El Tribunal Constitucional Federal decide en los casos que determine la Ley Fundamental, o sea:

(...)

12. En el caso de dudas sobre si una regla del derecho internacional hace parte del derecho interno y si ella genera directamente derechos y deberes para los particulares, a solicitud de un tribunal (Art. 100, párrafo 2 de la Ley Fundamental);

La citada disposición legal, propugna lo dispuesto en la Ley Fundamental de Bonn, atribuyéndole la facultad de decidir sobre si una regla de derecho internacional hace parte del derecho interno. En la sección 14 de la referida Ley, se le encomienda a la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal, para decidir sobre lo referido en el numeral 12 de la sección 13 (cfr.).

Al respecto, sobre la normativa alemana, Roa (2001) señala lo siguiente:

Ahora bien, la redacción tanto del texto constitucional como de la Ley del Tribunal Constitucional federal sólo configuran un control de constitucionalidad *a posteriori* y a instancia de un órgano judicial, legitimado activamente para solicitar el “parecer” del Tribunal Constitucional federal (*Bundesverfassungsgericht*). (p. 191)

Es decir que, a partir de la Ley Fundamental de Bonn, la jurisdicción constitucional alemana tiene la facultad de realizar el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales. Sin embargo, la legitimación para activar este control, se encuentra reservada para para las autoridades jurisdiccionales de Alemania.

## **2.4. Control de Constitucionalidad y Jerarquía Normativa en la Normativa Boliviana**

### **2.4.1. Control de Constitucionalidad en la Constitución Política del Estado, Código Procesal Constitucional y la Ley N° 027**

El Estado Plurinacional de Bolivia, ha decidido constituirse como un Estado Constitucional de derecho, erigiendo a la Constitución como la norma suprema de su ordenamiento jurídico. Asimismo, para que su norma suprema, cumpla con su función de ser el mejor instrumento de limitación del poder público, se ha impregnado de un sistema de valores supremos, principios fundamentales, además de reconocer los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas; y también, se ha provisto de un sistema de control de constitucionalidad, estableciendo al TCP, para ejercer este control y velar por la supremacía constitucional.

Al respecto, sobre el modelo de control de constitucionalidad en el Estado Plurinacional de Bolivia, Rivera señala lo siguiente:

Esta caracterizado tiene su sustento en el hecho de que en el ámbito del control de constitucionalidad de las normas, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene el monopolio para anular y expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones legales infraconstitucionales que sean incompatibles con la Constitución por contradecirla e infringirla; pero que en esa labor participan los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria promoviendo la Acción de Inconstitucionalidad concreta. (...) (*Ibíd.*: 129)

El indicador más relevante para identificar el modelo *kelseniano* de control de constitucionalidad, es la constitución de una órgano o institución que tenga el monopolio para anular y expulsar del ordenamiento jurídico las normas irregulares con relación a la Constitución. En el caso boliviano, el que tiene esa función, es el TCP, constituyéndose en el máximo defensor e intérprete de la Constitución, por lo que se colige que el modelo de control de constitucionalidad en Bolivia, es el modelo *kelseniano*. Un criterio que es controvertido para los estudiosos de derecho constitucional, el cual tiene cautivado a varios acólitos, es sobre si el modelo de control de constitucionalidad en Bolivia, sería el modelo *kelseniano* puro, o tendría cierta influencia del modelo americano, la cual merece la siguiente consideración:

Entonces, se podría afirmar que el modelo adoptado por el Estado Plurinacional de Bolivia, no es un modelo puro, sino que mantiene los resabios del modelo americano, conocido clásicamente como el modelo de control jurisdiccional difuso, porque las normas previstas por el art. 410 de la Constitución, al proclamar el principio de la supremacía constitucional, y el principio de la jerarquía normativa, implícitamente faculta a los jueces y tribunales a inaplicar la ley, decreto o resolución cuyas normas sean contrarias a la Constitución. (...) (*Ibíd.*: 131)

Evidentemente, los tribunales y jueces ordinarios, en su labor jurisdiccional, se dan a la tarea de establecer el significado o alcance de la Constitución, aplicando el resultado de su interpretación a un caso en concreto. Al respecto, resulta contradictorio concebir un modelo mixto,

debido a que el modelo difuso y el modelo *kelseniano*, son distintos, con fundamentos y finalidades diferentes, además que sus procedimientos establecidos son esencialmente contradictorios. En ese sentido, verbigracia, sobre una irregularidad de una norma con la Constitución, estos modelos de control de constitucionalidad, adoptan sus propias formas de precautelar la supremacía constitucional, generando resultados distintos, además de dejar en una incertidumbre a la población que tiene la obligación de cumplir estas normas.

En el modelo *kelseniano*, las autoridades de la jurisdicción ordinaria, deben limitar su labor interpretativa de la Constitución y, bajo ninguna condición debería estimar la incompatibilidad de una norma con la Constitución; llevar adelante este procedimiento, termina en una contradicción con el principio de presunción de constitucionalidad de la norma. Sin embargo, en la práctica, las autoridades de la jurisdicción ordinaria, se arrogan esas facultades interpretativas y deciden inaplicar las normas que creen inconstitucionales, pese que la Constitución boliviana, no les ha facultado expresamente para llevar adelante esa labor.

El carácter supremo de la Constitución y la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico del Estado boliviano, se encuentra establecido en el Artículo 410 de la CPE (2009), que señala lo siguiente:

Artículo 410. I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.

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



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

Esta disposición constitucional, resulta esencial para partir con el control de constitucionalidad en el Estado boliviano, debido a que establece los cimientos del Estado Constitucional de derecho y de la supremacía constitucional. En el primer párrafo, se establece el sometimiento de la actividad pública y privada a la Constitución, este sometimiento resulta en la obligación que tienen los gobernantes y gobernados, de acatar lo dispuesto por la Constitución.

En el segundo párrafo, establece expresamente el carácter supremo de la Constitución y la primacía de esta sobre el ordenamiento jurídico del Estado. Esta disposición que afirma el imperio de la CPE (2009), es reafirmada en los siguientes Artículos 2, 9, 30, 127, 128, 139, 158, 159, 160, 172, 174, 175, 202, 205, 222, 231, 242, 244, 260, 269, 290, 291, 292, 294, 295, 302, 304, 329, 351, 352, 358 y conexos, también de la Constitución.

Asimismo, el precitado Artículo 410, en su última parte, realiza una jerarquización de las normas jurídicas que se encuentran vigentes y vinculantes del para el Estado boliviano. Al respecto, el análisis sobre la jerarquía de los tratados internacionales, en el ordenamiento jurídico, se encuentra reservado para un punto posterior.

El señalado Artículo 410, también se avoca a establecer el rango jerárquico de los tratados internacionales, ubicando a una clase de estos, en el bloque de constitucionalidad. Al respecto, el Artículo 4 de la citada Ley N°027, señala lo siguiente:

Artículo 4. (SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL). I. La Constitución Política del Estado Plurinacional es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.

II. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, y las normas de Derecho Comunitario ratificados por el país

III. El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular.

IV. Cuando una norma jurídica acepte más de una interpretación, el Tribunal Constitucional Plurinacional, bajo el principio de conservación de la norma, adoptará la interpretación que concuerde con el texto constitucional.

Esta disposición constitucional propugna el carácter supremo de la Constitución, pero lo hace sobre la conformación del bloque de constitucionalidad, incorporando un presupuesto no mencionado en la Constitución, la figura de la 'ratificación'. Asimismo, esta Ley señala expresamente que el TCP, es el guardián de la Constitución. Por último, se asume el principio de conservación de la norma, bastante importante para la estabilidad del ordenamiento jurídico.

Una característica del Estado Constitucional de derecho, es que su Constitución sea rígida total o parcialmente, así también lo ha decidido el Estado boliviano en su norma suprema, como lo refleja la CPE (2009), en su Artículo 411, que señala lo siguiente.

Artículo 411. I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

II. La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio.

Las formalidades que establece la Constitución, para su reforma parcial o total, tienen la finalidad de embeber a esta norma suprema, la rigidez necesaria para sostener la estabilidad del Estado, así como dotarle de un respaldo democrático a la hipotética modificación, similar al resto de las disposiciones constitucionales.

La existencia de un sistema de control de constitucionalidad, es también característica de un Estado Constitucional de derecho, debido a que cumple con velar por la regularidad de ordenamiento jurídico y la supremacía de la Constitución. En ese sentido, el Estado boliviano

adopta el modelo *kelseniano* de control de constitucionalidad e instituye un Tribunal Constitucional para cumplir con esa misión; en el Artículo 196 de la Constitución boliviana (2009), se dispone lo siguiente:

Artículo 196. I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

Al TCP, se le encomienda el ejercicio de control de constitucionalidad, velando por la supremacía de la Constitución. En ese sentido, esta corporación puede conocer procesos constitucionales relativos a la regularidad del ordenamiento jurídico del Estado boliviano, el mismo que también es conformado por los tratados internacionales. La disposición constitucional señalada, posteriormente es ratificada por el Artículo 2 de la Ley N° 027 que señala lo siguiente:

Artículo 2. (EJERCICIO Y FINALIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL). I. La justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y tiene la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

II. Los juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria conocerán las acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento, y se pronunciarán conforme con la Constitución Política del Estado y la presente Ley.

Ahora bien, la legitimidad que tiene el TCP, para cumplir con la finalidad que le atribuye la Constitución y la Ley, se funda en el párrafo I, Artículo 178 de la CPE (2009), que señala lo siguiente:

Artículo 178. I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos. (...).

La precitada disposición constitucional, funda la potestad de impartir justicia (incluida la justicia constitucional) en el pueblo boliviano, brindándole legitimidad a las decisiones y actos de estas instituciones constitucionales de carácter jurisdiccional. Así también, el precitado apartado constitucional, refiere a los principios que sustentan las labores jurisdiccionales del Estado boliviano.

Entre los principios señalados en la Constitución, el principio de ‘seguridad jurídica’, resulta importante para el control de constitucionalidad de tratados internacionales, debido a que los actos de la jurisdicción constitucional, se encuentran necesariamente encaminados a regularizar el ordenamiento jurídico del Estado. El numeral 8, Artículo 3 de la referida Ley N° 027, señala referente al principio de ‘seguridad jurídica’, lo siguiente:

Artículo 3. (PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL). Los principios que rigen la justicia constitucional son los siguientes:

(...)

8. Seguridad jurídica. Es la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que las personas conozcan sus derechos, garantías y obligaciones, y tengan certidumbre y previsibilidad de todos los actos de los órganos del Estado. (...)

La finalidad de este principio, se funda en que las personas tengan certidumbre y previsibilidad de las normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico del Estado, situación que sería contradicha con la sola vigencia de irregularidades en el ordenamiento jurídico boliviano, que pueden incluir a los tratados internacionales que forman parte del mismo ordenamiento. El carácter vinculante de una norma vigente para el Estado boliviano, sea esta nacional o internacional, que sea contradictoria a la Constitución, en definitiva resulta ser una franca infracción de referido principio, debido a que se deja la posibilidad de ampliar y agravar la irregularidad con los actos de las autoridades estatales, que actúen conforme a la norma cuestionada.

Además de los principios genéricos de la función jurisdiccional del Estado, también existen algunos principios exclusivos de la jurisdicción constitucional. Entre los principios señalados, se encuentra el principio de presunción de constitucionalidad, el cual tiene fundamento en el ámbito normativo del control de constitucionalidad, sobre este principio Rivera (2011), indica lo siguiente:

Este principio tiene la finalidad de resguardar los principios de legalidad y seguridad jurídica inherentes al Estado constitucional de Derecho, en el que todos sus miembros, gobernantes y gobernados, están sometidos a las leyes que obligan por igual a todos, de manera que los actos, las decisiones o resoluciones y los convenios o contratos realizados al amparo de las disposiciones legales vigentes, no pueden ser desconocidos o incumplidos con la sola invocación o argumento de una aparente inconstitucionalidad. (p. 140)

Este principio también es recogido por la Ley N° 027 (2010), el mismo que en su Artículo 5, establece lo siguiente: “Artículo 5. (PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD). Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su

inconstitucionalidad.” Asimismo, la Ley N° 254 de 05 de julio (2012), Código Procesal Constitucional (CPCo), en su Artículo 4, dispone lo siguiente: “ARTÍCULO 4. (PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD). Se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad.” A ese respecto, la presunción de constitucionalidad, constituye un instrumento en pro de la seguridad jurídica, y que también se debe emplear cuando se cuestione la constitucionalidad de tratados internacionales, siempre en consideración de las particularidades que cubren a estas normas jurídicas.

El principio de conservación de la norma, también es un principio que incumbe en la jurisdicción constitucional, así lo establece Rivera (2011), señalando lo siguiente:

Significa que en aquellos casos en los que una norma de la disposición legal, estatutaria o reglamentaria impugnada, admita diferentes interpretaciones, unas que son incompatibles y otras compatibles con la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional adoptará la que es compatible; de manera que deberá conservar la norma impugnada en la interpretación que es compatible con la Constitución, y solamente expulsar aquella interpretación que no es compatible. (p. 141)

Este principio, es resultado de un planteamiento realizado por Kelsen, con la finalidad de lesionar lo menos posible el ordenamiento jurídico del Estado, sin correr el riesgo de permitir una incompatibilidad de una norma con la Constitución. El CPCo (2012), sobre este principio señala lo siguiente:

ARTÍCULO 3. (PRINCIPIOS PROCESALES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL). Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional así como las Juezas, los

Jueces y Tribunales, a tiempo de impartir justicia constitucional, se regirán por los siguientes principios:

1. Conservación de la Norma. En los casos en que una ley admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional Plurinacional en todo momento optará por la interpretación que sea compatible con el texto constitucional. (...)

En definitiva, este principio también tiene la finalidad de brindar certidumbre jurídica a la población que tiene la obligación de someterse y cumplir esta norma. Además de los mencionados principios, existen otros que también dirigen las actuaciones de la jurisdicción constitucional, además de ser relevantes en los actos y resoluciones del TCP.

El máximo guardián de la Constitución en el Estado boliviano, como se tiene señalado, es el TCP, en ese sentido, es coherente que sus atribuciones también se encuentren señaladas en la norma suprema del Estado. En ese antecedente, el Artículo 202 de la Constitución boliviana (2009), indica lo siguiente:

Artículo 202. 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 contravención a lo dispuesto en esta Constitución.

5. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas.

6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción.

7. Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal 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.

El TCP, de acuerdo a las referidas atribuciones, ejercer el control de constitucionalidad en los tres ámbitos previamente señalados. En el ámbito normativo, conoce y resuelve acciones de inconstitucionalidad, recursos contra tributos, constitucionalidad de proyectos de ley, consulta de las autoridades indígenas sobre la aplicación de normas jurídicas, control previo de

constitucionalidad de tratados internacionales, constitucionalidad de proyectos de reforma de la Constitución. En ámbito tutelar, conoce y resuelve recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo y revisión de acciones tutelares. En el ámbito competencial, conoce y resuelve acciones de conflicto de competencias verticales y horizontales, así como con la jurisdicción indígena originaria campesina, ordinaria y agroambiental.

La nominación de las atribuciones otorgadas en el precitado Artículo de la Constitución al TCP, no limita la existencia de otras atribuciones que puedan estar asignadas en la misma Constitución u otras normas jurídicas del ordenamiento jurídico del Estado. El control de constitucionalidad de tratados internacionales vigentes y vinculantes para el Estado boliviano, no puede ser descartado, bajo el argumento de no estar descrito en el referido Artículo 202 de la Constitución, debido a que el constituyente, expresamente ha dejado la posibilidad de fundar alguna otra atribución del TCP, en otra disposición constitucional o legal. Sin embargo, sobre el control posterior o correctivo de constitucionalidad de tratados internacionales, se precisa lo siguiente:

En efecto, la norma prevista por el art. 202.9) de la Constitución prevé textualmente lo siguiente: “Son atribuciones del TCP, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer resolver: 9) el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales”. La norma glosada es expresa y no deja margen a una interpretación extensiva, delimita el control de constitucionalidad sobre los tratados y convenios internacionales al preventivo o *a priori*, descartando la posibilidad de un control correctivo. (Rivera, 2011: 203)

Al respecto, esta interpretación de la disposición constitucional, resulta ser bastante utilitaria para negar el control correctivo de tratados internacionales, desconociendo los argumentos en los que se respalda el control de constitucionalidad ampliamente expuestos y

relacionado a lo dispuesto en el Artículo 196 de la CPE (2009). Rivera, asume una lógica interpretativa cerrada a la corta literalidad, al igual que lo hizo el TCP, en la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 0067/2012, de 12 de abril, que en su segundo fundamento jurídico del fallo (III.2.), señaló lo siguiente: “(...) es preciso aclarar que el proceso contencioso administrativo ya no existe en el nuevo contexto constitucional, por lo que no se podía acudir a dicho recurso.” Esa inferencia realizada por el TCP, se funda en la no nominación expresa en la Constitución, de la atribución de la jurisdicción ordinaria, para substanciar este tipo de procesos. En el citado Artículo 202 de la Constitución, no establece que las atribuciones nominadas del TCP, sean limitativas, sino que reserva la posibilidad de que, a este tribunal se le atribuya ciertas funciones respaldadas por otras disposiciones constitucionales o legales.

Al respecto, la CPE (2009), dispone lo siguiente: “Artículo 255. I. Las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la soberanía y de los intereses del pueblo. (...)”. Es decir, la Constitución boliviana dispone que las relaciones internacionales y la celebración de tratados internacionales con todo lo que involucra, se desarrollan en función de la soberanía y los intereses del pueblo.

La relación entre la soberanía y el interés del pueblo, en el Estado boliviano se encuentra intrínsecamente afianzada, debido a que la titularidad de la soberanía, es del pueblo boliviano. Las atribuciones y funciones de los órganos de poder público, como el TCP, emanan del soberano, así lo dispone la CPE (2009) “Artículo 7. La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible.” Kalyvas (2005), sobre la soberanía popular, señala lo siguiente:

(...) Desde la perspectiva del acto constituyente, el soberano es aquel que hace la constitución y establece un nuevo orden político y legal. En pocas palabras, el soberano es el sujeto constituyente. Por esta razón, yo defino al soberano como aquel que determina la forma constitucional, la identidad jurídica y política, y la estructura gubernamental de una comunidad en su totalidad. (p. 97)

Es decir, el constituyente, como representante del pueblo, es creador de la Constitución, y por medio de esta norma, determina la identidad jurídica y política de la comunidad en su totalidad. La potestad de impartir justicia constitucional, como se tiene establecido, emana del pueblo boliviano, así lo confirma la Ley N° 027 (2010), que dispone: “ARTÍCULO 7. (JUSTICIA CONSTITUCIONAL). La justicia constitucional emana del pueblo y es única en todo el territorio boliviano.” En ese sentido, cuando el TCP, cumple con su principal función de velar por la supremacía constitucional, lo hace para custodiar la voluntad del pueblo boliviano expresada en el texto constitucional, ejerciendo el mandato del soberano.

Además de las atribuciones que tiene el TCP, en su calidad de defensor de la Constitución, como se tiene precisado, el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales, encuentra sustento constitucional en la disposición transitoria novena de la CPE (2009), generando una necesidad de adecuación de algunas normas del ordenamiento jurídico del Estado.

