

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



**LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL Y LA
POSIBILIDAD DE LOS JUECES INFERIORES DE
PODER CONSULTAR POSIBLES MODIFICACIONES
A LA MISMA**

**PRESENTADA PARA LA OBTENCION DE GRADO DE
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y
PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL**

Postulante: Jorge Rolando Omar Sandy Valencia

Docente Tutor : Msc. Guillermo Viaña Sarabia

LA PAZ – BOLIVIA

2011

DEDICATORIA

A Verónica, Daniel y Felipe que son mi
fuente de constante inspiración

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Guillermo Viaña Sarabia por su dedicación, paciencia y profesionalismo, quien me ayudó a transformar un esbozo original, demasiado largo y repetitivo en algo parecido a una Tesis.

RESUMEN

El Objeto de este trabajo es analizar y presentar como propuesta un mecanismo específico de consulta constitucional que podría estar previsto en la ley, mediante el cual se permita a los jueces comunes consultar al Tribunal Constitucional la posibilidad de modificar la línea jurisprudencial que se ve reflejada través de los precedentes obligatorios.

Los precedentes obligatorios si bien son creaciones de derecho en un momento dado, el instante en que una realidad social que por supuesto es muy dinámica se pueda modificar, entonces estas creaciones de derecho deberán también modificarse y ajustarse a la nueva realidad, para cerrar en forma permanente la brecha entre la realidad formal y la realidad material, generando de esa manera certeza, igualdad, previsibilidad y economía procesal.

En la actualidad se permite un cambio en la línea jurisprudencial solamente al propio Tribunal Constitucional, bajo ciertas condiciones que van a permitir el ajuste de los precedentes a la nueva dinámica social.

Para poder realizar la propuesta indicada, se debe estudiar los conceptos básicos del Derecho Constitucional como ser La Constitución, la Supremacía Constitucional, el Common Law y la doctrina del Stare Decisis, así como el Precedente vinculante obligatorio y sus técnicas de flexibilidad como son el Distinguishing y el Overruling. Asimismo se debe revisar el Derecho Continental y específicamente el Control de la Constitucionalidad, tanto el difuso utilizado por los países anglosajones como el concentrado utilizado por el derecho Continental.

Por último se va a revisar como y a partir de qué momento esta doctrina del Stare Decisis y del Precente se introdujeron en el Civil Law o Derecho Continental para pasar a ser parte fundamental de la creación de derecho, específicamente con la generación de sentencias constitucionales que tengan su efecto vinculante y obligatorio tanto para el órgano público como para los privados

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTOS.....	ii
RESUMEN.....	iii
ÍNDICE GENERAL.....	v
INTRODUCCIÓN.....	viii

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	6
3. JUSTIFICACIÓN	6
4. OBJETIVOS	7
4.1. OBJETIVO GENERAL	7
4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	7
5. HIPÓTESIS	8
5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE	9
5.2. VARIABLE DEPENDIENTE	9
5.3. NEXO LÓGICO	9
6. METODOLOGÍA	9
6.1. ENFOQUE.....	9
6.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN	10
6.3. DISEÑO.....	10
6.4. MÉTODOS	10

6.4.1. MÉTODO DEDUCTIVO	11
6.4.2. MÉTODO ANALÍTICO	11
6.4.3. MÉTODO HISTÓRICO.....	12
6.4.4. MÉTODO VOLUNTARISTA	12
6.4.5. MÉTODO JURISPRUDENCIAL	12
6.5. TÉCNICAS.	13
6.5.1. TÉCNICA DE LA OBSERVACIÓN DOCUMENTAL	13
6.5.2. TÉCNICA DEL FICHAJE	13

CAPITULO II

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO	14
2. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	26
3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	31
3.1. CONTROL CON RELACIÓN AL EJECUTIVO	31
3.2. CONTROL CON RELACIÓN AL ÓRGANO JUDICIAL	31
3.3. CONTROL CON RELACIÓN AL ÓRGANO LEGISLATIVO	33
4. SOLUCIONES PARA EL CONTROL SOBRE ACTOS LEGISLATIVOS	33
5. SISTEMA NORTEAMERICANO O DIFUSO	35
5.1. ASPECTOS HISTÓRICOS Y TEÓRICOS	36
5.2. LA LEY EN EL SISTEMA NORTEAMERICANO	44
5.3. EL TRIBUNAL SUPREMO NORTEAMERICANO Y EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA	45
6. EL CONTROL CONCENTRADO, LA VISIÓN KELSENIANA	46
7. BALANCE HISTÓRICO ENTRE SISTEMA DIFUSO Y SISTEMA CONCENTRADO	53
8. CARACTERÍSTICAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES	55

9.	SISTEMAS JURÍDICOS	58
9.1.	EL COMMON LAW	58
9.1.1.	FUENTES DEL DERECHO EN EL COMMON LAW	59
9.1.2.	EL “STARE DECISIS ET NON QUIETA MOVERE	60
9.1.3.	STARE DECISIS HORIZONTAL Y VERTICAL	62
9.1.4.	DISTINGUISHING Y OVERRULLING	67
9.2.	EL SISTEMA CONTINENTAL	72
9.2.1.	LA INTERPRETACION COMO FUENTE DE DERECHO EN EL SISTEMA CONTINENTAL	74
10.	LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	76
11.	EL PRECEDENTE	80
12.	LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA	86
12.1.	LAS ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	89
13.	EL EFECTO VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES	92
14.	LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ORDINARIA BAJO LA CONSTITUCIÓN	97
15.	APLICACIÓN DE LAS BASES TEÓRICAS EN LA FORMULACIÓN GENERAL DEL MECANISMO PROPUESTO	103

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES

1.	CONCLUSIONES	113
2.	RECOMENDACIONES	115
	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	118

INTRODUCCION

Motivo permanente de amplia discusión filosófico legal es la relacionada a si los “precedentes” son argumentos esenciales que el juez dispone como instrumentos para justificar sus decisiones en un sistema continental como el nuestro, que de pronto se ha visto expuesto a este nuevo e interesante instrumento anglosajón.

Bastará un repaso a la práctica jurídica del derecho continental para darnos cuenta que en una variedad de fallos casi de manera repetitiva y constante, el fundamento de la argumentación jurídica, en lugar de limitarse exclusivamente a la exegesis de la codificación legislativa como hace algunos años atrás, se va desplazando hacia decisiones anteriores de otros jueces, es decir hacia una jurisprudencia.

La Legislación y el Precedente, en ese orden para el derecho continental son las técnicas de las que se vale el derecho para regular las conductas y nuestra intención en primera instancia en el presente trabajo es observar los aspectos fundamentales de una de estas técnicas, el Precedente, su aparición en el sistema continental, su desarrollo y su aplicación.

En segunda Instancia observaremos como el Precedente se convierte en una creación de derecho y se ancla en el sistema continental con un carácter de cumplimiento obligatorio para jueces, autoridades y ciudadanos, quienes deben obedecer su observancia y cumplimiento en forma similar a la exegesis de la codificación legislativa.

Finalmente la intención en este trabajo es formular algunas reflexiones acerca de uno de los aspectos más operativos de esta problemática como

lo es el referido al cambio o modificación del Precedente, esta vez no a través del mismo órgano de Control de la Constitucionalidad que por supuesto tiene la facultad crear, modificar o extinguir un Precedente obligatorio, sino a través de un órgano inferior, que en una situación dada al interior de un hecho al que va a someter a su jurisdicción, verifica que la realidad social se ha modificado, por lo que se ve en la necesidad de generar la propuesta de un nuevo Precedente que esté acorde al cambio indicado.

La creación del derecho que realiza el Tribunal Constitucional a través de la interpretación del texto constitucional o de normas ordinarias que en algún momento estén en franca inaplicación al texto constitucional es hoy un gran avance que permite adecuar permanentemente las normas al dinámico cambio social, esto ya representa un gran cambio porque se están modificando las fuentes del derecho desde una óptica más comprometida socialmente pero que además con su carácter vinculante y obligatorio consolida los fundamentos de igualdad, previsibilidad y economía procesal.

Estas nuevas creaciones de derecho que quedan plasmadas en el Precedente Obligatorio establecido por el Tribunal Constitucional, tienen carácter obligatorio y vinculante tanto para el mismo Tribunal como todos los poderes públicos y los particulares, sin embargo, puede el Tribunal modificar o modular su propio precedente, admitiéndosele el apartarse de un precedente de tal manera que se acomode al cambio y a la nueva realidad social, o apartarse simplemente porque una anterior decisión había sido tomada en forma equivocada, empero para ello, debe justificar de manera razonada el cambio de decisión y endosarse la carga de la argumentación. Solamente a este Tribunal se le está permitido apartarse

de su propio precedente con las técnicas del Distinguishing y del Overruling hoy en día también aplicados en el Sistema Continental.

La propuesta acá presentada y de alguna manera audaz, va inclusive mas allá y pretende que el juez de la jurisdicción común, toda vez que ha pasado de ser el juez estrictamente aplicador de la ley a ser un verdadero interprete de la ley, al momento de aplicar jurisdicción en un caso dado y de encontrarse con un precedente que considere contradictorio a la realidad actual, o que lo considere equivocado, tenga un periodo de flexibilidad que se manifieste en la posibilidad que tienen los jueces de apartarse de un precedente y de esa manera tenga la oportunidad a través de un recurso de Consulta con toda la argumentación exigida al mismo Tribunal Constitucional, para presentar su solicitud de apartarse del precedente obligatorio.

El primer capítulo analizaremos los Aspectos metodológicos de la investigación, donde se plantea la problemática a encarar cual es la necesidad de un mecanismo concreto de consulta por parte de los jueces al Tribunal Constitucional para que pueda autorizar la aplicación de un cambio de la línea jurisprudencial, siendo este el Objetivo General de la Investigación, la misma que utiliza diversos métodos investigativos cuales son el Inductivo, Analítico, Histórico, Voluntarista y Jurisprudencial.

En un Segundo Capitulo desarrollaremos la investigación, revisando los fundamentos de la Constitución Política del Estado como base fundamental de la investigación, tomando en cuenta la Supremacía Constitucional, pasando luego a un estudio del Control de Constitucionalidad. Paralelamente vamos a ver el Sistema de Control Constitucional Norteamericano o Difuso, sus orígenes, sus fundamentos y la producción de la ley en dicho sistema, así como el Sistema

Concentrado de Control de Constitucionalidad bajo la perspectiva de Kelsen, generando finalmente una comparación entre ambos sistemas.

Dentro de este capítulo, revisaremos los dos sistemas jurídicos imperantes en el mundo, el Common Law con su doctrina del Stare Decisis y del Precedente así como sus nuevas técnicas del Distinguishing y el Overruling que permiten la flexibilidad al carácter vinculante del Precedente Obligatorio y luego el Sistema Continental o Civil Law, donde revisaremos como de un sistema teorizado por Kelsen donde se establece al juez como un legislador negativo se llega a un sistema flexible que le permite al Juez ser un verdadero interprete y creador de la norma permitiendo al controlador de la Constitución, tomar la doctrina del Precedente del Common Law y aplicarla al Civil Law lo que producirá un gran cambio y un acercamiento entre los dos Sistemas.

La revisión de todo esta doctrina nos ha permitido encontrar una problemática actual referida a que si bien al Controlador Constitucional se le está permitido un cambio en la línea jurisprudencial, el juez común está en la obligación de no desviarse de la misma, lo que de alguna manera le puede provocar que ante un determinado caso, esa obligación de seguir el Precedente, pueda provocar un fallo equivocado debido a que el precedente pudiera estar desactualizado o pudieran haberse modificado las condiciones sociales o finalmente el precedente inicial generado hubiera estado equivocado, en esa extensión se propone un recurso constitucional adicional para el juez común para realizar una consulta sobre el cambio jurisprudencial que pueda darle la seguridad de que su fallo se expedirá en justicia.

Finalmente el Capítulo III, consiste en las conclusiones generadas durante el desarrollo de la investigación.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Bolivia a lo largo de su historia republicana ha tenido diversos sistemas de Control de Constitucionalidad, todos poco efectivos y solamente hasta la creación y puesta en marcha del Tribunal Constitucional 1994-1998 empezamos a aprender a vivir con la idea del cumplimiento de la norma constitucional. Desde la creación de la República pasamos por un Control de Constitucionalidad Político con la Cámara de Censores y el Consejo de Estado, luego se transitó por un Sistema Difuso con el Control de la Constitucionalidad a cargo de la Corte Suprema de Justicia donde el contenido de sus fallos estaba fuertemente impregnado de la política de los gobernantes de turno y es que a partir de 1994 recién se establece un Sistema Concentrado de Control de Constitucionalidad.

El constitucionalismo contemporáneo, que establece a la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico, **otorga valor normativo a la Constitución por lo que sus normas deben ser aplicadas en forma directa.**

Esas normas abstractas (realidad formal) y perennes en el tiempo, representan el plan maestro que la sociedad política y jurídicamente organizada toma para sí para su pacífica convivencia, **tienen la necesidad de adecuarse a una realidad social en permanente cambio (realidad material)** por lo que a través del desarrollo jurisprudencial expresado en las Sentencias Constitucionales podemos en forma

permanente adecuar una Constitución Formal a una Constitución Material. En ese sentido los órganos de Control de Constitucionalidad llámense Tribunales Constitucionales o Cortes Constitucionales son los llamados a realizar la difícil tarea de la Interpretación a fin de ir acomodando paulatinamente las normas abstractas y perennes a una realidad de cambio permanente manteniendo sus principios y valores fundamentales, toda vez que la norma constitucional debe necesariamente estar acorde con la realidad nacional y no quedar estática en el tiempo. De esa manera los órganos de control de constitucionalidad establecen a través de sus fallos lo que se llama el **Precedente Vinculante**.

A partir de 1994, con la creación del Tribunal Constitucional establecida en la Reforma Constitucional, en la que se instituye un Sistema de Control de Constitucionalidad Concentrado, nuestro país ingresa en una nueva fase de cumplimiento de la norma constitucional. Con el nuevo Sistema de Control de Constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional se instituye a este nuevo órgano **como Supremo Intérprete de la Constitución** y su naturaleza determina que **sus decisiones tengan efectos vinculantes generales para los poderes públicos; eficacia que hace posible que el Tribunal pueda garantizar la suprallegalidad de la Constitución** Este entendimiento se extrae de los siguientes preceptos constitucionales:

Art 196 CPE

l) “El Tribunal Constitucional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y garantías”

Art 203 CPE

I) “Las Decisiones y Sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio y contra ellas no cabe recurso ulterior alguno”

Así como los siguientes preceptos de desarrollo constitucional contenidos en la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional

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 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.

III. 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

Artículo 8. (OBLIGATORIEDAD Y VINCULATORIEDAD)

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

Asimismo, conforme lo previene el Art. 11 de la ley 027, el Tribunal Constitucional Plurinacional está sometido sólo a la Constitución y a la ley del Tribunal Constitucional Plurinacional

Artículo 11. (NATURALEZA Y SEDE).

El Tribunal Constitucional Plurinacional es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución Política del Estado y a la presente Ley.

Esto significa que el Tribunal Constitucional Plurinacional está sometido sólo a la Constitución y a la ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y debe aplicar la Constitución y su Ley orgánica a tiempo de resolver las problemáticas planteadas, de ese modo se logra la eficacia en el control de constitucionalidad, se garantiza la primacía y la integridad de la Constitución.

Por otro lado la idea de establecer la sujeción de los poderes públicos a las decisiones del Tribunal se fundamenta básicamente en la necesidad de que el ordenamiento jurídico tenga coherencia y unidad material, extremos que solamente se alcanzan si la jurisprudencia constitucional logra uniformar los criterios de aplicación de los preceptos legales bajo la óptica constitucional, alcanzando de esta manera el principio de igualdad establecido en el artículo 8 Inc. II de la CPE entendiéndose esta también como igualdad procesal en cuanto a la no modificación arbitraria al sentido de las decisiones en casos sustancialmente iguales, por lo que el Tribunal para cambiar la jurisprudencia necesita justificar la incorporación de un nuevo entendimiento jurisprudencial, fundamentando adecuadamente la medida o de lo contrario se puede llegar al gran peligro de romper el principio de igualdad procesal y el carácter vinculante del precedente jurisprudencial.

Sin embargo pueden ocurrir situaciones en las cuales la realidad formal (normas abstractas) se haya desvinculado de la realidad material (realidad social en permanente cambio) por lo tanto se genera una situación en la que la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional Plurinacional no se adecúe al tiempo preciso de cambio y toda vez que el juez inferior está obligado a fallar respetando el precedente vinculante pueda este, encontrarse en una situación de decisión de fallo en función a un precedente que crea no es el correcto para la situación actual.

En nuestra legislación no se prevé un mecanismo específico que permita al juez en caso de que éste considere que la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional esté equivocada o no adecuada a los tiempos reales, de poder implementar una consulta orientada al cambio de la línea jurisprudencial en el sentido que el juez considere pertinente en función de una fundamentación jurídica doctrinal adecuada.

El juez tiene criterio propio, conocimiento científico, conocimiento social y puede ver que la realidad social cambiante (**realidad material**) se ha modificado y por consiguiente una cierta línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional no se adecua a esa realidad.

El cambio de la realidad que es percibido por los jueces y sus conocimientos jurídicos aplicados a dicha realidad determinan la necesidad de un mecanismo concreto de consulta de parte de los jueces al Tribunal Constitucional Plurinacional para que opere un cambio en su línea jurisprudencial.

Este aporte de los jueces puede ser fundamental para ir actualizando la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Porque será necesario un mecanismo de consulta específica no previsto en la ley por parte de los jueces inferiores al Tribunal Constitucional Plurinacional para que se dé un cambio en su línea jurisprudencial?

3. JUSTIFICACIÓN

El acelerado cambio de las realidades nacionales, políticas, económicas, y sociológicas demanda una respuesta pronta que se va a ver reflejada en las distintas interpretaciones de la norma constitucional que el Tribunal Constitucional Plurinacional irá expidiendo paulatinamente. Esas interpretaciones a la norma constitucional se plasman en lo que llamamos la jurisprudencia constitucional.

La jurisprudencia constitucional en general debe otorgar certeza pero también adecuación a una realidad cambiante. En ese sentido se establece el principio del **precedente vinculante** por la imperiosa necesidad de establecer una cierta certeza y uniformidad jurisprudencial, por lo que se logra dos elementos de alta importancia que son: **la unidad en la interpretación constitucional y la afirmación de la seguridad jurídica como un valor a proteger por los jueces.**

Los cambios de la realidad deben generar nuevos sentidos en la interpretación y estos deben provocar un otro cambio en la jurisprudencia, por lo que la gran labor de los Magistrados Constitucionales es pues emitir sentencias constitucionales que marquen pautas rígidas de solución de futuros conflictos, similares a los que se resuelven ahora, sin que dichas sentencias impidan una evolución de las

ideas jurídicas que deben estar acordes con el cambio de la realidad nacional.

Ahora bien, el cambio en la realidad que perciben los jueces toda vez que ellos tienen conocimientos jurídicos que aplican a esa realidad va a provocar que en diversas situaciones de cambios de la realidad material, los jueces puedan considerar que la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional Plurinacional ya no es la adecuada y en la medida que sus sentencias son vinculantes pueden obligar al juez a fallar con una línea jurisprudencial con la que no se esté de acuerdo por tanto se justifica la necesidad de permitir que los jueces puedan consultar estos cambios al Tribunal Constitucional Plurinacional. En ese sentido la consulta y fundamentación sólida puede convertirse en un aporte muy importante para los futuros cambios y actualizaciones permanentes de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

Establecer un mecanismo específico previsto por la ley que permita a los jueces consultar al Tribunal Constitucional Plurinacional cuando aquellos consideren se deba dar un cambio en la línea jurisprudencial del mismo.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- & Determinar a la constitución como medio que permite la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, frente a la autoridad.

- & Estudiar el sistema de control de constitucionalidad norteamericano configurando el carácter de colegislador de su Tribunal Supremo.
- & Estudiar la visión kelseniana del control concentrado de constitucionalidad.
- & Analizar los alcances de la obligatoriedad de los precedentes en el sistema del Common Law.
- & Determinar las posibilidades que tiene el juez inferior de apartarse del precedente en el sistema del Common Law.
- & Establecer el alcance la potestad interpretativa del juez en el sistema Continental.
- & Establecer el carácter normativo y por tanto aplicable de las constituciones en la actualidad.
- & Determinar la necesidad de ajustar el precedente a los cambios sociales.
- & Estudiar el carácter vinculante y obligatorio de las sentencias constitucionales.
- & Determinar los parámetros de la interpretación de la legislación ordinaria bajo el mandato de la constitución.

5. HIPÓTESIS

El cambio de la realidad social y la facultad interpretativa de la norma por parte de los jueces, al igual que el carácter vinculante que tienen las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional, determinan la necesidad de establecer un mecanismo específico de consulta por parte de estos al Tribunal Constitucional Plurinacional para que en su caso pueda operar un cambio en su línea jurisprudencial.

5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

El cambio de la realidad social y la facultad interpretativa de la norma por parte de los jueces, al igual que el carácter vinculante que tienen las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional.

5.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Necesidad de establecer un mecanismo específico de consulta por parte de estos al Tribunal Constitucional Plurinacional para que en su caso pueda operar un cambio en su línea jurisprudencial.

5.3. NEXO LÓGICO

Determinan

6. METODOLOGÍA

6.1. ENFOQUE

La investigación asume un enfoque teórico pues la misma esencialmente apela al estudio de conceptos a través de los cuales es explicada la realidad, tales como los de “Constitución”, “Supremacía Constitucional”, “Precedente”, etc. Asimismo dicho estudio supone la implementación de métodos de orden lógico, como el análisis o la deducción; los cuales nos permiten ordenar, entender y desarrollar consecuencias lógicas derivadas de los conceptos estudiados. En este caso la idea de que los jueces

puedan tener una vía de consulta al Tribunal Constitucional para buscar un cambio en su línea jurisprudencial.

En este marco respecto a este tipo de investigación Rodríguez y Barrios (1984, p.33) manifiestan “en este tipo de investigación los fenómenos no pueden ser percibidos directamente, como tampoco pueden observarse por medio de equipos diseñados al efecto, por lo que las revelaciones de las relaciones causa efecto de dichos fenómenos tienen que hacerse utilizando métodos lógico teóricos que sintetizan en conceptos y categorías el desarrollo de los hechos de la realidad”

6.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

El estudio presenta un carácter descriptivo – propositivo, ya que en primera instancia se busca explicar el fenómeno constitucional y las formas que la actividad interpretativa de los jueces ha venido asumiendo en los sistemas jurídicos, para que una vez en conocimiento de aquello, se pueda vincular todo esto con el elemento del cambio social, para que surja una idea de propuesta referida a la necesidad de desarrollar un mecanismo que permita a los jueces consultar al Tribunal Constitucional Plurinacional la eventual modificación de su línea jurisprudencial.

