

El modelo de control de constitucionalidad en Bolivia

Boris Wilson Arias López

SUMARIO: I. A modo de introducción. II. Convergencia de los modelos de control de constitucionalidad difuso y concentrado. III. Bolivia y el modelo concentrado de control de constitucionalidad. IV. La facultad residual de inaplicar una ley por parte de los jueces bolivianos. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. A modo de introducción

Las sociedades contemporáneas diferencian a las Constituciones caracterizadas como normas supremas del resto de normas jurídicas como las leyes y decretos, entre otros, lo que a su vez provoca la existencia de un ordenamiento jurídico escalonado de forma que: “La norma de producción jurídica —“superior”— condiciona a la norma producida —“inferior”—...”,¹ condición necesaria para la formación de Estados complejos como el federal o el autonómico.

Ahora bien, no es suficiente reconocer teóricamente a la Constitución Política del Estado como una norma suprema del ordenamiento jurídico para que ésta sea efectiva, sino que es menester instaurar un control de constitucionalidad entendido el mismo como un conjunto de mecanismos esencialmente jurídicos para hacer real y efectiva la supremacía constitucional, de ahí que el control de constitucionalidad no sea otra cosa que una consecuencia de la supremacía constitucional.

En efecto, la existencia de una norma suprema como lo es una Constitución hace que por ejemplo cuando un Tribunal Constitucional declara inconstitucional una ley en virtud al control de constitucionalidad el mismo esté declarando la vigencia de la norma suprema, pero a la vez recordando al legislador ordinario que se encuentra vetado de emitir leyes inconstitucionales.

Asimismo, la doctrina sostiene que la viabilidad de un control de constitucionalidad depende de los siguientes requisitos:

1. Una Constitución rígida, que en general es aquella cuyo procedimiento de reforma prevé requisitos y condiciones más gravosas que las del procedimiento le-

¹ WALTER, Robert, *La doctrina del Derecho de Hans Kelsen*, Universidad del Externado, Colombia, 2001, p. 57.

gislativo ordinario pues de lo contrario cada vez que el legislativo haga una ley contraria a la Constitución en realidad la estaría reformando.

2. Un órgano de control de constitucionalidad independiente; es decir, distinguible de los órganos a los que controla.

3. El órgano de control de constitucionalidad debe contar con poder decisorio real y no constituirse en un mero órgano de asesoramiento.

4. Los particulares deben tener el derecho a solicitar el control de constitucionalidad.

5. Sometimiento de toda la actividad estatal al control de constitucionalidad debido a que todo el Estado está sometido a la Constitución.

En este contexto, el presente trabajo a partir de la diferenciación entre los modelos de control de constitucionalidad concentrado y difuso analiza el modelo de control de constitucionalidad en Bolivia y sostiene la facultad-deber de los jueces de preferir a la Constitución frente a las leyes infra-constitucionales cuando se ve impedido legal o jurisprudencialmente para plantear el incidente de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

II. Convergencia de los modelos de control de constitucionalidad difuso y concentrado

Las diferencias de los modelos de control de constitucionalidad difuso y concentrado devienen de concepciones diferentes del derecho que provoca que el papel de los órganos jurisdiccionales sea diferente.

La Revolución Francesa de 1789, buscó eliminar la totalidad del orden hasta entonces existente; sin embargo, no se creía que ello era posible con jueces ligados al antiguo régimen —*ancien régime*—; por lo que, ante dicha desconfianza se optó por someter al juez al texto de la ley generando la supremacía del legislador por sobre el judicial, convirtiendo a la Constitución en un documento exclusivamente político y no jurídico, y cuando H. Kelsen diseñó el modelo concentrado de control de constitucionalidad lo hizo por esa histórica desconfianza al Poder Judicial procediendo entonces a entregar el control de constitucionalidad a un órgano especializado de control de constitucionalidad; es decir, al Tribunal Constitucional cuya configuración para dicho autor no era la de un órgano jurisdiccional sino de uno de carácter legislativo.

En cambio, en el derecho inglés el Parlamento no combatió con el poder de los jueces sino con el Rey por ello: "...el principio de supremacy of the English parliament no tuvo la menor intención de someter al juez al Parlamento (...) tuvo la intención de pasar la noción de supremacía del derecho sobre el monarca y no el propósito de significar omnipotencia de la ley o absolutismo del Parlamento"² y durante la independencia de los Estados Unidos de América a diferencia de lo que

² MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorios*, Perú, Palestra, 2013, p. 47.

sucedía en Francia se tiene que la amenaza para los colonos no vino de los jueces sino justamente del Parlamento inglés en el cual no tenía representación alguna y que aumentándoles los impuestos demostró ser una amenaza real para su libertad de ahí que los fundadores de los Estados Unidos estructuraron al Órgano Judicial como un contrapeso del Congreso y la Constitución tuvo desde un inicio un carácter normativo.