En el modelo de control de constitucionalidad propuesto por Kelsen, se anticipaba la idea de un defensor de la Constitución ante el tribunal constitucional, en el caso boliviano se podría entender que quien podría cumplir con esa función, es el Defensor del Pueblo. La CPE (2009), señala al respecto lo siguiente:

Artículo 222. Son atribuciones de la Defensoría del Pueblo, además de las que establecen la Constitución y la ley:

1. Interponer las acciones de Inconstitucionalidad, de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular, de Cumplimiento y el recurso directo de nulidad, sin necesidad de mandato. (...)

Entre las atribuciones citadas, se destaca las acciones de inconstitucionalidad, destinadas a preservar la regularidad de las normas directamente relacionadas jerárquicamente con la Constitución. Al respecto, el CPCo (2012) señala lo siguiente:

ARTÍCULO 72. (OBJETO). Las Acciones de Inconstitucionalidad son de puro derecho y tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de toda norma jurídica incluida en una Ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial que sea contraria a la Constitución Política del Estado, a instancia de las autoridades públicas señaladas en el presente Código.

Las acciones de inconstitucionalidad, son una clase de control correctivo o posterior de control de constitucionalidad, en ese sentido el adjetivo constitucional boliviano, señala que estas acciones se substancian de puro derecho, además que delimita el objeto del control a las normas incluidas en leyes, decretos o cualquier género de resoluciones no judiciales contrarias a la Constitución. El citado apartado legal, pese a que permite un espacio de interpretación donde se podría incluir a los tratados internacionales en el control, debería nominar expresamente que el objeto del control también alcanza a estos instrumentos internacionales.

Ahora bien, las acciones y recursos que son sometidos a conocimiento de la jurisdicción constitucional, se encuentran desarrolladas y reglamentadas en el CPCo (2012), norma que tiene como objeto lo siguiente “ARTÍCULO 1. (OBJETO). El presente Código tiene por objeto regular los procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, así como las acciones de defensa ante Juezas, Jueces y Tribunales competentes.”. En ese sentido, en esta norma y no en

otra, se debe incorporar la Acción de Inconstitucionalidad contra tratados internacionales, junto con los otros tipos de acciones de inconstitucionalidad, detallados en lo siguiente:

ARTÍCULO 73. (TIPOS DE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD). Las Acciones de Inconstitucionalidad podrán ser:

1. Acción de Inconstitucionalidad de carácter abstracto contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales.

2. Acción de Inconstitucionalidad de carácter concreto, que procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales.  
(*ibíd.*)

El adjetivo constitucional boliviano, distingue en el precitado Artículo, dos tipos de acciones de inconstitucionalidad, el primero de carácter abstracto y el segundo de carácter concreto. Al respecto, en lo que coinciden ambos tipos de acciones es sobre el objeto de control, que limita a las leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales. Respecto a los tratados internacionales, la no nominación en este apartado jurídico, no significa que cierre la posibilidad de realizar el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales.

En lo que respecta a la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta (AIA), Rivera (2011) señala lo siguiente:

Es una acción constitucional que se articula al sistema de control correctivo o *a posteriori* de las disposiciones legales, pues a través de ella se busca la verificación de la compatibilidad de la disposición legal impugnada con los valores, principios, derechos fundamentales, y las normas orgánicas previstas por la Constitución, de manera que si se establece su incompatibilidad se la

retire del ordenamiento jurídico. Significa que el órgano de control de constitucionalidad corrige el acto legislativo inconstitucional, con posterioridad a la promulgación de la disposición legal respectiva, depurando de esa forma el ordenamiento jurídico del Estado.

Es una acción abstracta porque la impugnación de la disposición legal se la plantea como una acción no vinculada a un caso concreto, es decir, independientemente de su proyección aplicativa o de un interés subjetivo. Es una acción directa, porque la persona o autoridad legitimada efectúa la impugnación de la disposición legal de manera directa sin condicionamiento alguno, es decir, sin que la supuesta incompatibilidad esté vinculada a la solución de un conflicto concreto de intereses. (p. 233)

Este control de constitucionalidad *a posteriori*, involucra que la jurisdicción constitucional del Estado corrija la irregularidad de la norma impugnada con la Constitución. Es abstracto debido a que no tiene como presupuesto la existencia de un proceso que motive la acción, por lo cual del resultado de la acción no depende algún proceso judicial o administrativo. La legitimación activa de esta acción de carácter abstracto se encuentra descrito en el CPCo (2012), que dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 74. (LEGITIMACIÓN ACTIVA). Están legitimadas y legitimados para interponer la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta, la Presidenta o Presidente del Estado Plurinacional, cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional o de los Órganos Legislativos de las Entidades Territoriales Autónomas, las máximas autoridades ejecutivas de las Entidades Territoriales Autónomas, así como la Defensora o el Defensor del Pueblo.

Como se puede distinguir, esta acción de inconstitucionalidad se encuentra reservada únicamente a ciertas autoridades del Estado, por lo cual el acceso a este tipo de acción es restringida. En lo que respecta a la prohibición de inadmisión por forma, el CPCo, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 75. (PROHIBICIÓN DE INADMISIÓN POR FORMA). Las Acciones de Inconstitucionalidad de carácter abstracto no podrán ser rechazadas por razones de forma, las que en su caso podrán ser subsanadas en el plazo que establezca el Tribunal. De no subsanarse en el plazo establecido por el TCP se tendrá por no presentada la acción. (*ibíd.*)

Al respecto, la precitada prohibición, también puede ser empleada para una acción de inconstitucionalidad contra tratados internacionales, debido a la relevancia que cubre a este tipo de acciones en la jurisdicción constitucional. Asimismo, en lo que respecta al procedimiento ante el TCP, señala lo siguiente:

ARTÍCULO 76. (PROCEDIMIENTO). I. Admitida la acción, la Comisión de Admisión ordenará se ponga en conocimiento de la autoridad u Órgano emisor de la norma impugnada, para que en el plazo de quince días se apersona y presente el informe que corresponda.

II. Cumplido el plazo, con o sin informe se procederá inmediatamente al sorteo, debiendo el Tribunal Constitucional Plurinacional emitir la sentencia correspondiente dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. (*ibíd.*)

En el procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad contra tratados internacionales, se debe considerar que la defensa de la constitucionalidad de estos instrumentos internacionales, corresponde al Órgano Ejecutivo del Estado. Asimismo, en lo que respecta al contenido de la sentencia, el CPCo, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 77. (CONTENIDO DE LA SENTENCIA). El Tribunal Constitucional Plurinacional fundará la sentencia de inconstitucionalidad en la vulneración de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en la Acción interpuesta. (*ibíd.*)



Es decir que, el análisis de constitucionalidad de la norma impugnada, no debe limitarse necesariamente a lo fundamentado en la acción que motivó el proceso constitucional. En lo que respecta a los efectos de la sentencia, el adjetivo constitucional señala lo siguiente:

ARTÍCULO 78. (EFECTOS DE LA SENTENCIA). I. La sentencia podrá declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial.

II. La sentencia que declare:

1. La constitucionalidad de una norma contenida en una Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial, hace improcedente una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, siempre y cuando se trate del mismo objeto o causa y se argumente los mismos preceptos constitucionales impugnados.

2. La inconstitucionalidad de una norma tendrá valor de cosa juzgada y sus fundamentos jurídicos serán de carácter vinculante y general.

3. La inconstitucionalidad total de una norma legal impugnada tendrá efecto abrogatorio sobre ella.

4. La inconstitucionalidad parcial de una norma legal impugnada tendrá efecto derogatorio de los Artículos o parte de éstos, sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad y seguirán vigentes los restantes.

5. La inconstitucionalidad de otros preceptos que sean conexos o concordantes con la norma legal impugnada que deberán ser referidos de forma expresa, en cuyo caso tendrán los mismos efectos que en lo principal. (*ibíd.*)

Ahora bien, respecto a los tratados internacionales, el efecto derogatorio deberá diferirse, subordinándose al procedimiento de derecho internacional que envuelva al tratado internacional.

Asimismo, se debe recordar lo precisado por Kelsen, en cuanto a la imposibilidad de anular normada por la justicia constitucional.

El control posterior de constitucionalidad, también se lo realiza en el Estado boliviano, por medio de la AIC. A ese respecto, corresponde precisar lo siguiente:

La Acción de Inconstitucionalidad Concreta es una vía de control de constitucionalidad a través de la cual se realiza la impugnación de una disposición legal cuyas normas son incompatibles con las de la Constitución. Es concreta porque la aparente incompatibilidad de la disposición legal con la Constitución surge en la proyección aplicativa de la disposición legal a un caso concreto a resolverse en un proceso judicial.

Esta vía de control concreto de constitucionalidad está abierta a todos los jueces y tribunales que integran el Órgano Judicial, así como a aquellas autoridades administrativas que sustancian los procesos administrativos, para que puedan plantear la acción cuando tengan una duda fundada y razonable sobre la constitucionalidad de una disposición legal o de algunas de sus normas, de cuya validez dependa la adopción de su decisión, con independencia de que lleguen a adoptar la decisión respectiva de promover la acción directamente o a petición de las partes. (Rivera, 2011: 251)

Este tipo de control de constitucionalidad *a posteriori*, es concreto, debido a que del resultado de esta acción de inconstitucionalidad, depende aplicabilidad de una norma acusada de inconstitucional dentro de un proceso judicial o administrativo concreto. La activación de la jurisdicción constitucional, en esta acción de inconstitucionalidad, se encuentra reservada a las autoridades judiciales o administrativas, que estén substanciando algún proceso; en ese sentido el CPCo (2012), dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 79. (LEGITIMACIÓN ACTIVA). Tienen legitimación activa para interponer Acción de Inconstitucionalidad Concreta, la Jueza, Juez, Tribunal o Autoridad Administrativa que, de

oficio o a instancia de una de las partes, entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo, depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción.

En cuanto al procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa de solicitud de promover la acción de inconstitucionalidad de carácter concreto, en el Artículo 80 del CPCo (2012), establece que la solicitud será puesta en traslado si corresponde y, con o sin respuesta decidirá fundamentadamente si promueve la acción de inconstitucionalidad o si en cambio decide rechazar la solicitud. En el caso de rechazo, la resolución será elevada de oficio a consulta ante el TCP.

En lo que respecta a la oportunidad y prohibición de la solicitud, el Artículo 81 determina que la solicitud podrá ser presentada por una sola oportunidad durante la tramitación del proceso, aún en recurso de casación o jerárquico. Asimismo, en lo que respecta a la sustanciación de acciones constitucionales, la posibilidad de incoar la precitada solicitud, no se encuentra permitida. En el Artículo 82, establece que la sustanciación del proceso que origina la acción de inconstitucionalidad, no se verá interrumpida y continuará hasta el momento de dictarse la sentencia o resolución final que corresponda.

En cuanto a al procedimiento ante el TCP y los efectos de la sentencia, los Artículos 83 y 84 del adjetivo constitucional, dispone que será el mismo al de la AIA (cfr.).

Además de las acciones de inconstitucionalidad abstracta y concreta, en el Estado boliviano se cuenta con otra tipo de control de constitucionalidad *a posteriori*, sobre el cual corresponde precisar lo siguiente:

El recurso contra tributos es un proceso constitucional que tiene por finalidad someter a juicio de constitucionalidad una disposición legal que crea, modifica o suprime tributos en general, sean

éstos impuestos, tasa patentes o cualquier género de contribuciones, con la finalidad de verificar su compatibilidad con la Constitución.

Es un proceso que forma parte del control normativo de carácter correctivo o *a posteriori*, porque a través de él se procede a un control objetivo de las normas tributarias para sanear el ordenamiento jurídico del Estado en la materia, sobre la base de una contrastación de las normas de la disposición legal impugnada con los valores supremos, los principios fundamentales, los derechos y garantías constitucionales, y normas orgánicas de la Constitución, retirándola del ordenamiento jurídico en el caso de que sea contraria o incompatible con la Ley Fundamental del Estado. (Rivera, 2011: 273)

Este recurso, es un proceso constitucional debido a que su tramitación se la realiza ante la jurisdicción constitucional, además de tener como objetivo la expulsión del ordenamiento jurídico del Estado, la norma jurídica impugnada por entenderse su inconstitucionalidad. En ese sentido, el constitucionalismo boliviano prevé la posibilidad de realizar un control posterior o correctivo de control de constitucionalidad en el ámbito normativo, además de las acciones de inconstitucionalidad. El establecimiento de este recurso, radica en la diferencia de objeto, legitimación y finalidad; que tiene con el resto de las acciones de inconstitucionalidad, al igual que el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales.

En lo que respecta al objeto de este recurso, el CPCo (2012) dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 133. (OBJETO). Tiene por objeto garantizar que toda disposición legal que cree, modifique o suprima un tributo, impuesto, tasa, patente, derecho o contribución de cualquier clase o naturaleza, se establezca de acuerdo con la Constitución Política del Estado.

Este control de constitucionalidad, se sustenta en velar por la regularidad de las disposiciones legales inherentes a tributos, impuestos, tasas, patentes, derecho o contribución de

cualquier clase o naturaleza, Es decir que, el objeto de este recurso es limitado a un tipo de normas jurídicas, relacionadas a una materia en específico. En lo que respecta a la procedencia de este recurso, el Artículo 134 del adjetivo constitucional, establece que procede cuando la norma impugnada fue promulgada y sancionada sin observar el contenido y alcances de las disposiciones constitucionales en esta materia (cfr.).

Ahora bien, en lo concerniente a la legitimación activa de este recurso, el adjetivo constitucional dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 135. (LEGITIMACIÓN ACTIVA). Tiene legitimación activa para interponer este recurso, toda persona natural o jurídica que se considere afectada por la creación, modificación o supresión de un tributo, impuesto, tasa, patente, derecho o contribución de cualquier clase o naturaleza. (*ibíd.*)

En este aspecto, este recurso se distingue de las acciones de inconstitucionalidad, debido a que su legitimación es amplia e irrestricta, permitiendo la posibilidad a cualquier ciudadano incoar este recurso ante la jurisdicción constitucional. En cuanto a la legitimación pasiva, el Artículo 136 del adjetivo constitucional, dispone que este recurso podrá interponerse contra toda autoridad responsable de la creación, modificación o supresión de la norma impugnada.

En el procedimiento ante el TCP, conforme el Artículo 137, se deberá citar a la parte recurrida para que en el plazo de quince días responda el recurso. En un plazo de cuarenta y cinco días, con o sin respuesta el TCP, debe dictar sentencia que puede declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, de acuerdo a lo que determina el Artículo 138. En el caso de resolver con la inconstitucionalidad de la norma impugnada, la sentencia tendrá efectos derogatorios o abrogatorios, según corresponda (cfr.).

En definitiva, la existencia de este recurso prueba que si pueden existir otra clase de control posterior de constitucionalidad, además de las acciones de inconstitucionalidad.

El ámbito normativo de control de constitucionalidad, se divide en el control preventivo o *a priori*, y el control posterior o *a posteriori* de constitucionalidad; en cuanto al segundo, el Estado boliviano cuenta con tres clases de acciones o recursos, los cuales se encuentran detallados previamente. En cambio, en lo que respecta al control previo de constitucionalidad en el ámbito normativo, el CPCo, determina lo siguiente:

ARTÍCULO 104. (OBJETO). El control previo de constitucionalidad tiene por objeto confrontar el texto de Tratados Internacionales, Proyectos de Leyes, Estatutos o Cartas Orgánicas, con la Constitución Política del Estado, así como determinar la constitucionalidad de preguntas de los referendos. (*ibíd.*)

La importancia del control previo de constitucionalidad, radica en prevenir el ingreso de una norma jurídica que pueda lesionar el ordenamiento jurídico del Estado, al resultar incompatible con la Constitución. En sentido el adjetivo constitucional nomina las normas jurídicas que pueden ser sometidas al referido control:

ARTÍCULO 105. (TIPOS DE CONTROL PREVIO). Los tipos de control previo de constitucionalidad pueden plantearse sobre:

1. Proyectos de Tratados Internacionales.
2. Consultas de Proyectos de Leyes.
3. Consultas de Proyectos de Estatutos o Cartas Orgánicas.
4. Consultas de preguntas de referendos. (*ibíd.*)

En la precitada disposición legal, se propugna lo señalado en el Artículo 202 de la Constitución boliviana, y nomina como una norma objeto de control a los tratados internacionales. A ese respecto, el adjetivo constitucional señala como el objeto de este control, lo siguiente:

ARTÍCULO 106. (OBJETO). El control previo de constitucionalidad de Tratados Internacionales tiene por objeto confrontar el texto de dichos instrumentos con la Constitución Política del Estado, antes de su ratificación, y determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, total o parcial. (*ibíd.*)

La atribución de realizar esa confrontación del tratado internacional impugnado, con la Constitución, es del TCP, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución. En ese sentido, la posibilidad de que el TCP, se ocupe en analizar la regularidad del fondo de un tratado internacional con la Constitución, no puede ser refutada con un argumento que se base en una atribución exclusiva de otro órgano nacional o internacional.

Es control previo debido a que, se lo realiza antes del depósito del instrumento de ratificación o adhesión por parte del Estado boliviano, y como es sabido, dicho acto genera que el instrumento internacional sea vinculante para el Estado que realiza el depósito. En cuanto a la procedencia de este tipo de control previo de constitucionalidad, el adjetivo constitucional, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 107. (PROCEDENCIA). I. La Presidenta o Presidente del Estado, en caso de tener duda fundada sobre la constitucionalidad del Proyecto de Tratado o alguna de sus partes, lo remitirá ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

II. Remitido el texto del Tratado Internacional negociado por el Órgano Ejecutivo al Órgano Legislativo para su eventual aprobación y posterior ratificación, corresponderá a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional enviar, de forma obligatoria y

dentro del plazo de veinte días de su recepción, al Tribunal Constitucional Plurinacional, antes que dichos instrumentos internacionales sean ratificados.

A tiempo de remitirse en consulta el Tratado Internacional, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional podrá manifestar la duda fundada que tenga, sobre la inconstitucionalidad del Proyecto de Tratado o algunas de sus estipulaciones.

III. En el mismo plazo, las Presidentas o Presidentes de las Cámaras de Senadores o de Diputados, respectivamente, o al menos cinco Senadores o diez Diputados, podrán manifestar directamente ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, o a través de la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, la duda fundada que tengan sobre la inconstitucionalidad del Proyecto de Tratado, o algunas de sus estipulaciones. (*ibíd.*)

En ese criterio, se faculta tanto al órgano Ejecutivo, cuanto al Órgano Legislativo, promover la consulta de constitucionalidad del tratado internacional cuestionado. Asimismo, en cuanto al procedimiento ante el TCP, en el Artículo 108 se dispone que una vez sea admitida la consulta, se pondrá en conocimiento del Órgano Ejecutivo, cuando corresponda, para que en un plazo de quince días emita su opinión. Asimismo, una vez concluido el plazo de cuarenta y cinco días, computabilizado a partir del plazo otorgado para la opinión, el TCP, emitirá su DCP, determinando la constitucionalidad del tratado internacional, o en su defecto podrá determinar su inconstitucionalidad, sea total o parcial. En el caso de declararse la inconstitucionalidad, conforme el Artículo 109, el tratado internacional no será ratificado por el Estado boliviano, en cambio si la inconstitucionalidad resultare ser parcial, esta no impedirá la ratificación siempre y cuando se formula la correspondiente reserva del apartado normativo observado. En cuanto al control previo de tratados que conforme a la Constitución, deben ser sometidos a referéndum, de acuerdo al Artículo 110, el control de constitucionalidad será obligatorio (cfr.).