6.3. DISEÑO.

Se presenta un diseño no experimental ya que la investigación no apela a la manipulación de variables, sino que se avoca a la observación de su objeto de estudio vinculado al fenómeno constitucional y la interpretación jurídica realizada por parte de los jueces, para entender sus particularidades.

6.4. MÉTODOS

6.4.1. MÉTODO DEDUCTIVO

De manera general la investigación asume el método deductivo, pues parte del estudio de conceptos generales en el ámbito constitucional como ser las categorías de “constitución”, “supremacía constitucional” y “control de constitucionalidad”, para llegar a partir de aquellos a aspectos más particulares en el tema como son los estudios realizados sobre el “precedente” esencialmente en el Sistema del Common Law; y la posterior concreción del trabajo en la idea de la necesidad de desarrollar un mecanismo de consulta por parte de los jueces hacia el Tribunal Constitucional para sugerir posibles cambios de sus líneas jurisprudenciales.

6.4.2 MÉTODO ANALÍTICO

Toda vez que el fenómeno estudiado suponía elementos de orden constitucional al igual que aspectos de interpretación jurídica y jurídico constitucional, se busco dividir al objeto en sus partes más importantes para estudiar cada una de ellas por separado y de esta manera generar un orden lógico que permita una explicación sistemática y ordenada de los componentes del tema.

Este método también se pudo aplicar en el estudio de los alcances del carácter vinculante de los fallos judiciales del Common Law y del Tribunal Constitucional, pues no toda la resolución tiene tal carácter. De allí que la división de las parte de la resolución en ratio decidendi, obiter dicta, decisum; y el explicación de cada una de ellas nos permite entender que aspectos de la resolución judicial son los vinculante y cuáles no lo son.

6.4.3. MÉTODO HISTÓRICO

Dicho método fue aplicado para comprender de mejor manera el sistema norteamericano de control de constitucionalidad, pues nos permitió conocer los hechos que permitieron el surgimiento de dicho sistema vinculados con la actividad del juez Marshall en 1803.

6.4.4. MÉTODO VOLUNTARISTA

Este método evidentemente supone conocer la voluntad del legislador para a partir de ella entender el sentido de la norma. En este caso dicho método fue adaptado no para conocer la voluntad de un legislador en particular, sino la voluntad e ideas del doctrinario que concibió la idea del control de constitucionalidad concentrado, vale decir Hans Kelsen. Tal adaptación fue necesaria para comprender las características generales de este tipo de control de constitucionalidad y en base a ellas poder entender el porqué, de la normativa concreta que asume en este caso nuestro país, para regular su sistema de control de constitucionalidad.

6.4.5. MÉTODO JURISPRUDENCIAL

Este método permitió a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional entender de forma más profunda y contundente determinadas características del sistema de control de constitucionalidad en el país. Principalmente aquellas que se vinculan con el carácter vinculante de sus fallos, lo cual supone lógicamente que los jueces y el resto de los funcionarios que conforman la institucionalidad estatal, están obligados a seguir sus criterios interpretativos tanto de la constitución como de la legislación ordinaria en su vinculación y ajuste con el texto constitucional.

6.5. TÉCNICAS.

6.5.1. TÉCNICA DE LA OBSERVACIÓN DOCUMENTAL

La presente investigación al ser esencialmente de tipo teórico se sustentó primordialmente en la técnica de la observación documental, pues la misma nos permitió recabar un amplio conjunto de textos e información bibliográfica que sirvió para comprender el fenómeno estudiado, y desarrollar a partir de tal entendimiento la propuesta que el presente trabajo encierra.

6.5.2. TÉCNICA DEL FICHAJE

Con fines de organización y sistematización de la información recopilada para la presente investigación, se apeló a la técnica del fichaje permitiendo complementar de este modo la técnica de la observación documental.

CAPITULO II

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

Conceptualizar a la Constitución es una tarea inmensamente fácil desnudándola de un diccionario, además de existir miles de autores que ya han ensayado conceptualizaciones conteniendo todos los conceptos básicos, todos sobre una base que la Constitución Política de un Estado empezando por Aristóteles que dice que la Constitución es “un orden instituido por los ciudadanos de una polis con el fin de regular la distribución del poder”, pero es una tarea inmensamente difícil cuando nos preguntamos cuáles de los aspectos de una constitución determinada hacen la esencia del “Concepto Constitución”. Obviamente, el resultado debería incluir sólo estos caracteres esenciales, el primero de los cuales es el de que la constitución se hace para un Estado, aparte que para ser tal, una constitución tiene que tener algún tipo de jerarquía que le dé “Supremacía sobre el ordenamiento ordinario”, admitiendo su implementación modalidades, al menos en dos aspectos esenciales: el procedimiento de reforma, y la forma del control de constitucionalidad. Sin embargo estos aspectos hoy día han quedado rezagados porque habremos de encontrar aspectos aún más esenciales que iremos desarrollando.

La Constitución Política del Estado (del latín “cum”, ‘con’ y “statuere”, ‘establecer’) es la norma jurídica suprema positiva que rige la organización de un Estado, estableciendo: la autoridad, la forma de

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

Para Anne Robert Jacques Turgot, barón de l'Aulne en *Memoria sobre las Municipalidades* (1775) “una constitución es un cuerpo social sólido y armónicamente articulado que debía obedecer de manera sumisa a una cabeza” (Díaz, 1997, p. 149)

Para Turgot un Estado tiene dos brazos (el ejército) dos pies (los trabajadores) y una cabeza (el gobierno). Cuando un brazo, o un pie busca caminar sola (autonomía), esto no es tal, sino que es simplemente una separación, una secesión, una división: “el pie o el brazo” quieren convertirse en un Estado independiente.(Díaz, 1997, p. 149)

Para Thomas Paine en *Rights Of Man* dice que “una Constitución no es algo de nombre solamente, sino es un hecho. No es un ideal, sino una realidad. Y si no se produce en forma visible no es nada. Una Constitución es una cosa antecedente a un gobierno, y un gobierno es sólo la creación de una Constitución. La Constitución de un país no es un acto de gobierno, sino el pueblo que constituye un gobierno. Es un cuerpo de elementos al cual uno puede referirse, citar artículo por artículo; y que contiene los principios sobre los cuales un gobierno se establecerá, la manera en que se organizará, los poderes que tendrá, el modo de elecciones, la duración del Parlamento, o como quiera que se llame este cuerpo; los poderes que la parte ejecutiva del gobierno tendrá; en fin, todo lo que relaciona a la organización total de un gobierno civil, y los principios sobre los cuales actuará, y será limitado.” (Paine, 1997, p. 93)

Para Thomas Hobbes en *Leviatán* dice que una constitución de una comunidad política “es una real Unión de todos en una sola idéntica persona, lograda por Convenio de cada hombre con cada hombre, de tal manera que uno de ellos pueda decir al otro: ‘Yo autorizo y otorgo mi derecho de gobernante a este hombre o a esta asamblea, con la condición de que tu des el mismo derecho a él y lo autorices para Actuar en todo de esta manera’. Este hecho, la Multitud unida en una persona, se llama COMMON-WEALTH, en latin CIVITAS.” (Hobbes, 1966, p. 104)

John Locke en *Two Treatises of Government* dice: “El hombre, siendo por naturaleza libre, igual e independiente, no puede ser apartado de ese estado para quedar sujeto al poder político de otro, sin su consentimiento...Así, cada hombre, quien por su consentimiento mutuo con otros ha creado un cuerpo político sujeto a un gobierno, se coloca asimismo bajo la obligación de someterse a la mayoría y de ser regido por ella. De lo contrario este contrato original por el cual junto con otros se incorpora a la sociedad no significaría nada, y no sería un contrato si el que queda libre y sin otro vínculo como cuando estaba en su estado de naturaleza” (Locke J., 1965, p. 374)

Norberto Bobbio caracteriza a la Constitución como un acuerdo de paz entre las fuerzas políticamente operativas. Una Constitución puede ser: formal y material. Formal, acto jurídico por el que se establecen las normativas del cuerpo constitucional, y la material, las fuerzas sociales y económicas que la producen.

Sin embargo de poder expresar miles de conceptualizaciones, de varios autores podemos personalmente intentar expresar un concepto trabajado en la Universidad Andina Simón Bolívar e indicar que si bien el

concepto de Constitución puede ser un concepto unido a la idea de Democracia o debería significar una reiteración o acumulación de conceptos que más o menos son identificables, sin embargo no es tan necesaria la inclusión del adjetivo **Democrático** en la Teoría de la Constitución porque el desarrollo de la historia política de los Estados Europeos y desde la historia Europea, incluyendo la del continente Latinoamericano, ha significado una reversión de ese contexto democrático de la Constitución y una sustitución por una teoría no democrática de la Constitución; es decir el concepto de Constitución ha sido objeto de un rediseño, de una adulteración con el objeto de poder legitimar sistemas que en muchas ocasiones tenían importantes fallas y debilidades democráticas, cuando en principio un Modelo Constitucional, debía de ser un Modelo sustentado y fundamentado en el principio democrático.

En Primer lugar una conceptualización de la Constitución debe contener un elemento fundamental cual es que la Constitución deba tener un **origen popular**.

Hoy en día en la teoría de la Constitución y desde hace bastante tiempo, sobre todo en la literatura relacionada, se hace mucho hincapié en que la Constitución es la Norma Fundamental, con supremacía sobre las demás y ese es el elemento **que normalmente en la Teoría Constitucional**, se lo establece como el punto más importante. Sin embargo, con relación al Estado en lo que respecta al pacto social, el elemento más importante, y sobre todo la clave del asunto **es el origen popular que debe tener la Constitución**, es decir a lo largo de la historia de la humanidad, siempre han existido normas fundamentales, que han regido la convivencia entre las personas, pero la diferencia entre una u otra forma de articulación jurídica de las existentes a las normas que constreñían a los habitantes de

un determinado territorio y sometidos a un determinado poder público, la diferencia sustancial entre esas formas antiguas y formas contemporáneas de la organización del orden político social es la Constitución, es que la Constitución deba y tenga que tener un **origen popular**, un origen popular que refleje una decisión colectiva de los ciudadanos y no así una imposición de determinados grupos, o determinadas personas; y este debe ser el elemento más importante que define la Constitución ya que si tomamos el de la Norma Fundamental, pues no sería lo correcto, ya que en los diferentes sistemas sociales siempre ha existido una norma fundamental ya sea en la monarquía u otro régimen.

Por lo tanto por concentrarnos en generar un mecanismo que garantice la existencia de la Constitución y el respeto a la misma, se ha ido dejando de lado la idea, que el elemento que diferencia la Constitución de otras formas de la organización del Estado, **es precisamente el elemento de origen popular**.

Un segundo elemento que la conceptualización de Constitución deba contener es que debe ser un instrumento de **Freno al Poder del Estado**.

La Constitución es una idea que aparece en la historia del Pensamiento Jurídico y del pensamiento Político, con la idea que hay que tener un control sobre el Poder Político, sobre quienes ejercen el poder, para que los ciudadanos, no vean avasallados, vulnerados sus derechos y libertades fundamentales. Que quienes están ejerciendo el poder público, están al servicio de los ciudadanos, y no pueden vulnerar los intereses de los ciudadanos.

Esto significa que estamos ante lo que sería invertir la carga que históricamente había existido, en la cual los ciudadanos eran súbditos, sometidos al poder de los soberanos, y luego invertimos la carga en la que los soberanos son los ciudadanos y son ellos mismos quienes ejercen el poder, y así los llamados anteriormente soberanos, son súbditos de los ciudadanos que están al servicio de la comunidad.

Esas son las dos ideas que fundamentaron la aparición del movimiento constitucional, y es que **la Constitución debe tener un origen popular y además ser un freno a lo elitista del poder**

La idea que la “Constitución” es la Norma Suprema del Estado y que prioriza sobre las demás Normas, es un medio o instrumento más no un elemento fundamental, y es un medio o una manera de garantizar que la voluntad del pueblo no pueda ser alterada por quienes están ejerciendo cotidianamente el poder, por eso se dice que la Constitución es la Norma fundamental, tiene un valor superior al resto de las demás normas, porque es la manera de que garanticemos que allá donde ha habido una definición por parte de la propia ciudadanía, y donde se han establecido las reglas del juego, estas no puedan alterarse por quienes están ejerciendo el poder cotidiano; pero eso es un instrumento, un mecanismo de garantía y no así el centro de la Teoría de la Constitución; sin embargo ese mecanismo de garantía no podría servir de nada en una perspectiva de Constitución, si la Constitución no tiene apoyo popular y no sirve de freno al poder del Estado.

Si creamos una Constitución que solo se preocupe de ser la Norma Suprema del Estado, y esa Norma Suprema es elaborada por un poder oligárquico, tiránico, pues evidentemente, tenemos una magnífica estructura jurídica, y podemos garantizar efectivamente el positivismo

kelseniano puro, que no hay una norma contradictoria con esa definición fundamental, pero esa definición fundamental no será garantista para los ciudadanos, por lo tanto la clave de la idea Constitucional está en la garantía para que los ciudadanos no vean vulnerados sus derechos y libertades, y quienes ejercen el poder político estén sometidos a la voluntad popular de todo el pueblo.

Y esa es la clave del concepto de Constitución y del debate político encubierto bajo un debate jurídico que existe en estos momentos, y que sobre todo se está dando en Latinoamérica en lo que respecta a la redefinición de la Teoría Constitucional.

En el ámbito occidental, en Europa fundamentalmente y en EEUU desde hace mucho tiempo la discusión sobre el modelo Constitucional, está congelada y sentada sobre todo en el elemento formal de que hay un origen popular y que es un freno para el Estado, pero sobre todo el esfuerzo está, en reconocer que la Norma Fundamental crea supremacía sobre las demás normas del estado, y en ver los mecanismos para garantizar esto; sin embargo se está colocando una menor incidencia sobre garantizar que efectivamente exista un origen popular de la Constitución, y que efectivamente el diseño de ese origen popular tenga como misión el frenar al poder político; Porque? Porque existe contraposición entre lo que es el interés de las fuerzas políticas con el interés de los ciudadanos, a pesar que esas fuerzas políticas han sido elegidas por los ciudadanos.

Lamentablemente los intereses no son los mismos, pese a que teóricamente las fuerzas políticas se presentan para defender o apoyar las propuestas de los ciudadanos, luego entran en una lógica propia, en una lógica de sus propios intereses, lo que los lleva a separarse de la

lógica garantista que podían tener los ciudadanos cuando están diseñando el texto de la Constitución, pues de alguna manera tienen la aceptación, y no solo la aceptación sino que caen en la tentación de hacer entonces ese traje constitucional no pensando en la misión que les han otorgado los ciudadanos, sino pensando que ellos serán quienes ejerzan el poder y por lo tanto establecerán un mínimo diseño garantista porque sino ello no será aceptado por la ciudadanía, pero también van a crear los pasadizos, las puertas falsas con las cuales van a poder sustraerse de ese control popular, van a poder a lo mejor, pues a no estar tan condicionados por lo que son los intereses de los ciudadanos de a pie y mas por los intereses que puedan tener como elite dentro de la sociedad y del Estado.

Ese es el grave problema que existe hoy entre la teoría Constitucional y que de alguna manera se ha suscitado y se está suscitando en Latinoamérica. En Bolivia ha sido planteada como ley motín para ir a un proceso de Asamblea Constituyente, es precisamente en esa idea que se refunda un Estado que ha sido gestionado con unas fuerzas políticas que la ciudadanía entiende que no representan sus intereses y por lo tanto se va a una refundación de la República, y desde esa perspectiva muy lógicamente, se entiende que la republica hay que hacerla desde un origen popular y por eso el instrumento que se elige es el de una Asamblea Constituyente para que se garantice que no sea un pacto entre elites, sino sea una voluntad expresa de intentar romper con un funcionamiento oligárquico del sistema político.

Ello provoco también que se produjeran las constituyentes en el Ecuador, Colombia de 1991 y Venezuela de 1999; cada una de ellas tuvo un resultado diferente, porque las condiciones políticas y sociales han sido también diferentes en cada uno de esos países.

Pero en otros lugares no se ha podido cumplir el objetivo, por ello los ciudadanos insatisfechos por las consecuencias de una Asamblea Constituyente, solicitan la convocatoria de una nueva Asamblea, ejemplo Ecuador, en la que la primera Asamblea fue alterada por los órganos políticos y aún hoy en día se siguen provocando referéndums.

El que la Constituyente tenga que tener un origen popular es casi algo que no debería teorizarse, pues la Constituyente va unida a la idea del origen popular aunque no siempre ha sido así y en esa extensión se ha justificado que el Constituyente pueda ser el Führer en la Alemania de 1938 o pueda ser un grupo de notables o una clase social como en España en 1978, en todo caso la legítima teoría de la Constitución es la Teoría Democrática, lo demás son adulteraciones

Pero a partir de esta idea mínima no basta que haya una apelación al colectivo popular o nacional para que se lo implique en el proceso constituyente, sino que además hay diferentes riesgos por los cuales puede producirse la frustración de la tentativa de crear una constitución desde el origen popular y como freno al poder político.

El primero de los riesgos y creemos que lo estamos experimentando es que los propios representantes elegidos por la constituyente se oligarquicen inmediatamente en tanto hayan sido elegidos, al no tener ningún tipo de contrapoder popular permanente y comiencen a tener desviación oligárquica de aquel diseño de la Constitución de acuerdo con sus intereses. Ello paso en el Ecuador en el primer momento en el que la representación de las fuerzas políticas ecuatorianas fue similar a la que existía en el Congreso que se había devastado, se convoca a una Asamblea Nacional que deriva en Constituyente y en ella se produce la misma distribución de fuerzas políticas que existía en el congreso.

Aunque la Constituyente haya hecho un cambio en sus representantes se debe averiguar si ese cambio es nominal o sustancial, es decir si los representantes aunque se denominen de manera diferente siguen sirviendo los mismos intereses que tenían los antiguos representantes, o por sí lo contrario tienen una orientación diferente en cuanto a la representación de intereses. Por lo que también es necesario que el pueblo perciba el cambio de los intereses dominantes en el interior.

Una segunda cuestión, es que si bien esos nuevos representantes no tengan nada que ver con el modelo anterior, surge el riesgo que estos pueden oligarquizarse, se consideran los legítimos detentadores de la verdad y crean que ostentan la sabiduría en nombre del pueblo pero sin el pueblo. Cuentan con un discurso oligárquico aunque pueden partir de un discurso pseudo-democrático y creemos firmemente que eso pasó en Bolivia.

Y una tercera circunstancia es que generado un orden constitucional que evidentemente esté preocupado en los intereses generales y que sirva para frenar la acción política de los que ejercen el poder cotidianamente, no basta con ese diseño constitucional, sino que hace falta toda una serie de normativas de desarrollo de la constitución que se hacen a través de una readaptación de la legislación del Estado para la Constitución porque si la Constitución se queda como elemento novedoso, transformador, pero rodeado de todo un sistema jurídico diseñado por un viejo sistema y que responde a una serie de ideas y de planteamientos que no tienen nada que ver con el nuevo texto de la Constitución, pues realmente se entrara en un sistema permanente de recursos continuados para intentar demostrar que esa ley que se presenta es inconstitucional, entonces

tendremos un teórico templo constitucional muy bonito pero la practica legislativa y ejecutiva estará basada en los fundamentos del antiguo régimen constitucional por lo tanto no habrá la posibilidad de cambio.

Por lo tanto la acción constituyente no acaba en el momento en que se realiza la Constitución, sino que la transformación del orden político y jurídico comienza por la Constitución, claro que desde luego si no cambia la Constitución es difícil que cambie el funcionamiento global de una sociedad; pero no basta que cambie la Constitución, ya que esta puede crearse con una bella expresión, como un bello texto de referencia que además sirva para legitimar el mal funcionamiento cotidiano, pero ese no es el único cambio que se requiere, por lo que el fenómeno es más complejo, y una de las cosas que son peligrosas es poner demasiado acento en la idea Constituyente, ya que no basta con ello, pues la transformación del orden político y social, supone romper con la idea “que el poder público deba ser ejercido por determinados grupos de élite que se acaba separándose de la voluntad popular”.

Si entramos en la dinámica, que la construcción de un nuevo Estado o sociedad debe suponer una implicación permanente al ciudadano es decir no desconectarse de la vida política, no puede pensarse que vota y durante cinco años deja que alguien haga lo que quiere, porque lamentablemente la naturaleza humana en cuanto esa persona bien intencionada tenga en su poder la capacidad de hacer muchas cosas tendrá la tendencia a poderlas hacer para lo que son sus intereses y los de su grupo. La única manera de evitar ello es que debe existir un permanente control es decir romper la dinámica del funcionamiento representativo clásicos hacia un modelo de democracia participativa. Mientras no se rompa con el modelo de democracia representativa

clásica, vamos a tener una reiteración de modelos oligárquicos representativos que al final acaban separándose de lo que es la voluntad del pueblo, generan un discurso, una lógica propia de elite, aunque no lo quieran, aunque hayan llegado con la promesa de romper con ese círculo elitista, y así acaban presos de su propio rol.

Aquí se trata de romper con la idea oligárquica de que el representante puede hacer lo que quiera con el límite formal del respeto a la Constitución que luego es difícil de garantizar en el día a día; por que quien garantiza la Constitución? el Tribunal Constitucional, pero si ese Tribunal ha sido elegido por los partidos políticos que ejercen el poder, pues ahí nos podemos encontrar con que normalmente harán una lectura adecuada a los intereses de aquellos partidos que los han nombrado y por lo tanto dejarán de estar preocupados por los intereses de los ciudadanos, que en teoría tiene la Constitución como referencia. En esa extensión se debe hacer un esfuerzo para producir una redefinición de los mecanismos de control de constitucionalidad, ya que si estos mecanismos son oligárquicos o de clase, responden a los intereses de la oligarquía o de su clase, y no a los intereses del pueblo para lo cual se hace la Constitución, la Constitución se hace para que el pueblo tenga un instrumento de control del poder político, pero no para que este sea generado como instrumento del poder político.

Para ello hay que plantearse una reflexión que hay que abrir a los juristas y a los Constitucionalistas, es que los mecanismos clásicos de control de constitucionalidad, son cuestionables por que están vinculados en exceso a los propios señores que han de ser objeto de control, entonces no cumple con su funcionalidad. Es decir una reproducción del modelo con nuevos actores pero con la misma lógica.