Ello, provocó que el papel de la ley inicialmente sea diferente en ambos sistemas jurídicos mientras que la escuela de la exégesis francesa entendía que el Código Civil Francés no podía tener laguna jurídica alguna, se tiene que: "En el *Common Law*, los Códigos no tienen la pretensión de cerrar los espacios para que el juez no pueda pensar más; por lo tanto, no se preocupan en tener todas las reglas capaces de solucionar los casos conflictivos..."³ además mientras que para los jueces ingleses y norteamericanos la decisión del juez provenía de un derecho pre-existente fundado en la naturaleza y la razón de las cosas que la sentencia únicamente declaraba se tiene que el Tribunal de casación francés pese a su denominación de "corte", no hacía un papel jurisdiccional propiamente dicho sino que velaba por la supremacía del texto legal.

Y la implementación del modelo concentrado de control de constitucionalidad entonces tuvo por finalidad principal la de depurar el ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales —piénsese en la legitimación de activación limitada,⁴ requisitos de admisión estrictos, entre otros—, mientras que el modelo difuso de control de constitucionalidad tuvo como propósito el de proteger los derechos de orden constitucional —piénsese que por ello no admite consultas, ni admite el control a priori, exige la existencia de un caso concreto, tiene efecto inter partes, entre otros—.

En este contexto, la doctrina identifica tres elementos básicos de distinción entre los modelos de control de constitucionalidad concentrado y difuso, a saber: 1) En el modelo difuso todo juez está facultado para inaplicar una ley inconstitucional, facultad reservada únicamente a un órgano especializado como es el Tribunal Constitucional en el modelo concentrado, 2) La decisión de un juez de declarar inconstitucional una ley en el modelo difuso tiene efecto únicamente para las partes —*inter partes*—, en cambio en el modelo concentrado la decisión de declarar inconstitucional una ley por parte del Tribunal Constitucional tiene un efecto que alcanza a todos —*erga omnes*—; y, 3) La decisión de un juez de inaplicar una ley en el modelo difuso tiene efecto retroactivo —*ex tunc*—, mientras que en el modelo concentrado la decisión del Tribunal Constitucional tiene un efecto prospectivo —*ex nunc*—.

³ *Ibidem*, p. 59.

⁴ Así en Bolivia la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta conforme al art. 202 de la CPE, solo puede interponerse por "...la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas" y la Acción de Inconstitucionalidad Concreta conforme al art. 132 de la CPE, sólo puede interponerse por: "Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución..."

Sin embargo dichas caracterizaciones con el transcurso del tiempo tienden a disiparse con la consiguiente: "...pérdida de gran parte de su utilidad analítica de la contraposición modelo americano versus modelo europeo-kelseniano".⁵

En efecto, la Constitución de los Estados Unidos de América preveía el principio de supremacía constitucional pero no entregaba a los jueces la facultad de inaplicar las leyes inconstitucionales que en el famoso caso *Marbury vs. Madison* de 1803, se entendió como un poder implícito del Órgano Judicial deducido del principio de rigidez constitucional, que impide que una ley modifique la Constitución y como un deber del órgano judicial de aplicar la norma jerárquicamente superior; es decir, la Constitución sobre la ley, mientras que en el modelo concentrado de control de constitucionalidad para preservar la separación de poderes y evitar que los jueces invadan la competencia del legislativo se crea un órgano especializado que monopoliza el control de constitucionalidad instituyéndose la figura del Tribunal Constitucional, el cual por tanto no se encuentra al interior del Órgano Judicial.

Ahora bien, hoy día en muchos países la labor del control de constitucionalidad se sustrae de los jueces y se lo encarga por ejemplo a salas constitucionales de Tribunales Supremos⁶ que hacen parte del Órgano Judicial o en modelos supuestamente concentrados se reconoce a todos los jueces la facultad de promover de oficio incidentes de inconstitucionalidad que implican necesariamente un juicio previo de constitucionalidad lo cual denota que la diferenciación entre el modelo concentrado y difuso de control de constitucionalidad es más teórico que material.