En cuanto a la obligatoriedad de realizar el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales (salvando la excepción señalada en el párrafo precedente), en el Estado boliviano este control es facultativo de los órganos que cuentan con legitimación activa. Es decir, a diferencia de otros Estados, el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales, no es obligatorio, por lo cual aumenta la probabilidad de incorporar al ordenamiento jurídico del Estado, un tratado internacional que resulte contrario a la Constitución.

En cuanto a los efectos de las decisiones y sentencias del TCP, la Constitución boliviana (2009) dispone lo siguiente:

Artículo 203. 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.

Es decir que la norma suprema boliviana, al no admitir ningún recurso o acción ulterior sobre lo dispuesto por el TCP, le otorga a este, la calidad de un tribunal de cierre de jurisdicción. Asimismo, se debe destacar que la Constitución, no prescribe sobre la forma y tipo de las decisiones y sentencias del TCP. El CPCo (2012), propugna lo señalado en la Constitución y dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 15. (CARÁCTER OBLIGATORIO, VINCULANTE Y VALOR JURISPRUDENCIAL DE LAS SENTENCIAS). I. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional; excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos que tienen efecto general.

II. Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares.

En lo que respecta a las sentencias de los tres tipos de control de constitucionalidad a posteriori, el adjetivo constitucional aclara que son de cumplimiento obligatorio y tiene efecto general. En ese entendido, similar efecto y alcance deberá contar las sentencias derivadas del control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales, siempre que lo permita el derecho internacional.

Ahora bien, a partir del estudio realizado sobre las acciones y recursos relativos al control de constitucionalidad normativo, es pertinente que la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales, regule los siguientes aspectos: 1. Objeto, 2. Legitimación Activa, 3. Prohibición de inadmisión, 4. Procedimiento, 5. Contenido de la sentencia, y 6. Efectos de la sentencia.

#### **2.4.2. *Jerarquía del Ordenamiento Jurídico Boliviano***

El Estado boliviano, al igual que los demás sujetos de la sociedad internacional, fue constituido de acuerdo a las normas de la sociedad internacional y, sus normas jurídicas forman parte del sistema jurídico universal, en ese entendido ha construido un ordenamiento jurídico jerarquizado, conforme a los presupuestos previamente señalados. El constituyente boliviano, tácitamente a considerado el monismo moderado, y ha ubicado en ciertos niveles jerárquicos preferenciales dentro del ordenamiento jurídico, a las normas y tratados internacionales, para que los actos y normas jurídicas dentro del Estado, guarden regularidad con el derecho internacional. Al respecto, el Artículo 410 de la Constitución boliviana (2009), siembra las bases del Estado Constitucional de derecho y la supremacía de la Constitución. Asimismo, integra al bloque de constitucionalidad a los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país, además de establecer una jerarquía de las normas del ordenamiento jurídico boliviano, de la siguiente forma: 1. Constitución Política

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

El carácter supremo de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico boliviano, fue fundamentado previamente. Sin embargo, se debe distinguir la incorporación del concepto de ‘bloque de constitucionalidad’, además de la jerarquización normativa que realiza el precitado texto constitucional. Se prescribe que el ‘bloque de constitucionalidad’, está integrado por Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. Sin embargo, previo a analizar las normas que integran el precisado bloque, se debe comprender el sentido que tiene el señalado concepto. Al respecto, Góngora (2014) señala lo siguiente:

En términos generales, la doctrina del bloque de constitucionalidad permite reconocer jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la Constitución nacional, usualmente con el fin de interpretarlas sistemáticamente con el texto de la Constitución. (...) (p. 301)

En ese sentido, el concepto de ‘bloque de constitucionalidad’, parte de la premisa básica de abrir la posibilidad de ubicar en el nivel jerárquico normativo que ocupa la Constitución, a determinadas normas jurídicas que se encuentren alojadas en diferentes compendios normativos, distintos a la Constitución. Este concepto de ‘bloque de constitucionalidad’, como señala Góngora, incipientemente en Europa adquirió diversas funciones. En Francia, la idea de bloque surgió a la luz del concepto de ‘Constitución material’, como respuesta a la falta de una declaración de derechos en el texto constitucional. En la Decisión 71-44 DC de julio 16 de 1971, el *Conseil Constitutionnel* incluyó dentro del parámetro de constitucionalidad a los 89 Artículos de la Constitución de 1958 (Constitución *stricto sensu*) y las normas mencionadas en su

Preámbulo, incluyendo la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y los principios consagrados en el preámbulo de la Constitución previa de 1946. Por otro lado, en España se adoptó dentro del bloque a las normas constitucionales, los estatutos autonómicos y las leyes orgánicas que regulan la distribución de competencias entre órdenes territoriales. En Italia, el concepto se ha asociado a la noción de ‘norma interpuesta’, definida como norma con rango de ley ordinaria pero que, por disposición explícita de la Constitución, ata o limita otras normas como un parámetro de control constitucional. En estos tres países el bloque constitucionalidad es conformado por una serie de normas de origen nacional (*Ibíd.*: 307).

Asimismo, contrasta el modelo del concepto de bloque manejado en Europa, con relación a América Latina, en la cual se incorpora normas de origen internacional, esencialmente los instrumentos de derechos humanos, dentro del parámetro de bloque de constitucionalidad. El bloque cumple para esta región del planeta, generalmente dos funciones esenciales: 1) resolver la cuestión de la jerarquía interna de los tratados de derechos humanos, estableciendo un mecanismo de armonización horizontal entre el derecho constitucional y el DIDH; y 2) en procesos de transición democrática, consolidar la posición del poder judicial frente al ejecutivo y el legislativo, permitiendo el uso del derecho internacional como refuerzo a los compromisos del Estado en materia de derechos humanos y como límite al ejercicio del poder político (*Ibíd.*: 308). En el caso boliviano, se propugna en parte la línea conceptual asumida por América Latina, e integra al bloque, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, se integra también al bloque de constitucionalidad, una clase de normas internacionales que, por su naturaleza, requieren que guarde la regularidad del resto del ordenamiento jurídico, para con estas normas de derecho comunitario.

Ahora bien, más allá del establecimiento de un ordenamiento jurídico, cuya jerarquía se encuentra estáticamente estructurada, lo que en definitiva consolida la subordinación de una norma jurídica por otra, es la validez que le otorga la norma superior a la inferior. En ese entendido, el control de regularidad normativo, debe ser realizado sobre una norma jerárquicamente inferior, frente a otra jerárquicamente superior, y, en el caso de control de constitucionalidad, debe ser realizado sobre normas inferiores jerárquicamente a la Constitución. En el caso de las normas que integran el bloque de constitucionalidad boliviano, se precisa la siguiente cita:

Finalmente, cabe advertir que no se someten a control de constitucionalidad aquellos tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos y sobre Derecho Comunitario o integración regional, porque esos instrumentos internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, lo que significa que tienen el mismo rango que la Constitución, por lo tanto no pueden ser sometidos a juicio de constitucionalidad al ser del mismo nivel jerárquico; pues el contraste en el control de constitucionalidad se realiza de una norma inferior a la Constitución con las normas de ésta. (Rivera, 2011: 204)

Sin perjuicio de la validez que le otorga el derecho internacional a esta clase de normas internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, se debe incorporar al citado análisis, la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad de estas normas, siempre que este sea *a priori* o preventivo. Es decir, la Constitución le otorga este nivel jerárquico a este tipo de normas jurídicas internacionales, siempre que previo a su ingreso al ordenamiento jurídico, se cumpla con las formalidades establecidas tanto en el derecho internacional, como en el derecho interno boliviano.

En cuanto a la integración o incorporación de normas de derecho internacional al bloque de constitucionalidad, como se precisó al citar el Artículo 410 de la Constitución, ocupan esa jerarquía constitucional, los tratados y convenios sobre derechos humanos. La importancia de incorporar estos instrumentos internacionales al bloque de constitucionalidad, radica en evitar que las autoridades internas del Estado, realicen actos que puedan contradecir estas normas internacionales, para evitar una posible responsabilidad internacional.

El monismo moderado, se sustenta en la unidad del sistema jurídico, estableciendo la supremacía del derecho internacional por sobre el derecho interno de los Estados. Asimismo, para esta teoría, cuando se suscita alguna irregularidad del derecho interno con el derecho internacional, lo que se genera no es la nulidad *ab initio* de la norma interna, sino una responsabilidad internacional del Estado culpable de esa irregularidad. En ese entendido, Ferrajoli (2009), le atribuye un carácter supra-estatal a las cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, señalando lo siguiente:

Esta internacionalización de los derechos fundamentales es la tercera de las tesis indicadas al principio y en la que ahora voy a detenerme. Después del nacimiento de la ONU, y gracias a la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, estos derechos son «fundamentales» no sólo dentro de los Estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supra-estatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional; no, pues, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanías. (p. 40)

La distinción de los tratados internacionales sobre derechos humanos, de las otras clases de tratados internacionales, no tiene la finalidad de desconocer la superioridad de estos instrumentos internacionales sobre el derecho interno. Estas normas de derecho internacional

sobre derechos humanos, han merecido una atención preferente por parte de la sociedad internacional, estableciendo sistemas de protección internacional de derechos humanos, tanto universales, como regionales. Sin embargo, sobre la protección internacional de los derechos humanos, el constituyente boliviano, adoptando tácitamente el monismo moderado, realizó una jerarquización de tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico, reservando un rango supremo a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, siguiendo la línea de la mayoría de los Estados de la región latinoamericana, como señala a continuación:

(...) La mayoría de los países de la región ha introducido en sus constituciones diversas cláusulas en las que se les concede a los instrumentos de derechos humanos una jerarquía diferenciada, un estatus “especial” que garantiza como mínimo su precedencia en caso de conflicto con la legislación interna, de modo que estos tratados no están expuestos a invalidación posterior por vía de reforma legislativa. (...) (Góngora, 2014: 303)

En el caso boliviano, a los tratados en materia de derechos humanos, se los incorporó al bloque de constitucionalidad, dándoles un rango constitucional dentro del ordenamiento jurídico boliviano. Sin embargo, el camino hacia la integración de estos instrumentos internacionales al bloque de constitucionalidad, fue anterior a la Constitución del año 2009, teniendo como un antecedente relevante la creación del Tribunal Constitucional, así lo señala Herrera (2019) en lo siguiente:

En tal sentido la creación del Tribunal Constitucional en la reforma constitucional de 1994, pero vigente desde 1999, supuso un cambio trascendental para el ordenamiento jurídico boliviano porque no sólo comienza a revalorizarse la supremacía de la Constitución y las garantías constitucionales, sino también que los derechos y garantías fundamentales se interpretarán, de conformidad con las normas previstas en los Convenios y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos. (p. 51)

Sin duda, el establecimiento de una institución que controle la regularidad de los actos jurídicos dentro del Estado, es en definitiva un ostensible avance en el campo de la tutela de los derechos humanos. La existencia y vigencia de los principios que rigen el derecho internacional, además de los derechos humanos positivados en la Constitución; tienen una data anterior a la creación del Tribunal Constitucional boliviano, sin embargo, siguiendo la corriente que se venía arraigando en Latinoamérica, se instituyó una justicia constitucional especializada, facilitando el acceso de las personas a solicitar tutela jurídica ante la vulneración de sus derechos reconocidos en el derecho interno y el derecho internacional.

Ahora bien, al amparo del Tribunal Constitucional, se avanzó en la jerarquización de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico, atribuyéndoles un rango supra-legal e integrándolos al concepto de bloque de constitucionalidad. En ese sentido, Rivera (2016) relata ciertos antecedentes de relevancia, señalando lo siguiente:

(...) fue el Tribunal Constitucional el que, por vía jurisprudencial (En la Sentencia Constitucional SC 0095/01, de 21 de diciembre, expedida en el caso diputados nacionales vs. Estado boliviano), definió que en el sistema constitucional boliviano las declaraciones, tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad; por lo mismo, se constituyen en el parámetro del juicio de constitucionalidad en el control que ejerce el máximo guardián de la Constitución; asimismo, definió que los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos jurídicos internacionales forman parte del catálogo de derechos fundamentales; por lo mismo, son tutelables a través de las vías tutelares previstas por la Constitución y las leyes (En la Sentencia Constitucional SC 1662/2003-R, de 17 de noviembre, expedida en el caso Defensor del Pueblo vs. Ministerio de Defensa Nacional). (p. 153)

En ese sentido, la incorporación en el texto constitucional, del concepto de ‘bloque de constitucionalidad’, se lo hizo apoyado en los avances que ya había realizado el Tribunal



Constitucional, en el tratamiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. No obstante, como se tiene precisado, el Tribunal Constitucional de esa época, optó por el cumplimiento y la regularidad de las normas jurídicas internas de los referidos instrumentos internacionales, debido a que es una obligación adquirida por el Estado boliviano al decidir ser parte de diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, verbigracia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A ese respecto, el Estado boliviano es parte de la precitada Convención, por medio del depósito del instrumento de adhesión realizado el 19 de julio de 1979, a través del D.S. 16575 de 13 de junio de 1979, elevado rango de ley en la Ley N°1430 de 11 de febrero de 1993. Al ser parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos, como señala Rivera, Bolivia acepta la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asumiendo la obligación de respetar, además de garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona de los derechos establecidos por este instrumento internacional. Asimismo, ha asumido la obligación de adoptar las disposiciones necesarias dentro del derecho interno boliviano, para que los derechos reconocidos en la Convención sean efectivos (*Ibid.*: 160). En este argumento, lo que se evidencia es la teoría monista moderada, en toda su dimensión, debido a que da por sentado la unidad dentro del mismo sistema, al derecho internacional y los derechos nacionales de los Estados de esta región.

Es también una característica del monismo moderado, la activación de la responsabilidad internacional de los Estados que, con sus actos o sus normas jurídicas internas, contradigan lo establecido en el derecho internacional. Esta característica, también es aplicada en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debido a que esta constriñe a los Estados parte, a tomar medidas para precautelar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por estos sujetos

de derecho internacional. En ese fundamento, se puede citar ciertos antecedentes, en los cuales ciertos Estados, no habrían adoptado estas medidas:

Entonces, las medidas de “otro carácter” en el ámbito judicial, se entiende que son las sentencias judiciales a través de las cuales se resguardan y protegen los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; lo que en el fondo supone el desarrollo de la labor de control de convencionalidad, que deriva de las obligaciones internacionales que adoptaron los Estados partes de la Convención; así lo ha definido la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano vs. Estado de Chile*. La obligación de ejercer el control de convencionalidad comprende a todos los actos y actividades del Estado, incluyendo a la Constitución (vgr. caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*); las leyes (vgr. caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*); las políticas públicas (vgr. caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*); las decisiones de organismos electorales (vgr. caso *Yatama vs. Nicaragua*; y caso *López Mendoza vs. Venezuela*); y las sentencias (vgr. caso de los “Niños de la Calle” —*Villagrán Morales y otros*— vs. *Guatemala*; y caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*). (*Ibíd.*: 161)

Ahora bien, el ‘control de convencionalidad’, puede ser sintetizado, señalando que deriva de una aplicación tácita de la teoría del monismo moderado, en la cual los Estados precautelan el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, realizando un control de regularidad de sus normas jurídicas internas, con el derecho internacional. Asimismo, sobre el ‘control de convencionalidad’, se concluye con lo siguiente:

El control de convencionalidad, que consiste en someter la Constitución y las leyes a un contraste con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser realizado por todos los órganos del poder público del Estado, pero principalmente por los jueces y tribunales. El control de convencionalidad supone el reconocimiento del rango supraconstitucional de la Convención; por lo tanto, debe realizarse teniendo como parámetro las normas de esta en los términos interpretados

por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia; de manera que es la consecuencia de supremacía del tratado o convención sobre derechos humanos. (*Ibid.*: 162)

Sobre el control de convencionalidad, existen bastantes investigaciones que desarrollan su procedencia, procedimiento, titularidad de la acción, entre otros ámbitos de estudio. Sin embargo, lo que se debe destacar, es el aporte que hace este control, para comprender el nivel jerárquico que ocupan los tratados internacionales en materia de derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico boliviano. Al respecto, la posibilidad de realizar un control de convencionalidad sobre normas jurídicas internas, confirma la subordinación de estas últimas, a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Ahora bien, como se tiene precisado, se integra en el bloque de constitucionalidad, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, con la finalidad de atribuirle el mismo nivel jerárquico que una norma interna como lo es la CPE (2009). No obstante, por su importancia para la sociedad internacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos, son ampliamente reforzados, por lo cual, no se admite la posibilidad de alguna irregularidad de los actos y normas jurídicas internas de un Estado incluida la Constitución, frente al derecho internacional.

Además de los referidos tratados, conforme dispone la Constitución, también integran el bloque de constitucionalidad, aquellas 'normas de Derecho Comunitario'. Al respecto, estas normas internacionales son parte de los distintos procesos de integración, emprendidos por los sujetos de derecho internacional, los cuales fueron inicialmente de carácter económico:

(...) la integración es un proceso multidimensional, aunque inicialmente económico, que comprende varias etapas, tendientes a lograr la comunidad y comprende varias etapas, tendientes a

lograr la comunidad y la unión de los países, con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de sus habitantes. (...) (Kaune, 2013: 16)

La integración durante este tiempo, se ha adaptado a las distintas necesidades que tuvieron los Estados para cumplir con sus distintos objetivos, principalmente económicos. En ese sentido, se ha clasificado los procesos de integración en dos tipos, uno de ellos es la integración intergubernamental, y la otra, integración comunitaria o supranacional. A ese respecto, las normas de derecho comunitario, que integran el bloque de constitucionalidad, hacen referencia a la integración comunitaria o supranacional. Esta clase de integración, conforme lo señalado por Borchardt citado por Kaune, tienen las siguientes particularidades:

(...) un producto de la soberanía compartida y del orden jurídico comunitario propio, provisto de órganos para legislar conforme a los objetivos Comunitarios y generar derechos y obligaciones para los sujetos del mismo, administrar los intereses comunitarios, dirimir controversias e imponer medidas de ejecución y sanciones que, contenido en un conjunto de normas jurídicas comunitarias, principios e instituciones de carácter supranacional, autónomos, uniformes y comunes para todos los Países Miembros, de aplicación inmediata, efecto directo y primacía sobre el ordenamiento jurídico de los Países Miembros al que se integran, fundados en los objetivos y fines de la integración y en los valores sociales, regula las actividades de los órganos e instituciones comunitarias, de los Países Miembros y de sus habitantes, dentro del ámbito de la Comunidad, “con la pretensión de su intangible regularidad inviolable”. (*Ibíd.*: 89-90)

Estas particularidades del derecho comunitario, lo distinguen de las otras ramas del derecho internacional, debido a que sus efectos tienen incidencia en los sujetos de derecho internacional, pero también en los sujetos del derecho interno de los Estados. Para cumplir con sus objetivos, instituyen diferentes órganos que atienden las necesidades de las sociedades de cada uno de los Estados parte.