Hay que hacer un esfuerzo para buscar mecanismos en los cuales se rompa esa ligación, esa conexión, complicidad, entre los garantes de la Constitución y los violadores de la Constitución; porque si los presuntos violadores de la Constitución son los que nombran al garante de Constitución, pues ya digamos que la garantía no será demasiado afinada, puede que se produzca en algunos casos, puede que por presión popular o mediática sea muy dura de asumir por el propio controlador de la constitución y se reconozca que algunas cosas son inconstitucionales, pero no otras, entonces no hay esa presión. Esa acción de los poderes fácticos produce un sometimiento del Controlador de la vigencia y cumplimiento de la Constitución a los intereses del poder político que en teoría debiera de vigilar y más bien lo que hace es justificar.

Esos son los problemas constitucionales en los que hoy día estamos, en los que indudablemente en Latinoamérica hay toda una oleada popular de insatisfacción con el modelo y aún no existe una respuesta académica, teórica, política, para dar respuesta a esos planteamientos de los ciudadanos, y eso produce evidentemente frustración, como la que hay en Colombia, Ecuador y en Venezuela y también en Bolivia.

Con toda esa teorización, una aproximación a una conceptualización personal de la Constitución es que: ***“La Constitución es la norma suprema, de origen popular, fundamental y ordenadora del Estado que sirve como freno al poder político e instrumento garantista de la voluntad del pueblo.”***

2. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La **Supremacía Constitucional** es un principio teórico del Derecho Constitucional que postula, originalmente, ubicar a la Constitución por

encima de todas las demás normas jurídicas, internas y externas, que puedan llegar a regir sobre un país. Esto incluye a los tratados internacionales ratificados por el país y cuyo ámbito de aplicación pueda ser también sobre las relaciones jurídicas internas. (Art. 4 y 410 de la CPE)

Analizando la Obra "Teoría Pura del Derecho" Kelsen se refiere a la constitución como la norma superior ya que esta regula la producción de otras normas, es decir, normas inferiores. También dice que el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. "*una norma vale en tanto y en cuanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma..*" Kelsen H (1982 p. 232) En torno a lo anterior la Suprema Corte de la Nación señala que la constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás leyes que constituyen un orden jurídico determinado, también dice que toda norma fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y la certeza necesaria para la existencia del estado y del orden jurídico. De estos criterios se desprende la importancia que ha adquirido la consideración jurídico – positiva de la carta magna, fundamentada en la ya mencionada teoría de Kelsen.

El principio de la supremacía de la constitución tiene dos sentidos. En un sentido fáctico, propio de la constitución material, significa que dicha constitución o derecho constitucional material es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un estado; pero el sentido con que el constitucionalismo utiliza la noción de supremacía constitucional es otro: apunta a la noción de que la constitución formal, revestida de supra

legalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación de deber-ser; todo el orden jurídico-político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución formal. (S.A.)

Es generalmente aceptado en la doctrina constitucional y existe un criterio aceptado al respecto que el derecho no está integrado únicamente por reglas sino también por principios; no obstante de que estos principios no estén positivados en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, corresponde a la doctrina y la jurisprudencia precisar cuáles son los principios que iluminan la Constitución y cuáles los alcances normativos de los mismos; en esa extensión el intérprete de la Constitución debe identificar, y buscar el sentido y alcances del principio en cuestión.

El Tribunal Constitucional tiene calidad de intérprete supremo del orden constitucional, los tribunales, jueces y autoridades, deben aplicar a sus decisiones la interpretación adoptada por estos órganos; de tal manera que se uniforma sus alcances, en esa extensión el Profesor García de Enterría expresa lo siguiente:

“La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales del Derecho, que o al intérprete le toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva” (García de Enterría 1994, p. 97)

El principio de la Supremacía de la Constitución nace del carácter específico de la Constitución, como base, sustento y marco de ordenamiento de todo el sistema normativo.

La norma que posibilita este principio la encontramos en el art. 410 Num II de la CPE que expresa:

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.”.*

Posibilitan la concreción de este principio de supremacía constitucional, entre otros, los artículos 202 y 203 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, al dotar a los ciudadanos de un Tribunal Constitucional Plurinacional encargado de manera exclusiva de ejercer el control de constitucionalidad por lo tanto la de garantizar la supremacía de la Constitución.

Asimismo, del principio de supremacía constitucional, va a derivar el principio de la jerarquía normativa que obliga al legislador a preservar la jerarquía normativa en la elaboración de normas y el principio de la unidad del ordenamiento que obliga a los poderes a realizar un análisis previo de constitucionalidad positiva de las normas a aplicar, de tal manera que si el análisis resulta negativo, o si de tal labor interpretativa se pudiera establecer que la norma a ser aplicada contradice a algún precepto o principio de la constitución o si existiera ciertas dudas sobre la constitucionalidad del precepto a aplicar, el juez debe formular la consulta ante el Tribunal Constitucional, promoviendo de oficio el incidente de inconstitucionalidad correspondiente.

Es así que según la SC 58/2002 Tribunal Constitucional ha sentado un importante precedente obligatorio al amparo de la Constitución de 1994 sobre este principio en análisis:

"...el art. 228 de la Constitución Política del Estado establece que "La Constitución Política del Estado es la Ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones", y sienta así el principio de supremacía constitucional, del que se derivan dos consecuencias: la primera, que no pueden dictarse leyes contrarias a la Constitución; y la segunda, que las autoridades públicas tienen la obligación de encuadrar sus actos a las reglas que dispone la Constitución Política del Estado.

"...el referido principio de supremacía constitucional, no dejaría de ser teórico si la propia Constitución no estableciera el órgano encargado de actuar como contralor de la constitucionalidad, atribución que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 116-IV de la Constitución Política del Estado, la tiene el Tribunal Constitucional." (Tribunal Constitucional)

3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En cuanto al concepto de Control de Constitucionalidad, existen dos tipos, el Concepto Amplio donde hay un control de la Constitucionalidad de todos los ámbitos del Poder, es decir si la Constitución obliga a todos, tanto Poder Público como ciudadanos, lógicamente tiene que haber un control democrático de todos los ámbitos del poder público, no puede haber ningún ámbito del poder público exento del control, eso estaría fuera del principio democrático y por supuesto fuera del principio de Supremacía de la Constitución, porque no habría forma de poder saber cuando un acto es o no es constitucional, si no hay un control de Constitucionalidad y en el sentido estricto hablamos del Control de la Constitucionalidad, cuando nos referimos a la parte de los actos legislativos del Parlamento.

3.1. CONTROL CON RELACIÓN AL EJECUTIVO

En cuanto al Control de Constitucionalidad de los Actos del Ejecutivo, desde el principio se ha solucionado el Control de los actos del Ejecutivo a través de los Organismos Jurisdiccionales, es decir que son estos Organismos que se encargan de vigilar el Control Constitucional del acto del Ejecutivo.

3.1. CONTROL CON RELACIÓN AL ÓRGANO JUDICIAL

Con relación al control de Constitucionalidad de los Actos del Poder Judicial, de los Jueces, los propios Jueces son los que tienen la Capacidad de revisar las sentencias en las diferentes etapas dentro de un proceso, por lo tanto existe y ahí es mucho mas complicado que en el

caso del Ejecutivo por que como son los propios jueces quienes están controlando sus propias sentencias, las mismas que pueden estar de acuerdo o no con la Constitución, y en eso puede dar lugar a una situación donde el Tribunal Constitucional le puede decir al Tribunal Supremo que no ha aplicado bien la Constitución, en ese momento el Tribunal Constitucional esta ejerciendo el Control de Constitucionalidad, y que pasa cuando el Tribunal Supremo le dice al Legislativo que no ha aplicado bien la Constitución en una determinada Ley en una sentencia, le esta aplicando el Control Constitucional, es decir existe un sistema de Control de Constitucionalidad en los diferentes órganos del gobierno a través de la revisión de los instrumentos jurídicos del poder.

No podemos olvidarnos que el Organó judicial nace para aplicar la Ley, es decir es la boca de la Ley (en palabras de Montesquieu), por lo que en principio no debería haber problema de que los diferentes estratos dentro el Organó Judicial se controlaran unos a otros, pero el problema surge cuando el Organó judicial ya no aplica solo la Ley sino que crea e inventa materias, es decir que a través de la interpretación no solo aplica sino que inventa, entonces para evitar que pueda haber algún tipo de relación directa entre los diferentes poderes jurisdiccionales lo que hace la Constitución es crear una serie de garantías en los diferentes ordenes jurisdiccionales que son las que le dan legitimidad al Organó judicial (independencia del juez, inmovilidad del Juez, etc.) esas garantías se colocan justo para que el control de Constitucionalidad se pueda desarrollar de un Juez a otro, lo que da lugar al control de Constitucionalidad dentro del mismo Organó. La ciencia jurídica no ha llegado a otro nivel de control del juez, el control jurídico es una cosa distinta al control de responsabilidad.

3.1. CONTROL CON RELACIÓN AL ÓRGANO LEGISLATIVO

El problema está en el Control de Constitucionalidad de los instrumentos legislativos, es decir en el control de la Ley, porque, por la posición del Parlamento respecto a la Norma, el Parlamento como se sabe es el representante de la soberanía nacional, es el que decide cuál es la voluntad general y los parlamentarios traducen esa voluntad general en leyes, y son las leyes las que se aplican justo para hacer vigente la voluntad general. El hecho que haya una particular decisión del Parlamento respecto a la Ley, (es decir que si al parlamento le afecta una ley puede cambiarla o modificarla) eso no quiere decir que el Parlamento no está subordinado a la Ley, es decir que el Parlamento puede cambiar, modificar la Ley, pero lo que no puede es incumplirla y olvidarla. La Constitución es aplicable a todos los poderes públicos incluso al Parlamento así este sea el detentador o representante de la soberanía nacional y el que busca cuál es la voluntad general y la traduce.

4. SOLUCIONES PARA EL CONTROL SOBRE ACTOS

LEGISLATIVOS

El problema es cómo vigilamos la Constitucionalidad de las leyes. A través de qué mecanismos podemos establecer si la Ley es o no Constitucional y ahí tenemos tres opciones:

4.1 La primera es que sea el Ejecutivo, pero en ese momento entramos en una contradicción terrible con el mismo principio democrático, el Ejecutivo que de acuerdo con el principio de Separación de Poderes debe estar exento de una capacidad de actuación de las Leyes, pues si se les diera esa posibilidad sería capaz de mantener una batalla con

el Legislativo, por que al fin y al cabo el Ejecutivo depende del Legislativo.

4.2 La Segunda solución es que el Legislativo se controle a sí mismo, es decir renunciar a un control externo del Legislativo, renunciar a un control de Constitucionalidad, este autocontrol del Legislativo tiene lugar en aquellos lugares donde no hay una Constitución politizada, donde no hay una Constitución escrita por ejemplo, Inglaterra, ahí no hay una capacidad de control sobre los actos del Legislativo fuera del propio Legislativo, basado en el fundamento de la tradición del Common Law que es el Derecho vigente en Inglaterra, las ventajas que tiene esta visión o esta opción, es que el Derecho esta perfectamente de acuerdo con el Principio democrático, por lo que si el Legislativo esta perfectamente de acuerdo con el principio nacional, no pasa nada si existe ese auto control. La otra ventaja importante es que existe pluralidad dentro del Legislativo de tal forma que existen diferentes tendencias políticas que pueden hacer que ese control funcione, como se da en el caso Ingles y el autocontrol del Legislativo funciona también no solo por que no hay una Constitución politizada sino que es una norma constitucional. Para la pluralidad política en el Parlamento debe existir la representación de los tres Partidos, el Laborista, el Conservador y el Liberal, pero dentro del Laborista existen varias tendencias, lo mismo pasa dentro el Conservador. En esa extensión en el gobierno de Margaret Thatcher se ha necesitado que exista coalición entre el Partido Mayoritario y el Partido Liberal con lo que se logra coalición es decir el partido Liberal fue Partido viable a la hora de formar gobierno, por eso se ve que en Inglaterra el gobierno depende de la confianza del Parlamento. Si hay un poder que no es controlable como decía Sieyes, es el Poder Constituyente, ósea es el

Poder originario, y debemos acordarnos que en Inglaterra era el Parlamento el que se constituye como poder soberano, de hecho la última instancia judicial en Inglaterra es el Parlamento, la Cámara de los Lores. Una última ventaja es que siempre está a decisión del electorado es decir que en última instancia tenemos la decisión del electorado y entonces quien controla al Parlamento en última instancia es el electorado, y así como define quien es el Parlamento entonces siempre queda la capacidad a los Partidos o a los Diputados, a los de las Cámaras de los Lores o de los Comunes por parte del Electorado.

El principal inconveniente es que, salvo el caso Inglés que es un caso muy excepcional en el mundo, es muy difícil que una Asamblea Legislativa se contradiga, y lo normal es que intente hacer prevalecer su voluntad y le busque los medios que tenga que buscar para hacer prevalecer su voluntad.

Cual es el inconveniente del hecho que la Asamblea ejerza autocontrol? pues es el hecho que la Asamblea sea capaz de caer en la responsabilidad de poder decir que su acto es constitucional o no.

4.3 La Tercera opción es el control por parte de los Órganos Jurisdiccionales y ahí sí estamos en el sistema mayormente difundido por todo el mundo, que es el control de constitucionalidad de las leyes por parte de los órganos jurisdiccionales, y ahí existen dos sistemas diferenciados, el difuso y concentrado. En el sistema difuso quien controla la constitucionalidad de las leyes es el Juez ordinario y en el sistema concentrado quien controla la constitucionalidad de las leyes es el Juez especializado.

5. SISTEMA NORTEAMERICANO O DIFUSO

5.1. ASPECTOS HISTÓRICOS Y TEÓRICOS

Un hito importante se da en 1803 en Estados Unidos en el caso **Marbury contra Madison** (5 U.S. 137 1803) que llega a ser la sentencia más importante en ese país, no por el asunto específico tratado sino por los principios que prevalecieron

“.....La sentencia afirma la capacidad de los tribunales de juzgar la conformidad de la ley con la Constitución y para abrogar, inaplicándolas, aquellas que pudieran contravenirla. Este principio estatuye la atribución más importante de los tribunales estadounidenses, y hace de ellos los primeros tribunales constitucionales de la historia.

El caso surgió como resultado de una querrela política a raíz de las elecciones presidenciales de 1800, en las que Thomas Jefferson, republicano demócrata, derrotó al entonces presidente John Adams, federalista. En los últimos días del gobierno de Adams, el Congreso dominado por los federalistas, estableció una serie de cargos judiciales, entre ellos 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia. El Senado confirmó los nombramientos, el presidente los firmó y el secretario de Estado estaba encargado de sellar y entregar las comisiones. En el ajetreo de última hora, el secretario de Estado saliente no entregó las comisiones a cuatro jueces de paz, entre los que se contaba William Marbury.

El nuevo secretario de Estado del gobierno del presidente Jefferson, James Madison, se negó a entregar las comisiones porque el nuevo gobierno estaba irritado por la maniobra de los federalistas de tratar de asegurarse el control de la judicatura con el nombramiento de miembros

de su partido. Marbury recurrió al Tribunal Supremo para que ordenara a Madison entregarle su comisión.

Si el Tribunal fallaba a favor de Marbury, Madison todavía podría negarse a entregar la comisión y el Tribunal no tendría manera de hacer cumplir la orden. Si el Tribunal se pronunciaba contra Marbury, se arriesgaba a someter el poder judicial a los jeffersonianos al permitirles negar a Marbury el cargo que podía reclamar legalmente. El presidente del Tribunal Supremo John Marshall resolvió este dilema al decidir que el Tribunal Supremo no estaba facultado para dirimir este caso. Marshall dictaminó que la Sección 13 de la Ley Judicial, que otorgaba al Tribunal estas facultades, era inconstitucional porque ampliaba la jurisdicción original del Tribunal de la jurisdicción definida por la Constitución misma. Al decidir no intervenir en este caso, el Tribunal Supremo aseguró su posición como árbitro final de la ley. (Wikipedia S.A.)

A partir de ese momento todos los jueces van a ser capaces de decidir dentro su ámbito jurisdiccional cuando la Ley es Constitucional o no, y luego de una negociación, a principios del siglo XIX entre los propios Jueces y el Tribunal Supremo se va a llegar a la conclusión de que los Jueces van a poder declarar Inconstitucional o no una Ley aplicable a un caso, y el único que puede decidir si la Ley es generalmente Inconstitucional es el Tribunal Supremo, con lo cual los señores Jueces pueden trabajar aplicando la ley o no, pero siempre mirando cual es la decisión del Tribunal Supremo, cual el objeto de la sentencia, la jurisprudencia, y el único que puede decir cuando una Ley es globalmente Inconstitucional o no es el Tribunal Supremo, ese criterio se establece a principios del siglo XIX y una Ley o Sentencia del Juez Marshal es ampliamente aceptada tanto por unos, como por otros. (Ruiz, 2006)

El sistema de control de la Constitucionalidad en EEUU funciona a través de lo que ellos llaman la Revisión Judicial (Judicial Review), que consiste en que todos los órganos jurisdiccionales del país tienen la obligación de no aplicar una ley si consideran que la norma que hay para aplicar es Inconstitucional y declaran la inconstitucionalidad de la misma no en forma global sino en ese caso concreto, es decir, cuando se está ante un caso concreto se dice que la norma aplicable ante ese caso es Inconstitucional, pero no se puede decir que la norma es Inconstitucional, por que esa facultad solo la tiene el Tribunal Supremo, entonces en ese caso concreto esa norma no se puede aplicar por que es Inconstitucional. Esto se convierte en una limitación al Parlamento, por que en principio el respeto a la Constitución es sumamente breve, además esa Constitución americana que aparece sin una parte dogmática y que solo dos años después de la aprobación en 1889, que es cuando se aprueban las 10 primeras enmiendas, y se incorpora el criterio que el gobierno no pueda declarar una religión oficial dentro los EEUU, que el Gobierno debe preservar la libertad de opinión, la libertad de prensa etc. y ya en esas enmiendas existe una limitación de la competencia del Parlamento, por que el Parlamento no va a poder legislar en contra de esas enmiendas, pero además el Juez va a poder aplicar el Common Law, y debe cuadrar la norma dentro el Common Law, por eso tiene un campo de decisión tan amplio, por que tiene por una parte un Common Law que proviene de la costumbre Inglesa y que además el decide cual es, pero además tiene una Constitución codificada, sumamente breve donde el Tribunal Supremo se incorpora a la competencia de poder decidir cuando la norma es o no Constitucional con lo cual la amplitud del terreno sobre el que puede moverse la hermenéutica judicial es menor hasta el punto que se ha hablado de EEUU como el gobierno de la gente. Entonces el principio de la Judicial Review es que todos y cada uno de los órganos

jurisdiccionales tienen la competencia de inaplicar una ley a un determinado caso por considerar una ley inconstitucional, por lo que el abogado que va a cualquier Tribunal, debe buscar los precedentes adecuados, esta es la famosa importancia de los precedentes y de ahí deriva los que todos conocemos que son esas noches de insomnio buscando entre los grandes libros de jurisprudencia Norteamericana de todo tipo de Tribunales, casos referentes parecidos a aquel que el abogado tiene en manos y que en su momento el Juez falló declarando inconstitucional la norma.

El hecho que se declare inconstitucional la norma para determinado caso no significa que esta sea globalmente inconstitucional, por el contrario, el hecho que una norma sea declarada constitucional en un determinado caso no significa que esa Norma sea declarada globalmente constitucional, por eso en Estados Unidos el sistema es bastante aceptable, por que nunca hay un caso perdido, o sea nunca hay un caso perdido de antemano, pues siempre se pueden encontrar formulas de visiones que puedan afianzar la postura a la hora de decidir si una norma es o no Constitucional y para ello se tendrá que buscar la jurisprudencia de mas de dos siglos donde están todos los casos que se ha juzgado en cualquier órgano jurisdiccional del sistema judicial Norteamericano donde buscar los precedentes.

En esa extensión la obligación de los abogados Norteamericanos, es buscar esos precedentes, buscar la asociación del precedente con el caso y sugerir al juez que aplique el principio del Stare Decisis, es decir que lo que se ha dicho es lo que se debe de mantener, si como se hubiera establecido que en determinados casos la Ley aplicable a esos casos es inconstitucional, se le pedirá al Juez que mantenga esa inconstitucionalidad de la Ley en lo que respecta a la aplicación del caso

que interesa, pero si lo que buscamos es la constitucionalidad de la Ley, pues se debe pedir al Juez a través de los precedentes que vayamos encontrando y así lograr que el Juez decida que la Ley es Constitucional por que en todos los casos previos ya se ha declarado su constitucionalidad.

En el Common Law, en especial en EEUU es muy difícil hacer que una norma se declare en general inconstitucional, por que como la libertad de los Jueces es tanta, da igual que se declare inconstitucional pues el Juez después puede declararla constitucional. Pero cuando se apela ante el Tribunal Supremo, ahí sí, el Tribunal Supremo que ve el caso toma la decisión en base a su jurisprudencia y en base a la jurisprudencia establecida en los precedentes que se pudieran haber demostrado a lo largo del proceso judicial, además de revisar la decisiones de los Jueces, pero ninguna de las tres cuestiones le interesa al Tribunal Supremo, pues el Tribunal Supremo ni esta vinculado con su jurisprudencia, ni esta vinculado con lo que ya han dicho los otros órganos jurisdiccionales, ni con los precedentes que se conocen.

Ahora bien, esos tres factores sobre los que no hay vinculación en la decisión del Tribunal Supremo cooperan para que exista una decisión, y el Tribunal Supremo también con fundamento del principio de Stare Decisis es el que decide si la norma es o no globalmente inconstitucional y en ese caso expulsarla del ordenamiento jurídico para ello el Tribunal Supremo puede generar tres situaciones:

- 1) Establecer que la norma es constitucional y afirmar que la norma se mantenga en el ordenamiento jurídico,

- 2) Establecer que la norma es inconstitucional y globalmente inconstitucional, con lo cual la norma se expulsa del ordenamiento jurídico; o,
- 3) interpretar la norma, decir en que ámbitos la norma es inconstitucional y en que ámbitos no lo es

En tal sentido, el problema de la hermenéutica constitucional norteamericana es el de la capacidad y libertad que tiene el Juez de interpretar la Norma.

El Tribunal Supremo tiene lo que podríamos entender como poder máximo de interpretación, casi es un Poder Constituyente, por que quien realmente tendría el principio de legitimidad para poder interpretar la Constitución, pues lógicamente sería el Poder Constituyente.