Por otra parte, el modelo difuso de control de constitucionalidad, se caracteriza porque la decisión de un juez de inaplicar una ley inconstitucional sólo alcanzaría al caso concreto —efecto *inter partes* de la decisión judicial—, de forma que la ley inconstitucional no será expulsada del ordenamiento jurídico, en razón a que dicha competencia por el principio de separación de poderes corresponde al Órgano Legislativo, de ahí que la norma encontrada como inconstitucional continuará vigente aún a sabiendas de su inconstitucionalidad, aspecto que para H. Kelsen, afecta al principio de igualdad debido a que, en un caso un juez puede considerar inconstitucional una ley y decidir inaplicarla, pero otro juez puede decidir aplicar la misma ley al considerarla constitucional, aspecto que el modelo concentrado de control de constitucionalidad busca resolver otorgando a las sentencias del Tribunal Constitucional efecto *erga omnes*; de forma que cuando el Tribunal Constitucional declara una inconstitucionalidad no lo hace como un órgano jurisdiccional sino como un órgano legislativo; es decir, deroga o abroga la ley para todos.

Sin embargo, debe considerarse que con el efecto vinculante de una decisión —principio del *stare decisis*— un juez anglosajón que toma la decisión de inaplicar una norma por inconstitucionalidad está obligado a seguir el mismo entendimiento en lo futuro en sus próximas decisiones con supuestos fácticos similares, aspecto que limita el efecto *inter partes* de su decisión pero además se tiene que todos los jueces en los Estados Unidos por el efecto vinculante están obligados a seguir las decisiones de la Corte Suprema de Justicia⁷ de forma que la decisión en dicha instancia de inaplicar una ley por inconstitucionalidad en los hechos lo acerca al efecto *erga omnes* del modelo concentrado de control de constitucionalidad.

Finalmente, tenemos que en el modelo difuso de control de constitucionalidad el juez que declara la inconstitucionalidad de una ley está observando la incompetencia del legislador para emitir una ley inconstitucional, por tanto emite una sentencia declarativa de nulidad y por ello otorga a su decisión efecto retroactivo pues entiende que en el caso concreto le corresponde aplicar la Constitución sobre la ley, en cambio en el modelo de control de constitucionalidad H. Kelsen concibió al Tribunal Constitucional como un legislador negativo y no como órgano jurisdiccional propiamente tal, de forma que sus sentencias de inconstitucionalidad son constitutivas en la medida en la que abrogan o derogan las leyes declaradas inconstitucionales de ahí que atendiendo al principio de seguridad jurídica surten efectos desde su publicación —efecto irretroactivo—. Pese a ello hoy día es común que por el principio de ponderación de bienes constitucionales tanto los Tribunales Constitucionales⁸ como la Corte Suprema de los Estados Unidos modulen los efectos de sus decisiones otorgándoles efecto retroactivo o irretroactivo para no generar estados de cosas inconstitucionales; es decir, para evitar que la cura tenga un efecto peor que la enfermedad.

Entonces las diferentes visiones sobre el derecho reivindicadas por el derecho europeo-continental y el derecho anglosajón produjeron que su desarrollo se haya producido de forma paralela concluyendo en los famosos modelos concentrado y difuso de control de constitucionalidad sin embargo en el presente ambos modelos tienden a disiparse o a converger⁹ al grado de poderse afirmar que: "Hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre unos y otros que entre alguno de ellos y el norteamericano".¹⁰

⁷ En la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos se produjo dicho fenómeno desde la sentencia *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

⁸ Así por ejemplo en la SCP 0032/2012 de 16 de marzo, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia adoptó la teoría del *over ruling prospective* y ante la modulación de una sentencia constitucional anterior estableció que: "...la aplicación de la modulación que se realiza a la SC 0756/2011-R de 20 de mayo, sólo será de aplicación a aquellas acciones que se inicien con posterioridad a la fecha de publicación de la presente Sentencia Constitucional".

⁹ Aspecto que puede observarse en el funcionamiento de tribunales internacionales que conglomeren a países de ambas tradiciones jurídicas como por ejemplo la Corte Penal Internacional.

¹⁰ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa", en la obra colectiva *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, vol. II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, pp. 1411 y ss.

⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI*. Disponible en: http://www.google.com.bo/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CCYQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fartjurisdiccional%2Fat_download%2Ffile&ei=9CmfU5TgCeygsQs17YGwCw&usq=AFQjCNFHGwioC_q6S8NSm3M3vDMVBD7Izw&bvm=bv.68911936,d.b2U. Visitado el 29 de marzo de 2014.

⁶ Así por ejemplo las salas constitucionales de Venezuela o Costa Rica.