Es supranacional debido a que los Estados, ceden parte del ejercicio de su soberanía, a favor de estos esquemas de integración, como se indica a continuación:

Integración supranacional, en la que los Países Miembros ceden parte del ejercicio de su soberanía, con lo que se constituye la soberanía compartida o común y la consiguiente asignación de competencias que hacen los Países Miembros al organismo supranacional, del que surge un orden jurídico propio, con órganos autónomos, que se encargan de legislar, administrar sus intereses y dirimir las controversias que surjan en su seno por la vía judicial, y un *ordenamiento jurídico* que proviene de los tratados constitutivos y de las normas que emergen de los órganos legislativos creados con tales competencias, por dichos tratados, cuya jerarquía, aplicación, efectos y supremacía se rigen por principios que le son propios, es decir: por su aplicación inmediata, efecto directo y supremacía, de donde emerge una nueva rama del Derecho llamada Derecho Comunitario o Derecho de Integración Supranacional. (...) (*Ibíd.*: 19)

La experiencia de estos esquemas de integración supranacional, ha marcado la asignación de competencias no comunes a organismos internacionales de otra naturaleza, verbigracia, competencia legislativa y jurisdiccional. Asimismo, las normas jurídicas derivadas de estos esquemas de integración, gozan de aplicación inmediata, efecto directo y supremacía.

Ahora bien, conforme a lo señalado, lo referido se complementa con lo siguiente:

Los organismos que promueven la integración tienen carácter supranacional en razón a que los Estados miembros les han delegado ciertas facultades y potestades, indispensables para el cumplimiento de sus fines. Parten del principio de solidaridad que vincula a los Estados que se integran y tienen entre sus propósitos más importantes el promover un desarrollo un desarrollo armónico en lo económico, en lo social y en todas las áreas que son de interés de los Estados integrados y el de eliminar las asimetrías entre ellos. (Longaric, 2010: 65)

El sustento de la existencia de estos esquemas de integración, es la integración económica, a partir de ella se busca favorecer el comercio entre los Estados parte, frente a los productos del resto del mundo. Para encaminar estos procesos de integración, se construye un ordenamiento jurídico propio, el mismo que merece un importante compromiso de los Estados parte, para su cumplimiento.

El ordenamiento jurídico de estos esquemas de integración supranacional, está compuesto por normas jurídicas *sui generis*, las cuales son creadas por los órganos establecidos en el mismo esquema de integración, y que adquieren una carácter supranacional. El derecho internacional en general, de acuerdo a la teoría monista, goza de supremacía frente al derecho interno, sin embargo, se encuentra limitada a ciertos ámbitos inherentes a la soberanía de los Estados.

Ahora bien, en lo que respecta al derecho comunitario, por voluntad de los Estados parte, se cede parte de su soberanía, a favor de los esquemas de integración, caracterizando a estos últimos su supranacionalidad. En ese sentido, sobre la cualidad supranacional de la integración supranacional, se precisa lo siguiente:

La supranacionalidad, es una cualidad que tienen los organismos de integración que les permite situarse por encima de los Estados y que les faculta a ejercer los poderes que los Estados les han delegado. Al ejercicio de esas facultades se denomina poder supranacional; esto no supone un poder constituyente autónomo, supone tan sólo la delegación de ciertas y determinadas competencias. La supranacionalidad deja intacto el *iure imperium* de los Estados.

La supranacionalidad es una cualidad que tienen los esquemas de integración más desarrollados; se expresa en la facultad que éstos tienen para dictar normas comunitarias, de carácter supranacional, de incorporación directa y aplicación preferente en el territorio de los

Estados parte, es decir, gozan de primacía sobre el derecho interno, característica que distingue a la norma comunitaria. (*Ibíd.*: 69)

La cesión de ciertas competencias a estos organismos de integración, deriva en una producción normativa propia, gracias a la institución de los órganos comunitarios, verbigracia, los legislativos de estos esquemas de integración, que amplían el espectro de normas jurídicas internacionales escritas, debido a la variación de algunas de sus características, con relación a los tratados internacionales. Es decir, el derecho comunitario se compone por normas primarias u originarias, que básicamente son los tratados internacionales suscritos por los Estados parte, y por otro lado, cuenta con normas derivadas, que son creadas por los órganos del mismo esquema de integración.

Las normas comunitarias originarias y derivadas, conforman el ordenamiento jurídico comunitario. Al respecto, Kaune (2013) señala que estas normas comunitarias cuentan con los principios de aplicación inmediata, efecto directo y primacía; de esencial y trascendental importancia para preservar el proceso de integración, además de evitar que los derechos nacionales quebranten el derecho comunitario, garantizando su interpretación y aplicación uniforme en todos los países miembros. La aplicación inmediata de la norma jurídica comunitaria, consiste en que tan pronto esta nace, automáticamente se integra al ordenamiento jurídico interno, como derecho positivo de los países miembros, sin requerir de introducción, recepción, transformación o cualquier otra formalidad especial de homologación o exequatur. El efecto directo, involucra que la norma jurídica comunitaria crea derechos y obligaciones para los habitantes de la comunidad, convirtiéndoles en sujetos de derecho comunitario, tanto en sus interrelaciones particulares, como con los Estados miembros y los órganos comunitarios. La primacía frente el derecho interno, implica que las normas jurídicas comunitarias, se imponen a las normas jurídicas internas de los

países miembros, sin importar la jerarquía de éstas y la fecha de su vigencia, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria (pp. 84-85).

El principio de primacía, ha merecido una interpretación por parte del Tribunal de la Comunidades Europeas, sobre el cual Kaune cita la sentencia de 15 de julio de 1964, en el caso COSTA-ENEL, que dispone:

*(...) al derecho nacido del Tratado en razón de su naturaleza específica original no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad". (sic) (Ibíd.: 86)*

La existencia de estos organismos de integración, se encuentra subordinada a los intereses de los Estados parte y los beneficios que estos obtienen de dicho organismos. En ese sentido, es saludable para el esquema de integración que, los Estados parte, garanticen el cumplimiento de los acuerdos arribados en el proceso de integración, para no perder el carácter comunitario y desestabilizar la comunidad establecida. En ese sentido, Kaune resalta la importancia del principio de primacía, y cita a Borchardt, que señala lo siguiente:

A propósito de este principio y a fin de resaltar su importancia es pertinente la reflexión que hace Klaus Dieter Borchardt respecto a: “¿qué sucede si una disposición de Derecho comunitario establece derechos y obligaciones directos para los ciudadanos comunitarios y su contenido está en contradicción con una norma de derecho nacional?”, a la cual responde “el conflicto entre Derecho comunitario y Derecho nacional solo pueden resolverse en la medida en que se conceda una primacía al primero sobre el segundo, de forma que prime la eficacia a todas las disposiciones nacionales que difieran de una disposición comunitaria y ocupe su lugar dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales”. Luego se pregunta: “¿qué quedaría del ordenamiento jurídico comunitario si se supeditara el Derecho comunitario al nacional?”, contestándose “muy poco”, toda vez que “Las disposiciones del Derecho comunitario podrían ser abolidas por



*cualquier ley nacional. Y ya no podría hablarse de la validez uniforme e igual del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. Asimismo, a la Comunidad (...) le resultaría imposible llevar a cabo las misiones que le han encomendado los Estados miembros (...)*". (sic) (Ídem)

Sin embargo, pese a la superioridad del derecho comunitario frente al derecho interno, cabe resalta que, la constitución de los procesos de integración en general, forma parte del derecho internacional dispositivo, por lo cual se encuentra subordinado a la voluntad de los Estados, la presencia y participación en estos esquemas de integración. Ahora bien, mientras un Estado sea parte de un organismo de integración, conforme a los principios que rigen el derecho internacional, verbigracia, el *pacta sunt servanda*, debe cumplir con todas las obligaciones asumidas de buena fe.

En lo que respecta a las obligaciones de los Estados que son parte de los esquemas de integración supranacional, la jurisprudencia uniforme y reiterada del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el Proceso 16-AI-99, publicado en la G.O.A.C. N° 581 de 16 de julio de 2000. Caso: aranceles nacionales distintos al Arancel Externo Común, Venezuela, dispuso lo siguiente:

(...) "... los países miembros han adquirido ¿doble obligación: una de carácter positivo de 'hacer' y otra de orden negativo de 'no hacer'. Por la primera los países miembros deben adoptar toda clase de medidas que garanticen el cumplimiento de la normativa andina, es decir, de las obligaciones y compromisos adquiridos en virtud del derecho originario y de las que corresponda por mandato de las normas secundarias o derivadas. Por otra parte en virtud de la segunda obligación el país miembro debe abstenerse de toda medida así sea legislativa, judicial, ejecutiva o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámese leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes,

*sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino.” (sic) (Ibíd.: 88)*

En estricto cumplimiento de lo señalado, el Estado boliviano, integra al bloque de constitucionalidad, a las normas de derecho comunitario, y le otorga un rango constitucional, con la finalidad de evitar alguna contradicción por parte de los actos jurídicos de las autoridades estatales y las normas jurídicas de sus órganos competentes. En otros términos, el constituyente, adopta esta medida, para cumplir con ambas obligaciones, tanto la de ‘hacer’, como la de ‘no hacer’ y, evitar que se produzca para el Estado boliviano, alguna responsabilidad internacional frente a los Estados miembros del Esquema de integración del cual sea parte.

Ahora bien, en cuanto a la jerarquía que le atribuye la Constitución a los tratados y normas de derecho internacional, el referido Artículo 410, como se tiene establecido, integra únicamente al bloque de constitucionalidad a los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, además de las normas de derecho comunitario. Asimismo, el precito Artículo constitucional, le otorga al resto de los instrumentos internacionales, un rango infraconstitucional y supralegal.

Sin embargo, dentro de la Constitución boliviana (2009), existen otros Artículos que refieren a la ubicación jerárquica de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico del Estado. Al respecto, el párrafo IV del Artículo 13 de la Constitución, dispone lo siguiente:

IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Para este Artículo constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos, tendrían una suerte de superioridad frente al derecho interno, debido a que el contenido de estos instrumentos internacionales, pueden influir en la interpretación del derecho interno. En una lógica similar, el Artículo 256 de la Constitución, establece lo siguiente:

I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables. (*ibíd.*)

Ahora bien, conforme señala Rivera (2016), en los referidos Artículos, se determina que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, se constituyen en el parámetro de interpretación de los derechos y deberes consagrados por la Constitución. Con esta referencia, se refuerza el rango supraconstitucional de estos instrumentos internacionales en casos concretos en lo que, para resguardar y proteger los derechos de las personas, las normas internacionales sean más favorables que las previstas por la Constitución (p. 154).

No obstante, el Estado boliviano no solo es parte de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, sino también en otros tratados internacionales en general. También se establece en otros Artículos constitucionales, la jerarquía del resto de los tratados internacionales de los que es parte Bolivia, así tenemos el Artículo 257 del texto constitucional, que establece: “I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley. (...)” (*ibíd.*). En esta disposición constitucional, se otorga a los tratados internacionales, un rango legal, al igual de lo dispuesto en la referida disposición transitoria

novena, que también dispone que los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley.

A partir del desglose de los diferentes apartados constitucionales, se infiere una franca contradicción en lo que respecta a la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico boliviano. Esta contradicción, se funda en los diferentes niveles jerárquicos que le atribuye la Constitución a los instrumentos internacionales, otorgándoles un rango supraconstitucional, constitucional, supralegal y legal; generando una incertidumbre en el ordenamiento jurídico boliviano.

Sin embargo, pese a toda la incertidumbre jurídica interna, no se debe olvidar que Bolivia es parte del sistema jurídico universal. Este sistema, subordina a las normas internas bolivianas, a las normas de derecho internacional. Esto debe ser comprendido, desde la teoría del monismo moderado, el cual ha tenido mayor aceptación por parte de los Estados y los especialistas de derecho internacional.

Ahora bien, no se puede desahuciar la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad de los tratados internacionales de los que es parte el Estado boliviano, asumiendo la superioridad del derecho internacional frente al derecho interno de los Estados. Al respecto, se debe comprender lo que dispone el monismo moderado, el principio de jerarquía normativa y el carácter dispositivo de parte del derecho internacional. Por lo que corresponde analizar ciertos criterios sobre este ámbito de control de constitucionalidad.

## **2.5. Fundamentos del Derecho de los Tratados**

### **2.5.1. *Relaciones Internacionales, Política Exterior y Diplomacia***

El derecho de los tratados, se fundamenta y tiene sus efectos en las relaciones internacionales, siendo de esta forma un camino insoslayable, para comprender lo que se entiende por esta, y, demás terminología relacionada e inherente a este punto. Al respecto, Karl Deutsch, citado por Longaric (2010), señala lo siguiente:

Las Relaciones Internacionales constituyen la disciplina académica y campo de política pública dirigida hacia las relaciones de Estados entre sí mismos y con otras unidades que compongan el sistema internacional, incluyendo las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, las corporaciones multinacionales y otros sujetos y actores de la comunidad mundial. En este entendido, además, se deben considerar las iniciativas privadas que superan las fronteras de los Estados, como grupos de interés de las grandes empresas, intereses profesionales o corporativos, partidos políticos, las iglesias y otros. (p. 20)

En ese sentido, es importante destacar que, los tratados internacionales son un instrumento que afianza y cohesiona las relaciones internacionales, e incluye a todos los sujetos de derecho internacional. Asimismo, para comprender las relaciones internacionales, además de los sujetos que participan en esta dinámica, es necesario destacar otras particularidades, como las que plantea Sorensen (1973), quien señala que la expresión ‘relaciones internacionales’ tiene un significado menos técnico con diferencia al derecho internacional, la cual se emplea con referencia a algo más amplio que el intercambio oficial entre Estados, eso involucra abarcar el abigarrado tráfico, a través de las fronteras nacionales, por parte de la población de estas naciones. Esto involucra que los asuntos internacionales deben tener en cuenta los movimientos nacionales, la política y los objetivos que tiene cierta repercusión internacional (p. 53-54).

En esa lógica, las relaciones internacionales, se van a desempeñar en diferentes ámbitos de relacionamiento entre Estados y otros sujetos de derecho internacional. Es decir, no se va a limitar a tratar temas inherentes a la política internacional, sino que también va a involucrarse en cuestiones que afecten de alguna manera a las personas nacionales de estos Estados. En el marco de estas relaciones internacionales, el Estado boliviano, ha podido o podrá comprometerse a ciertas obligaciones internacionales, por medio de tratados internacionales.

La política exterior de los Estados, dentro del marco de las relaciones internacionales, resulta ser como el ámbito donde los Estados expresan: “(...) su posición respecto a determinados temas, que constituyen pretensiones u objetivos de interés nacional sustantivo y cuya materialización o concreción depende, en gran medida, del respaldo y cooperación que la comunidad internacional preste a ese Estado (...)” (Longaric, 2010: 23). Las pretensiones u objetivos que se hace referencia, deben ser de interés nacional; bajo esa lógica, y entendiendo que Bolivia se ha encaminado hacia un constitucionalismo democrático, los intereses nacionales son concebidos de acuerdo a la voluntad del soberano, voluntad que se encuentra positivada en la Constitución. Es decir, que más allá de quien dirija la política exterior en Bolivia, la misma debe estar sometida a la norma suprema boliviana.

No obstante, la política exterior, va a ser materializada en las relaciones internacionales y, como consecuencia, depende de las posibilidades que la comunidad internacional otorgue a Bolivia para su concreción. En otras palabras, dentro del marco de las relaciones internacionales, la política exterior de un Estado, tendrá que estar sometida a las posibilidades que la misma brinde para su ejecución. Esto involucra, que la sola voluntad de un Estado de materializar su política exterior no es suficiente, sino que tendrá que hallar las formas adecuadas para poder llevarlas a cabo,

precisamente la forma idónea que tienen los Estados, es la diplomacia. Al respecto, se señala lo siguiente:

(...) La diplomacia es el instrumento mediante el cual se lleva a efecto la política exterior. Tradicionalmente sus funciones más importantes han sido la representación y la negociación; el objetivo de la negociación –llegar a un acuerdo sin violencia– es el de la diplomacia en general (...) (Sorensen, 1973: 385)

Esta definición, aborda la lógica de que la política exterior, es ejecutada por la diplomacia y, para la misma señala uno de los medios por los cuales se hace valer, que es precisamente la negociación. Sin embargo, es necesario se tome en cuenta lo que indican Novak y Pardo (2001), en lo siguiente:

En el plano técnico, el vocablo «diplomacia» posee distintas acepciones: la primera, vinculada a la ciencia y arte de la representación de los Estados y del modo de negociar; la segunda, referida a la representación de un Estado en su conjunto (...)

Principalmente, la diplomacia tiene a su cargo la delicada misión de establecer, dirigir y perfeccionar las relaciones entre Estados. El manejo de estas relaciones no resulta caprichoso, pues tiene como base el Derecho Internacional y los intereses de los Estados, cuya armonía constituye el fin primero de esta disciplina (p. 21)

La diplomacia, involucra cualquier ejecución del interés nacional, además de la misión de establecer, dirigir y perfeccionar las relaciones entre Estados. Es importante destacar que la diplomacia no es caprichosa, sino que debe actuar en el margen de acción que permite el derecho internacional. En otras palabras, cualquier intención de un Estado, de querer agitar las relaciones internacionales, debe ser por medio de la diplomacia, y respetando todo el bagaje jurídico que tiene

el derecho internacional y los compromisos asumidos por el Estado boliviano, eso involucra también el derecho de los tratados.

### **2.5.2. Concepto y Naturaleza de los Tratados Internacionales**

Conforme se ha esgrimido *ut supra*, sobre los tratados internacionales que puedan ser incompatibles con la Constitución, debe analizarse la posibilidad que tiene Bolivia para poder dejar de ser parte de estos instrumentos internacionales. Sin embargo, antes de ingresar a analizar esta cuestión, va a ser necesario repasar algunos criterios conceptuales en relación de los tratados internacionales.

El Artículo 2° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (CVDT 69), define a los tratados internacionales de la siguiente forma:

a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Esta definición, pese a que limita su alcance únicamente a tratados celebrados entre Estados, sirve como una definición incuestionable de lo que resulta ser estos acuerdos internacionales.

De la misma forma, Sorensen (1973), cita la definición de tratado internacional de la Comisión de Derecho Internacional, que señala lo siguiente: “(...) el tratado es cualquier acuerdo internacional que celebran dos o más Estados u otras personas internacionales, y que está regido por el derecho internacional. (...)” (p. 155) Esta definición coincide por lo expresado por Paul Reuter, citado por Halajczuk y Moya (1999), que señala: “(...) el tratado internacional es todo



acuerdo de voluntades entre sujetos de d.i., sometido por éstos a las normas generales de este derecho (...)" (p. 97)

Las citadas definiciones, procuran ser cortas, pero al mismo tiempo logran cubrir las características que cuenta los tratados internacionales. Al referirse a 'acuerdo internacional que celebran dos o más Estados u otras personas internacionales', logra aclarar dos aspectos de relevancia. El primero es que los tratados internacionales, se los celebra en la esfera internacional. El segundo, no cierra la definición únicamente a los tratados internacionales celebrados entre Estados, sino que también reconoce la posibilidad que tienen para suscribir estos instrumentos internacionales otros sujetos de derecho internacional. Es decir, para que un acuerdo internacional sea considerado como tratado internacional, debe ser celebrado por aquellos sujetos que son reconocidos como tal, por el derecho internacional. En ese entendido, se limita de esta forma, la posibilidad que se le atribuya la calidad de tratado, a cualquier acuerdo internacional que no se encuentre regido por el derecho internacional, así como señala la última parte de la citada definición.