En un ámbito del civil Law esto es extraño, es decir que sea el Tribunal Supremo el que diga “yo soy el que va adaptando la Constitución a un ordenamiento claro”, es por esa razón que los norteamericanos se sienten orgullosos de tener la Constitución menos cambiada, menos modificada y con mas tiempo de permanencia en el mundo, pues se tiene prácticamente un constituyente permanente, que es el Tribunal Supremo, es decir se ha buscado la forma que haya un constituyente permanente que se incorpora al gobierno de los jueces y se denomina Tribunal Supremo, con lo cual el Juez puede declarar la inconstitucional de la Norma no completamente sino en algunos casos, la función de las diferentes partes que están a favor o en contra de la constitucionalidad de la norma es aportar no solo sus argumentos lógico jurídicos sino también la importancia del precepto. El Juez con base en el principio del Stare Decisis decide con fundamento en lo que se ha decidido hasta ahora, y de esa forma se puede ir aumentando en la escala judicial hasta llegar al

Tribunal Supremo, quien nos va a decir si la norma es completamente constitucional o es inconstitucional, en base a su jurisprudencia que es la jurisprudencia obligatoria también para los jueces inferiores, con el fundamento de otros órganos jurisdiccionales y con fundamento en su interpretación de la Norma vinculada a la realidad económico social del país.

Pero una vez que el Tribunal Supremo se vio desbordado y bloqueado por la cantidad de sentencias fue ahí cuando se cambio la ley y se incorporo el concepto de **Writ of Certiorari**, “*la jurisdicción discrecional que permite al Tribunal Supremo controlar el acceso a la apelación de los casos que le llegan..*”(Ahumada M, Pág. 11), y ese concepto se fundamenta en que existe un documento donde hay una lista de temas, de cuestiones donde y en las cuales el Tribunal no tiene por que entrar a tramitarlo, con lo cual, esto que empezó como una lista pequeña ha ido aumentándose progresivamente a lo largo del tiempo y cada vez mas son menos las materias sobre las cuales el Tribunal tiene obligatoriamente la necesidad de ver.

La Jurisdicción de Apelación es un ámbito de materias fuera de ese “Listado” en el que el Tribunal sí está obligado a decidir. Cuando le llega un caso lo primero que hará es ver si forma parte de la jurisdicción de apelación o si forma parte de las materias del Listado. Si forma parte de la jurisdicción de apelación tiene la obligación de decidir sobre el caso pero si la materia forma parte del Listado, el Tribunal decidirá si se hace cargo de la materia o no, con el fundamento del interés general que el Tribunal diga algo sobre esa materia o caso, si se da un caso sobre el que existe multitud de jurisprudencia, lo que hace el Tribunal Supremo es inadmitir la demanda siempre y cuando sea un caso que este dentro de esa lista o sea una materia que este dentro la lista, inadmite la demanda con lo cual

la sentencia ratifica la decisión del último órgano superior jurisprudencial y si el Tribunal ve que considera que el caso es interesante va a considerar jurisprudencia, o es un caso que es de interés general, que normalmente tiene que ver con el concepto de Poderes que son los casos que más le interesan al Tribunal, o tiene que ver con algunos casos de Derecho Federal a los que el Tribunal admite la demanda y se dedica durante ese tiempo a decidir en sentencia sobre esa cuestión. Hoy en día la Jurisdicción de Apelación es alrededor de un 4 % aproximadamente solo de los caso del Tribunal. *“En términos recientes, (el término de la Corte va de octubre a junio), los peticionantes han presentado y pagado el honorario en relación con un promedio de 1825 solicitudes, de estas se han otorgado un promedio de 80, casi el 4% (Messite P, 2006, p. 2)*

Si algún caso se encuentra dentro de El Listado, el Tribunal puede decidir a discreción si entiende el caso o no y además ni siquiera tiene que motivarse, lo único que tiene que hacer es decir simplemente inadmitir la demanda por que la materia no le interesa, es decir tiene toda la discreción para tomar la decisión. (El Cerciorati es solo para la admisión del Tribunal Supremo) Lo que se intenta con el Cerciorati es que la gente no recurra por recurrir como se ve en el Civil law es decir si para alguien está clara la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como clara la Norma, y existe la última instancia no tiene por que ser siempre el Tribunal Supremo quien decida sino el que corresponde, y el justificativo de esto es que no todos lo casos lleguen al Tribunal Supremo, de tal forma que han habido materias donde la jurisprudencia del Tribunal ya no es conflictiva sino es jurisprudencia puramente consensual, por lo que se hace es excluirlas de la competencia del Tribunal Supremo para que este no tenga, no se vea obligado o desbordado de sus funciones. Aún así, de todas formas si acaso el Tribunal Supremo quiere decir algo al

respecto o es un caso que considera importante, o quiere diferenciar la jurisprudencia que tiene hasta el momento pues tiene la posibilidad de poder decidir quedarse o no con el caso pero el fundamento es ir excluyendo competencias para no desbordar el trabajo del Tribunal.

5.1.1. LA LEY EN EL SISTEMA NORTEAMERICANO

La Ley en el sistema americano no es el producto del Legislativo, sino que es el producto del Legislativo después de haber pasado por el tratamiento del judicial es decir la Ley es el instrumento creado por el Legislativo pero interpretado por el Poder Judicial, claro que el Legislativo interpreta la Constitución cuando legisla, pero el problema está en que el Judicial también interpreta esa Constitución y también interpreta la Ley de acuerdo a la Constitución y esa interpretación es de forma descriptiva y de forma extensiva incluso de forma transformadora y hace que la ley se aplique a situaciones muy extrañas donde el legislador ni se le había ocurrido que podía aplicarse. Por eso se habla del Tribunal Supremo como verdadero colegislador, como legislador positivo, pero en un sentido extenso del término, como colegislador, y por ello se podría establecer que la norma es el instrumento jurídico producido por el parlamento después de haber pasado por la interpretación del judicial.

Esto se fundamenta en la brevedad de la Constitución en primer lugar, en segundo lugar en la capacidad asumida por el propio Tribunal Supremo de poder decidir sobre la constitucionalidad o no de las leyes y en tercer lugar en el Derecho Común. Aquí hay una diferencia enorme entre el sistema del Common Law y el sistema difuso del Civil Law, porque en el sistema del Common Law la costumbre es una fuente legal importante, por lo que el problema del Tribunal Supremo es aplicar la Ley en el Marco del Common Law, de ahí su amplia hermenéutica porque como aplica una

ley en el marco de lo que ellos conocen como las condiciones del Common Law, tiene una libertad de tal orden; por lo contrario en los sistemas de control concentrado del Civil Law, se sabe directamente que no existe esa costumbre comentada y decidida por los tribunales sino que la costumbre existe porque la ley dice que exista, y además la costumbre es fuente del ordenamiento jurídico solo en detrimento de la ley, es decir solo es realmente aplicable cuando la costumbre trasciende y eso es en el mínimo de los casos, y en los casos cuando no existe la costumbre pues están los Principios Generales del Derecho. Con lo cual el problema en el Sistema del Derecho Civil es encajar esa Ley no en el marco del Common Law sino en el marco del ordenamiento jurídico mucho más aceptado, en el marco de una estructura jurídica más clara, objetiva y más ordenada y donde los jueces no tienen nada que ver y no pueden decir si la ley está de acuerdo o no con el Common Law; solo unos jueces en concreto pueden decir si la ley es o no Constitucional y nada más.

5.1.2. EL TRIBUNAL SUPREMO NORTEAMERICANO Y EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

La libertad que tiene el Tribunal Supremo Norteamericano, es la libertad que lo hace ser colegislador en el sistema, hasta el punto que el problema que tiene es que es un colegislador sin legitimidad democrática, porque, en primer lugar es elegido por el presidente de los EEUU con el consejo y el visto bueno del Senado, con lo cual el Presidente de los EEUU es el que va constituyendo a quien es miembro del Tribunal Supremo, pero el problema no es que él los constituya, sino que como es de carácter vitalicio, seguramente el Juez Supremo estará en el cargo hasta que fallezca.

Para los norteamericanos la máxima garantía para la independencia es el mandato vitalicio pero como el mandato es vitalicio, y no hay forma de controlarlos porque no hay forma de apartarlos del Poder o del Tribunal a no ser que se proceda a enjuiciarlos por actividades ajenas, lo cual es imposible en un sistema como el americano, sin embargo, tal como lo expresa Anthony Kennedy *“El imperio del derecho implica democracia constitucional y uno de los componentes esenciales de ese estado de derecho en una democracia constitucional es la **neutralidad**”* (Kennedy A, s.a. p. 1)

El segundo gran problema es que justo ese mecanismo, ese Tribunal, fundamentado en una elección democrática de primer grado, o en todo caso de segundo grado a través del presidente de los EEUU, con el visto bueno del Senado el Tribunal Supremo puede tomar decisiones por encima del Congreso, o sea por encima del Parlamento incluso decisiones por encima del Presidente de los EEUU, es decir hay decisiones claves en el Tribunal Supremo, que se toman sin que haya un fundamento democrático sólido dentro del Tribunal Supremo, ese es el problema real del Tribunal Supremo como elemento político.

6. EL CONTROL CONCENTRADO, LA VISIÓN

KELSENIANA

El Sistema del Control Concentrado se basa en la Teoría de Kelsen y se fundamenta en intentar apartar del poder de los jueces la capacidad de poder decidir sobre la Constitución. Kelsen teme al gobierno de los jueces, *“ el modelo de control diseñado por Kelsen no se hallaba animado por una actitud de desconfianza hacia el Parlamento, sino por el contrario tenía intención de reforzarlo e inclusive protegerlo frente a los jueces....”*

(Bustos C., 2006 p. 3) conoce perfectamente al sistema Norteamericano, entonces busca una forma lógica, un método, un ordenamiento jurídico cerrado, donde cada norma tiene validez porque hay una norma superior y esa norma superior es la que otorga validez a la norma inferior y por tanto la norma inferior no puede ni formal ni materialmente contradecir a la norma superior porque esta otorga criterio de validez por la norma superior y de ahí se va subiendo en la escala de validez del ordenamiento jurídico hasta la norma fundamental que es la que otorga la validez a todo el ordenamiento jurídico, que es la “Norma Fundamental” y esta es la que otorga validez a todo el ordenamiento jurídico.

En el Control Concentrado de Constitucionalidad, no se utiliza a los tribunales ordinarios, es decir se verifica si la norma inferior contradice o no a la norma superior y para ello no se puede utilizar los Tribunales ordinarios, sino un Tribunal especializado y ese Tribunal especializado es el Tribunal Constitucional, que no será un Tribunal Judicial, no será un conjunto de jueces aunque vemos que su función es totalmente jurisdiccional, porque ellos lo que hacen es juzgar la norma, pero ello no implica que no debe existir jueces dentro del Tribunal Constitucional, es ese Tribunal Constitucional especializado el que va a juzgar la Norma, es decir juzgar si la Norma es o no Constitucional.

El Tribunal Constitucional es legislativo, es decir de cierta manera legisla, es el órgano que expulsa del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional, en ningún momento el Tribunal Constitucional puede ser legislador positivo, es decir el Tribunal Constitucional no puede transformar la norma, no puede crear normas, lo único que puede es decir si la Norma es o no Constitucional o como mucho con que interpretación la norma es o no constitucional, pero no con la interpretación al caso concreto sino en abstracto; para Kelsen el Tribunal Constitucional perfecto

sería aquel que solo pudiese decir si la norma juzgada es Constitucional o no es Constitucional, pero Kelsen admite que pueda haber casos en que el Tribunal diga es Constitucional y además en principio de preservar la norma y por lo cual el Tribunal si ve que hay posibilidades que con la interpretación realizada de tal forma la norma es constitucional, su obligación es dar esa interpretación, es decir aclarar que en esa interpretación la Norma es Constitucional; es decir no es la interpretación adecuada al caso concreto sino que es una interpretación general o abstracta, por eso no hay creación de norma como en el caso Norteamericano, por que el Tribunal Constitucional se debe limitar a expulsar al ordenamiento jurídico o a aclarar las sombras de duda que pueden planear sobre esa norma de ser o no constitucional o a realizar la interpretación de la norma de acuerdo a como sería constitucionalmente.

El Tribunal nunca podría modificar el tenor de la ley, es más si una coma le impide realizar la interpretación constitucional de la norma tiene la obligación de dar ese informe, no puede decir al legislador si se le quita la coma la norma es constitucional y si se queda no es, no, su obligación es interpretar la norma tal y como es. El tribunal debe limitarse a cuidar el principio abstracto de interpretación y decir si la norma es o no Constitucional o en qué medida la norma puede ser o no constitucional tal y como sea redactada, no cambiando la norma para que sea constitucional.

Kelsen plantea que la previsión del Tribunal Constitucional en el sentido que la norma no sea nula sino que sea anulable por el Tribunal Constitucional de tal forma que en aquellas situaciones en que ya se dieron situaciones consolidadas, los efectos de la inconstitucionalidad de la norma no vuelvan atrás, por el principio de seguridad jurídica, es decir, si ya se celebró un contrato con el Estado y este se ha perfeccionado y a

continuación se declara inconstitucional la norma que promovía la posibilidad de celebrar esos contratos, eso no quiere decir que todos los contratos realizados con esa norma sean nulos, pues la norma no es nula, sino es anulable, por lo tanto las situaciones que están provisionalmente pendientes de que la norma sea declarada constitucional o no pueden verse afectadas, pero aquellas situaciones consolidadas, que ya han tenido sus efectos jurídicos no pueden verse afectadas por la norma por el principio de "seguridad jurídica". Y por supuesto la decisión del Tribunal Constitucional es una decisión "erga omnes" frente a todo, todos tienen que cumplir lo establecido por el tribunal Constitucional.

Con este pensamiento Kelseniano cada Tribunal en Europa fue organizando su propia observación de la revisión, por ejemplo, para Kelsen no era posible que el Tribunal vea casos concretos pero esto acontece con la Ley fundamental de algunos países, y tal como se supuso la concreción del Tribunal Constitucional, se previno con unas competencias sobre los Derechos Fundamentales, con lo que resulta que el Tribunal Constitucional Kelseniano, es un Tribunal que solo puede revisar según términos lógicos, metodológicos la norma en abstracto, que no puede nunca bajar a lo concreto del caso.

Es importante este sistema por que automáticamente la norma queda expulsada del ordenamiento jurídico, con lo cual esa norma ya no ejerce ningún efecto jurídico a partir de ese momento, y también por que todos los Tribunales judiciales tienen que decidir siempre de acuerdo con las sentencias del Tribunal Constitucional, es decir deben cumplir con las sentencias del Tribunal Constitucional, eso forma parte también del concepto de Tribunal Constitucional como decía Kelsen " el Tribunal Constitucional es un Comisionado del Poder Constituyente".

Al Tribunal Constitucional en un sistema concentrado se llega a través de dos vías: La vía principal y la vía extraordinaria.

La vía principal (abstracto) es la primera y es la lógica, donde un número restringido de sujetos tiene competencia para presentar el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en un plazo limitado de meses, por la vigencia del principio reservado no existe una legitimación amplia, sino que está muy restringida, suele ser el Presidente de la República o un número de Diputados o de Senadores, es decir existe restricción a la clase que puede acceder al Tribunal y presentar recursos de inconstitucionalidad y además hay unos plazos que suelen variar entre 3 y 5 meses, de tal forma que si la norma no es cuestionada por esos sujetos en ese plazo, en principio la norma es válida y constitucional.

Pero cuando se vea que la norma es manifiestamente inconstitucional porque ha ocurrido algo que en su momento no se había previsto, entra en efecto la vía incidental o extraordinaria, pudiendo la vía extraordinaria solamente tratarse a través de los jueces en un caso concreto, eso no querrá decir que el Tribunal Constitucional va a juzgar el caso concreto, sino que el juez cuando se plantea un caso concreto que dice que la norma posiblemente es inconstitucional, o cuando algunas de las partes legitimadas en el proceso cuestionan la legitimidad de la norma, el juez le pregunta al Tribunal si reconoce este fallo, es decir revisa el Tribunal cual es la naturaleza jurídica constitucional o no de la norma y el juez una vez que da la respuesta es cuando aplica esa decisión, pero cuando las partes son las que dicen y las que creen que la norma es inconstitucional, le plantean al juez el incidente de inconstitucionalidad y según Kelsen esa excepción es de obligatorio envío por el Juez al Tribunal Constitucional; es decir en el fondo aunque hay una legitimación principal restringida, si

hay una legitimación extraordinaria amplia, porque cualquier ciudadano dentro del ámbito o dentro del marco de un caso puede acceder al Tribunal Constitucional.

La idea inicial de Kelsen era alejar al Tribunal Constitucional del Poder Jurídico, porque aunque el Tribunal ejercía función jurisdiccional, no formaba parte del Poder Judicial, es mas Kelsen constantemente manifestaba “el Tribunal Constitucional tiene que estar formado por algunos jueces”, pero en el fondo la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional no tenían que ser jueces, es mas no estaba bien que sean jueces, sino los mejores profesionales del Derecho, los mejores investigadores, los mejores abogados, por que será un modo de lograr un Tribunal Constitucional no solo legitimado a través del origen, es decir que sea elegido por el Parlamento, sino muy legitimado por la capacidad de las personas, porque al Tribunal Constitucional no debe llegar cualquiera, sino debe llegar gente muy capacitada, muy responsable, de una probidad legitima y que sean responsables de encarar cual es su trabajo histórico, su condición histórica de ser los guardianes de la Constitución.

Un objetivo muy grande de Kelsen fue evitar el Gobierno de los Jueces y para evitar ello, los Jueces no pueden inaplicar una Ley, como ocurre en el caso Norteamericano con lo cual para evitar el gobierno de los jueces tenemos que alejar la Norma Constitucional del Poder Judicial, no tiene que ver ningún tipo de relación orgánica entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, tampoco ningún tipo de relación funcional entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional es una cosa y el Poder Judicial es otra.

Pero aún así hoy en día aunque muchas Constituciones incorporan al Tribunal Constitucional dentro el Poder Judicial, se mantiene la idea

Kelseniana de diferenciar entre unos y otros, esto porque se tenía claro que el Tribunal Constitucional tenía que realizar funciones políticas en sentido que tenía que utilizar la política y elementos netamente jurídicos para aplicar la Constitución, de tal forma que no entra dentro del pensamiento Kelseniano la forma de actuar de los jueces, estos no deberían poder usar métodos meta jurídicos para poder realizar sus funciones de juzgar, porque la ley y el sistema normativo es completo, salvo en el ámbito de la Constitución que es a fin y al cabo el que da validez y legitimidad a todos los ordenamientos jurídicos.

Por otro lado se buscaba alejar al Tribunal Constitucional del Parlamento, eso era más complicado, porque el único vínculo democrático que podía haber del Tribunal Constitucional era a la hora de la integración con el Parlamento, por que el Parlamento es el lugar donde está representada la soberanía nacional, donde se crea la voluntad nacional, donde se crea la ley, y al fin y al cabo es quien puede elegir democráticamente a los miembros del Tribunal Constitucional, aunque en nuestro país se inventó un nuevo método seguramente muy técnico de elección del Tribunal Constitucional a través del voto popular.

Entonces Kelsen buscó mecanismos de independencia que eran sumamente importantes para que el Tribunal Constitucional fuese un órgano independiente, y para ello había que instaurar garantías para la independencia; independiente el sentido partidista, socio partidista del poder, no independiente en un sentido puramente político del término, porque Kelsen sabía que eso era imposible, porque el Tribunal Constitucional tenía que aplicar el mecanismo de ordenamiento jurídico por lo cual no podía ser independiente en ciertas concepciones lógicas, por eso Kelsen también limita las sentencias del Tribunal Constitucional, diciendo que “ el Tribunal Constitucional solo va a poder realizar juicios en

abstracto, además tendrá que ser un Tribunal Constitucional de gente particularmente preparada, y habrá que colocarle algunos límites al Tribunal para mantenerlo controlado” y por eso se empeña mucho en remarcar la necesidad del Tribunal Constitucional sea únicamente un legislador ideal, de esa forma Kelsen pensaba que el Tribunal Constitucional pudiera realizar una función complementaria a la función del Legislador Positivo que es el Parlamento, el Parlamento decide cual es la ley, norma positivamente, el Tribunal Constitucional dice que no es ley porque no está de acuerdo con la Constitución y norma negativamente.

7. BALANCE HISTÓRICO ENTRE SISTEMA DIFUSO Y SISTEMA CONCENTRADO

El sistema Concentrado se ancló en Europa y no así el Difuso americano, el sistema Difuso en primer lugar se había experimentado, por lo tanto se sabía que funcionaba, y en segundo lugar no incorporaba ese elemento de experiencia extraña de construcción teórica que no sabemos bien como va a funcionar, como es el sistema Parlamentario. El sistema Difuso tardó más de un siglo en llegar, todo el siglo XIX y algunos años del siglo XX, mientras en Estado Unidos se aplicaba la primacía Constitucional, en Europa no se lo hacía, por lo que eso es causa de sorpresa.

En Europa no se pudo implementar el sistema Difuso, en primer lugar porque el concepto de ley en el mundo continental (Civil Law) no es el mismo concepto que en América. En Europa durante todo el siglo XIX lo que era sagrado o infalible, fruto de la voluntad general, era justo

obligatoriamente la Ley, esa es una sacralización de la Ley, que empieza en Francia y se extiende en toda Europa continental.

Se dice que si el pueblo es soberano en EEUU, y el Parlamento es soberano en Inglaterra, en Europa continental quien es soberana es la ley, y la ley es lo que se sacraliza, lo que se verifica, por eso para los europeos era muy extraño que un Tribunal cuando quiera que un Juez debajo del poder ordinario pudiese entrar a inaplicar la Ley, eso era un absurdo en la forma de ver del derecho jurídico europeo después de una formación fundamentada en la concepción de ley como infalible, ley como cuestión sagrada. Los europeos entre ellos Kelsen cuando hablan de Constitución como primacía no hablan de Constitución hablan de Norma Fundamental, de Ley Fundamental.

En Estados Unidos es relativamente fácil que haya un control Difuso de la constitucionalidad, por que solo hay un orden jurisdiccional, en Europa la diferencia de lo órdenes jurisdiccionales hace que cada uno de los jueces pudiese ver de forma distinta cual debe ser la aplicación correcta de la Ley en relación con la Constitución, en el área civil, penal, laboral, etc. esa diferenciación de órdenes jurisdiccionales podía haber desencadenado una diferencia de visión sobre la Constitución y difícilmente podía haber habido una única instancia superior que hubiese dado algún tipo de fortaleza a una misión conjunta, eso también es un problema a la hora de incorporar un control Difuso a la Constitución.