III. Bolivia y el modelo concentrado de control de constitucionalidad

Como se vio el modelo concentrado de control de constitucionalidad tiene sus orígenes en Europa bajo la idea de que como la ley era la expresión de la voluntad del pueblo por medio de sus representantes no existía posibilidad alguna de control de constitucionalidad por autoridad alguna; de forma que, si el pueblo hacía la ley a través de sus representantes no había la posibilidad de la promulgación de leyes injustas porque el pueblo no podía ser injusto consigo mismo (Rousseau) y una de las consecuencias de esa creencia fue entonces que la Constitución era un programa político que debía desarrollarse por el legislador ordinario y el contralor de constitucionalidad no era otro que el propio Órgano Legislativo, lo que en los hechos implicaba entregarle un poder absoluto de definición de los contenidos constitucionales.

Posteriormente H. Kelsen, entendió que la validez de una norma jurídica se produce porque está autorizada y se elabora conforme lo dispuesto por una norma superior, así una ley que contraponga lo dispuesto por la Constitución es una ley inválida y por tanto carece de obligatoriedad de ahí que reconoce la naturaleza jurídica de la Constitución, sin embargo, a la vez sostuvo que la propia Constitución puede establecer que una norma inválida siga siendo obligatoria; de esta manera, H. Kelsen separó la noción de validez referida a la pertenencia formal de una norma a un ordenamiento jurídico de la noción de obligatoriedad como sucede con una ley inconstitucional pero que todavía no se declaró inconstitucional por el Tribunal Constitucional y que por tanto debe ser obedecida hasta mientras tanto ello no suceda; es decir, en el modelo de control de constitucionalidad concentrado pensado por H. Kelsen en atención al principio de seguridad jurídica la Constitución autoriza su propia vulneración por leyes inconstitucionales mientras no exista una sentencia constitucional y por ello se tiene que el modelo concentrado únicamente puede establecerse por expresa determinación de la propia Constitución.

En este sentido a decir de Sagués:

Según Kelsen, “mientras una ley no ha sido nulificada, es constitucional y no inconstitucional”, y todo ello, repetimos, por imperativo de la propia Constitución (...) la “fuerza normativa” de la Constitución siempre permanece mágicamente incólume, por más que se la viole, a saber: a) Si la ley opuesta a la Constitución es reputada inconstitucional por el órgano pertinente, vence la Constitución, ya que la norma violatoria es destruida. b) Si la ley opuesta a la Constitución no es declarada inconstitucional, también vence la Constitución, porque ella ha previsto que aquella ley no sea inconstitucional sino a partir de su declaración de inconstitucionalidad. En otras palabras, la propia Constitución “constitucionaliza” a las leyes inconstitucionales (hasta tanto sea declaradas inconstitucionales). A este solución se la podría denominar “la paradoja kelseniana”...¹¹

Sin embargo, si bien H. Kelsen quiso evitar el gobierno de los jueces quienes debían aplicar ciegamente las leyes hasta que el Tribunal Constitucional declare su

inconstitucionalidad, debe tomarse en cuenta que hoy día se diferencia entre “disposición” reflejado por un texto normativo y las “normas” que son aquellas interpretaciones emergentes de una disposición; es decir, si bien el Tribunal Constitucional es competente para expulsar una disposición del ordenamiento jurídico se tiene que todos los jueces tienen competencia para expulsar del ordenamiento jurídico significados de un texto aspecto que descontextualizó significativamente las ideas kelsenianas sobre el control de constitucionalidad.

En efecto, hoy es reconocido que un juez ordinario tiene competencia para inaplicar uno o varios de los significados que una ley pueda acoger si dicha interpretación contraviene a la Constitución por ejemplo en la SC 1036/2002-R de 29 de agosto, debía interpretarse desde cuando comienza el término de seis meses de la etapa preparatoria definido por el art. 134 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos: “La etapa preparatoria deberá finalizar en el plazo máximo de seis meses de iniciado el proceso desde cuando comienza el término de seis meses de la etapa preparatoria”, en este contexto podría haberse interpretado que dicho término comenzaba desde: 1) Los actos iniciales como son la denuncia, la querrela y la intervención policial preventiva;¹² o, 2) desde la notificación con la imputación formal;¹³ es decir, al menos había dos posibles interpretaciones sistemáticas del art. 134 del referido Código, concluyéndose por parte del órgano de control de constitucionalidad que: “...el cómputo de los seis meses previstos por el art. 134 CPP para el desarrollo de la Etapa Preparatoria, empieza a partir de que el Juez cautelar pone en conocimiento del encausado la imputación formal...”, ello en atención a que dicha interpretación en su criterio permitía que el imputado cuente con un plazo razonable para el ejercicio de su derecho a la defensa, quedando la interpretación que sostiene que el cómputo debe efectuarse desde los actos iniciales expulsado del ordenamiento jurídico. Ese tipo de interpretación que mantiene incólume el texto de una disposición pero a la vez implica la expulsión del ordenamiento jurídico de una determinada interpretación de la disposición es habitual en la actividad jurisdiccional de todo juez.