En lo que respecta a la naturaleza de los tratados internacionales, los mismos pueden ser sometidos a una clasificación, planteando que los sujetos del derecho internacional, pueden concertar entre ellos reglas de su comportamiento futuro. Los tratados, convenios o convenciones establecen normas de conducta, generales y abstractas, diferenciándose de los negocios jurídicos debido a que estos regulan asuntos concretos. Los convenios son llamados también tratados-leyes, en cambio que los negocios jurídicos son llamados tratados-contratos; pese a esa distinción, los convenios y los negocios jurídicos, son plasmados de la misma forma, por lo cual se abre la posibilidad que simultáneamente concurren disposiciones de una y otra índole (Verdross, 1976: 129).

Ahora bien, es necesario comprender la diferencia entre los Tratados-leyes y los Tratados-contrato, una vez que los Estados deciden ser parte de uno de estos instrumentos internacionales, como se verá más adelante, tienen la obligación de respetarlos y cumplirlos de buena fe. En la sociedad internacional, se destaca el respeto y reconocimiento de la soberanía de los Estados.

Ahora bien, la idea de soberanía es tergiversada, asumiendo que en cierta medida, esta se perdería al obligarse a tratados internacionales. No obstante, los Estados cuando asumen compromisos internacionales, lo hacen precisamente en el ejercicio de su soberanía.

Así también, es vital determinar que existe otra clasificación de tratados internacionales, esto bajo el parámetro de la solemnidad de su celebración. Halajczuk y Moya (1999), señalan lo siguiente:

La denominación tratado se limita a designar los acuerdos internacionales realizados con la intervención formal del órgano competente para concluir convenios que en la mayor parte de los países es el Jefe del Estado. Los tratados de esta clase se llevan a cabo mediante un procedimiento que comprende tres fases; negociación, firma y ratificación. Tienen la forma de un sólo instrumento jurídico y no de dos como los acuerdos que se concluyen generalmente mediante el intercambio de notas reversales. (p. 100)

A este tipo de tratados internacionales, se les ha atribuido diferentes denominaciones, sin embargo vamos a destacar la de ‘tratado’ en *stricto sensu*, y, la denominación ‘tratados formales’ que le atribuye la Ley N° 401 de Celebración de Tratados (2013b), señalando lo siguiente: “Artículo 7. (TRATADOS FORMALES). Se define como Tratado Formal aquel instrumento jurídico internacional que requiere ratificación por el Órgano Legislativo.” Es decir, existen dos elementos diferenciadores de este tipo de instrumentos internacionales, el primero es la

‘ratificación’, y, el segundo es que cuente con la forma de un solo instrumento jurídico y no de dos.

Ahora bien, sobre aquellos instrumentos internacionales que no requieren de ratificación y en algunos casos se concluyan con dos instrumentos, se puede precisar lo siguiente:

(...) Estos últimos se concluyen sin la intervención formal del Jefe del Estado sino del ministro de Relaciones Exteriores o por los agentes diplomáticos. Entran en vigor inmediatamente después de la firma; la ausencia de ratificación constituye el criterio jurídico para diferenciar los tratados propiamente dichos de los acuerdos que se concluyen en forma simplificada. Por lo general se llevan a cabo por medio de un intercambio de notas: el ofrecimiento de una parte y la aceptación de la otra. (Halajczuk; Moya, 1999: 100-101)

Este tipo de tratados, que son denominados ‘acuerdos’ y que en la mencionada Ley N° 401 de Celebración de Tratados (2013b), los denomina como ‘tratados abreviados’, los define de la siguiente forma: “Artículo 10. (TRATADOS ABREVIADOS). Aquellos Tratados que versan sobre las competencias exclusivas del Órgano Ejecutivo y que por su materia no requieren su ratificación por el Órgano Legislativo, cobran vigor a su sola firma.”

En esa lógica, existe una especie de instrumentos internacionales, los cuales cuentan con sus propias particularidades y procedimientos de celebración, por lo cual no solo se debe velar sobre la constitucionalidad de los tratados formales, sino que también sobre otros instrumentos internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico sin siquiera existir la posibilidad de realizar un examen previo de constitucionalidad. Al respecto, es pertinente citar a Halajczuk y Moya (1999), que refiere:

No existe ninguna jerarquía en cuanto al objeto entre los tratados y los acuerdos en forma simplificada. Actos y acuerdos de gran importancia, han sido concluidos en forma simplificada.

Con frecuencia se recurre a este procedimiento en los convenios de orden militar (especialmente en los convenios de armisticio) o técnico (acuerdos aduaneros, aéreos, postales, etc.). La simplicidad y rapidez son sus indiscutibles ventajas. Desarrollaremos esta materia al referirnos a la ratificación. (p. 101)

En ese criterio, ambos tipos de instrumentos internacionales, son igualmente exigibles en el derecho internacional y ambos se encuentran en el ordenamiento jurídico de los Estados, por tal razón corresponde someterlo a este análisis.

### **2.5.3. *Ámbito de Validez de los Tratados Internacionales***

Los tratados internacionales, resultan ser una de las fuentes del derecho internacional, así lo reconoce el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945). El ámbito de validez de estos instrumentos internacionales se torna de mayor relevancia, en el sentido de que es necesario comprender el alcance que tienen y las posibilidades que dejan a los Estados para poder desvincularse si lo desean, de los tratados internacionales de los cuales son parte, como se señala en lo siguiente:

Incluso los convenios o tratados-leyes que establecen normas jurídico-internacionales de validez general solo obligan en principio a los Estados que las suscribieron o que más tarde se hubieren adherido a ellas. Pero si tales convenios contienen reglas razonables y adecuadas, pueden convertirse para terceros Estados, aun sin su adhesión a los mismos, en pauta de su comportamiento. Estos convenios, llamados también tratados colectivos, rebasando finalmente el círculo de los Estados firmantes, pueden de esta suerte ser objeto de un reconocimiento consuetudinario. (Verdross, 1976: 131)

Los tratados internacionales tienen validez para todos los Estados que son parte del mismo, esto involucra que al ser parte de uno de estos instrumentos internacionales, los Estados no pueden

desconocer los efectos jurídicos que conllevan. Es decir, un Estado se encuentra obligado a respetar y cumplir los tratados internacionales de los que es parte, este fundamento se basa principalmente en la norma de imperativa de derecho internacional (*jus cogen*), conocida como '*Pacta Sunt Servanda*', la misma que más adelante será desarrollada.

Asimismo, un convenio que establece normas jurídico-internacionales de validez general, además de contener reglas razonables y adecuadas, pueden ser reconocidas en el derecho consuetudinario o costumbre internacional. Sin embargo, cuando resulta que por el contrario se decide partir del derecho consuetudinario y, codificar el mismo en Convenios o tratados-leyes, y a la cual se puede brindar la siguiente explicación:

(...) puede ocurrir que una norma consuetudinaria se *codifique*, por ser acogida en un convenio. Ahora bien: aunque las codificaciones se atengan, por lo general, al derecho consuetudinario preexistente, se persigue, no obstante, gracias a ellas, y en la mayoría de los casos, un desenvolvimiento del D.I.P. (...) lograron tan solo escasos éxitos parciales. Fracasaron ante el hecho de que el acuerdo solo pudo haberse alcanzado si las potencias más desarrolladas hubieran decidido hacer suyas las concepciones jurídicas de los países más atrasados. Y una codificación al nivel de estos «Estados-límite» no solo hubiese dificultado el desenvolvimiento del D.I., sino que hubiese implicado un retroceso. De ahí que aquellas prefiriesen renunciar a la codificación, confiando en que dicho desenvolvimiento sea obra de la costumbre. (*Ídem*)

En este caso se reconoce la posibilidad a los Estados, que positiven las normas de derecho consuetudinario, mediante la celebración de tratados internacionales. No obstante, como señala Verdross, en algunos casos los Estados han visto con recelo esta codificación de la costumbre internacional, la cual, con las iniciativas de la Organización de Naciones Unidas, a través de la Comisión de Derecho Internacional, se ha logrado vencer ese escepticismo de algunos Estados con relación a la codificación.

Bolivia, en relación a estos Convenios o tratados-leyes, ha participado en la negociación de varios de estos instrumentos, e inclusive ha firmado varios de ellos. Pese a ello, como se sabe, en derecho internacional para este tipo de tratados internacionales, que resultan ser tratados formales, la sola firma no basta, para que un Estado sea parte de estos instrumentos internacionales. A partir de ello se infiere que el Estado boliviano no se ha destacado por vincularse a estos Tratados-leyes.

Se puede especular sobre la razón por la cual el Estado boliviano ha decidido mantenerse al margen de la codificación, algunos profesores como Prudencio Cosío (2008), al momento de comentar sobre el poco desarrollo de Bolivia en materia de derecho internacional privado, atribuye este problema a la falta de una comisión compuesta por Catedráticos de la materia, jurisconsultos de notoriedad en la misma y funcionarios calificados del Ministerio de Relaciones Exteriores; este u otros organismos similares que puedan orientar al Gobierno en tan delicados como importantes problemas (p. 45). La citada observación, resulta extenderse y ser aplicable como fundamento de la reducida participación de Bolivia en las propuestas de codificación del derecho internacional en general. Sin embargo, pese a ello, aún podría entenderse que este justificativo sigue teniendo un carácter especulativo.

Al respecto, es necesario citar la declaración de la delegación boliviana encabezada por J. Romero Loza, al momento de firmar la CVDT 69, misma que se puede ubicar en su anexo y señala lo siguiente:

1. La imperfección de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados posterga la realización de las aspiraciones de la humanidad.

2. No obstante lo anterior, los preceptos aprobados por la Convención constituyen avances significativos inspirados en principios de justicia internacional que Bolivia ha sostenido tradicionalmente.

La primera parte de la citada aseveración por parte de la delegación boliviana, coincide con lo que en su momento mencionó Verdross, en el texto citado previamente. Para algunos Estados, entre los cuales se podría incluir a Bolivia, conforme a la precitada declaración, esta codificación dificulta el desarrollo del derecho internacional en general, confiando en que el avance de esta materia, sea por medio de la costumbre. Sin perjuicio de aquello, la codificación, no involucra un desplazamiento de la costumbre internacional como una fuente del derecho internacional, así lo confirma el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945, misma que señala lo siguiente:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho (...).

Por lo tanto, Bolivia no puede desconocer ciertas normas de derecho internacional positivadas en Tratados-leyes, pese a que no sea parte de varios de estos instrumentos internacionales, verbigracia, la CVDT 69. El fundamento que respalda esta imposibilidad, radica en que estas normas, más allá de ser positivadas o no, se encuentran acogidas en el derecho consuetudinario, por lo que se debe adecuar los actos a esta fuente del derecho.

Es importante comprender que, estos Tratados-leyes, impulsados por Naciones Unidas, no involucra la derogación de las normas consuetudinarias, las mismas siguen en vigor, tanto para los Estados que no se han adherido a este proceso de codificación, así como a los ámbitos en que la codificación no hubiere llegado.

#### 2.5.4. *Pacta Sunt Servanda*

La sociedad internacional, en el desarrollo de su cuerpo normativo para regular las relaciones entre sus integrantes, durante varios siglos ha tejido una serie normas consuetudinarias, las mismas que cuentan con la finalidad de brindar certidumbre a los Estados en sus relaciones internacionales. Es de esta forma que se ha logrado consolidar, es el principio '*pacta sunt servanda*', para lo cual Sorensen (1973), señala lo siguiente: "Los Estados y las demás personas internacionales quedan obligadas por los tratados celebrados en forma regular y hayan entrado en vigor: ellos deben cumplirse de buena fe. (...)" (p. 158). Con lo citado, se logra concebir una idea preliminar de lo que involucra este principio de derecho internacional, el mismo que se encuentra relacionado con el principio de buena fe, para las relaciones dentro de la sociedad internacional.

El *pacta sunt servanda*, constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional positivo, llegando inclusive a aseverar que sería el principio dominante del derecho internacional contemporáneo, eso involucra que si este principio sería inobservado, ocasionaría que la superestructura del precitado derecho internacional, se desplomaría (*Ídem*).

Si bien, como se aseveró previamente, este principio cobra mayor relevancia para el desarrollo del derecho internacional contemporáneo, por lo cual, la Comisión de Derecho Internacional dependiente de las Naciones Unidas, en su oportunidad ha concebido la idea de positivizar este principio en la convención sobre el derecho de los tratados. El 23 de mayo de 1969, se firmó la CVDT 69, la cual en su preámbulo reconoce como parte de la costumbre internacional a esta principio y, más adelante, en el Artículo 26, lo conceptualiza de la siguiente forma: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe." Esta conceptualización plasmada en la mencionada Convención, describe el significado del principio



de forma precisa, estableciendo que los tratados internacionales de los que un Estado decide ser parte, debe ser cumplido por el mismo de buena fe.

En relación a la 'buena fe', como deja entender Verdross (1976), si bien en el cumplimiento de las obligaciones internacionales mantiene un clima de paz y cooperación debido a que la comunidad jurídico-internacional al no ser una entidad que subordina a los Estados coactiva y coercitivamente, sino que reposa en la cooperación y el común acuerdo de los Estados, entonces, sus normas solo serán eficaces si los Estados cumplen, de buena fe, las obligaciones contraídas. Así también, este principio se encuentra ligado con la prohibición del abuso del derecho, que tiene lugar cuando un derecho es usado de mala fe, esto es, de forma tal que se oponga a lo regulado en el ordenamiento internacional (pp. 114-115).

Así también, en derecho internacional se establece la imposibilidad de alegar el derecho interno, para inobservar una obligación internacional. La CVDT 69, señala al respecto:

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 46.

En ese criterio, la responsabilidad que adquiere un Estado, no puede ser incumplida, pese a que sea contraria a su derecho interno. Es decir que, en el caso de identificar alguna incompatibilidad entre el derecho internacional y el derecho interno, el Estado boliviano no puede directamente desconocer el valor jurídico del derecho internacional, sino que deberá adecuarse a los procedimientos de desvinculación a un tratado internacional.

### **2.5.5. Formas de Desvinculación a un Tratado Internacional**

La normativa boliviana revisada en el primer punto del capítulo, establece que, ante la posibilidad de que exista alguna incompatibilidad entre la Constitución y un tratado internacional, se debe buscar la opción de denunciar o renegociar los instrumentos internacionales anteriores a la vigente Constitución y la contradigan. En ese sentido, es prudente identificar las figuras jurídicas que ofrece el derecho de los tratados, para brindar una solución a lo planteado por la Constitución boliviana, para que Bolivia se desvincule de un tratado internacional. Para ese efecto se destaca las figuras jurídicas de ‘Revisión’, ‘Terminación’ y ‘Denuncia’ de los Tratados.

**A) Revisión.** - Esta figura jurídica reconocida en el derecho de los tratados, es aplicable a los tratados internacionales que se encuentran en vigencia para los Estados que son parte de estos instrumentos internacionales. En ese entendido, corresponde señalar: “(...) la revisión solo puede realizarse de común acuerdo de las partes (...)” (Verdross, 1976: 168). Sin embargo Sorensen (1973), es quien desarrolla más este punto y se anticipa a señalar lo siguiente:

En sentido estricto, la revisión de un tratado sugiere su modificación o enmienda a pesar de que, simultáneamente, el tratado original queda en vigor, supeditado a cualesquiera modificaciones o enmiendas que se le hicieren. (...) (p. 239)

Por lo citado, esta figura jurídica sugiere que, los Estados dejan la posibilidad de que se pueda modificar o enmendar los tratados internacionales, quedando subordinado a la voluntad de que los sujetos parte así lo decidieren pertinente. Evidentemente, esta posibilidad, como nos plantea Sorensen, no involucra que el tratado internacional pierda vigencia, sino que por el contrario se comprende que, hasta no efectivizarse la revisión del tratado, los Estados parte, tienen la obligación de honrar y cumplir su obligación internacional. Asimismo, en sentido estricto, la revisión de un tratado sugiere su modificación o enmienda a pesar de que, simultáneamente el

tratado original continúa en vigor, supeditado a modificaciones o enmiendas que se le hicieren con posterioridad.

Ahora bien, en relación al consentimiento, se prevé la posibilidad de que las partes de un tratado, pueden realizar la revisión de tratados por mayoría y no necesariamente por consentimiento unánime. De esta forma se confirma que los Estados tienen que negociar entre sí, cuando deseen modificar el contenido de un tratado, para posteriormente brindar su consentimiento, ya sea unánime o mayoritario, según lo requiera el mismo tratado.

Sin embargo, existe la posibilidad de que se pueda hacer la revisión de un tratado internacional, ya no por medio de los procedimientos que se establece en el mismo tratado, sino por el contrario, decidiendo suscribir un nuevo tratado bajo la figura de la novación. Este medio quizá sea un mecanismo menos complicado para lograr modificar el tratado, en este caso, los efectos jurídicos que conlleva los tratados internacionales para los Estados parte (p. 241). Es en ese sentido, que en la práctica los Estados, han optado por este procedimiento para modificar o enmendar los citados instrumentos internacionales.

Esta figura jurídica del derecho de los tratados, es sin duda el mecanismo al cual debe apelar Bolivia, en el caso que desee renegociar los tratados internacionales de los que es parte. Es necesario para aquello, complementar la intención de renegociar un tratado, con un buen equipo diplomático, siendo la diplomacia, el único medio real dentro de las relaciones internacionales, para que un Estado pueda arribar a desarrollar su política exterior.

**B) Extinción.** - Para optar por la figura de la extinción, existen diferentes formas reconocidas en el derecho internacional, todas coinciden en un elemento muy relevante que es la concurrencia de un hecho o acto jurídico que modifique la relación jurídica y escape de la voluntad del Estado que tiene la intención de plantearla. No obstante, esta opción resulta ser bastante

complicada de materializarse, debido a la posibilidad acreditar la concurrencia de las causales de procedencia.

Asimismo, puede extinguirse los tratados, por motivos que el mismo reconozca o también por motivos que se identifiquen en el derecho internacional. Entre las formas por las cuales se puede extinguir un tratado internacional, se destaca las siguientes: i) El cumplimiento imposible, ii) Denuncia por incumplimiento, iii) La cláusula *rebus sic stantibus*.

i) El cumplimiento imposible, hace referencia a aquella situación por la cual el cumplimiento de un tratado se haga imposible después de su entrada en vigor. Al respecto, Verdross (1976) señala lo siguiente:

La práctica internacional admite, además de la imposibilidad absoluta o física, la imposibilidad moral o carga excesiva. Se trata aquí de casos en los que la prestación no sería en rigor imposible, pero pondría en peligro la subsistencia del Estado o haría imposible el cumplimiento de sus cometidos esenciales. (p. 162)

En ese contexto, existen dos situaciones procedencia de la imposibilidad, sobre la primera tiene un tono bastante claro, el mismo resulta ser producto de que el Estado obligado, no cuenta con la posibilidad fáctica de cumplir con las obligaciones asumidas en un tratado. Sin embargo, también se hace referencia en relación a la imposibilidad moral, la misma que constituye cuando un Estado, si bien cuenta con la posibilidad fáctica de cumplir con su obligación, pero de hacerlo resultaría ser un grave perjuicio en la estabilidad del Estado obligado.