Por último la flexibilidad de la Constitución, y aquí vemos que las primeras Constituciones fueron Constituciones que les costó mucho ser Constituciones entendidas como Norma Jurídica y ser Constituciones directamente aplicables, con principio de primacía toda vez que eran muy flexibles es decir podían ser cambiadas muy fácilmente por el Parlamento,

al ser flexibles podían desencadenar un sistema de lucha del propio Parlamento contra los jueces. La sacralización de la Ley, la desconfianza de los jueces son factores de peso para entender que el constitucionalismo difuso no triunfara en Europa.

Por el contrario el constitucionalismo concentrado, paso a prácticamente todas las Constituciones que hubo en el momento Constituyente aquello que llamamos tercer momento constitucional , el caso de Italia, Alemania, Suiza, Dinamarca, etc. y luego a medida que los diferentes regimenes autoritarios, también van saliendo de sus dictaduras en el año 70 casi 80, también van asumiendo un sistema de control concentrado de constitucionalidad ahí con menor riesgo porque ya había existido 30 o 40 años de experiencia de control constitucional. Por lo cual hoy en día existen dos concepciones de Derecho diferentes y existen dos concepciones de control de las constituciones diferentes aunque tenemos un mismo concepto de Constitución, ya que el concepto de Constitución en EEUU y Europa es prácticamente el mismo Constitución legitimada por el pueblo como en la pirámide del ordenamiento jurídico y con legitimidad normativa directa indiscutible.

8. CARACTERÍSTICAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Ya sabemos que el Tribunal Constitucional no es Poder Judicial, se coloca muchas veces dentro del capítulo del Poder Judicial pero no es Poder Judicial, aunque últimamente se esta incorporando en el penúltimo Título de las Constituciones, antes de la Disposiciones Finales sobre reforma de la Constitución, de tal forma que hay un esquema constitucional que suele ser “preámbulo, derechos fundamentales, parte dogmática, parte

orgánica, y al final de la parte orgánica y entre la reforma de la constitución, se está incorporando la parte del Tribunal, sin embargo el Tribunal Constitucional es un Poder diferenciado, independiente del resto de los Poderes.

En segundo lugar tiene el monopolio del Control de la Constitucionalidad, nadie más puede decidir acerca si una norma es o no constitucional y nadie puede dejar de aplicar la norma ni el poder público, ni el juez, hasta que no sea expresamente declarada inconstitucional, ni siquiera cuando la norma está siendo cuestionada por el propio poder judicial, no existe ningún tipo de suspensión de la norma, esta sigue vigente y el único que puede decir que la norma debe ser expulsada del ordenamiento jurídico es el Tribunal Constitucional.

En tercer lugar se incorporan garantías del propio Tribunal , es decir se busca que existan tribunales independientes y para ello se intenta que haya garantías de la economía de esos Tribunales y de la capacidad de esos Tribunales, con prohibiciones de ser enlistados de partidos políticos, o que realicen algún tipo de actividades económicas, incluso se les obliga a una declaración jurada de Bienes como a los Diputados con relación a su patrimonio previo a tomar posesión que luego es controlable al final de su gestión, es decir se busca mecanismos que haya independencia y capacidad.

Se busca mandatos largos sin posibilidad de reelección, normalmente mandatos que varían desde los 8 hasta los 12 o 15 años, sin posibilidad de reelección, justo para intentar mantener la independencia del magistrado correspondiente

Aunque no forma parte del poder judicial, lo cierto es que si tiene una función jurisdiccional, y lo que se analiza es la Ley, y esta se la analiza

con partes a favor y en contra de la constitucionalidad de la Ley, con un procedimiento de alegaciones, es decir con un procedimiento muy parecido al que tiene lugar en los procesos judiciales, entonces la función jurisdiccional que cumple es tomar decisiones respecto a la ley, para ello como el tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial necesita procesos judiciales propios

También se busca la fórmula para mantener esa legitimidad del Tribunal fuera del ámbito de contaminación que existe en el sistema Difuso, de tal forma que se ha buscado crear ese anclaje legítimo respecto al Tribunal con mayor o menor éxito, dependiendo de cada país, pero lo cierto es que se busca la fórmula para mantener esa legitimidad y además se busca la fórmula de las diferentes leyes de los Tribunales Constitucionales para que los criterios de interpretación sean criterios que relativamente reluzcan la posibilidad la tentación que pueda tener el Tribunal Constitucional de ser legislador positivo,

Se habla de dos tendencias últimas que son preocupantes respecto hacia donde van los Tribunales Constitucionales, es decir empiezan a aparecer filtros de los Tribunales constitucionales donde esa ya de por sí restringida legitimación todavía se reduce más, esos filtros o esas comisiones de los Tribunales Constitucionales que no solo afectan la demanda sino que además son comisiones que en un momento dado toman decisiones que después son convalidadas por el propio Tribunal Constitucional, son filtros para que la cosa llegue de forma definitiva al Tribunal Constitucional, son las Comisiones que desarrollan los autos, que toman la decisión sobre la admisión o no de la demanda y muchas de ellas son comisiones que ya incorporan propuestas, etc., estas revisiones se llaman a la vez filtros.

Y por último el Tribunal Constitucional se responsabiliza en última instancia de velar por lo Derecho Fundamentales, en Alemania, se dedica un 90% a ver derechos fundamentales, por ello es un Tribunal que nació exclusivamente para esto y además teóricamente es gente muy preparada y por tanto debe tener ciertas condiciones para poder realizar esa cuestión kelseniana, abstracta y por el contrario resulta que ven casos concretos y reales que les puede contaminar en esa su función que debería ser su función principal, siendo así que su función principal ya no es su función principal, pues el Tribunal Constitucional se ha convertido en un Tribunal de vigilancia y garantía de los Derechos Fundamentales más que en un Tribunal de Control de la Constitucionalidad, y así cada vez mas son los Tribunales que dedican más tiempo a los derechos Fundamentales (en el caso español es un 75 % de los casos, en el caso italiano es un 85 % de los casos)

9. SISTEMAS JURÍDICOS

9.1. EL COMMON LAW

El Common Law no es un cuerpo de reglas definidas y más o menos fijas, sino más bien es un modo de pensamiento jurídico, una manera de argumentar y un modo de tratar los problemas legales, en ese sentido es un método que sirve para modelar normas cualquiera que sea su origen y de esa manera adecuarlas a sus principios.

A diferencia del “*Civil Law o Derecho Continental*”, donde el derecho se concibe como un conjunto sistemático de normas en el cual, el papel del legislador y el de los teóricos del derecho es fundamental para crear una normativa que se adecue a toda una estructura funcional, el “*Common*

Law” concibe al derecho como una herramienta para resolver conflictos de intereses y será más perfecto mientras mejor se adapte a esta finalidad. En ese sentido, en este último sistema, el derecho no se desconecta de la realidad sobre la que actúa y permanentemente se va auto-modificando. El derecho se transforma día a día en la medida en que la solución de los conflictos así lo requiere y permanentemente se adecua a una realidad cambiante.

El *bridging the gap between law and society* (Potter., p. 110 y ss) o en su defecto “el cierre de la brecha entre la realidad formal y la realidad material”, es una de las características más importantes de los sistemas del *Common Law*. Es así que el derecho se percibe como un dinámico y constante trabajo en movimiento y las decisiones judiciales son el indicador del estado de derecho, de tal manera que la realidad material es impregnada de derecho con todas las decisiones judiciales que se van generando. A diferencia del “*Civil Law*” donde el derecho está en las disposiciones jurídicas en vigor (*law in books*) , el *Common Law*, es un desarrollo constante del derecho (*law in action*).

9.1.1. Fuentes de Derecho en el Common Law

Entre las fuentes del derecho en el *Common Law* se encuentran:

- a) El Case Law (Derecho del Precedente)
- b) El Statute Law (Derecho Legislado)
- c) El Custom (La Costumbre)
- d) La Reason (La Razon)
- e) La Natural Justice (La Justicia Natural)
- f) Los Books of Authority (La Doctrina)

Solamente las dos primeras son las más importantes y en todo caso se considera que el Statute Law solo debe desempeñar una función complementaria al *Case Law* o el derecho del precedente.

El derecho del “*Case Law o Precedente*” en el *Common Law* es un derecho donde los principios de toda decisión jurídica se deben buscar en lo que han resuelto los jueces en sentencias pasadas en casos similares. Para poder ubicar aquellos principios entre las millones de sentencias que se emiten y resulten adecuadas para resolver un caso de que conoce un juez en el presente, el *Case Law* dispone básicamente de cuatro métodos:

- a) El método del ***stare decisis*** (*Estar a lo decidido*)
- b) El método ***to distinguish a precedent*** (*distinguir a un precedente*)
- c) El método del ***overruling*** (cambio de regla-precedente)
- d) El método del ***choice between the lines of authority*** (Opción entre las líneas de la autoridad)
- e) El método de ***development cases***. (*Desarrollo de Casos*)

De los cuales los tres primeros son los más importantes. Principalmente el sistema jurídico del *Common Law* está sustentado fundamentalmente por la doctrina denominada ***Stare Decisis*** que constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones (*Black’s Law Dictionary, 1990*)

9.1.3. EL “STARE DECISIS ET NON QUIETA MOVERE”

El nombre técnico de la doctrina es “***Stare Decisis et Quieta Non Movere***” que se traduce como “***Adherirse a los precedentes y no perturbar las cosas que han sido establecidas***, lo que implica que se debe respetar las decisiones precedentes o los precedentes, es decir las

decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema similar . **STARE DECISIS - Lat. "to stand by that which is decided."** **"The principal that the precedent decisions are to be followed by the courts"**, que en una traducción simple implica **"Estar a lo que se ha decidido"** **El principio establecido es que la decisión del precedente debe ser seguido por las Cortes, por lo que todos los casos similares deben ser resueltos de similar manera, "a un idéntico caso, una idéntica respuesta"**

Según la teoría del **stare decisis** todos los tribunales que existan dentro de una circunscripción jurisdiccional soberana, se encuentran obligados a respetar las decisiones de los tribunales de superior jerarquía ----*are binding on the courts*--- (Frederick, 1990, ps. 14 y 15.)

La obligatoriedad del respeto a los precedentes emitidos por los tribunales de superior jerarquía de la misma jurisdicción existe sin importar si con la decisión se sigue un criterio que ya ha sido aplicado en diversos casos, o bien, si solamente se ha seguido lo decidido en una sentencia anterior. También resulta irrelevante si las decisiones precedentes se aplicaron durante el último año o en el siglo pasado, o si el tribunal considera que el criterio de decisión establecido en el precedente ya no resulta adecuado debido a que las circunstancias sociales han cambiado o a cualquiera otra razón. No obstante que las decisiones de los tribunales de una jurisdicción no resultan obligatorias para los tribunales de otra jurisdicción, las mismas bien pueden llegar a ganar gran respeto en éstos, lo que les permite ser utilizados por los mismos con base en su autoridad persuasiva ----*"persuasive authority"*

El Juez que se aparta del precedente incurre en responsabilidad. La presencia de sanciones -el hecho de que los tribunales superiores en el

case law sistemáticamente dejen sin efecto las sentencias que se apartan de los precedentes- es un signo, un indicio de que hay una obligación jurídica, de que el sistema jurídico dispone que hay que seguir los precedentes.

En el *case law* existe una especie de “orden informal” cuyo contenido es la obligación de seguir los precedentes. En virtud de esa “orden informal” y por supuesto natural los precedentes se hallan dotados de autoridad - por ello en inglés a veces se los llama simplemente “**authorities**”. Esta ordenanza forma parte de la regla de reconocimiento del sistema, que los jueces y todos los operadores jurídicos (fiscales, abogados) conocen y aplican. La ordenanza va acompañada de una especie de sanción para los jueces que no la respeten: la revocación de sus sentencias si se apartan del precedente aplicable.

Cuando la Corte Suprema define algún tema constitucional, los tribunales inferiores tienen una capacidad muy limitada de poder juzgar sobre tal punto por lo que se deben conformar y aplicar en los casos que deben decidir, lo dicho por la Corte.

Respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos, este es el fundamento del sistema de los precedentes de la Corte Suprema Norteamericana y constituye la base de la actual fuerza vinculante de los fallos de la Corte Suprema Norteamericana. Se aplica a todo el sistema judicial y parte del supuesto que la sentencia cumple dos papeles primordiales: **resuelve una litis concreta y repercute en los casos futuros que atiendan problemas análogos.**

9.1.3. STARE DECISIS HORIZONTAL Y VERTICAL

La doctrina del *Stare Decisis* tiene dos dimensiones, una dimensión **horizontal** que tiene que ver con la obligación que tienen los tribunales de seguir sus propios precedentes y una dimensión **vertical** que se refiere a la obligación de los tribunales de seguirlos precedentes de sus superiores jerárquicos. En ambos casos se establece las sanciones plasmadas en que la autoridad jerárquica dejará sin efecto la decisión del juez o tribunal que decidiera apartarse.

En principio los jueces no están obligados por precedentes de sus similares, ni por tribunales de apelación que no tengan jurisdicción sobre ellos, estos últimos se refieren a precedentes persuasivos que no son obligatorios. Los únicos precedentes con fuerza obligatorio son los que proceden del Tribunal Supremo.

El cumplimiento del *Stare Decisis* se lo realiza mediante el sistema de recursos.

En el sistema inglés, el stare decisis horizontal normalmente se genera respecto de las Cámaras de Apelaciones, que están obligadas por sus propios precedentes. Hasta 1966 también la House of Lords estaba absolutamente obligada por sus precedentes aun en el caso que una decisión fuera injusta, pero a partir de ese año la práctica sufrió una modificación, en su "practice statement" [declaración de práctica] el máximo tribunal inglés estableció que el principio general seguiría siendo la obligación de seguir el precedente; sin embargo, para evitar que la obediencia al precedente fuera y conduzca a injusticias o restrinja indebidamente el desarrollo del derecho, la House of Lords reconoció el poder de apartarse de una decisión previa cuando ello fuera juzgado correcto (Wikipedia)

El "*practice statement*" fue anunciado el 26 de julio de 1966 y dice así:

"Los Lores consideran el uso del precedente como un fundamento indispensable sobre el cual decidir qué es el derecho y su aplicación a los casos individuales. Otorga al menos algún grado de certeza en el cual se pueden apoyar los individuos en la administración de sus asuntos, así como una base para el desarrollo ordenado de reglas jurídicas. Los Lores reconocen, sin embargo, que una adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y también a restringir indebidamente el apropiado desarrollo del derecho. Por ello proponen modificar su presente práctica y, aunque seguirán tratando decisiones pasadas de esta House como normalmente obligatorias, [proponen] apartarse de una decisión previa cuando ello parezca correcto. En conexión con esto tendrán presente el peligro de perturbar retroactivamente la base que sirvió como fundamento para contratos y arreglos de propiedad y fiscales, y también la especial necesidad de certeza en el derecho criminal. Este anuncio no está concebido para afectar el uso del precedente en otros tribunales distintos de esta House" (Legarre S, et al 2006, p. 7)

La doctrina del *Stare Decisis* en el Sistema *Common Law* tiene tres (3) características esenciales:

1. **Fundamentos.-** Los fundamentos de esta doctrina están contenidos en cuatro (4) razones importantes :
 - a) **Igualdad.-** En el sentido que todos los litigantes deben tener el mismo trato en los tribunales.
 - b) **Previsibilidad.-** La gente debe saber a qué atenerse en el futuro.

c) Economía Procesal. Si se aplican los criterios establecidos se ganará en tiempo y energía para resolverlos.

d) Respeto al acierto de los jueces. Los jueces tienen sabiduría y esa sabiduría debe respetarse.

- 2. Los alcances de la obligatoriedad.-** No todas las sentencias valen lo mismo ni todo lo dicho en las sentencias tiene un valor vinculante, existe lo que se llama jurisprudencia persuasiva que es la jurisprudencia que proviene de tribunales de otras jurisdicciones o de igual nivel al que debe decidir el proceso y la **jurisprudencia imperativa que sí es vinculante y solamente emana del Tribunal Superior.**

Asimismo, no todo el contenido de la sentencia tiene fuerza obligatoria o vinculante. Los ingleses llaman **Ratio Decidendi** a lo que tiene fuerza o valor vinculante en una sentencia, en cambio los americanos lo llaman el **Holding**. En ambos casos lo contraponen al **Obiter Dicta** que carece de la fuerza vinculante.

Ratio Decidendi o Holding significa “**Razón para Decidir**” que es el fundamento esencial, la razón de un tribunal para decidir un caso de una determinada manera. Los ingleses definen al Ratio Decidendi como una resolución (Rulling) implícitamente dado por un juez para decidir una cuestión jurídica.

En cambio los norteamericanos lo llaman “**Holding**” y la entienden como una especie de regla necesaria para resolver una determinada situación fáctica. “*El Principio legal que puede extraerse de una sentencia*” (*Black’s Law Dictionary*, cit., s.v. “holding”)

Obiter Dictum o Dictum (lo dicho) por su lado es lo dicho o lo expresado por un Tribunal “*incidentalmente, colateralmente*” (Black’s Law Dictionary, cit., s.v. “obiter), en el lenguaje español se lo traduce como “*dicho sea de paso*”, son palabras que no son necesarias para la decisión de un caso, son argumentos que pueden ser pertinentes pero superfluos.

Toda vez que solo constituye precedente vinculante y obligatorio las proposiciones jurídicas enunciadas por el juez que son necesarias para la decisión adoptada, entonces lo “*dicho sea de paso*” es solamente eso y no tiene ninguna fuerza vinculante.

La distinción entre el ratio decidendi y el obiter dicta lo ha explicado el Juez John Marshall dieciocho años luego del caso Marbury vs Madison en Cohens vs Virginia que dice “*Es una máxima que no debe ser desconocida que las expresiones generales de una opinión pueden entenderse en conexión con el caso en que ellas son usadas. Si se refieren a cuestiones extrañas al caso pueden ser respetadas, pero no deben ser obligatorias para un caso posterior en que el punto preciso deba ser resuelto. El fundamento de esta máxima es evidente. Las cuestiones del caso que están a consideración son investigadas con cuidado y analizadas en todos sus aspectos. Otros principio que pueden servir para ilustrar se consideran en relación al caso pero su posible incidencia sobre cualquier otro caso difícilmente será investigado a fondo*” (Farnsworth A, 1990, ps. 78,79)

3. Posibilidades de cambio de precedente.- En la legislación americana es casi imposible no poder aplicar un precedente, sin embargo existen situaciones en los que la doctrina sentada en un determinado caso está muy fuera de la realidad. Un tribunal inferior podrá apartarse del precedente obligatorio cuando la determine como injusta en el tiempo actual si es aplicado, o si este tribunal en algún momento prevé que el tribunal superior cambiará su jurisprudencia anterior si existe apelación. En ese caso ya sea se aplicara el ***Distinguish (la Distinción) y Overruling (La revocatoria)***

La doctrina básica del Case law o precedente vinculante pasa por tres conceptos importantes: ***Stare Decisis – Distinguish (la Distinción) y Overruling (la Revocatoria)***, de los cuales por supuesto el aspecto fundamental y prioritario es el ***Stare Decisis***. Sin embargo dado que los jueces tienen una sentida necesidad de liberarse de precedentes que estuvieran desactualizados para proceder a emitir fallos que respondan a cánones de justicia y equidad en el presente, en los años sesenta, existió una ligera modificación de la obligatoriedad dando paso a la técnica del “***prospective overruling***”, que si bien en un principio resulto ser un experimento arriesgado, las consecuencias fueron espectaculares especialmente en el ámbito de la litigación constitucional.

9.1.5. DISTINGUISHING Y OVERRULLING

En el Common Law, la ley se crea y recrea a través de la creación y ***revisión*** de los precedentes por las Cortes de apelación. Existen dos maneras de revisar esta creación de ley, una a través del ***distinguishing*** donde la Corte de apelación acepta el precedente previo pero limita el

alcance de su aplicabilidad y establece una nueva regla para la situación en revisión para la cual no se aplica el precedente previo.

EI DISTINGUISH A PRECEDENT (distinguir un precedente) es un método importante de trabajo en el *case law* mediante el cual se permite al juez distinguir y bajo ciertas premisas apartarse del precedente vinculante por que el análisis de un caso similar no contiene los mismos supuestos del caso sobre el cual se ha establecido el precedente vinculante.

Uno de los principios existentes en el *case law* es aquel en el cual en cada caso en que ya se ha decidido, la decisión se la ha tomado conforme a lo que realmente fue expuesto ante el tribunal por lo que se permite distinguir entre el caso que le ha sido planteado al tribunal a conocimiento y el caso que pretende utilizar como precedente por lo que se puede encontrar diferencias entre el caso planteado y el caso precedente. En ese sentido se limita el número de sentencias que pueden ser aplicadas a un caso concreto y se determinan reglas que establecen su aplicabilidad.

“En términos generales existen dos tipos de distinciones: la distinción de derecho ----distinguishing in law---- y la distinción de hechos ----distinguishing in fact----. Como cada juez debe interpretar las decisiones de otros jueces en casos anteriores que resulten similares, puede resultar que el juez interpreta el precedente de una forma diferente a la forma en que la hubiera interpretado el tribunal que emitió la decisión. De esta forma, a la decisión precedente se le cambia, si bien es cierto no esencialmente, su sentido y su significado original se modifican para adaptarse a las necesidades que van planteando nuevos casos. Asimismo, puede suceder que una resolución, la que debido a la similitud de circunstancia entre los hechos que fueron objeto de decisión judicial en la misma y los hechos que serán la materia de la litis en un caso de que

deberá conocer otro tribunal, deba ser tomada como caso precedente para la resolución del nuevo caso. Sin embargo, debido a que el juez que toma como precedente la resolución del primer tribunal es de la idea que para la resolución del caso resultan importantes cuestiones legales o situaciones de hecho que en el caso precedente no fueron esenciales, puede suceder que la interpretación de la sentencia precedente por el tribunal que conoce de un caso similar, resulte diferente a la que el tribunal que la emitió le hubiera dado y que como consecuencia la utilice como un precedente de una manera diferente a como se ha utilizado con anterioridad. Si, en cambio, entre ambos casos no existen diferencias de hecho, la teoría de las distinciones exige que el juez deba de seguir el caso precedente ---following the precedent--- de la misma forma que lo han seguido otros tribunales con anterioridad. Cuando existen diferencias de hecho, pero que no resultan jurídicamente relevantes, también se debe aplicar el precedente ----applying the precedent----

La otra manera de proceder con la revisión es a través del **overruling** donde la Corte de Apelación simplemente reemplaza el precedente con una nueva regla, en ese sentido esta opción algunas veces es utilizada por la Corte Suprema

Toda regulación debe lograr un equilibrio entre dos objetivos, el tener que respetar la estabilidad para anticipar las relaciones sociales, es decir que la sociedad sepa cuáles son las reglas del juego y por otra parte esa regulación tiene que tener la suficiente flexibilidad para ajustar el derecho a nuevas realidades. En otras palabras el derecho se debe ir ajustando a la realidad social en forma permanente y existiría una exigencia entre conciliar la obligatoriedad de seguir los precedentes con el deber de los jueces de encontrar la más correcta solución a la disputa, al final un precedente no puede para la eternidad ser inmodificable porque el cambio

de las relaciones de vida son permanentes pero al mismo tiempo es irrazonable abandonarlo sin un fundamento. La interpretación de una norma para ser válida debe siempre tener referentes en cuanto al orden jurídico, a las pautas de valor que son la base de la decisión y en especial al tiempo en la que esa decisión es tomada, por lo tanto un cambio en estas condiciones, demanda un ajuste del precedente. Todo este esquema de modificación deberá estar iluminado por un principio de racionalidad y el juez deberá realizar su propio test de “fundamentación racional”. El juez piensa, analiza no puede ni debe aceptar “ciegamente” un precedente, y está obligado a apartarse del precedente si llega a la conclusión que el precedente tiene una interpretación errónea en cuanto al tiempo y al ordenamiento jurídico vigente

El overruling o “cambio de precedentes” que en una traducción simple significa “*la revocatoria*” implica un cambio de criterio pero esta facultad del overruling solamente puede ser realizado por el más alto tribunal, en el caso de Estados Unidos, solamente por la Corte Suprema de Justicia, es decir solamente estos Magistrados podrían decir que esto ya no se interpreta de esta manera sino de otra manera.