Por otra parte, la coexistencia de elementos que hacen al modelo difuso de control de constitucionalidad con el modelo concentrado de control de constitucionalidad en Bolivia puede evidenciarse cuando se considera que todo juez ordinario frente a una ley que juzgue inconstitucional está obligado de oficio a promover el incidente de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional facultad que implica un previo control de constitucionalidad por parte del juez ordinario,

¹² Así la Segunda Parte: “Procedimientos”, del Libro Primero: “Procedimiento común”, del Título I: “Etapa preparatoria”, del Capítulo II del Código de Procedimiento Penal de Bolivia se titula “Actos iniciales” desarrollando a continuación las figuras procesales de la denuncia, querrela y la intervención policial preventiva dando a entender de que son actos iniciales del proceso y de la etapa preparatoria.

¹³ En este sentido el art. 5 del Código de Procedimiento Penal boliviano establece: “Se considera imputado a toda persona a quien se atribuya la comisión de un delito ante los órganos encargados de la persecución penal. El imputado podrá ejercer todos los derechos y garantías que la Constitución, las Convenciones y los Tratados internacionales vigentes y este Código le reconozcan, desde el primer acto del proceso hasta su finalización”, criterio utilizado por el Tribunal Constitucional para resolver la SC 1036/2002-R.

¹¹ SAGUÉS, Néstor Pedro, *Interpretación judicial de la Constitución*, LexisNexis, Argentina, 2006, p. 12.

pues solo puede promover la Acción de Inconstitucionalidad Concreta previo análisis provisional de la constitucionalidad de la norma impugnada.¹⁴

En este sentido el AC 0062/2012-CA de la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional estableció que todo juez al que se le solicite promueva un incidente de inconstitucionalidad debe:

...1. Admitir el incidente mediante auto motivado, cuando considere que efectivamente existe una duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma porque no admite ninguna interpretación constitucionalmente adecuada (...) 2. Rechazar el incidente mediante auto motivado cuando considere que no existe una duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma porque admite al menos una interpretación constitucionalmente adecuada; vale decir, entiende que la ley es constitucional porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la Constitución

entendiendo dicho Auto Constitucional que si un juez rechaza un incidente de inconstitucionalidad por encontrar que la norma impugnada admite al menos una interpretación constitucional independientemente a la revisión que efectúe al Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional debe: "...aplicar la norma que considera constitucional con los fundamentos de interpretación que asumió en la resolución de rechazo...", pues no puede ser incongruente entre el argumento que sostuvo a tiempo de rechazar el incidente de inconstitucionalidad y la resolución de fondo de la problemática.

IV. La facultad residual de inaplicar una ley por parte de los jueces bolivianos

La Constitución boliviana en su art. 202.1, establece como competencia del Tribunal Constitucional Plurinacional la de conocer: "...asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes..." y en desarrollo de dicha norma el art. 4 del Código Procesal Constitucional, determina que: "Se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad"¹⁵ del cual se deduce un control de constitucionalidad "puramente" concentrado así entre otras la SC

¹⁴ Así la SC 0003/2006 de 18 de enero, dentro de un Recurso Directo de Inconstitucionalidad haciendo referencia a la supremacía constitucional estableció que la misma: "...impone al legislador la obligación de preservar, en el proceso de elaboración de las normas, que éstas guarden sujeción a la Constitución, y de otro, obliga a todos los poderes a realizar un juicio previo de constitucionalidad positiva de las normas a aplicar, de tal manera que si el juicio resulta negativo, o lo que es lo mismo, si de tal labor interpretativa se entendiera que la norma contradice a algún precepto o principio de la constitución o existen dudas sobre su constitucionalidad, dado el carácter concentrado del sistema de control de constitucionalidad vigente, se debe formular o promover la consulta respectiva ante el Tribunal Constitucional, promoviendo de oficio el incidente de inconstitucionalidad...".

¹⁵ Semejante a lo establecido en el art. 2 de la otrora Ley del Tribunal Constitucional —Ley 1836—, que establecía: "Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva y declare su inconstitucionalidad".