Ambas imposibilidades, se encuentran subordinadas a un factor muy importante, como señala la CVDT 69 en su Artículo 61, que es la calidad de la imposibilidad. En el caso que la imposibilidad resultare ser permanente, la consecuencia podría desembocar en la desaparición o

destrucción definitiva de la obligación de cumplir el tratado. En cambio, si la imposibilidad resulta ser transitoria, lo que se produce es la suspensión de la aplicación del tratado.

ii) Denuncia por incumplimiento, resulta producirse cuando una de las partes hubiere violado el tratado, facultando a las partes afectadas, extinguir o retirarse del tratado afectado. En lo que respecta al Estado afectado, corresponde precisar: “(...) Este queda, pues, en libertad para mantener el tratado y pedir su cumplimiento, o para retirarse del tratado en virtud del principio «inadimplenti non est adimplendum»” (Verdross, 1976: 163)

El mencionado principio se lo puede resumir en un caso mediante el cual una parte incumple un tratado y, se faculta a la otra parte para que también lo incumpla. En relación a lo citado, evidentemente se entiende de que no necesariamente el incumplimiento de una parte, puede desembocar en la extinción del tratado, sino que también puede optar por pedir el cumplimiento del mismo.

Ahora bien, la cantidad de partes de un tratado, puede influir en el efecto del incumplimiento de una de las partes. Es decir que, los efectos van a variar según los casos en que los tratados sean bilaterales o multilaterales, como se indica a continuación:

(...) Pero siendo que los tratados bilaterales no caben reservas, según se indica oportunamente, hay que admitir que todas las normas del tratado descansan en el principio «do ut des» y han de considerarse, pues, como «importantes».

En *tratados colectivos*, que admiten reservas, existe, por el contrario, la posibilidad de distinguir entre normas importantes y menos importantes (...) (*Ibíd.*: 164)

La relevancia de comprender si la cláusula es importante o no lo es, radica en el sentido de que si la cláusula resultare ser importante, el incumplimiento de la misma resultaría un daño irreparable al fin que persigue el tratado.

iii) La cláusula *rebus sic stantibus*, involucra algunas situaciones que es necesario se detallan. El primero de ellos, es comprender si las promesas llevan consigo la condición tácita de que las cosas permanezcan tal como estaban cuando se hicieron, en ese sentido como se señala: “(...) el tratado dejará de ser válido en cuanto las condiciones que él presupone dejen de darse, toda vez que la voluntad que dio lugar al tratado no quería extenderse a la nueva situación.” (*Ibíd.*: 165). En cambio la otra situación, se relaciona en el sentido de que la cláusula parte del supuesto de que el tratado puede modificarse. Al respecto, corresponde citar lo siguiente:

(...) si se parte del supuesto de que después de la firma del tratado las circunstancias pueden modificarse tan esencialmente que no quepa ya pedir a las partes el cumplimiento del tratado *bona fide*, pues la naturaleza del asunto impone la suposición de que las partes no se habrían obligado de haber tenido en cuenta una alteración de las circunstancias como la producida. (...) (*Ibíd.*: 166)

De cualquier forma, ambas situaciones resultan estar subordinadas a una condición necesaria, la cual es que, el tratado del cual se va a pretender solicitar la extinción, no cuente con la posibilidad de rescindirse. Eso en el sentido de que, los Estados parte ya habrían contemplado la posibilidad de extinguir el tratado, en el caso que cambiaran las circunstancias como supone la cláusula *rebus sic stantibus*, el medio idóneo será rescindir el tratado y no hacer uso de esta cláusula. En la CVDT 69, se encuentra reconocido en el Artículo 62, dejando expresamente claro solo dos argumentos por los cuales se puede alegar esta cláusula, la primera es en el caso de que este cambio de circunstancias haya constituido en base esencial del consentimiento de las partes y, segundo cuando ese cambio de circunstancias cambien radicalmente el alcance de las obligaciones del tratado (cfr.).

**C) Denuncia.** - La denuncia, como figura jurídica del derecho internacional, tiene su asidero en el principio de autonomía de voluntad de las partes, relacionada con el principio de

soberanía de los Estados, mismos que radican en la costumbre internacional y los principios generales del derecho. Ambos principios, influyen los preceptos jurídicos que positiva la CVDT 69.

Sobre el particular, la precitada CVDT 69, desglosa los parámetros por los cuales se van a regir los Estados, en el caso de tener la intención de realizar la denuncia de algún tratado del cual sea parte. En ese entendido, cuando se trata de la validez y continuación en vigor de los tratados, en el Artículo 42 se dispone lo siguiente: “(...) 2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención (...)”.

Los tratados internacionales, como regla, tendrán validez y continuaran en vigencia una vez los Estados logren su entrada en vigor. La excepción a la misma, como se señala, será bajo lo dispuesto en el mismo tratado, en cumplimiento del principio de autonomía de voluntad de las partes y, ante la ausencia de acuerdo, se aplicará recién lo estipulado en la Convención.

En lo que respecta a las obligaciones impuestas por el derecho internacional, independientemente de un tratado, la CVDT 69 en su Artículo 43, dispone lo siguiente:

La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado.

De esta forma se aclara que, un Estado considerando la procedencia o no, decida denunciar un tratado, esto no involucrará que se interrumpa el cumplimiento de las obligaciones que haya

asumido hasta ese momento gracias a ese instrumento internacional, debiendo cumplirlas hasta que se formalice la desvinculación total del Estado con el tratado en cuestión.

Sobre la divisibilidad de las disposiciones de un tratado, la CVDT 69 señala lo siguiente en su Artículo 44:

1. El derecho de una parte, previsto en un tratado o emanado del Artículo 56, a denunciar ese tratado, retirarse de él o suspender su aplicación no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto. (...)

Es decir, un Estado cuando decida denunciar un tratado, no lo podrá hacer sobre una parte del tratado, sino que deberá hacerlo sobre la totalidad del mismo. Es en ese sentido, se cumple con el principio de igualdad entre los Estados, relacionado a los efectos jurídicos del instrumento internacional. No obstante, la CVDT 69, reserva la posibilidad a los Estados para que puedan acordar lo contrario, en el marco del principio de autonomía de voluntad de las partes.

En lo que respecta a la denuncia o retiro a un tratado que no prevea esta posibilidad, la CVDT 69 en su Artículo 56 señala lo siguiente:

1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos:

- a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro: o
- b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

2. Una parte deberá notificar con doce meses, por lo menos, de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1.

Como regla general, este Artículo de la CVDT 69 señala que no procederá la denuncia a aquellos tratados que no reconozcan expresamente su procedencia. Sin embargo, existen dos



excepciones a esta regla. La primera, cuando en el tratado se denote la intención de los Estados en permitir esta posibilidad. En cambio la segunda se funda en la naturaleza del tratado.

De cualquier forma, ambas excepciones se encuentran sujetas a un importante ejercicio interpretativo que, necesariamente deberá ser reforzado con un buen trabajo diplomático.

Para cerrar el análisis de la denuncia, es necesario comprender las consecuencias de esta en un tratado, para este efecto el Artículo 70 de la CVDT 69, señala lo siguiente:

1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención:

- a) eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado;
- b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.

2. Si un Estado denuncia un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará el párrafo 1 a las relaciones entre ese Estado y cada una de las demás partes en el tratado desde la fecha en que surta efectos tal denuncia o retiro.

Se parte siempre reconociendo el principio de autonomía de voluntad de las partes, reservando la posibilidad a los Estados, para que puedan si así lo consideren conveniente, modificar lo que establece la CVDT 69. Sobre los efectos, señala en un principio que las partes eximirán la posibilidad de seguir cumpliendo las obligaciones del tratado o no. Se habla de las partes, en el sentido que la exoneración de cumplimiento beneficia tanto al Estado que planteó la denuncia, cuanto a los demás Estados que también forman parte del mismo tratado. Las obligaciones asumidas antes de presentada la denuncia, continúan siendo obligatorias para el Estado que las plantea.

La CVDT 69, es el resultado del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, para codificar el derecho de los tratados, sin embargo, esto no involucra que releve el alcance y los efectos jurídicos que se encuentran arrojados en la costumbre internacional. Esto involucra que, los Estados que no son parte de esta Convención o, los sujetos de derecho internacional que no se encuentren dentro del alcance del precitado instrumento internacional, deben someterse de cualquier forma, a las reglas y principios radicados en el derecho consuetudinario referente al derecho de los tratados.

En la práctica internacional, una parte importante de la costumbre internacional sobre el derecho de los tratados, se encuentra expresada en la citada CVDT 69. En ese entendido, pese a que un Estado no sea parte de esta Convención, en la práctica debe y deberá adecuar su comportamiento a lo que desarrolla este instrumento internacional, constituyendo así a la CVDT 69, como una fuente ineludible de estudio para cualquier persona que quiera estudiar el derecho de los tratados.

#### **2.5.6. *Terminación de los Tratados en la Ley N° 401***

La terminación de un tratado, involucra como señala Sorensen (1973), lo siguiente: “Un tratado queda terminado cuando las partes de éste queden relevadas de ulteriores obligaciones originadas de él. (...)” (p. 242). En ese entendido, para cerrar con los fundamentos del derecho de los tratados, es necesario comentar lo que se encuentra positivado en la Ley N° 401 de Celebración de Tratados (2013b). Respecto a la terminación de los tratados, el Artículo 68 de la precitada ley, señala lo siguiente:

- I. Un Tratado puede terminar en virtud de sus disposiciones, por consentimiento de las Partes, por cumplimiento del objeto, por cumplimiento del plazo estipulado, por denuncia o retiro.

II. Un Tratado Multilateral terminará por disposición del mismo o en cualquier momento, por consentimiento de todas las Partes después de consultar a los demás Estados, por denuncia o retiro.

III. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un Tratado.

En un principio, la citada Ley, propugna lo que ya se encuentra arrojado en la CVDT 69, la costumbre internacional y la doctrina. Un tratado terminará, conforme se señala, cuando se cumpla lo que se haya dispuesto en el mismo instrumento internacional, conforme el principio de autonomía de voluntad de las partes y soberanía de los Estados. Sin embargo, lo que reconoce principalmente esta Ley, es la figura jurídica de la denuncia o retiro desarrollados previamente.

Así también, el Artículo 69 de la referida Ley, en lo que respecta a la denuncia o retiro, señala lo siguiente:

El Estado Plurinacional de Bolivia podrá retirarse de un Tratado o denunciarlo:

- a) Conforme a las disposiciones del Tratado que permitan el retiro o la denuncia;
- b) Con el consentimiento de todas las Partes después de consultar a todos los Estados contratantes; o
- c) En el caso de un Tratado que no contenga ninguna disposición sobre el retiro o la denuncia, empero contradiga los intereses del Estado en el marco de la Constitución Política del Estado.

Es decir, el Estado boliviano contempla la posibilidad de denunciar o retirarse de un tratado, considerando ciertos presupuestos que señala el precitado apartado legal. El primero de ellos, se encuentra subordinado a la voluntad expresada por los Estados parte, en los tratados de los que Bolivia se encuentra vinculado, esto en franco reconocimiento del principio de libre consentimiento. Esta disposición, no contradice lo estipulado en la CVDT 69, en cambio propugna esta posibilidad reservada a los Estados parte.

La segunda opción que reconoce este Artículo, se funda evidentemente en el principio *pacta sunt servanda*, subordinando la posibilidad que tiene Bolivia para retirarse de un tratado, a la voluntad de todos los Estados parte, para que acepten este retiro. En esa lógica, en el caso de no existir alguna cláusula en la que se posibilite la denuncia, se debe acudir a la diplomacia para lograr que los demás Estados acepten la denuncia.

El último inciso del precitado Artículo, resulta ser bastante contradictorio con su predecesor, debido a que atentaría con el principio de *pacta sunt servanda*, bastantemente afianzado en el derecho internacional. Es decir, señala que Bolivia podrá denunciar o retirarse de un tratado, si el mismo contradice los intereses del Estado, plasmados en la Constitución. Evidentemente, el propósito de la presente investigación, es velar por el cumplimiento del principio de supremacía constitucional, ante la posible incompatibilidad entre la Constitución y un tratado internacional vinculante para Bolivia. Sin embargo, es necesario destacar y comprender que, el hecho de la existencia de esta posible incompatibilidad, no genera un automático retiro o denuncia al hipotético tratado, menos aún será razón para que incumpla con las obligaciones asumidas en ese instrumento internacional, de conformidad al principio reconocido en el citado Artículo 27, de la CVDT 69.

En resumen, si Bolivia desea denunciar un tratado internacional, lo debe hacer únicamente por medio de los mecanismos jurídicos que posibilita el derecho internacional, no pudiendo ser efectiva la aplicación de lo que señala el inciso c) del Artículo 69 de la Ley N° 401 de Celebración de Tratados (2013b).

Para concluir, en relación al procedimiento en el derecho internacional y el derecho interno para retiro o denuncia de Tratados, el Artículo 70 de la citada Ley N° 401, señala lo siguiente:

La denuncia de los Tratados Internacionales cumplirá los procedimientos establecidos en el propio Instrumento Internacional, las normas generales del Derecho Internacional y los procedimientos establecidos en la Constitución Política del Estado y la presente Ley para su ratificación. La denuncia de los Tratados ratificados deberá aprobarse por la Asamblea Legislativa Plurinacional antes de su ejecución por la Presidenta o Presidente del Estado o la Ministra o Ministro de Relaciones Exteriores.

Las denuncias a los tratados de los que Bolivia es parte, deberán ser en primera instancia, conforme a lo que disponga el mismo tratado, tomando en consideración el derecho internacional. Esta aseveración, resulta no ser novedosa y, como se ha evidenciado en la presente investigación, es el procedimiento necesario e insoslayable que todo Estado debe cumplir.

En lo que respecta al procedimiento interno para una denuncia a un tratado internacional, es el mismo al procedimiento que se empleó cuando se lo aprobó. Es en ese sentido que, la disposición citada, coincide con el Artículo 260 de la Constitución boliviana.

## **2.6. Hipótesis**

La incorporación de la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales en el Código Procesal Constitucional, será la manera de cumplir el principio de supremacía constitucional y la disposición transitoria novena de la Constitución Política del Estado, cuando se presuma la inconstitucionalidad de un tratado internacional vigente para el Estado Plurinacional de Bolivia.

## 2.7. Variables

VARIABLE	DEFINICIÓN	INDICADOR	RESULTADO
<p data-bbox="269 344 410 369"><b>NOMINAL</b></p> <p data-bbox="204 436 477 512">▪ VARIABLE INDEPENDIENTE: La incorporación de la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales en el Código Procesal Constitucional.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li data-bbox="526 426 834 835">• Se define como <i>incorporación</i>, es la acción y efecto de incorporar o incorporarse. Este verbo, por su parte, refiere a unir o agregar algo a otra cosa para que se haga un todo; a reclinar el cuerpo que estaba echado; o a agregarse a otras personas para formar un cuerpo.</li> <li data-bbox="526 867 834 1423">• Se define como <i>acción de inconstitucionalidad</i>, como una acción constitucional que tiene por finalidad el contrato objetivo de las disposiciones legales ordinarias, para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con los valores, principios, derechos fundamentales, y las normas orgánicas previstas por la Constitución, con el objeto de realizar una depuración del ordenamiento jurídico de un Estado.</li> <li data-bbox="526 1455 834 1814">• Se define como <i>tratados internacionales</i>, a un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li data-bbox="883 426 1094 741">• Análisis del modelo de control de constitucionalidad adoptado por Bolivia, y el control de constitucionalidad de tratados internacionales.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li data-bbox="1175 426 1404 789">• Verificar modelo de control de constitucionalidad concentrado o modelo <i>kelseniano</i> y el insipiente desarrollo del control de constitucionalidad de tratados internacionales.</li> </ul>

▪ VARIABLE

DEPENDIENTE:

Cumplir el principio de supremacía constitucional y la disposición transitoria novena de la Constitución Política del Estado, cuando se presume la inconstitucionalidad de un tratado internacional vigente para el Estado Plurinacional de Bolivia.

- El *principio de Supremacía Constitucional*, implica que el orden jurídico y político del Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga por igual a todos (gobernantes y gobernados); de manera que dentro del orden jurídico la Constitución ocupa el primer lugar, constituyéndose en la fuente y fundamento de toda otra norma jurídica, por lo que toda ley, decreto o resolución debe subordinarse a ella y no puede contrariarla.
- La *Disposición Transitoria Novena*, señala “Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución.”
- Se define como *inconstitucionalidad* a la falta de regularidad o compatibilidad de una norma con la Constitución.

• Análisis del cumplimiento del principio de supremacía constitucional y la Disposición Transitoria Novena de la CPE, a través de la revisión de Sentencias Constitucionales y Declaraciones Constitucionales del Tribunal Constitucional boliviano.

• Verificar el grado de cumplimiento del principio de supremacía constitucional y la Disposición Transitoria Novena.

*Tabla 1 Variables de la Hipótesis*

## Capítulo III: Diseño Metodológico y Marco Práctico

### 3.1. Diseño Metodológico

#### 3.1.1. *Tipo de Estudio*

El tipo de estudio es explicativo, se pretende al final de la investigación poner en consideración de la sociedad una propuesta de incorporación normativa.

#### 3.1.2. *Diseño de Investigación*

El diseño de investigación es no experimental de carácter transversal. Es decir que se recolectó datos en un momento determinado, en un tiempo único. El propósito fue describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado.

#### 3.1.3. *Métodos de Investigación*

Para la investigación se ha decidido emplear la dogmática jurídica, al ser una investigación con un enfoque cualitativo.

#### 3.1.4. *Técnicas de Recojo de Información*

El investigador ha decidido emplear la técnica de análisis de contenido y análisis argumentativo. Para ese efecto, se analizó entre otros, la Constitución Política del Estado, la Ley N° 027 del Tribunal Constitucional, la Ley N° 254 'Código Procesal Constitucional', la Ley N° 401 de Celebración de Tratados (2013b), la Ley N° 381 de Aplicación Normativa (2013a), etc.

### 3.2. Marco Práctico

De acuerdo a los criterios expuestos *ut supra*, la posibilidad de realizar un control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales, siempre ha estado abierta. En ese sentido, se puede citar dos antecedentes en los cuales la justicia constitucional boliviana, ha tenido la



oportunidad de resolver sobre la constitucionalidad de tratados internacionales, sin embargo, apoyándose en cuestiones de forma, ha evitado ingresar a resolver sobre el fondo de la acción de inconstitucionalidad.