Brandeis en Burnet v. Colorado Oil dijo: ‘El stare decisis no es, como la regla res iudicata, un mandato universal, inexorable. Aun cuando tiende a la consistencia y uniformidad, no es inflexible. Si debe ser seguida o apartarse de ella es una cuestión enteramente a discreción del tribunal que es llamado de nuevo a considerar la cuestión’. “Los jueces tienen el poder de cambiar sus pensamientos, desterrar los casos desacreditados, desgastados por el tiempo, y tejer nuevas decisiones en la red sin costura que es el Derecho”. (Reynolds)”.La incorrección, injusticia o inconveniencia deben ser claramente sustentadas, en tanto, se va a alterar el sistema severamente. (enlima.org 2009)

El overruling tiene una Eficacia temporal que son los efectos retroactivos o prospectivos. Este es un aspecto muy importante, porque hay personas que pueden haber actuado conforme al precedente anterior y de pronto sufrir el cambio, en ese sentido existen tres Posibilidades:

a) **Eficacia puramente prospectiva:** *Sólo se aplica a hechos ocurridos después de establecida la nueva regla.*

b) **Eficacia relativamente prospectiva:** *Se aplica a los hechos que ocurrieron después de la nueva regla y a los hechos del caso que motivó la nueva regla*

c) **Eficacia retroactiva:** *Se aplica a hechos que ocurrieron antes y después de la nueva regla. Caso Mapp v. Ohio (1961). (enlima.org)*

Con relación al *overruling*, dentro del sistema del *Common Law* norteamericano (Juez Kennedy, en la sentencia *Patterson v. Malean Credit Union*, 1989, 172), se ha mantenido lo siguiente:

"Nuestros precedentes no son sacrosantos, porque nosotros hacemos Overruling respecto de decisiones previas cuando la necesidad y prioridad así lo establecen. No obstante, hemos sostenido que, "cualquier salida de la doctrina de stare decisis demanda una especial justificación".

Por lo expresado, la técnica del *overruling* permite cambiar un precedente en su "núcleo normativo" aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*). Precisamente, la técnica del *prospective overruling* se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia insita en una modificación repentina de las reglas que

se consideraban como válidas (Pagina Web del Tribunal Constitucional del Perú, 2004)

9.2.EL SISTEMA CONTINENTAL

A diferencia del *Common Law* en el sistema Continental el derecho se concibe como un conjunto sistemático de normas en el cual, el papel del legislador y el de los teóricos del derecho es fundamental para crear una normativa que se adecue a toda una estructura funcional, “las reglas de la decisión jurídica deben estar previstas en proposiciones normativas generales y abstractas, estas deben ser lo suficientemente generales como para servir en el futuro de principio de decisión que permita dar solución a todos los casos concretos de cierto tipo (*David, R., 1973 p. 75*)

En este caso, el supuesto jurídico es la hipótesis de cuya actualización para un caso concreto depende la realización de consecuencias jurídicas y para ello el Sistema Continental utiliza “La Teoría de la subsunción”.

En nuestro sistema continental boliviano, la obligación del juez de fundamentar su decisión en una ley no se encuentra consagrada nivel constitucional como debería ser sino en la ley de organización judicial estableciéndose al efecto la disposición en el Art. 15 de lo que implica que es una obligación para el funcionamiento del sistema jurídico. La norma se expresa entonces en términos de una relación entre un supuesto jurídico y una consecuencia de derecho, donde la premisa menor que es la conducta a desarrollarse tiene que subsumirse en la premisa mayor que es la norma general y abstracta, donde el supuesto de derecho será la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones

que deben surgir cuando la hipótesis se materializa con la realidad material. Este silogismo recibe el nombre de la Teoría de la Subsunción.

Ley del Órgano Judicial

ARTÍCULO 15. (APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES).-

I. El Órgano Judicial sustenta sus actos y decisiones en la Constitución Política del Estado, Leyes y Reglamentos, respetando la jerarquía normativa y distribución de competencias establecidas en la Constitución. En materia judicial la Constitución se aplicará con preferencia a cualquier otra disposición legal o reglamentaria. La ley especial será aplicada con preferencia a la ley general.

II. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, y que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

III. La autoridad jurisdiccional no podrá alegar falta, oscuridad, insuficiencia de la ley o desconocimiento de los derechos humanos y garantías constitucionales para justificar su vulneración.

En la subsunción se llama premisa mayor a la descripción de los elementos normativos a nivel abstracto (ej. Tipo penal) y las consecuencias derivadas de la realización material del caso concreto siendo la premisa menor lo sucedido en la realidad de los hechos en un caso concreto, de tal manera que la premisa menor se subsume en la premisa mayor y se materializa la norma. La Subsunción debe suponer un cuidadoso análisis de cada uno de los elementos establecidos en la

norma general y solo entonces luego de haber subsumido la realidad de los hechos a la norma general, se podrá aplicar la consecuencia de derecho para el caso concreto.

En el sistema continental y en la aplicación de la teoría de la subsunción el problema radica en que el contenido de la norma general y abstracta (premisa mayor) no puede ser inferido de manera automática sino mas bien debe ser **interpretado** en esa extensión debe ser precisado y significado en cuanto a su alcance por el órgano de aplicación, en este caso la interpretación se convierte en una creación del derecho

Para poder aplicar la norma se requiere como presupuesto el poder interpretarla que significa desentrañar el significado. Siendo la norma abstracta una forma de expresión del derecho, como tal debe ser interpretada en los casos en que se requiera desentrañar el significado del derecho inmerso en la norma.

9.2.1. LA INTERPRETACION COMO FUENTE DE DERECHO EN EL SISTEMA CONTINENTAL

Tal como explica el Dr. José Antonio Rivera Santiváñez en su libro “*La Jurisdicción Constitucional*” (Rivera 2004 p. 68) la interpretación jurídica ha sufrido una evolución resumida en cuatro etapas importantes:

- **La primera etapa** que se denomina la interpretación autentica, donde se prohíbe a los jueces la interpretación de disposiciones legislativas, debiendo estos mantener una postura meramente mecánica de tal modo que la interpretación de la norma solamente le correspondía al órgano. Es así que Montesquieu expresa que “*los jueces de la Nación, como es sabido, no son más ni menos que*

la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”

- **Una segunda etapa** en la que se reconoce a los jueces una interpretación judicial restringida en los supuestos de oscuridad e imprecisión de la norma.
- **Una tercera etapa** que se le reconoce al juez la potestad de la integración de las normas, es decir para llenar las lagunas oscuras de las normas, dando nacimiento de alguna manera a la creación de normas en casos de existencia de silencio del legislador en relación a un caso concreto
- **Una cuarta etapa** finalmente donde se reconoce al juez una potestad interpretativa amplia, en todos los supuestos de aplicación inclusive cuando no exista imprecisión en la norma abstracta.

Para cumplir con el objeto de la interpretación jurídica el aplicador de la norma se sirve de diferentes métodos de aplicación con base al texto de la norma: Gramatical, Sistemática, Teleológica, Histórica.

Ley del Órgano Judicial

ARTÍCULO 15. (APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES).-

I. El Órgano Judicial sustenta sus actos y decisiones en la Constitución Política del Estado, Leyes y Reglamentos, respetando la jerarquía normativa y distribución de competencias establecidas en la Constitución. En materia judicial la Constitución se aplicará con preferencia a cualquier otra disposición legal o reglamentaria. La ley especial será aplicada con preferencia a la ley general.

II. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, y que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

III. La autoridad jurisdiccional no podrá alegar falta, oscuridad, insuficiencia de la ley o desconocimiento de los derechos humanos y garantías constitucionales para justificar su vulneración.

10. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Luego de la revolución francesa se instauró una radical idea de la legalidad, que fue fundamental en el paso hacia el estado liberal, destacándose dos características esenciales de esa estructura: La ley como fuente privilegiada del derecho, desplazando a los jueces como seres inanimados que son la expresión de la ley y la primacía de la ley con su interpretación literal como defensa de la posible usurpación de la voluntad general en manos de los jueces.

Si bien en esta época existen los textos constitucionales donde se destacan los derechos fundamentales, las normas constitucionales sobre derechos constitucionales solo servían de pactos políticos, en cambio los casos concretos debían regirse por las leyes particulares. El principio de la soberanía parlamentaria mediante el cual las leyes expedidas por el parlamento se reputaban en estricta concordancia con la Constitución y en ese sentido eran consideradas infalibles. A los jueces en ese entonces les resultaba absolutamente prohibido revisar el contenido de las leyes bajo el argumento de que vulneraban la Constitución o Derechos Fundamentales.

La modificación de la soberanía parlamentaria se produce en los Estados Unidos de América a partir del universalmente conocido caso *Marbury vs Madison* que en inglés se llama “judicial review” y en español “control de constitucionalidad”. Esta derogación al principio de soberanía parlamentaria se fue extendiendo poco a poco en el resto del mundo toda vez que pasada la efervescencia del cambio en Francia, se comprobó también que las legislaturas a través de las emisiones de leyes podían violar la constitución, toda vez que luego que en periodo de la Segunda Post Guerra se comprobó paulatinamente como la legislación ordinaria contenía medidas de discriminación racial sistemática contra grupos específicos, como muchos grupos sociales no eran suficientemente protegidos por el derecho legislado (mujeres, homosexuales, niños); como en la última podía existir verdadera arbitrariedad legal. (Radbruch G, 1962,)

En el Constitucionalismo clásico las normas constitucionales solo podían ser aplicados por actores como ser el Presidente, Congreso, Corte Suprema de Justicia, parecían ser los legitimados en situaciones políticas muy especiales a aplicar directamente el contenido de la Constitución y los jueces solamente aplicaban los códigos y las leyes y no veían en la Constitución normas vinculantes que los obligara a decidir casos conforme a ella.

El Constitucionalismo moderno a partir de la Post-Segunda Guerra, instaure la supremacía de la Constitución y abre a los ciudadanos a buscar la posibilidad de una acción directa y esto se refleja en las Constituciones así como en los Tratados como ser La Declaración Universal de los Derechos Humanos. A partir de estos hechos la norma

constitucional deja de ser un derecho suave y se convierte en un derecho duro

Es así que el cambio del Estado Legislativo hacia el Estado Constitucional, da lugar a un cambio, en la concepción de la Constitución y del Derecho. El hecho que la Constitución deja de ser una norma de carácter principista y programática y pasa ser una norma superior de aplicación directa todos los órganos del poder público y los ciudadanos así como la como la positivización y judicialización de los derechos fundamentales da lugar a que la tesis de la interpretación del juez inanimado diere paso a la tesis de que “la jurisprudencia supone algún tipo de creación jurídica y es el momento en que se reconoce que la Constitución es una norma jurídica de aplicación directa que se dirige no solo a los legisladores sino a todos los juristas y ciudadanos, en el marco del principio de la supremacía constitucional se otorga valor normativo a la constitución por lo que sus normas son consideradas de aplicación directa.

Tanto el proceso de positivización y judicialización de los derechos humanos así como la adopción de sistemas de control de constitucionalidad han generado la necesidad de una interpretación de la norma constitucional.

El nuevo constitucionalismo ha efectuado un cambio radical en el derecho constitucional, las normas constitucionales y en especial las que consagran derechos fundamentales se han convertido en normas a ser aplicadas directamente en conflictos por los jueces y funcionarios administrativos

Es en esta nueva visión que el Derecho Constitucional asume la materia de la Teoría de la Interpretación y en esa extensión la teoría liberal del

seguimiento dogmático del texto de la ley da paso a la teoría de la Jurisprudencia como instrumento de creación jurídica.

“De manera general se podría señalar que la interpretación constitucional es el procedimiento cuyo objetivo es descubrir y explicar el significado atribuido al lenguaje usado en el texto de la Constitución a objeto de establecer el sentido claro, preciso y concreto de una norma constitucional para aplicarla y hacerla aplicable a un determinado caso.” (Rivera. 2004, p 70)

En esa extensión la *“interpretación constitucional tiene el objeto de dotarle de operatividad jurídica a la Constitución de manera tal que a través de la labor hermenéutica se optimicen y maximicen las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido.” (Rivera. 2004, p 73)*

A diferencia de la interpretación de las leyes, la interpretación constitucional no implica ni concluye simplemente en el razonamiento lógico jurídico, sino se tiene que tomar en consideración las condiciones sociales, políticas, históricas en las que se generó la Constitución y las que concurren en el momento de la labor interpretativa. En este momento ya se empieza a generar el acercamiento entre el derecho anglosajón y el derecho continental.

La interpretación constitucional tiene su propia particularidad que precisa de aplicación y principios diferentes que no se aplican a la interpretación de las normas ordinarias. En ese sentido existen diversos tipos de interpretación como ser la **práctica** orientada hacia una adecuada aplicación de la norma constitucional a una determinada situación; o la interpretación **creativa** donde la norma constitucional se aplica a un caso concreto a partir de una compatibilización e integración de toda la normativa constitucional. Ej. la integración a la normativa constitucional

nacional del *bloque de constitucionalidad*; o la interpretación **previsora** que como su nombre lo indica prevé las consecuencias que se pudieran dar al retirar una norma del ordenamiento jurídico.

11. EL PRECEDENTE

Constituye ya una discusión común en el campo del derecho el tema que los “precedentes” ocupan una posición destacada entre los argumentos que los jueces disponen para justificar sus decisiones ya sea en el derecho continental como en el sistema del Common Law y como resultado de una creciente aproximación entre ambos sistemas – el Continental y el Common Law- los distintos fallos que llevan a los jueces a tomar decisiones no solamente están fundamentados por la sola exégesis de los textos legislativos sino mas bien por la consideración de decisiones anteriores (precedentes) que constituyen los instrumentos con el que siempre debe operar el Juez.

Si partimos de la consideración que el “derecho es un concepto interpretativo”(Dworkin, R. 1997, ps. 225 y ss) los precedentes al completar la norma posibilitan la interpretación final por lo que aún cuando Hughes pueda ser exagerado al decir que el derecho “*es lo que los jueces dicen que es*” (Hughes, 1907) el “precedente” vinculante y la legislación son dos de las técnicas de las que se vale el derecho, siendo ambos elementos necesarios en todo sistema jurídico.

La legislación boliviana está basada en el modelo romano –germánico cuyo principal problema es que la leyes se interpretan, al amparo de la legislación nacional y un juez puede interpretar una norma de una manera, otro juez de otra manera y así sucesivamente tenemos que sobre una misma norma se pueden encontrar diversas interpretaciones, cada

juez interpreta a su manera, con su matiz y con su carga personal y emocional lo que genera una **inseguridad jurídica** donde similares casos pueden ser resueltos de distinta manera por jueces diferentes.

En cambio el modelo anglosajón inglés – americano está basado en un sistema jurisprudencial donde funciona a cabalidad el precedente vinculante siendo este sistema más predecible, más transparente y más igualitario.

A partir de la puesta en vigencia del Tribunal Constitucional, nuestro sistema judicial ha dejado de ser romano germánico puro y en ese sentido con la integración del sistema del precedente vinculante recibe una fuerte influencia anglosajona

Entonces el precedente vinculante es toda decisión judicial anterior que tenga alguna relevancia para el juez cuando este debe resolver un caso, viniendo de un tribunal superior como es el Tribunal Constitucional y estando esta vinculación establecida por la norma superior constitucional y leyes orgánicas así como por mandato de principios constitucionales superiores como ser la Igualdad y la Seguridad Jurídica y la Previsibilidad de las Decisiones Judiciales de tal modo que los ciudadanos puedan planificar sus actividades sobre bases racionales, es casi imposible que un juez o el mismo Magistrado del Tribunal Constitucional pueda apartarse de tan profunda vinculación, sin embargo no obstante que se debe respetar la estabilidad jurídica expresada en una realidad formal, la sociedad avanza y la realidad formal puede muchas veces estar rezagada en comparación a la realidad material por lo que es preciso ajustar el derecho a las nuevas realidades, es por ello que los jueces entonces deben también procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias

Es así, que nos encontramos ante la gran exigencia que debe tener la teoría de los precedentes cual es el reconciliar la obligatoriedad de seguir los precedentes con la facultad de los jueces de encontrar la solución más correcta o justa para el caso a resolver

Un precedente vinculante no necesariamente significa que deba permanecer inmodificable sin embargo es irrazonable abandonar una concepción ya aceptada sin que exista un fuerte fundamento. El continuo cambio en las relaciones de vida pone al juez que aplica la norma ante constantes nuevas cuestiones por lo que los cambios en las situaciones de vida demandan el consiguiente ajuste en la jurisprudencia. El juez llamado a resolver un caso cuya materia ya ha sido debidamente resuelta en fallos pasados, debe someter los precedentes relativos a un examen de racionalidad y luego de ello decidir si la interpretación expresada en el precedente y la concreción de la norma son correctos, en ese sentido el juez no puede aceptar y aplicar a “ciegas” el precedente vinculante teniendo la extrema obligatoriedad de apartarse de dicho precedente si considera que contiene una interpretación incorrecta o si el precedente establecido para ese anterior caso con el cambio de una realidad material o de un cambio en el ordenamiento jurídico, para hoy día es inaceptable. El respeto al precedente es obligatorio sin embargo no puede traducirse en un aprisionamiento de la razón ni significa que los jueces queden atrapados por errores anteriores, de todas manera es inadmisibles el abandono discrecional de los precedentes que sería altamente ofensivo a los principios constitucionales ya mencionados.

El Tribunal español en su línea jurisprudencial ha expresado que aunque la obligatoriedad del precedente vinculante no implica una férrea inmutabilidad de los criterios interpretativos “impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos

sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considera que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (STC 40/1979 y línea jurisprudencial 166/1985, 12/1988, 63/1988 Tribunal Constitucional Español www.tribunalconstitucional.es)

El precedente se crea en base a la argumentación presentada para la decisión de caso, por lo que la fuerza vinculante depende entre otros de la fuerza de razonamiento en el que se apoya, entonces este precedente también en lo futuro posterior a su creación debe estar expuesto a la contra-argumentación que necesariamente debe tener el peso suficiente de las razones fundantes del precedente a sustituir. “La estabilidad de de la jurisprudencia constituye “a good reason” y que si bien ninguna regla es inmutable, apartarse de un precedente siempre exige una “especial justificación” *“Even in constitutional cases, stare decisis carries such persuasive force that the Court has always required a departure from precedenti to be supported by special justification”*. Según lo expresado en la Sentencia *United States v International Machines Corp* , 517 U.S. 843,856.

La existencia de criterios jurisprudenciales establecidos en los precedentes orienta la conducta de los particulares quienes obran en cierto sentido celebrando contratos, negocios jurídicos, en ese sentido el cambio de precedentes genera inquietudes desde el plano de la exigencia de la justicia que no pueden tener una respuesta genérica sino más bien se las debe analizar a partir de cada clase de precedentes que tiene sus propias implicancias y reglas para el abandono. En ese sentido tenemos: “Precedentes Interpretativos” que se limita a atribuir determinado sentido a una norma, por lo que dicho cambio o mutación

exigirá una menor dosis de fundamentación que una mutación de un precedente “*praeter legem*” que en su momento haya significado la creación de una norma; por otro lado tenemos los “Precedentes Incorrectos” en este caso una interpretación defectuosa que debe mutarse por lo que la “salvaguarda de la seguridad jurídica” debe quedar en un segundo plano; “Precedentes Inconstitucionales” donde las objeciones al cambio del precedente quedan totalmente debilitadas toda vez que tales precedentes no merecen ninguna protección.

No debemos perder de vista que con anterioridad a seguir “ciegamente” un precedente será preciso determinar a qué obligan los precedentes, cuestión que nos llevará a preguntarnos inicialmente “cómo se interpretan los precedentes”, toda vez que existen problemas complejos que resolver como ser la pluralidad de razonamientos cuando existen votos disidentes, en ese sentido debemos explorar “que sucedía en la cabeza del juez al emitir el razonamiento”, cuáles eran las motivaciones de los jueces que contribuyeron a crear determinada línea jurisprudencial, más aún, estaremos expuestos al igual que con la norma positiva, a que debido a la posible falta de certeza por la vaguedad, ambigüedad u oscuridad del lenguaje puede no resultar claro si la línea jurisprudencial se debe aplicar o no, generando una situación ante la cual el juez tendrá la libertad de no seguir un precedente vinculante.

El apartarse de un precedente sin duda generará problemas, en esa extensión debemos preguntarnos a qué obliga un precedente? y acá debemos establecer una diferencia entre el *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, la teoría ha establecido que el punto esencial de la frontera existente entre estos dos institutos, es la necesidad de las razones o fundamentos respectivos en orden a la justificación de la respuesta para

el caso, si esta razón es el fundamento esencial se llamará **ratio decidendi**” (“The general reasons or principles of a judicial desition (as thuis abstracted from any peculiarities of the case) are commonly styled by writers on jurisprudente, the ratio decidendi (...) Ratio decidendi is itself a law (Austin, John *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law*, two vols., R. Campbell (ed.), 4th edition, rev., London: John Murray, 1879 [Bristol: Thoemmes Press reprint, 2002]. pàg 625) y si solamente son enunciados y comentarios contenidos en un fallo sobre alguna regla de derecho o proposición jurídica que no sea esencial para la solución del caso, entonces son **obiter dictum** y carecen de fuerza vinculante. Esta distinción es muy difícil de visualizar pues la línea que separa al ratio decidendi del obiter dictum no es clara ni es definida.