0124/2010-R de 10 de mayo, concluye que el legislador constituyente: "...dentro (...) los diferentes modelos posibles, se decidió por el sistema de justicia constitucional concentrada..."¹⁶ entendimiento respecto al cual discrepo parcialmente pues considero que en ciertas circunstancias es posible que todo juez pueda inaplicar con efecto *inter partes* una ley inconstitucional.

Ello, porque si bien la Constitución Política del Estado en su art. 196.I, establece que 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" y a través de su art. 202.1, le otorga la competencia para conocer las acciones de inconstitucionalidad contra leyes; empero, la norma constitucional tampoco establece el monopolio del Tribunal Constitucional Plurinacional en la garantía de la Constitución y la protección de los derechos ni prohíbe a los jueces la aplicación directa de la Constitución sobre las normas inferiores cuando no exista posibilidad de remitir un caso al referido órgano de control de constitucionalidad y más bien en mi criterio lo dispone.

El art. 410.II de la CPE, establece: "...La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía (...) 1. Constitución Política del Estado (...) 3. (...) leyes (...)", mientras que en el art. 108.1, prescribe "Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes...", mandato que alcanza a todo juez.

Asimismo, recordar que todo juez al asumir su cargo presta juramento de cumplir la Constitución y luego las leyes, de ahí que no se debe entender que la Constitución solamente obliga al Tribunal Constitucional Plurinacional.

Por otra parte, en el propio art. 410.II, sostiene que: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa"; es decir, la Constitución es suprema —fundamento del derecho restante— pero a la vez tiene primacía frente a toda otra norma jurídica; de forma que, se aplica antes de toda otra norma lo que a su vez concuerda con el art. 116.I de la Constitución, que como garantía del debido proceso establece que: "...Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado", disposición que alcanza por supuesto a la norma constitucional cuando un juez no puede dejar de resolver un proceso pero a la vez tampoco puede remitir antecedentes al Tribunal Constitucional Plurinacional.

¹⁶ En igual sentido la SC 1249/01-R de 23 de noviembre, estableció: "...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" y en el voto disidente a la SC 0253/2010-R de 31 de mayo, el magistrado Marco Antonio Baldivieso Jinés, sostuvo: "Debe considerarse el sistema concentrado de constitucionalidad adoptado desde la reforma constitucional de 1994 que determina que sea el Tribunal Constitucional...", entre otras muchas decisiones que hacen referencia a que el modelo de control de constitucionalidad en Bolivia sería puramente concentrado.

En efecto cuando el art. 4 del Código Procesal Constitucional, señala que: “Se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad”, debe entenderse que lógicamente en los casos en los cuales no puede remitirse antecedentes al Tribunal Constitucional Plurinacional porque existe una prohibición legal o jurisprudencial expresa entonces el juez o autoridad está habilitado para inaplicar una ley inconstitucional.

Así en materia legislativa el art. 81.II del Código Procesal Constitucional, establece que: “En la sustanciación de las acciones constitucionales no se admitirá ninguna Acción de Inconstitucionalidad Concreta”, criterio que tiene su origen en autos constitucionales del propio Tribunal Constitucional¹⁷ en este marco independientemente a si dicha norma y jurisprudencia es o no constitucional se tiene que en este momento un juez que conoce por ejemplo una demanda de amparo constitucional al verse impedido de plantear el incidente de inconstitucionalidad pero a la vez encontrarse obligado a resolver la problemática de fondo —*non liquet*— en virtud a la fuerza normativa de la Constitución se ve obligado a inaplicar la ley para el caso concreto con el consiguiente efecto *inter partes* aspecto reconocido en la SCP 0646/2012 de 23 de julio, que estableció que:

...la tramitación de acciones constitucionales debe ser expedita (...) así un juez tutelar a momento de resolver una causa ante una contraposición de una norma constitucional e *infra* constitucional en virtud al principio de primacía constitucional del art. 410.II de la CPE y el deber fundamental de conocer, cumplir y hacer cumplir la constitución —art. 108.1 de la CPE—, aplicará en el caso concreto la Constitución Política del Estado y en definitiva el bloque de constitucionalidad”.

Otro supuesto se presentó en el art. 79 del Código Procesal Constitucional, que determina que la Acción de Inconstitucionalidad Concreta debe promoverse cuando la autoridad judicial: “...entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo, depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción”,¹⁸ que en su momento se interpretó en el sentido de que la acción de inconstitucionalidad no procedía en ejecución de sentencia¹⁹ y en general respecto a todas las normas de carácter adjetivo²⁰ de forma que correspondía su rechazo en la trami-

¹⁷ Así el AC 0263/2010-CA de 26 de mayo, estableció que en atención al principio de celeridad que: “...se cambia dicha línea jurisprudencial debiendo entenderse que dada la naturaleza jurídica y los derechos tutelados por la acción de amparo constitucional, no es posible la interposición del recurso o acción indirecta o incidental de inconstitucionalidad; el cual, en caso de ser presentado, ante los jueces y tribunales de garantías, sea antes o en audiencia, corresponderá ser rechazado “ad portas”, es decir, de inmediato...”, en igual sentido los AACC 0322/2010-CA, 0368/2010-CA, 0339/2010-CA, 0349/2010-CA y 0389/2010-CA, entre muchos otros.