### **3.2.1. *Sentencia Constitucional N° 0031/2006***

El 10 de mayo de 2006, se emitió la Sentencia Constitucional N°0031/2006, M.R. Elizabeth Iñiguez de Salinas, en atención a la recurso directo de o abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por Wilson Beimar Magne Hinojosa, Diputado Nacional, demandando la inconstitucionalidad de las siguientes: Leyes ratificadoras de Convenios y Tratados: Ley 1593, de 12 de agosto de 1994 ratificatoria de la Adhesión de Bolivia al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados; Ley 1594, de 12 de agosto de 1994, ratificatoria del Tratado Bilateral de Inversión suscrito con Argentina y art. 9 del mismo; Ley 1586, de 12 de agosto de 1994, ratificatoria del Tratado Bilateral de Inversión suscrito con el Reino de los Países Bajos y su art. 9; Ley 1535, de 28 de febrero de 1994 ratificatoria del Tratado Bilateral de Inversión suscrito con Francia y su art 8; Ley 1132, de 19 de enero de 1990, ratificatoria del Tratado Bilateral de Inversión suscrito con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y su art 8; Ley 2360, de 7 de mayo de 2002, ratificatoria del Tratado Bilateral de Inversión suscrito con el Reino de España y su art. 11; y Ley 1897, de 18 de septiembre de 1998, ratificatoria del Tratado Bilateral de Inversión suscrito con Estados Unidos y su art. 9, por ser presuntamente contrarios a los arts. 135 y 228 de la anterior Constitución Política del Estado. Estos tratados internacionales, fueron cuestionados debido a que se presumía su inconstitucionalidad al permitir que las empresas con inversión extranjera estén sometidas al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y no a autoridades bolivianas.

Por AC 006/2006-CA, de 4 de enero, la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, admitió el recurso contra las referidas Leyes ratificadoras de Convenios y Tratados.

Sobre los alcances del control de constitucionalidad de disposiciones legales, el TC, determinó lo siguiente:

(...) En ese orden, cabe señalar que el control de constitucionalidad abarca los siguientes ámbitos:

a) la verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales impugnadas con las normas de la Constitución Política del Estado, lo que incluye el sistema de valores supremos, principios fundamentales, así como los derechos fundamentales consagrados en dicha Ley Fundamental; b) la interpretación de las normas constitucionales así como de la disposición legal sometida al control desde y conforme a la Constitución Política del Estado; c) el desarrollo de un juicio relacional para determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales; determinando previamente el significado de la norma legal por vía de interpretación; y d) la determinación de mantener las normas de la disposición legal sometida al control. De lo referido se concluye que el control de constitucionalidad no alcanza a la valoración de los fines, los propósitos, la conveniencia o beneficios que pudiese generar la disposición legal sometida a control; lo que significa que el Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control de constitucionalidad, no tiene a su cargo la evaluación de si son convenientes, oportunos o benéficos los propósitos buscados por las normas impugnadas, su labor se concentra en el control objetivo de constitucionalidad de las disposiciones legales objetadas. Es en ese marco que resolverá la problemática planteada en el presente recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad.

En ese entendido, es que descarta el TC, la posibilidad de analizar los propósitos, la conveniencia o beneficios que pudiese generar la disposición legal sometida a control. Nótese que

el recurso de inconstitucionalidad fue sobre las Leyes aprobatorias y no directamente sobre los referidos tratados internacionales.

Sobre el control de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales, el TC previamente hace una exposición de los fundamentos del control de constitucionalidad, el principio de supremacía constitucional, las clases de sistemas de control de constitucionalidad y sobre el momento para realizar el control. Asimismo, realiza una explicación sobre el procedimiento del control preventivo de constitucionalidad de tratados internacionales, y señala que se debe reducir la posibilidad de realizar ese control previo conforme al principio del *pacta sunt servanda*. El TC, descarta la posibilidad de realizar el control correctivo de constitucionalidad de tratados internacionales, señalando lo siguiente:

En el caso ahora analizado, el impetrante pretende que el Tribunal Constitucional someta a control de constitucionalidad las normas de la Adhesión de Bolivia al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de los Tratados Bilaterales suscritos con varios países sobre fomento y protección a las inversiones, y las Leyes de su ratificación. Empero, el examen de constitucionalidad, por vía del recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad -de acuerdo a lo expresado en forma precedente-, única y exclusivamente puede circunscribirse a estudiar la compatibilidad o incompatibilidad de normas legales, en este caso, de las leyes de ratificación y no el contenido de los tratados y convenios propiamente dichos, dada la naturaleza de este recurso, por un lado, y por otro, en virtud a que el ordenamiento jurídico ha previsto el control previo de tratados y convenios internacionales.

Es decir, el TC desestima la posibilidad de realizar el control correctivo sobre instrumentos internacionales, debido a que el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad, única y exclusivamente puede circunscribirse a resolver sobre la compatibilidad o incompatibilidad de normas legales, como lo es las leyes de ratificación. Sin embargo, el TC no considera los

argumentos expresados en su misma Sentencia, referidos al principio de supremacía constitucional, en el entendido de que los tratados internacionales independientemente de la ley que los aprueba, forman parte del ordenamiento jurídico interno, y por tal razón se someten a la supremacía de la Constitución.

El TC, continúa con su argumentación y cita a Bazán (2013) quien señala lo siguiente:

(...) es menester dejar claro que una vez que el instrumento internacional en cuestión, se encuentre en vigor y plenamente integrado en el ordenamiento jurídico interno, resultaría inconveniente la posibilidad de habilitar a su respecto un control de constitucionalidad a posteriori, pues, de declararse la inconstitucionalidad del instrumento internacional, se estaría dando lugar a vaciar el contenido axiológico y jurídico de la exigencia que se impone a todo Estado a honrar sus compromisos internacionales, y al incumplimiento de las pautas *pacta sunt servanda*, como norma fundamental de todo el Derecho de los Tratados, la buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales.

Se debe destacar que el principal fundamento del cual se respalda el citado autor, es que ‘resultaría inconveniente’ realizar el control posterior. No obstante, ese fundamento es todo menos un fundamento jurídico. Permitir que se mantenga una irregularidad en el ordenamiento jurídico, a la larga provocará que el Estado incumpla una obligación internacional y se atribuya en consecuencia una responsabilidad internacionalmente.

Asimismo, el TC se libera de su responsabilidad de ser el máximo intérprete y guardián de la Constitucional, y señala lo siguiente:

(...) las eventuales inconveniencias o dificultades políticas, estratégicas, jurídicas o de cualquier otra índole sobrevinientes, que genere un instrumento internacional, pueden ser verificadas por los órganos competentes, para movilizar el proceso de rigor que transporte a la decisión política de

denunciarlo, lo que, por su parte, guardaría armonía con el principio de paralelismo de las competencias, debido a que quien ostenta constitucionalmente la atribución de obligar internacionalmente al Estado y manifiesta exógenamente esa voluntad estatal, también la tiene para expresarla en aras de concluir o terminar el mencionado vínculo convencional internacional (...)

Conforme a lo citado, el TC se desliga de su principal misión, y deja a discreción del Ejecutivo, realizar el control de constitucionalidad sobre tratados internacionales. Al respecto, se debe recordar lo que en su oportunidad señaló Kelsen (2002), cuando dijo que la función política de la Constitución es la de poner límites al ejercicio del poder y, si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquella a la que le confiere total o parcialmente el ejercicio del poder y, que por ello tiene el primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Esta posición se relaciona con el principio jurídico de que nadie puede ser juez de su propia causa (p. 5).

Para concluir, sobre el examen de constitucionalidad del caso que motivó la Sentencia, el TC determinó lo siguiente:

En consecuencia, las citadas Leyes de ratificación no lesionan el mandato del art. 135 de la CPE, ya que se limitan a su objeto: aprobar tales instrumentos internacionales, sin que, por lo fundamentado en el Fundamento Jurídico III.2 de la presente Sentencia, se pueda ingresar a dilucidar si los Tratados propiamente dichos son o no contrarios a la Ley Suprema del ordenamiento jurídico boliviano.

Con ese argumento, el TC declara la constitucionalidad de las leyes impugnadas, basándose únicamente en analizar las Leyes de ratificación, y no así los tratados internacionales cuestionados.

### **3.2.2. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0024/2017**

El 21 de julio de 2017, se emitió la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0024/2017, M.R. Zenón Bacarreza Morales, en atención a la AIA interpuesta por Ginna María Torres Saracho de Raña, Diputada de la Asamblea Legislativa Plurinacional, demandando la inconstitucionalidad del Artículo Único de la Ley 735 de 21 de septiembre 2015 que ratifica el Acuerdo de Cooperación Cultural, Científica y Tecnológica entre el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia y el Gobierno de la República Italiana del 03 de marzo de 2010.

El principal fundamento de la accionante para acusar inconstitucionalidad por una supuesta vulneración de los arts. 158.I.14 y 202.9, ambos de la CPE (2009), por el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 107.II del CPCo (2012), aplicable al caso de acuerdo a lo previsto en el art. 258 de la CPE (2009), configurando una suerte de inconstitucionalidad de la norma por vicio de forma en el trámite que le dio origen, es decir, por incumplimiento del procedimiento legislativo que a juicio de la accionante debió haberse sometido el tratado internacional un control previo de constitucionalidad, como requisito de validez formal de la Ley impugnada y que no fue debida y oportunamente activado.

Por AC 0274/2016-CA de 9 de noviembre, la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, admitió la AIA contra la referida norma impugnada.

Al respecto, el TCP sobre el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales en Bolivia, interpreta lo siguiente:

En este marco de análisis, a partir de una interpretación sistemática del art. 107 del CPCo, la concepción del control de constitucionalidad obligatorio para los tratados internacionales -de la cual devendría la presente acción- no resulta evidente; toda vez que, no existe un control de constitucionalidad obligatorio y automático de todos los instrumentos internacionales así sean

sometidos al proceso legislativo de ratificación, salvo que exista duda fundada y razonable que pudiere tener el Órgano Ejecutivo o el Legislativo respecto a la compatibilidad con la Constitución Política del Estado, concluyéndose así que el control previo de constitucionalidad sobre los instrumentos internacionales responde a un sistema de control previo exigible cuando se trate de los tratados y convenios previstos en el art. 257.II de la Norma Suprema, o cuando se trate de normas de Derecho Comunitario (en este último caso cuando se trate de instrumentos constitutivos u otro tipo de instrumentos internacionales que comprendan los presupuestos previstos por el art. 257.II de la CPE), siendo para los restantes casos dicho control previo potestativo en función a la existencia de “duda fundada” y razonable acerca de la posibilidad de una lesión constitucional en su contenido, quedando condicionada la competencia de este órgano especializado de control de constitucionalidad a la activación del proceso de consulta por parte de las autoridades legitimadas y solo en caso de duda de constitucionalidad fundada, abriendo instancia a efectos de efectuar el correspondiente examen de constitucionalidad conforme establece el art. 109 del CPCo.

En ese fundamento, a diferencia del sistema de control de constitucionalidad colombiano, el TCP niega la posibilidad de que se realice un control previo y automático de constitucionalidad sobre todos los tratados internacionales.

Por último, el TCP en su Sentencia, declara la constitucionalidad del Artículo único de la Ley N° 735 de 21 de septiembre de 2015. Uno de los argumentos del cual se apoyó el fallo, fue que en Bolivia el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales solo se activa cuando el tratado sea sobre temas específicos o cuando se activa la jurisdicción constitucional por una duda de constitucionalidad fundada. Asimismo, el otro argumento se basa en que la ley impugnada, no aprueba un tratado que se encuentra comprendido en cuestiones limítrofes, de integración monetaria, económica estructural, ni cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales en el marco de procesos de integración, que amerite

una consulta obligatoria previa de constitucionalidad; por lo cual tampoco ameritaba un control previo de constitucionalidad de tratados internacionales automático.



## Capítulo IV: Propuesta

En virtud a los criterios investigados, y conforme al objetivo planteado, se propone la incorporación de la ‘Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales’ (AITI) en el Código Procesal Constitucional, para cumplir con el principio de supremacía constitucional y la disposición transitoria novena de la CPE (2009).

En ese criterio la AITI, necesariamente requerirá una regulación especial que la distinga del resto de las acciones o recursos de control posterior de constitucionalidad reconocidos en la normativa vigente boliviana. Esto involucra que no solo basta con la sola nominación de la AITI en el adjetivo constitucional, sino que se debe regular sobre el objeto, legitimación activa, , prohibición de inadmisión por forma, procedimiento, contenido de la sentencia, y efectos de la sentencia.

### 4.1. Objeto

La AITI, debido a la naturaleza de los tratados internacionales, debe contar con un objeto específico que lo distinga de las otras acciones y recursos de control posterior de constitucionalidad.

Al respecto, la AITI tiene por objeto garantizar que todo tratado internacional vinculante para el Estado Plurinacional de Bolivia, sea conforme a la Constitución Política del Estado.

### 4.2. Legitimación Activa

En cuanto a la legitimación activa, debido a que los tratados internacionales son normas generales que importan tanto a las personas naturales y jurídicas, así como a los órganos públicos, funciones públicas e instituciones; debe ser similar a la AIA.

Es decir, tendrán legitimación activa para la AITI la Presidenta o Presidente del Estado Plurinacional, cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional o de los Órganos Legislativos de las Entidades Territoriales Autónomas, las máximas autoridades ejecutivas de las Entidades Territoriales Autónomas, así como la Defensora o el Defensor del Pueblo.

Ahora bien, dado que el fundamento de la propuesta se basa en el monismo moderado, en los procesos particulares o concretos en sede judicial o administrativa se deberá aplicar lo norma que corresponda, conforme al principio de jerarquía normativa.

#### **4.3. Prohibición de Inadmisión por Forma**

Al igual que la AIA, las AITI no podrán ser rechazadas por razones de forma, las que en su caso podrán ser subsanadas en el plazo que establezca el TCP.

Esta prohibición cobra razón, debido a la importancia que tiene la AITI para velar por la regularidad del ordenamiento jurídico boliviano. De la misma forma, se justifica por la tendencia que ha demostrado el TCP en evitar pronunciarse sobre el fondo de los tratados internacionales cuestionados como inconstitucionales, verbigracia, la Sentencia Constitucional N°0031/2006 (M.R. Elizabeth Iñiguez de Salinas) y la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0024/2017 (M.R. Zenón Bacarreza Morales).

En ese sentido, a partir de esta prohibición, el TCP no tiene la posibilidad de eximirse de su principal misión establecida en el Artículo 196 de la CPE (2009).

#### **4.4. Procedimiento**

En cuanto al procedimiento de la AITI, dada su excepcionalidad se debe adaptar ciertos procedimientos a los ya establecidos por la AIA.

Admitida la AITI, la Comisión de Admisión deberá ordenar se ponga en conocimiento del Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo en el caso de tratados formales, o en su caso solo al Órgano Ejecutivo cuando se trate de tratados abreviados; para que en el plazo de treinta días, el o los órganos que fueron puestos en conocimiento, se apersonen y presente el informe que corresponda.

Asimismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores, como parte del Órgano Ejecutivo deberá obligatoriamente presentar su informe que contenga mínimamente la importancia, procedencia y el procedimiento de desvinculación del Estado boliviano al tratado internacional sometido a control. No obstante, el apersonamiento y presentación del informe por parte de Cancillería, no eximirá al resto de los integrantes del Órgano Ejecutivo a apersonarse y presentar su respectivo informe, según corresponda.

En el entendido de que el informe del Ministerio de Relaciones Exteriores es fundamental para la consideración y resolución del TCP, solo para esta cartera de Estado se podrá ampliar extraordinariamente por un plazo de quince días, para que presente el informe respectivo. En caso de incumplir con esta obligación, corresponderá al TCP iniciar las acciones legales correspondientes, contra los responsables del incumplimiento.

En el caso de que el TCP requiera se complemente o se aclare el informe del Ministerio de Relaciones Exteriores, se le otorgará a este, un plazo de quince días para que pueda presentar su informe complementario o aclaratorio.

Cumplido el plazo y presentado el informe del Ministerio de Relaciones Exteriores, con o sin informe de los órganos citados, se procederá inmediatamente al sorteo, debiendo el TCP emitir la sentencia correspondiente dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.

La relevancia del informe del Ministerio de Relaciones Exteriores, radica en determinar la importancia que tiene para el Estado boliviano el tratado internacional sometido a control, así como para que haga la defensa de la constitucionalidad del mismo. Es también importante que se informe, si es procedente o no la desvinculación de Bolivia al tratado internacional impugnado, en el entendido de que algunos de estos instrumentos internacionales no prevé tal posibilidad de acuerdo al derecho internacional. En el caso de ser procedente la desvinculación del Estado, Cancillería informará también sobre el procedimiento al que se debe someter el Estado boliviano para cumplir con la desvinculación.

#### **4.5. Contenido de la Sentencia**

En cuanto al contenido de la sentencia, el TCP fundará su sentencia de inconstitucionalidad en la vulneración de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en la Acción interpuesta y, siempre que el tratado internacional lo permita.

Al respecto, se debe recordar que un tratado internacional, a diferencia del resto de las normas del ordenamiento jurídico, no solo obtiene su validez del derecho interno o nacional, sino que también lo obtiene gracias al derecho internacional. En ese entendido, la obligatoriedad del tratado internacional, no solo depende del Estado boliviano, sino que también del resto de los Estados parte del instrumento internacional y de la misma sociedad internacional, según el caso.

#### **4.6. Efectos de la Sentencia**

En cuando a los efectos de la sentencia, la misma podrá declarar la constitucionalidad del tratado internacional impugnado, o si es que el tratado internacional lo permite, también podrá declarar la inconstitucionalidad del mismo.

En el caso que se verifique que no existe ninguna incompatibilidad entre el tratado internacional impugnado con la CPE (2009), el TCP resolverá declarar la constitucionalidad del instrumento internacional sometido a control haciendo improcedente una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, siempre y cuando se trate del mismo objeto o causa y se argumente los mismos preceptos constitucionales impugnados.

En el caso que se verifique la existencia de alguna incompatibilidad entre el tratado internacional impugnado con la CPE (2009), pero que de acuerdo a lo informado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, no sea procedente la desvinculación del Estado al instrumento internacional cuestionado; el TCP resolverá declarar la constitucionalidad de la norma impugnada y remitirá antecedentes a la Asamblea Legislativa Plurinacional y a la Presidenta o el Presidente del Estado Plurinacional, para que procedan a activar el procedimiento establecido en el Artículo 411 de la CPE (2009) y subsanar la irregularidad normativa.

El fundamento del párrafo precedente, se funda en lo señalado por Kelsen (2009), quien señala que solo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida (p. 125). En el caso de los tratados internacionales, existe un límite en la soberanía del Estado y sus órganos, los cuales no pueden exceder las normas del derecho internacional, las mismas que desde el monismo moderado, tienen supremacía frente al derecho interno y, ante una posible irregularidad de esta última, puede derivar en una responsabilidad internacional al Estado infractor. Esta supremacía del derecho internacional, genera que en alguna circunstancia particular, el TCP no tenga la competencia de abrogar la norma inconstitucional.

En el caso de que se verifique la existencia de alguna incompatibilidad entre el tratado internacional impugnado con la CPE (2009), y de acuerdo a lo informado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, sea procedente la desvinculación del Estado boliviano referido instrumento

internacional; el TCP resolverá declarar la inconstitucionalidad de la norma internacional impugnada, y ordenará al Órgano Ejecutivo proceda a activar los procedimientos internacionales para la desvinculación del Estado al tratado internacional inconstitucional, según corresponda.