El apartarse de los precedentes entonces tiene que ver con los cambios en las líneas jurisprudenciales y estos cambios deben ser realizados con una técnica que implique la revocación de los precedentes sin provocar disturbios que provoquen Inseguridad jurídica, es entonces donde entran a utilizarse instrumentos como el Overrulling y el Distinguish, que si bien son técnicas que se utilizan en el sistema anglosajón, hoy día el acercamiento de ambos sistemas nos va a permitir también poder utilizar dichas técnicas en beneficio de un sistema cada vez mejorado.

Hasta hace poco en los sistemas del Civil Law o Continentalistas esta doctrina no existía y a lo sumo la jurisprudencia como fuente de derecho adquiría importancia cuando se repetía una cantidad razonable de sentencias judiciales emanadas del Tribunal Supremo y que las mismas hayan sido ratificadas en sentencias posteriores.

La última década especialmente ha existido una convergencia entre los dos sistemas –*common law* y *civil law*- y esa tendencia se ha visto

reflejada en la importancia que hoy en día se le asigna a la jurisprudencia como fuente de derecho en el civil law.

12. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

En Bolivia la reforma constitucional de 1861 daba competencias a la Corte Suprema de Justicia para que conociera “de los negocios de puro derecho cuya decisión depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes” (Rivera. 2001, ps. 119-122)

Aun así en Bolivia con el constitucionalismo social de 1938, no se constitucionalizo la aplicación del derecho por parte de los jueces inferiores por lo que la aplicación directa de la norma constitucional era inexistente, estas normas tan solo permanecieron como principios y fines de la Constitución. Bajo la soberanía parlamentaria las posibilidades de control constitucional y de interpretación constitucional eran inexistentes. Solamente el cambio se genera a través de la creación del Tribunal Constitucional que reclama para su jurisprudencia el valor vinculante y obligatorio del precedente al tenor de los artículos 4 y 44 de la Ley del Tribunal Constitucional.

La Constitución es una norma cualitativamente distinta de las demás normas ordinarias, por lo tanto es susceptible de interpretación, lo que nos trae a preguntarnos quién debe ser el supremo intérprete de la Constitución.

Si la interpretación constitucional es el procedimiento cuyo objetivo es descubrir y explicar el significado atribuido al lenguaje usado en el texto de la Constitución, con la finalidad de establecer el sentido claro, preciso y concreto de una norma constitucional para aplicarla o hacerla aplicable a un determinado caso. Asimismo, queda claramente establecida la

diferencia entre la interpretación jurídica en general y la interpretación constitucional, toda vez que las normas constitucionales se diferencian en su esencia de todas las demás normas integradoras del ordenamiento jurídico por lo que la interpretación constitucional tiene su propia particularidad y características, requiriendo en ese sentido de la aplicación de principios diferentes a los utilizados en la interpretación de las normas jurídicas ordinaria

Por otro lado, se ha mencionado que la interpretación constitucional debe pretender generar un acercamiento entre la realidad material y la realidad formal para de ese modo garantizar su estabilidad y permanencia en el tiempo, de esa manera evitando generar una inestabilidad institucional, que provoca a su vez la inseguridad jurídica. Por lo tanto, se puede concluir claramente que la interpretación de las normas constitucionales difiere de la interpretación de las demás normas jurídicas ordinarias.

Con relación a la titularidad de la interpretación constitucional, se debe considerar que la Constitución es una norma jurídica suprema con carácter vinculante para los jueces, funcionarios públicos y ciudadanos y en esa extensión es de aplicación directa.

Empero, en un sistema constitucional que depende de un control de constitucionalidad, existe un intérprete máximo de la Ley Fundamental cuya interpretación tiene el carácter vinculante para los órganos del poder público, las autoridades públicas y los ciudadanos; la misma Constitución Política del Estado Plurinacional así como la anterior CPE ha instituido al Tribunal Constitucional Plurinacional como máximo guardián e intérprete de la Constitución, al tener la potestad exclusiva de ejercer el control de constitucionalidad en Bolivia

Si bien existen otros intérpretes de la Constitución (El Legislativo y el Ejecutivo), la interpretación constitucional puede ser desarrollada por estos órganos de poder al ejercer sus facultades o potestades asignadas por el constituyente, dando lugar así a la interpretación legislativa, la ejecutiva o la judicial. Sin embargo, en la interpretación judicial se presenta la interpretación judicial constitucional, y es la que desarrollan los jueces y tribunales a cargo del control de Constitucionalidad.

En esa extensión, la interpretación judicial constitucional es la más importante, porque esta se constituye en la interpretación final y definitiva de la Constitución y se sitúa por encima de aquella que puedan realizar el resto de los órganos del Estado.

Por lo que en el Estado "Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, el sistema constitucional boliviano cuenta con un mecanismo de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad (modelo europeo-kelseniano), instituido a través del Tribunal Constitucional

CPE 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

Plurinacional, quien está a cargo del control de la constitucionalidad de las leyes, y se constituye en el máximo intérprete de la Constitución, por lo tanto el único órgano autorizado por la Ley Fundamental para desarrollar

la interpretación constitucional última, con efecto vinculante respecto a todos

Como se puede apreciar de la lectura del Art 196 de la CPE, se debe considerar que 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”* esta normativa indudablemente restringe como criterio preferente de interpretación constitucional: a) la voluntad del constituyente, y; b) el tenor literal del texto, estableciendo una limitación a la facultad del Tribunal de acercar la realidad formal a la realidad material

12.1. LAS ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El artículo 202 de la CPE enumera las atribuciones del Tribunal Constitucional en doce apartados las mismas que pueden ser agrupadas en los siguientes bloques:

a) Control Normativo

- a. 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.

- b. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución. Se la agrupa como una atribución de control normativo porque lo que se recurre es la norma que crea, modifica o suprime la carga tributaria
- c. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución. En este caso esta norma se debe entender cuando se violen reglas procedimentales previstas en la Constitución para su reforma
- d. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.

b) **Protección de Derechos** Los Derechos Fundamentales ocupan un lugar importante en el ordenamiento constitucional y se sitúan en un lugar muy preferente en el seno del ordenamiento por lo que su vulneración por ser derechos de aplicación directa implicaría una vulneración a la norma constitucional, en esa extensión su salvaguarda no solo supone la protección de un derecho o interés legítimo subjetivo sino también la defensa objetiva de la Constitución sirviendo de este modo, por lo general el Amparo Constitucional o la Acción de Libertad a este fin importante

- a. 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.

- b. **Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas.** Toda vez que el recurso de Amparo es evidentemente efectivo contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, frente a un acto del Poder Legislativo en el supuesto de una vulneración de garantías, no cabe el recurso de Amparo, por lo que se comprende a la perfección sujeción al control de constitucionalidad de las resoluciones provenientes de aquel Poder

c) Conflicto de Competencias

- a. Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público.
- b. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas
- c. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

d) Consultas

Al Tribunal Constitucional se le atribuye una función consultiva en relación a su labor de control de la constitucionalidad de las leyes al encomendarle el absolver las consultas del Presidente, altos encargados y autoridades indígenas sobre la constitucionalidad de proyectos de ley así como de aplicación de normas jurídicas a casos determinados

- a. 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.
- b. 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.
- c. **Recursos de Nulidad**

Finalmente el Art 202 atribuye al conocimiento del Tribunal Constitucional los recursos directos de nulidad interpuestos en resguardo del art 122 de la Constitución Política del Estado.

13. EL EFECTO VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

En el marco de sus atribuciones el Tribunal Constitucional dicta sentencias y resoluciones donde establece los alcances y el sentido de

los derechos resoluciones que tienen carácter vinculante y obligatorio tal como lo expresa el Art 203 de la CPE.

ART 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.

Asimismo el legislador ha reiterado la consagración de la cosa juzgada constitucional en la norma prevista por el art. 8 de la Ley N° 027 del Tribunal Constitucional la que dispone que “*contra ellas (las resoluciones) no cabe recurso ordinario ulterior alguno*”.

El Art. 203 precedente, al igual que el Art 121 de la anterior Constitución, está inspirado en el Art.164 de la Constitución española de 1978. Acá se deben tomar en cuenta varios aspectos esenciales:

- a) La irrecorribilidad de la sentencia, es decir contra ellos no cabe recurso alguno y tienen calidad de cosa juzgada.
- b) La sentencia que declara la norma inconstitucional, hace inaplicable la norma impugnada y surte efectos frente a todos.
- c) La sentencia de inconstitucionalidad no afecta a sentencias anteriores que tenga calidad de cosa juzgada.

A través de las sentencias constitucionales se da concreción normativa a las cláusulas abstractas de la Constitución, convirtiendo en derechos jurídicos y concretos los derechos políticos y abstractos.

En esta labor el Tribunal Constitucional se convierte en creador de derecho porque de numerosas normas implícitas no expresadas en la

Constitución logra generar y desarrollar las normas generales de la Ley Fundamental del Estado. En esa extensión cambia la concepción clásica sobre la función de la Jurisdicción Constitucional, pues contrario a la visión kelseniana del “legislador negativo” hoy se concibe al Tribunal Constitucional en la función “Creadora del Derecho”.

Toda vez que contra las resoluciones y decisiones del tribunal Constitucional no cabe recurso alguno y las mismas tienen calidad de cosa juzgada, esta cualidad de cosa juzgada que contiene una sentencia o decisión del Tribunal Constitucional no puede ni podrá ser atacada ni contradicha en posteriores decisiones de órganos judiciales.

Es así que el Tribunal Constitucional, en su SC 1249/01-R de 23 de noviembre, ha expresado que: *“(..) las normas citadas precedentemente tienen su fundamento en el hecho de que Bolivia, como Estado Democrático de Derecho basado, entre otros, en los principios fundamentales de la soberanía popular, la separación de funciones, la independencia y coordinación de los poderes públicos y la supremacía constitucional, adopta un sistema constitucional en el que la labor del control concentrado de constitucionalidad está encomendada al Tribunal Constitucional, por lo que éste se convierte en el máximo Tribunal de justicia constitucional e intérprete de la Constitución, guardián de la supremacía e integridad de la Constitución; por lo que el Poder Constituyente, a través de la citada norma constitucional instituyó el principio de la cosa juzgada constitucional, que otorga a las sentencias del Tribunal Constitucional un especialísimo nivel dentro del sistema jurídico”; luego, partiendo de ese análisis interpretativo de las normas referidas, ha concluido señalando que “(..) el sistema procesal constitucional adoptado por la Constitución y la Ley Nº 1836 para el ejercicio del control de constitucionalidad, en resguardo del principio de la seguridad jurídica,*

instituye la cosa juzgada constitucional, lo que significa que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional tienen carácter definitivo, absoluto e incontrovertible, de manera tal que sobre el tema resuelto no puede volver a plantearse nuevo litigio a través de recurso alguno". Esa doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia ha sido reiterada mediante las sentencias constitucionales siguientes: SC 1387/2001-R, de 19 de diciembre, y SC 047/2003-R, de 9 de abril.

Tal como se ha estudiado previamente y de una extracción de la doctrina anglosajona, la cosa juzgada constitucional **opera sobre la parte resolutive o decisum y sobre la parte motiva o ratio decidendi**. La doctrina reconoce la cosa juzgada constitucional explícita constituida por la parte resolutive de la sentencia constitucional, lo que también se conoce como el decisum. De otro lado, la cosa juzgada constitucional implícita constituida por la parte de la sentencia constitucional que consigna los fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutive, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos, eliminando por completo las elaboraciones puramente doctrinales, o sea, aquellas que, dentro del desarrollo lógico del razonamiento, constituyan el sustento de una conclusión fundamental, conocidas también como **obiter dictum**.

Por otro lado, se establece ya en la Constitución que El Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y así está expresado en:

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.

Aspecto que es corroborado por el Art 4 de la Ley del Tribunal Constitucional

Artículo 4 (Supremacía de la Constitución)

*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.*

Es en esa extensión que el Tribunal Constitucional al desarrollar las revisiones de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento utiliza criterios de **interpretación, es decir genera una interpretación de la norma constitucional a la cual debe ajustarse el entendimiento del resto del ordenamiento jurídico.**

A partir de la idea de la Constitución como norma jurídica de aplicación directa y la idea de supremacía constitucional, se configuran Tribunales Constitucionales, cuyo cometido es el resguardo de la integridad de la Constitución y dentro de ello, la compatibilidad que debe tener el resto del ordenamiento a sus normas, valores y principios.

De ahí que, aunque la Constitución no lo dice de manera directa el Tribunal Constitucional para cumplir tal cometido, **debe interpretar la Constitución.**

Es en esa extensión que al Tribunal Supremo de Justicia y a los tribunales y jueces inferiores les corresponde ejercer la jurisdicción ordinaria, estando el control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

14. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ORDINARIA BAJO LA CONSTITUCIÓN

De lo expresado podemos afirmar que es atribución del Tribunal Constitucional interpretar la Constitución, y de la jurisdicción común, interpretar el resto del ordenamiento jurídico, sin embargo la labor interpretativa de la legalidad ordinaria está sujeta al control constitucional correspondiéndole vía Revisión especialmente acciones de Libertad, de Amparo Constitucional especialmente el examen de los motivos y los argumentos en que la jurisdicción ordinaria funda su decisión, destinada a comprobar si los mismos no resultan insuficientes, irrazonables o arbitrarios o en disconformidad con una interpretación conforme a la Constitución; pudiendo el Tribunal Constitucional anular en su caso la decisión, cuando se constate que la misma no llena el canon de constitucionalidad de la interpretación.

Es en ese sentido que a la jurisdicción constitucional le compete el control de constitucionalidad de la interpretación de la legalidad ordinaria, en los supuestos en que tal labor interpretativa haya sido impugnada por motivación infundada, arbitraria o carente de razonabilidad, vulnerando con ello derechos fundamentales o garantías constitucionales. Este extremo está expresado en la Sentencia 58/2002 que puntualmente expresa en el Num. III.6:

“..III.6 Que la vinculatoriedad de las Sentencias del Tribunal Constitucional implica que los Poderes Públicos que sean aplicadores del derecho se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y principios de la Constitución han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia por la eficacia vinculante de dicha interpretación, los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos constitucionales...”

Es claro entonces que el Tribunal Constitucional a través de la revisión de los recursos, genera la oportunidad para interpretar la norma ordinaria en correcta relación con la norma constitucional tal como lo extraemos de la Sentencia Constitucional No 0012/ 2006, donde

Precedente obligatorio 012/2006

Cabe precisar que la expresión “evaluación integral” que utilizan ambos preceptos glosados, implica que el órgano jurisdiccional debe hacer un test sobre los aspectos positivos o negativos (favorables o desfavorables) que informan el caso concreto, de cara a los puntos fijados por la ley para medir tanto el riesgo de fuga como el de obstaculización; de tal modo que de esa compulsua integral, se llegue a la conclusión razonada sobre si existe o no riesgo de fuga u obstaculización. En esta evaluación, unos puntos pueden reforzar, o por el contrario enervar o eliminar los riesgos aludidos; lo cual, naturalmente, debe ser expuesto por el juez en la resolución que emita de manera coherente, clara y precisa.

Precedente obligatorio 012/2006

El Auto que disponga la detención preventiva debe estar necesariamente motivad, indicándose no solo los datos del imputado sino los hechos que se le imputan y el lugar donde debe cumplir la detención, sino que debe expresare los presupuestos que la motivan; es decir los elementos de convicción que ha formado el órgano jurisdiccional para determinar la detención preventiva. Consiguientemente no basta simplemente indicar que se ha tomada amplia convicción de lo expuesto por las partes y que concurren las circunstancias e indicios de los Art 234 y 235 de la citada ley, sino que ineludiblemente debe fundamentarse sobre la presencia de los dos requisitos que exige el Art 133 del Nuevo Código de Procedimiento Penal

En esa extensión la facultad creadora de derecho, posibilita la creación de la norma interpretada en la manera que ha interpretado el Tribunal Constitucional, siendo esta la única forma y manera que obligatoriamente deben interpretar todos los jueces, funcionarios públicos y ciudadanía, tal como también se ha expresado a través de un precedente obligatorio con la finalidad que dicho entendimiento sea obligatorio

Como quedó establecido precedentemente, si bien la interpretación de la legalidad ordinaria corresponde a la jurisdicción común; es competencia de la jurisdicción constitucional, los casos en que se impugne la interpretación ordinaria como arbitraria, insuficientemente motivada o con error evidente, por lo que la correcta interpretación de la norma ordinaria dentro de las acciones de tutela, de la decisión impugnada, a los efectos de comprobar si la argumentación jurídica en la que se funda la misma es razonable desde la perspectiva constitucional -razonamiento que debe ajustarse siempre a una interpretación conforme a la Constitución- o si por

el contrario, se muestra incongruente, absurda o ilógica, lesionando con ello derechos fundamentales o garantías constitucionales.

La interpretación de la norma ordinaria es atribución exclusiva de los jueces y tribunales ordinarios; por lo que esta interpretación no podría ser conocida por el Control Constitucional como una instancia de casación; pues su análisis sólo será posible cuando el asunto adquiriera relevancia constitucional, es decir cuando se vean afectados derechos fundamentales o garantías constitucionales.

El control de constitucionalidad de la interpretación efectuada en las resoluciones de los tribunales ordinarios por parte del Tribunal Constitucional, se explica en la eficacia que deben tener los enunciados constitucionales; y la obligatoriedad de sujetarse los poderes públicos a sus normas, principios y valores.

El Tribunal Constitucional tiene clara la idea que no se le está permitido el puro y simple análisis de la interpretación de la legalidad ordinaria, dado que según lo expresado en su (SC 1358/2003-R, *“...el amparo constitucional es una acción de carácter tutelar, no es un recurso casacional que forme parte de las vías legales ordinarias, lo que significa que **sólo se activa** en aquellos casos en los que se supriman o restrinjan los derechos fundamentales o garantías constitucionales, por lo mismo no se activa para reparar supuestos actos que infringen las normas procesales o sustantivas, debido a una incorrecta interpretación o indebida aplicación de las mismas”* Esta misma línea de entendimiento se ha expresado *las SSCC 308/2004-R, 446/2004-R, 695/2004-R, 1330/2004-R y 1392/2004-R,*).

La SC 1846/2004-R, de 30 de noviembre de 2004, ha establecido que la interpretación de la legalidad ordinaria es deber de la jurisdicción común y

que *“...corresponde a la justicia constitucional verificar si en esa labor interpretativa no se han quebrantado los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; principios a los que se hallan vinculados todos los operadores jurídicos de la nación; dado que compete a la jurisdicción constitucional otorgar la protección requerida, a través de las acciones de tutela establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución, ante violaciones a los derechos y garantías constitucionales, ocasionadas por una interpretación que tenga su origen en la jurisdicción ordinaria, que vulnere principios y valores constitucionales”*.

Asimismo, la SC 1917/2004-R, establece que *“...la interpretación de la legislación ordinaria corresponde a la jurisdicción común y a la jurisdicción constitucional le compete verificar si en la labor interpretativa se cumplieron los requisitos de la interpretación admitidos por el derecho y si a través de ese proceso interpretativo arbitrario se lesionó algún derecho fundamental”*.

“toda supuesta inobservancia o errónea aplicación de la legislación ordinaria, debe ser corregida por la jurisdicción común a través de los recursos que establece el ordenamiento; y sólo en defecto de ello, y ante la invocación de infracciones a las reglas de la interpretación admitidas por el derecho la jurisdicción constitucional puede ingresar a verificar si la labor interpretativa desarrollada cumplió o no con las reglas de interpretación y si a través de esa interpretación arbitraria, se lesionó algún derecho fundamental, únicos supuestos que permiten al Tribunal Constitucional realizar una verificación de la labor interpretativa de la jurisdicción común”.

El Tribunal Constitucional es el llamado a realizar la difícil tarea de la Interpretación de la norma ordinaria cuando esta lesiona un derecho fundamental o una garantía constitucional toda vez que la Norma Fundamental tiene supremacía sobre el resto de las normas pero además es de aplicación directa. Con esta labor los Magistrados deben ir acomodando paulatinamente las normas abstractas y perennes a una realidad de cambio permanente manteniendo sus principios y valores fundamentales, toda vez que la norma constitucional debe necesariamente estar acorde con la realidad nacional y no quedar estática en el tiempo. De esa manera los órganos de control de constitucionalidad desarrollan el correspondiente Precedente Vinculante.

Este Precedente Obligatorio se genera a partir de la interpretación de una norma ordinaria en correlación a la Constitución Política del Estado tomando en cuenta un determinado tiempo y una determinada situación. En este marco es evidente que la dinámica humana hace que la sociedad cambie y por tanto se generen otros requerimientos y/o entendimientos de las situaciones que otrora se resolvían bajo determinados parámetros, que debido al cambio social se encuentran en crisis o en su caso ya resultan inadecuados. Lo dicho también es perfectamente aplicable al fenómeno jurídico, en este caso el cambio social es susceptible de generar un nuevo tipo de entendimiento de la relación entre una norma de la legislación ordinaria y su ajuste con el mandato constitucional. De allí que la comprensión, que bajo un carácter vinculante ha establecido el Tribunal Constitucional, de esa relación de ajuste entre la norma ordinaria y el mandato constitucional pueda ya no ser la más adecuada, y en este sentido se requiera generar determinadas sub reglas para nuevos casos que puedan surgir, o definitivamente cambiar la línea que este Tribunal ha impuesto.

Es en esta tarea de adaptación del entendimiento que se tiene de la legislación ordinaria en su vinculación y ajuste con la Constitución, es que los jueces ordinarios pueden aportar grandemente, pues su experiencia y conocimiento vivencial de los cambios sociales, sumado a su conocimiento teórico jurídico, se constituye en una fuente de creación e innovación valiosa tendiente a coadyuvar en la evolución del derecho.

Ahora bien, el cambio en la realidad que perciben los jueces toda vez que ellos tienen conocimientos jurídicos que aplican a esa realidad, va a provocar que en diversas situaciones de cambios de la realidad material, los jueces puedan considerar que la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional Plurinacional ya no es la adecuada y en la medida que sus sentencias son vinculantes pueden obligar al juez a fallar con una línea jurisprudencial con la que no se esté de acuerdo, por tanto se justifica la necesidad de permitir que los jueces puedan consultar estos cambios al Tribunal Constitucional Plurinacional. En ese sentido la consulta y fundamentación sólida puede convertirse en un aporte muy importante para los futuros cambios y actualizaciones permanentes de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional.