¹⁸ En similar sentido el art. 61 de la Ley 1836, establecía que: “El recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad podrá ser presentado por una sola vez en cualquier estado de la tramitación del proceso judicial o administrativo, aún en recurso de casación y jerárquico, antes de la ejecutoria de la sentencia”.

¹⁹ AC 0393/2010-CA de 30 de junio.

²⁰ AC 0266/2010-CA de 26 de mayo

tación de excusas o recusaciones,²¹ en la tramitación de medidas cautelares,²² respecto a normas que resuelven incidentes,²³ normas que regulan notificaciones,²⁴ y normas que regulan el término de prueba²⁵ de forma que un juez que no podía promover la acción de inconstitucionalidad concreta pero tampoco abstenerse de resolver la problemática sólo podía inaplicar la norma inconstitucional para el caso concreto, ello porque otro entendimiento implicaría denegación de justicia constitucional, menoscabaría el concepto de supremacía constitucional y en definitiva a los derechos consagrados en la Constitución que conforme el art. 109.I de la CPE, son: “...directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”; es decir, son operativos por lo que no requieren desarrollo legislativo previo para su justiciabilidad.²⁶

En todo caso debe considerarse que la inaplicación de disposiciones legales no es nueva en la jurisprudencia constitucional aunque se presenta de manera inconsciente así por ejemplo la SC 0433/2000 de 4 de mayo, correspondiente a una demanda de amparo constitucional, refirió a una persona que requería tratamiento de hemodiálisis tres veces por semana pero respecto a la cual la Caja Nacional de Salud negó su atención en virtud al art. 16 del Código de Seguridad Social, que establecía que:

Las prestaciones médicas serán concedidas por un máximo de 26 semanas para una misma enfermedad en un período de 12 meses consecutivos. En los casos en que se demuestre clínicamente que exista fundada posibilidad de recuperación del enfermo, la Comisión de Prestaciones de la Caja puede autorizar la ampliación de las prestaciones hasta un máximo de otras 26 semanas por una sola vez

y en atención al Decreto Ley 14643 de 3 de junio de 1977, cuyo art. 11, establecía:

Los asegurados y beneficiarios que por aplicación del Artículo 16 del Código de Seguridad Social y Art. 16 del DL N° 10173, de 28 de marzo de 1972, afectados con enfermedades crónicas, cesaran en su derecho a recibir atención hospitalaria, médica y farmacéutica en los centros propios de la respectiva entidad gestora, serán transferidos a los centros especializados del Ministerio de Previsión Social y Salud Pública;

²¹ AC 0034/2010-CA de 26 de marzo y AC 0366/2010-CA de 22 de junio.

²² AC 0028/2010-CA de 25 de marzo y AC 0226/2010-CA de 17 de mayo.

²³ AC 0025/2010-CA de 23 de marzo.

²⁴ AC 0392/2010-CA de 30 de junio.

²⁵ AC 0360/2010-CA de 22 de junio.

²⁶ Si bien ese entendimiento fue modificado por la SCP 0646/2012 de 23 de julio, que dedujo del art. 132 de la Constitución, la existencia del derecho a ser juzgado por normas constitucionales como elemento del debido proceso, es posible que el órgano de control de constitucionalidad de manera jurisprudencial nuevamente se auto restrinja sea por mera deferencia al legislador, exceso de trabajo u otras motivaciones como ya sucedió en la SCP 0093/2013 de 17 de enero, la cual refería al planteamiento de un incidente de inconstitucionalidad contra el art. 10.II de la Ley 212 de 23 de diciembre de 2011 que condicionaba la interposición de una demanda contencioso administrativa, previo pago del monto económico que había determinado la autoridad administrativa —*solve et repete*— entendiéndose por el órgano de control de constitucionalidad que al no haberse admitido la demanda contenciosa administrativa en el caso concreto —condicionada justamente al referido pago— no existía un proceso judicial en el cual pueda plantearse el incidente de inconstitucionalidad.

es decir, la negativa de la Caja Nacional de Salud se produjo por la existencia de una regla expresa que le impedía continuar el tratamiento médico al haberse sobrepasado abundantemente el término de tiempo establecido en la norma aunque los centros especializados referidos por el Decreto Ley 14643 y a los cuales debería ser transferido el entonces recurrente no existían todavía en ese momento.