A diferencia de las otras clases de control posterior de constitucionalidad, la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado internacional, no puede tener un efecto la abrogatorio inmediato, debido a que en el derecho de los tratados rige el principio de *pacta sunt servanda*, además de la imposibilidad que un Estado parte pueda invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. En ese entendido, la Sentencia del TCP referida a los tratados internacionales, será con efecto diferido, debido a que como señala Kelsen (2001) el tribunal constitucional puede decidir que la anulación no surta efecto sino hasta la expiración de un cierto término a partir de su publicación (p. 94). Durante ese término, el Órgano Ejecutivo deberá hacer las gestiones necesarias para la desvinculación del Estado boliviano al tratado declarado inconstitucional.

## Capítulo V: Conclusiones y Recomendaciones

### 5.1. Conclusiones

- En esta investigación se propuso la incorporación de la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales (AITI) en el Código Procesal Constitucional, como manera de cumplir el principio de supremacía constitucional y la disposición transitoria novena de la Constitución Política del Estado, cuando se presume la inconstitucionalidad de un tratado internacional vigente para el Estado Plurinacional de Bolivia. Lo más relevante de la propuesta de incorporación fue haber verificado que el Estado boliviano se constituye como un Estado Constitucional de derecho, adoptando el modelo *kelseniano* de control de constitucionalidad, además de evidenciar que la Constitución reconoce tácitamente la teoría del monismo moderado; porque, a partir de esto se comprende el procedimiento que se debe adoptar para cumplir con la disposición transitoria novena de la Constitución y el principio de supremacía constitucional. Lo que más ayudó a proponer esta incorporación fue precisamente haber verificado que la Constitución boliviana, no proscribía la posibilidad de realizar este ámbito de control posterior de constitucionalidad sobre tratados internacionales, porque de lo contrario, no existiría la posibilidad de incorporar al CPCo (2012) esta nueva acción de inconstitucionalidad. Lo más difícil en la propuesta de incorporación fue construir una lógica argumentativa que logre acoplar el principio de supremacía constitucional con el principio del *pacta sunt servanda*, porque, sin la argumentación necesaria, no existiría la posibilidad de proponer esta nueva acción de inconstitucionalidad, al no enervar las aparentes contradicciones que tiene ambos principios.

- En esta investigación se examinó el régimen jurídico interno, relacionado a la disposición transitoria novena de la Constitución Política del Estado, relativo a los tratados internacionales contrarios a la Constitución boliviana. Lo más relevante de examinar el régimen

jurídico interno fue partir con la disposición constitucional que fundó el problema de investigación, además de las normas que la desarrollaron, porque, se verificó que no se ha establecido el procedimiento que se debe aplicar para cumplir con la precitada disposición transitoria novena de la Constitución. Lo que más ayudó a examinar el régimen jurídico interno fue identificar que existen al menos dos normas que procuran desarrollar la disposición transitoria novena, e inclusive una de ellas ya fue sometida a un control previo de constitucionalidad, porque, gracias a ello se demostró la relevancia de la precitada disposición, además de verificar los fundamentos realizados por el TCP respecto al mandato constitucional. Lo más difícil en examinar el régimen jurídico interno fue comprender la naturaleza jurídica de una disposición transitoria, porque, al ser el fundamento de la problemática de la investigación, se debía confirmar que esta clase de disposiciones normativas, también generan el mismo efecto que el resto de los Artículos constitucionales.

- En esta investigación se explicó el control de constitucionalidad dentro de un Estado de constitucional de derecho, considerando el principio de supremacía constitucional y el modelo *kelseniano* de control de constitucionalidad. Lo más relevante de explicar el control de constitucionalidad dentro de un Estado constitucional de derecho fue confirmar que la Constitución no tiene únicamente un carácter declarativo, sino que debe ser cumplido y debe erigirse como la norma suprema del ordenamiento jurídico del Estado, porque a partir de ello cobra sentido realizar el control constitucionalidad a las normas jurídicas irregulares a la Constitución. Lo que más ayudó a explicar el control de constitucionalidad dentro de un Estado de constitucional de derecho fue los argumentos relativos a la supremacía constitucional y el modelo de control de constitucionalidad que en su tiempo Kelsen defendió, porque, pese a haber transcurrido bastante tiempo, estos argumentos siguen siendo vigentes, y se transforman en un faro para cualquier



estudioso del derecho. Lo más difícil en explicar el control de constitucionalidad dentro de un Estado de constitucional de derecho fue identificar ciertas propuestas teóricas realizadas por distintos autores, porque, el constituyente y legislador boliviano, pese a inspirarse en estas propuestas teóricas, ha caído en la tentación de mal interpretarlas o distorsionarlas en el desarrollo normativo realizado.

- En esta investigación se evaluó las teorías referidas a la norma fundamental de derecho internacional, además de la relación entre el derecho internacional con el derecho nacional de los Estados y su incidencia en el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales. Lo más relevante de evaluar las teorías referidas fue determinar que la teoría del monismo moderado, permite la posibilidad de realizar el control, siempre que se cumpla con el principio del *pacta sunt servanda*, porque, el principal argumento para desestimar el control posterior de constitucionalidad sobre tratados internacionales, fue precisamente que este sería incompatible con el derecho internacional. Lo que más ayudó a evaluar las teorías referidas fue demostrar la existencia de un sistema jurídico universal, el cual engloba a todos los derechos nacionales de todos los Estados y el derecho internacional, porque, a partir de ello se comprendió mejor, las razones que respaldan el monismo moderado para plantear una unidad normativa, subordinada a la responsabilidad internacional del Estado. Lo más difícil en evaluar las teorías referidas fue armonizar el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales con el derecho internacional, porque, algunos autores descartan la posibilidad de este control, basados en que resultaría una lesión al *pacta sunt servanda*, principio que le atribuye una supremacía al derecho internacional sobre el derecho nacional de los Estados.

- En esta investigación se comparó el régimen de control de constitucionalidad de los tratados internacionales *a posteriori* de Colombia, Perú, México y Alemania; y la forma de su

reconocimiento. Lo más relevante de comparar el régimen de control de constitucionalidad de los tratados internacionales *a posteriori* en la legislación comparada fue demostrar que el control posterior de constitucionalidad sobre tratados internacionales, no es un ámbito de control normativo extraño a lo desarrollado en otros Estados, porque, gracias a ello se entiende que velar por el principio de supremacía constitucional, no es una preocupación exclusiva de Bolivia. Lo que más ayudó a comparar el régimen de control de constitucionalidad de los tratados internacionales *a posteriori* en la legislación comparada fue ampliar el panorama sobre las formas de realizar el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales, por los diferentes Estados, porque, cada uno de ellos marca una idea de cómo debe ser o no realizado el control a los tratados internacionales. Lo más difícil en comparar el régimen de control de constitucionalidad de los tratados internacionales *a posteriori* en la legislación comparada fue la diversidad de propuestas de control de constitucionalidad, las cuales en algunos casos no se identificaba una lógica concreta sobre los efectos del control, porque, como se tiene señalado *ut supra*, el tratamiento que se debe realizar a los tratados internacionales, no puede ser el mismo al que se realiza al resto de las normas nacionales.

- En esta investigación se desmenuzó el control de constitucionalidad y la jerarquía normativa en la Constitución Política del Estado, el Código Procesal Constitucional y la Ley N° 027, para determinar la norma donde se debe incorporar la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales. Lo más relevante de haber desmenuzado esta normativa fue confirmar que el Estado boliviano se constituye en un Estado constitucional de derecho y acoge como modelo de control de constitucionalidad el *kelseniano*, porque, gracias a ello se confirmó la importancia del control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales y la norma en la cual se debe regular este control. Lo que más ayudó a desmenuzar esta normativa fue determinar al CPCo

(2012) como la norma destinada a regular los procesos constitucionales ante la jurisdicción constitucional, porque, en esta se profundizó los presupuestos del constitucionalismo boliviano, además de las acciones y recursos constitucionales. Lo más difícil en desmenuzar esta normativa fue, identificar la jerarquía que tienen los tratados internacionales en ordenamiento jurídico bolivianos, porque, en la Constitución existen disposiciones que le atribuyen diferentes niveles jerárquicos a estos instrumentos internacionales.

- En esta investigación se detalló los fundamentos del derecho de los tratados, y los mecanismos de desvinculación de los Estados a estos instrumentos internacionales. Lo más relevante de detallar los fundamentos del derecho de los tratados, y los mecanismos de desvinculación de los Estados fue demostrar que sí existe la posibilidad de esta desvinculación, lo cual resulta de vital importancia para regularizar el ordenamiento jurídico del Estado, porque de lo contrario no se podría determinar los efectos de una sentencia constitucional motivada por una acción de inconstitucionalidad contra tratados internacionales, sin tener en cuenta las alternativas que tendría Bolivia para desvincularse de un tratado internacional inconstitucional. Lo que más ayudó a detallar los fundamentos del derecho de los tratados, y los mecanismos de desvinculación de los Estados fue comprender la importancia que tiene la diplomacia en el desarrollo de la política exterior frente a las relaciones internacionales, porque gracias a esta, es que en definitiva se cumplirá con lo que resuelva el TCP en su respectiva sentencia que declare la inconstitucionalidad de un tratado internacional. Lo más difícil en detallar los fundamentos del derecho de los tratados, y los mecanismos de desvinculación de los Estados fue comprender la diferencia que tiene el derecho internacional y el derecho nacional, respecto a la posibilidad de separarse de una obligación asumida por un sujeto, porque, en el derecho de los tratados se rige por el principio de autonomía de voluntad, pero principalmente por las normas *jus cogens* de derecho internacional.

- En esta investigación se analizó las sentencias constitucionales bolivianas más destacadas, relacionadas con el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales. Lo más relevante de analizar las sentencias constitucionales bolivianas más destacadas fue comprobar que las razones que motivaron al TC y TCP, a rechazar ingresar el control posterior de constitucionalidad sobre tratados internacionales, fueron observaciones de forma, porque de esta forma en mayor o menor medida, no se estableció por la jurisdicción constitucional una línea jurisprudencial respecto a este ámbito de control. Lo que más ayudó a analizar las sentencias constitucionales bolivianas más destacadas fue la comprensión de los alcances del principio de supremacía constitucional y el principio de *pacta sunt servanda*, porque, gracias a ello se pudo comprender los errores conceptuales que vertió la jurisdicción constitucional boliviana, para respaldar su fallo. Lo más difícil en analizar las sentencias constitucionales bolivianas más destacadas fue la corta experiencia de jurisdicción constitucional de Bolivia, respecto a este ámbito de control, porque, únicamente se identificó dos Sentencias Constitucionales, que abordaron esta temática.

- En esta investigación se elaboró una propuesta de incorporación de la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales en el Código Procesal Constitucional. Lo más relevante de elaborar una propuesta fue comprender la diferencia que tiene esta acción, con las acciones o recursos relativos a un control posterior de constitucionalidad, porque, dada la particularidad de los tratados internacionales, no puede aplicarse los mismo procedimientos y efectos al resto de los controles de constitucionalidad. Lo que más ayudó a elaborar una propuesta fue no encontrar un obstáculo en la CPE (2009) que imposibilite la posibilidad de incorporar esta acción en el CPCo (2012), porque de lo contrario, en lugar de plantear una incorporación en una Ley, se tendría que plantear una modificación en la Constitución, con toda dificultad que esto

amerita. Lo más difícil en elaborar una propuesta fue sintetizar todo lo desarrollado en la investigación, en puntos específicos a ser incorporados en el CPCo (2012), porque si bien se ha probado la procedencia de esta acción, la misma ha requerido un estudio y argumentación compleja, para desarmar todos los argumentos que negaban la posibilidad de plantear este control posterior de constitucionalidad sobre tratados internacionales.

## 5.2. Recomendaciones

- Se recomienda a las autoridades nacionales, se cumpla con el principio de supremacía constitucional y la disposición novena, incorporando al CPCo (2012) la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales, considerando la la relación entre el principio de supremacía constitucional con el *pacta sunt servanda*.
- Se recomienda al TCP, complemente su interpretación sobre el alcance de la disposición transitoria novena de la CPE (2009) y, reconozca su competencia para determinar la inconstitucionalidad de los tratados internacionales.
- Se recomienda al TCP, reafirme el desarrollo del Estado constitucional de derecho, aclarando sobre la titularidad de la competencia de anulación e inaplicación de normas jurídicas contrarias a la Constitución.
- Se recomienda estudiosos del derecho, continuar con el desarrollo teórico de la relación entre el derecho nacional con el derecho internacional. En ese criterio, se logre identificar la relevancia de la Constitución de un Estado en el sistema jurídico universal.
- Se recomienda a la Asamblea Legislativa Plurinacional y al TCP, se considera la presente investigación y no se limite el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales con plazos reducidos, como se lo hace en Perú y México.

- Se recomienda a la Asamblea Legislativa Plurinacional y al TCP, aclarar la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico boliviano, para brindar con esto certidumbre sobre su relación con el resto de las normas jurídicas nacionales.
- Se recomienda al Ministerio de Relaciones Exteriores, sistematizar el archivo histórico de tratados internacionales, y respaldar estos archivos con informes que detallen sobre el objeto, importancia, naturaleza y posibilidad de desvinculación del tratado internacional.
- Se recomienda al TCP, cumplir con la naturaleza de sus funciones y reconducir la línea interpretativa marcada por la SC N°0031/2006 y SCP N°0024/2017.
- Se recomienda a la Asamblea Legislativa Plurinacional, Ministerio de Relaciones Exteriores y al TCP, conformar una comisión especializada en derecho constitucional y derecho internacional, para llevar adelante el proceso de incorporación de la AITI en el CPCo (2012).

## **GLOSARIO**

AIA	Acción de Inconstitucionalidad Abstracta
AIC	Acción de Inconstitucionalidad Concreta
AITI	Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados Internacionales
CPCo	Código Procesal Constitucional
CPE	Constitución Política del Estado
CVDT 69	Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969
DCP	Declaración Constitucional Plurinacional
SC	Sentencia Constitucional
SCP	Sentencia Constitucional Plurinacional
TC	Tribunal Constitucional
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional

## BIBLIOGRAFÍA

- Añón, M. J. (2002). Derechos fundamentales y Estado constitucional. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (40), 25-36.
- Bazán, V. (2003). Jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, y reforma de la Ley Fundamental. *Revista Pensamiento Constitucional*, (9), 413-462.
- Carta de Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Naciones Unidas. 26 de junio de 1945.
- Código Procesal Constitucional (CPCo). Ley 254 de 2012. 05 de julio 2012 (Bolivia)
- Constitución Política del Estado Plurinacional (CPE). 07 de febrero de 2009 (Bolivia)
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Naciones Unidas. 23 de mayo de 1969.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C-400/98*. Exp. L.A.T.-108. MP. Martínez C., Alejandro; 10 de agosto de 1998.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C-354/03*. Exp. L.A.T.-227. MP. Montealegre L., Eduardo; 06 de mayo de 2003.
- Ferrajoli, L. (2009/2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. P. Andrés. Madrid: Ed. Trotta.
- García Belaunde, D. (2003/2000). *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Ed. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Góngora, M. E. (2014). La Difusión del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia Latinoamericana y su Potencial en la Construcción del *Ius Constitutionale Commune*



- Latinoamericano. En H. Fix *et al* (coord.). *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 301-327). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Häberle, P. (2001). *El Estado constitucional*. Trad. H. Fix-Fierro. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Halajczuk, B. y Moya, M. (1999). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Herrera, W. (2019). *Derecho Constitucional Boliviano*. Cochabamba: Ed. KIPUS.
- Huerta, C. (2001). Artículos transitorios y derogación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXIV (102), 811-840.
- Kalyvas, A. (2005). Soberanía popular, democracia y el poder constituyente. *POLÍTICA y gobierno*. Trad. S. Moreno, vol.12, (1), 91-124.
- Kaune, W. (2013/2012). *Temas sobre integración y derecho comunitario*. Sucre: Universidad Andina Simón Bolívar (UASB).
- Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución: La justicia constitucional*. Trad. R. Tamayo y Salmorán. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2002/1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Trad. R. J. Brie. Madrid: Ed. Tecnos.
- Kelsen, H. (2009/1960). *Teoría pura del derecho*. Trad. M. Nilve. Buenos Aires: Ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Ley 27 de 2010. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. 06 de julio 2010. P.E. 149NEC

Ley 381 de 2013. Ley de Aplicación Normativa. 20 de mayo de 2013. P.E. 528NEC

Ley 401 de 2013. Ley de Celebración de Tratados. 18 de septiembre de 2013. P.E. 563NEC

Longaric, K. (2010). *Temas internacionales en la Constitución Política boliviana*. La Paz: Ed. Quality.

Martínez Dalmau, R. (2005). Soberanía popular, poder constituyente, poder constituido. *Diritto Costituzionale: Rivista quadrimestrale*, (1), 71-94.

Martínez Dalmau, R. (2018). ¿Qué implica un Estado constitucional? Democracia, Estado social y globalización. En S.G.C.L. Silva *et al* (Coord.) *Reformas Institucionais de Austeridade, Democracia e Relações de Trabalho* (pp. 21-31). Sao Paulo: LTr Editora.

Novak, F. y Pardo, F. (2001). *Derecho Diplomático: Comentarios a la Convención sobre Relaciones Diplomáticas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Prudencio Cosio, J. (2008). *Derecho Internacional Privado*. La Paz: Ed. Jurídica Temis.

Quiroga, H., Benedetti, M. y Cenicacelaya, M. (2009). *Derecho constitucional argentino*. Santa Fe: Ed. Rubinzal – Culzoni, Tomo I.

Ramelli, A. (2007). El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (20), 19-31.

Rivera, J. A. (2011/2001). *Jurisdicción Constitucional: Procesos constitucionales en Bolivia*. Cochabamba: Ed. KIPUS.

- RIVERA, J. A. (2016). La protección de los Derechos Humanos y Fundamentales en el Estado Plurinacional de Bolivia. En R. Cuellar (coord.) *Análisis & Reflexiones*. Vol. 2 (pp.139-182). Santa Cruz de la Sierra: Fundación Observatorio de Derechos Humanos y Justicia.
- Roa, E. (2001). Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad: una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano. En D. Valadés y R. Gutiérrez, coord. *Justicia: Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (pp. 175-207). Tomo I. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sáchica, L. C. (1988/1978). *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. Bogotá: Ed. Temis.
- Sorensen, M. (1973/1968). *Manual de Derecho Internacional Público*. Trad. Dotacion Carnegie Para La Paz Internacional. México D.F.: Fondo de Cultura Económico S.A. de C.V.
- Tribunal Constitucional. *Sentencia Constitucional N° 0031/2006*. Exp. 2005-13011-27-RDI. MR. Iñiguez, Elizabeth; 10 de mayo de 2006.
- Tribunal Constitucional Plurinacional (Sala plena). *Declaración Constitucional Plurinacional N° 0003/2013*. Exp. 02856-2013-06-CCP. MR. Bacarreza M., Zenon; 25 de abril de 2013.
- Tribunal Constitucional Plurinacional (Sala plena). *Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0024/2017*. Exp. 16996-2016-34-AIA. MR. Bacarreza M., Zenon; 21 de julio de 2017.
- Verdross, Alfred (1976/1955). *Derecho Internacional Público*. Trad. A. Truyol y Serra. 6° ed. Madrid: Ed. Aguilar.