El cambio de la realidad percibido por los jueces, sus conocimientos jurídicos aplicados a esta y el carácter vinculante que tienen las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional determinan la necesidad de establecer un mecanismo específico de consulta por parte de estos al Tribunal Constitucional Plurinacional para que en su caso pueda operar un cambio en su línea jurisprudencial.

15. APLICACIÓN DE LAS BASES TEÓRICAS EN LA FORMULACIÓN GENERAL DEL MECANISMO PROPUESTO

Desde la puesta en vigencia del Tribunal Constitucional hacia el año 1998 uno de los institutos más aplicados y tal vez menos entendidos es el referido al tema de los precedentes vinculantes que va emitiendo el Tribunal Constitucional. Los mismos estructuran líneas jurisprudenciales que son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, líneas generadas en especial a través de las revisiones de las acciones de Libertad y Amparo Constitucional.

1. Las sentencias y decisiones del Tribunal Constitucional sin duda tienen una mayor fuerza que aquella que emanan de los fallos dictados por otros órganos jurisdiccionales, inclusive los tribunales ordinarios o especiales, quedando los mismos obligados por lo que el Tribunal resuelva, sin perjuicio de que el mismo Tribunal quede vinculado por sus propios precedentes, los que sólo pueden ser cambiado por razones fundamentadas incrementando de esa manera la estabilidad y la certeza de sus decisiones, aunque de alguna manera limitando la independencia con que los órganos jurisdiccionales aplican las normas jurídicas entre ellas la Constitución Política del Estado (Peffer E., 2006. p. 188)

¿A que quedan obligados los jueces en virtud del principio del precedente? ¿Qué pasará cuando el Tribunal haya repetido un entendimiento de un principio fundamental, como ser el principio de la igualdad?, (un principio como este no puede ser entendido de manera absoluta en el entendido que el mismo tiene varias vertientes.) La CPE reconoce de alguna manera a los jueces un margen de autonomía, como se podría creer de una lectura del Art. 178 de la Constitución, “.....la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia.....”, esta independencia puede ser

entendida con relación al margen de autonomía, y si este principio de independencia se interpretara de manera absoluta, se podría restar toda importancia al principio de igualdad, toda vez que los jueces en mérito a su "independencia" podrían fallar casi a voluntad en los procesos, en ese sentido no se podría objetar la situación en la cual el juez falle de distinta manera en dos situaciones idéntica. Sin embargo, si un juez fallara interpretando el principio de igualdad de forma diferente a como interpretó en un fallo anterior pero siempre manteniendo dicha interpretación como la más acorde a la Constitución y justificando de manera razonable el cambio de criterio de su propia línea jurisprudencial, entonces quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial. En este caso, se realizará un cambio de su propia línea en un criterio aceptable.

Pero cuando el término de comparación está dado por una línea jurisprudencial generada por el Tribunal Constitucional, a partir de la ratio decidendi de cumplimiento obligatorio en una determinada sentencia donde se logra unificar todos los criterios para casos análogos, es razonable exigir que todos los jueces tengan el mismo criterio y cuando ellos deban considerar apartarse de la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal, deben necesariamente justificar de manera fundamentada y adecuada tal decisión.

El principio de independencia, los podría autorizar previa solicitud al Tribunal Constitucional a apartarse de la línea jurisprudencial, pero al apartarse estarían severamente condicionados a ofrecer una justificación suficiente y adecuada del motivo que los lleva a apartarse del precedente, "cuando pueda citarse un precedente a favor o contra de una decisión, debe hacerse" Alexy R (1989), Pag.12. "Quien quiera apartarse de un

precedente, asume la carga de la argumentación” (Alexy R., 1989, p.12) ¿cuáles serían entonces las justificaciones adecuadas y suficientes? y cuales las condiciones de la carga de la argumentación que debería asumir el que solicita el apartarse del precedente?

Como argumento ilegítimo se podría considerar el desconocimiento de la jurisprudencia, lo que daría lugar a un rechazo in-limine de la solicitud, sin embargo podría existir argumentación legítima, la cual debería ser cuidadosa al extremo en el entendido de que los jueces están obligados a aplicar la sub-regla constitucional al caso análogo, se trata entonces de argumentos legítimos que guarde concordancia con que se respete el principio de la aplicación uniforme y predecible del derecho, a partir de la nueva fundamentación.

Los argumentos legítimos podrían ser el respeto al principio de la analogía, en el entendido que los precedentes deben ser aplicados de manera general a aquellos casos futuros análogos por sus hechos, que los jueces deban resolver (Gutierrez, 2003, p. 153)

Si existiera por un hecho clave la disanalogía de los hechos, podría inaplicar un precedente y aplicar otro si existiera o hacer una interpretación directa de la Constitución. En este caso estaríamos ante un claro ***distinguishing*** concepto ya desarrollado a lo largo de este trabajo

El segundo argumento puede ser la distinción clara sobre el ratio decidendi y obiter dicta, toda vez que la obligación establecida en el cumplimiento obligatorio del precedente radica en el ratio decidendi que es la base de la decisión y no así en el obiter dicta, teniendo esta última solamente fuerza disuasiva mas no obligatoria. Es más, “el juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de ratio

decidendi a cualquier principio o regla, sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto” (Gutierrez, 2003, p. 157)

El cambio jurisprudencial ya sea a través del mismo Tribunal Constitucional o a través de otro mecanismo acá propuesto, es una técnica legítima posible pero debe ser de muy poca frecuencia de uso. Las razones para este cambio de línea jurisprudencial tiene que ver en primer lugar con el **cambio social**, por lo que el juez debe ser sumamente cuidadoso al argumentar las “nuevas circunstancias” que sean suficientemente poderosas para justificar dicho cambio. Por otro lado podrían existir precedentes equivocados que puedan incidir en sentencias injustas, en todo caso el juez debe estar atento a medir el impacto social que podría generar un cambio jurisprudencial, por lo que se trata de una técnica de uso excepcional.

Es así también como lo ha entendido la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-400 DE 1998 MP Alejandro Martínez Caballero Fundamento Jurídico No 57

“En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además para justificar un cambio jurisprudencial, no basta que el Tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente por el sólo hecho de serlo, goza ya de un plus pues ha orientado ya el sistema jurídico de determinada manera. Por ello para que

un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de peso y una fuerza tales que en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado, sino además sobre las consideraciones de seguridad e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de Derecho”

El art 28 Num 15) del la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece como una atribución lo siguiente:

“...15) Unificar la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional cuando se constate la existencia de precedentes contradictorios por avocación o mediante resolución de doctrina jurisprudencial.

La norma debe acoger la técnica del **overruling** donde el Tribunal considere necesario apartarse de la línea jurisprudencial, por lo que supone una “.....verdadera recreación constante de la Constitución por obra de su máximo intérprete. Negar tal posibilidad equivale a distorsionar el genuino carácter de la jurisdicción constitucional” (Fernández Segado, 2006, ps. 28-29)

Bajo todo el contexto analizado es evidente que la jurisprudencia constitucional tiene un carácter obligatorio para los jueces, es decir es el Tribunal Constitucional quien nos indica cómo han de entenderse y bajo que límites van a entenderse los derechos y garantías establecidos en la constitución, y por tanto es esta “comprensión” la que al ser obligatoria debe ser aplicada operativamente por los jueces a los casos que resuelven. De allí que en función de los cambios sociales, se hace también evidente que en un determinado momento esta comprensión

puede resultar discutible o requerir ajustes (como la creación de sub reglas para determinados casos), o cambios mucho más profundos. Por tanto un juez encontrado frente a una caso concreto, cuya resolución pasa por la aplicación de determinada línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional; pero a la vez conocedor de que tal línea no es la adecuada, queda en una disyuntiva: entre aplicar lo que la ley le manda a aplicar, esto es la jurisprudencia obligatoria del Tribunal Constitucional, o fallar yendo en contra de dicha jurisprudencia.

Frente a esta dicotomía el trabajo propone una solución que rescate los elementos aportados por el derecho anglosajón en cuanto a la doctrina del precedente y el sistema de control concentrado de constitucionalidad que nuestro ordenamiento jurídico adopta. En este marco no sería posible pensar en que el juez ante la disyuntiva anotada líneas arriba, falle en contra de la jurisprudencia "obligatoria" del Tribunal Constitucional, pues el sistema es concentrado y es el mencionado ente el único que puede interpretar la constitución y marcar líneas obligatorias en cuanto como deben entenderse los derechos y garantías; es decir en la hipótesis trabajada, ya existe una línea obligatoria establecida por el Tribunal Constitucional sobre X asunto y ante esto el juez no puede apartarse de la misma. Por tanto al ser el sistema concentrado la solución lógica -ante la disyuntiva- es la de consultar al Tribunal Constitucional si la línea jurisprudencial marcada por tal ente, no debería modificarse o ajustarse bajo los elementos argumentativos aportados por el juez conflictuado. Bajo tal consulta el Tribunal establecerá si mantiene su línea o la modifica y en este último caso bajo que parámetros. Absuelta la consulta el inferior deberá ajustar su decisión sobre el caso concreto, a la línea marcada por el Tribunal Constitucional, sea que haya mantenido o modificado su línea jurisprudencial.

Bajo lo anotado esta “Acción de Consulta sobre cambio Jurisprudencial”, procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la obligatoriedad de seguir un Precedente obligatorio pre-establecido por el Tribunal Constitucional. Ahora bien en la medida que esta acción nace de la inquietud del juez inferior sobre la necesidad de modificar cierta línea jurisprudencial del superior, la legitimación sólo le corresponde a dicha autoridad. Tal previsión también obedece al criterio acertado de que un cambio de línea jurisprudencial tiene un carácter excepcional, pues deben generarse condiciones de estabilidad y seguridad jurídicas, por ello al estar el mecanismo de activación solamente en manos del juez, el mismo será implementado en circunstancias excepcionales cuando el juzgador, producto de mucho tiempo de meditación e inquietud por lo que observa ocurre en la realidad se atreva, bajo el paraguas de un caso concreto que está conociendo, sugerir el cambio de línea jurisprudencial.

Tras el análisis presentado se considera que debe existir un mecanismo en favor de los jueces para poder consultar al Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de modificar o ajustar su línea jurisprudencial, con todas las exigencias ya descritas. Tal mecanismo presentaría un carácter de recurso de consulta que bien podría incorporarse a la Ley del Tribunal Constitucional como parte del Título V referido a los Recursos y Consultas, bajo un Capítulo específico, sugiriéndose el denominativo de “Recurso de Consulta sobre cambio Jurisprudencial”. A continuación nos atrevemos a sugerir como un documento de análisis y discusión la siguiente estructura para dicho mecanismo.

CAPITULO NN

RECURSO DE CONSULTA SOBRE CAMBIO JURISPRUDENCIAL

Art NN (OBJETO Y LEGITIMACIÓN)

El recurso procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la obligatoriedad de seguir un Precedente pre-establecido por el Tribunal Constitucional. Esta acción será promovida exclusivamente por el Juez o Tribunal.

Art NN (CONTENIDO DEL RECURSO)

El recurso contendrá:

1. La mención del Precedente obligatorio que se cuestiona y se pretende modificar y su vinculación con el derecho lesionado.
2. La fundamentación y argumentación del cambio de línea jurisprudencial y la relevancia que tendrá el precedente en la decisión del proceso.

Art NN (OPORTUNIDAD Y EFECTO)

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

La presentación del recurso será notificada a las partes y suspenderá la decisión del juez sujeta a la aplicación del precedente constitucional.

Art NN (PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL Y EFECTO).

- I. Recibidos los antecedentes del recurso, estos pasarán a la Comisión de Admisión para determinar su admisibilidad en plazo de 10 días. En caso de no ser admitido, la línea jurisprudencial

motivo de la consulta se mantiene, quedando el inferior obligado a aplicarla, sin recurso ulterior.

- II. El Tribunal Constitucional Plurinacional emitirá la Declaración Constitucional correspondiente en plazo de 30 días.
- III. La Declaración Constitucional podrá mantener o modificar la línea jurisprudencial sujeta a consulta quedando aquella con carácter obligatorio y vinculante.

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES

En la búsqueda de una solución al problema planteado, hemos concluido que la Constitución Política del Estado no puede ni debe comprenderse sino exclusivamente en el entorno de su carácter colectivo o popular y de su propio deber de convertirse en un verdadero freno al abuso del poder. Sólo en esa extensión comprenderemos los controles de constitucionalidad que se establecieron a través del tiempo, ya sea el control difuso y el control concentrado, practicado aunque no en forma exclusiva, el primero por el sistema anglosajón del Common Law y el segundo al interior del Sistema Continental o Civil Law

El análisis practicado en este trabajo de investigación, se lo hizo estudiando tanto el Sistema Continental como el Anglosajón y en ese intento hemos llegado a comprender la importancia de los instrumentos anglosajones en especial de la Doctrina del Stare Decisis y por supuesto la instrumentalización a través de su principal instituto cual es el "Precedente".

Asimismo hemos visto como a través del Control de Constitucionalidad concentrado, poco a poco el Sistema de Derecho Continental ha ido haciendo suyo el sistema del Precedente en un acercamiento vital entre ambos sistemas y lo ha podido acoplar a través de un distinto ropaje rompiendo el dogma establecido en el pasado reciente de que el Juez es la boca de la ley y abriendo un inmenso campo al derecho que con el uso responsable del Instituto de los precedentes va a verse inmensamente beneficiado de tener una justicia pronta, igualitaria y que se pueda ir

modificando a medida que los tiempos cambien. La jurisdicción constitucional toma para sí la doctrina del precedente por lo que los principios de toda decisión jurídica a ser tomada se deben buscar en lo que han resuelto los magistrados en sentencias pasadas en casos similares y el método utilizado primordialmente es el de la doctrina del *stare decisis* (*Estar a lo decidido*) lo que implica que se debe respetar las decisiones precedentes tomadas previamente por otros magistrados que resolvieron un problema similar y *aplicar el principio que todos los casos similares deben ser resueltos de similar manera, "a un idéntico caso, una idéntica respuesta,*

Pero no todo el contenido de la sentencia tiene fuerza obligatoria o vinculante. La obligatoriedad de respetar un precedente alcanza a la Ratio Decidendi – Holding o La Razón de la Decisión que tiene fuerza o valor vinculante en una sentencia, estando el Obiter Dicta careciendo de la misma por ser argumentos que pueden ser pertinentes pero superfluos.

La Jurisdicción Constitucional al adquirir para sí, la doctrina del precedente tiene en sus manos los dos instrumentos técnicos doctrinarios que se utilizan para apartarse del cumplimiento estricto de un precedente: el ***distinguishing*** donde se permite al Magistrado distinguir y bajo ciertas premisas apartarse del precedente vinculante porque el análisis de un caso similar no contiene los mismos supuestos del caso sobre el cual se ha establecido el precedente vinculante, ya sea a través de la distinción de derecho o a través de la distinción de hechos y el ***overruling*** o revocatoria que viene acompañado del cambio en la línea jurisprudencial.

En un aplicación de la doctrina hemos verificado que si bien el Tribunal Constitucional puede modificar su propia línea jurisprudencial, el juez ordinario que razona tiene también criterio propio, conocimiento científico, conocimiento social y puede ver que la realidad social cambiante **(realidad material)** se ha modificado por consiguiente una cierta línea jurisprudencial **(realidad formal)** del Tribunal Constitucional Plurinacional no se adecua a esa realidad, o pueda percibir una precedente equivocado y sea preciso su modificación, entonces cuando ese cambio de la realidad o ese precedente equivocado es percibido por los jueces con sus conocimientos jurídicos aplicados pueden determinar la necesidad de un mecanismo concreto de consulta de parte de los jueces al Tribunal Constitucional Plurinacional para que opere un cambio en su línea jurisprudencial.

RECOMENDACIONES

A continuación nos atrevemos a recomendar como un documento de análisis y discusión la siguiente estructura para dicho mecanismo, que consideramos puede ser introducido como un capítulo dentro de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

CAPITULO NN

RECURSO DE CONSULTA SOBRE CAMBIO JURISPRUDENCIAL

Art NN (OBJETO Y LEGITIMACIÓN)

El recurso procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la obligatoriedad de seguir un Precedente pre-

establecido por el Tribunal Constitucional. Esta acción será promovida exclusivamente por el Juez o Tribunal.

Art NN (CONTENIDO DEL RECURSO)

El recurso contendrá:

3. La mención del Precedente obligatorio que se cuestiona y se pretende modificar y su vinculación con el derecho lesionado.
4. La fundamentación y argumentación del cambio de línea jurisprudencial y la relevancia que tendrá el precedente en la decisión del proceso.

Art NN (OPORTUNIDAD Y EFECTO)

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

La presentación del recurso será notificada a las partes y suspenderá la decisión del juez sujeta a la aplicación del precedente constitucional.

Art NN (PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL Y EFECTO).

- IV. Recibidos los antecedentes del recurso, estos pasarán a la Comisión de Admisión para determinar su admisibilidad en plazo de 10 días. En caso de no ser admitido, la línea jurisprudencial motivo de la consulta se mantiene, quedando el inferior obligado a aplicarla, sin recurso ulterior.
- V. El Tribunal Constitucional Plurinacional emitirá la Declaración Constitucional correspondiente en plazo de 30 días.

- VI. La Declaración Constitucional podrá mantener o modificar la línea jurisprudencial sujeta a consulta quedando aquella con carácter obligatorio y vinculante.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LIBROS

1. Ahumada R. "El Certiorati". Ejercicio discrecional de la Jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estado Unidos.
2. Austin, John Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law, two vols., R. Campbell (ed.), 4th edition, rev., London: John Murray, 1879 [Bristol: Thoemmes Press reprint, 2002].
3. David, R. (1973) "Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Madrid, España Trad Bravo, P,
4. Díaz P (1997) El Estado y El Tercer Mundo 3ra Ed. Bogotá Colombia Temis
5. Dworkin, R (1997) "El derecho como interpretación" Madrid España, , "Hermenéutica", Arco/Libros.
6. Farnsworth A, (1990) Introducción al Sistema Legal de los Estados Unidos, trad. De Horacio Abeledo Buenos Aires, Ed. Zabalía
7. Frederick, (1990) Historical Introduction to Anglo-American Law in a Nutshell, 3a. ed., Los Angeles, West Publishing Co.
8. García de Enterría E, (1994) La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid España. Ed Civitas
9. Gutierrez V Instituto de la Judicatura de Bolivia (2003) " La Interpretación Constitucional"
10. Hobbes T. (1966) Leviathan, or the matter, form, and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil. Edited by Sir William Molesworth. Aalen : Scientia Verlag, 1966. 2nd reprint 1839-edition

11. Kelsen H. (1982) Teoría Pura del Derecho 1ra Edición México, Dirección General de Publicaciones. Universidad Nacional Autónoma de México
12. Locke J (1965) Two Treatises of Government, New American Library
13. Paine T (1977) Rights of Man , London, England, Pelican Classics
14. Potter. J. (1948) Historical Introduction to English Law. London England 3ra Edic. Londres, Allison.
15. Radbruch G. (1962) Arbitrariedad Legal y derecho suprallegal, Buenos Aires Argentina Abeledo – Perrot.
16. Rivera, J.A. (2004) Jurisdicción Constitucional 2da Edición La Paz Bolivia Grupo Editorial Kipus.
17. Rodríguez, Barrios y Fuentes (1984) Introducción a la Metodología de las Investigaciones Sociales (s./ed.), La Habana, Cuba: Política.
18. Rojas V. La aplicación del Derecho en la Familia de Derecho Neorrománico y en el Common Law.

DOCUMENTOS WEB

1. Sin Autor (2010) La Supremacía Constitucional, recuperado 17 Noviembre 2010 de <http://www.es.scribd.com/doc/55894107>
2. Sin Autor (2011) Supremacía Constitucional, recuperado 17 de Noviembre 2010 de <http://www.buenastareas.com/ensayos/Supremacia-Constitucional/222699.html>
3. Tribunal Constitucional, recuperado el 16 de Noviembre de 2010 de <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/gpwtc.php?name=consultas&file=print&palabra=&id=460>

4. Messite P (2006) El recurso de Cerciorati, o de revisar; Decidir cuales casos examinar, recuperado el 15 de Octubre de 2010 de http://law.unfl.edu/cr/conference/07confmaterials/7_Panel/7_PeterJmesse ti-ElRecursoDeCerciorati.pdf
5. Kennedy A. La Etica y el Imperio del Derecho recuperado en 14 de Octubre de 2010 de http://enj.org/portal/biblioteca funcional_y_apoyo/etica_judicial_y_del_defensor/18.pdf
6. Bustos C, (2006) El Juez y la Convergencia de Sistemas. A Propósito del Control Constitucional de Oficio recuperado en 26 de Octubre de 2010 de <http://www.ederecho.org.ar/.../Convergencia%20de%20Sistemas.doc>
7. S.A. <http://enlima.org/2008/09/el-precedente-judicial-en-el-per.html>
8. S.A. <http://enlima.org/2008/09/el-precedente-judicial-en-el-per.htm>
9. TC PERU (2005) recuperado en 12 de diciembre de 2010 de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03361-2004-AA.html>
10. STC 40/1979 y línea jurisprudencial 166/1985, 12/1988, 63/1988 Tribunal Constitucional Español recuperado en 10 de enero de 2011 www.tribunalconstitucional.es

11. REVISTAS

2. Austin, J. 1879 reprinted 2002 Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law, two vols., R. Campbell (ed.), 4th edition, rev., London.
3. Alexy R (1989), "Teoría de la Argumentación Jurídica" Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.
4. Fernandez Segado F (2006), Los Overruling de la Jurisprudencia Constitucional Foro Nueva Epoca Num 3/2006: 27-92

5. Hughes, C (1907), Speech Before the Chamber of Commerce May 3 1907 en "Public Papers of Charles Evans Hughes",
6. Legarre S, et al (2006), Naturaleza Y Dimensiones del "Stare Decisis" Revista Chilena del Derecho Vol 33 No 1
7. Peffer E, (2006), "La introducción del "Precedente"; Un cambio revolucionario de nuestra cultura jurídica". Estudios Constitucionales Año 4 Ni 1, ISSN 0718-0195 Universidad de Talca 2006.
8. Rivera J.A. (2001), "Jurisdicción Constitucional: Procedimientos Constitucionales en Bolivia" Academia de Estudios Constitucionales.

NORMAS

1. Constitución Política del Estado La Paz, Bolivia
2. Ley del Tribunal Constitucional
3. Ley de Organización Judicial

DICCIONARIOS

1. Black's Law Dictionary
2. Wikipedia