En este contexto el Tribunal Constitucional a través de la mencionada SC 0433/2000, declaró la procedencia de la demanda de amparo constitucional y ordenó la continuación del tratamiento médico por parte de la Caja Nacional de Salud en virtud a la que: "...se ha atentado contra los derechos a la vida y a la salud (...) al determinar la suspensión de la atención y tratamiento médicos que requiere para conservar la vida...", lo que en los hechos implicaba la inaplicación de las normas referidas en atención a la protección que ameritaba el derecho a la vida contenido en la Constitución. Ese entendimiento, se reiteró en las SSC 0530/2000, 0411/2000, 0687/2000, 1052/2001, 0392/2002, entre muchas otras.

En algunas de las causas referidas por ejemplo en la SC 0411/2000 de 28 de abril, los representantes legales de la Caja Nacional de Salud alegaban que conforme a la normativa vigente:

...las prestaciones de la Caja Nacional de Salud sólo pueden darse hasta 60 días más después de haberse "fracturado la relación", y que además en el caso presente no se ha seguido el procedimiento que indica el precitado Código (...) el Reglamento de la Caja prevé que el paciente puede ser transferido al Ministerio de Salud para que continúe con su atención,

asimismo alegaron en otros casos que el gasto en las hemodiálisis de los demandantes implicaba privar de servicios y atención a otros pacientes y que ignorar la norma de manera expresa les obligaba inclusive a cometer delitos como el de malversación de fondos procediendo el Tribunal Constitucional a ordenar en la SC 1294/2004 de 12 de agosto, que la Caja Nacional de Salud: "...a través del Hospital Obrero N° 1, continúe prestando la atención (...) debiendo correr con los costos que ello demande, el Ministerio de Salud y Previsión Social, porque es esta Cartera de Estado la que debe hacerse cargo de dicho tratamiento".

Dicha línea jurisprudencial ejemplifica como el Tribunal Constitucional en acciones de amparo constitucional en atención a los principios de supremacía y sobretodo de primacía constitucional ya procedió a inaplicar directamente normativa vigente sin plantearse incidente de inconstitucionalidad reprochando a las autoridades a tiempo de conceder la tutela que ellas no lo hicieron en su momento poniendo en riesgo la vida de los demandantes.

De lo anterior se tiene que la Constitución en los modelos difuso y concentrado de control de constitucionalidad se constituye en el referente último del ordenamiento jurídico vigente, en este sentido hoy día la idea de que el control de constitucionalidad busca únicamente depurar el ordenamiento jurídico debe coexistir con la idea de que también busca proteger los derechos fundamentales de ahí que cuando un juez aplica la ley ignorando la Constitución: no solo viola la Constitución sino el derecho subjetivo en controversia pero cuando un juez inaplica una ley inconstitucional de

manera directa con la respectiva fundamentación sea porque la jurisprudencia constitucional o la ley, le impide plantear un incidente de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional no solo protege a la Constitución sino su propia competencia.²⁷

V. Conclusiones

Cuando se reconoce a la Constitución boliviana como norma jurídica implica que la misma para su cumplimiento no requeriría mediar por una ley de forma que: "...si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más..."; sin embargo, sostener que los jueces en ninguna circunstancia pueden inaplicar leyes inconstitucionales cuando el Tribunal Constitucional Plurinacional por efecto de una ley o de la propia jurisprudencia tampoco podría hacerlo puede implicar justamente la negación del carácter jurídico de la Constitución en estos casos: "La Constitución sería como el famoso vestido del rey que sólo él creía que protegía su desnudez porque todos los demás así lo afirmaban: la Constitución no protegería nuestra desnudez frente a los abusos de poder, no obstante la insistencia retórica en lo contrario que formaría parte de nuestras letanías rituales".²⁸

La convergencia del modelo concentrado y difuso de control de constitucionalidad tiene como propósito el de generar un modelo "integral" de control de constitucionalidad de forma que no interese tanto el procedimiento y la autoridad que realice dicho control sino que el mismo no deje de realizarse en este sentido es plenamente razonable que cuando un juez no puede promover la Acción de Inconstitucionalidad Concreta y tampoco puede dejar de resolver una causa debe en atención al principio de primacía de la Constitución aplicar ésta por sobre una ley.

VI. Bibliografía

- DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional Sistema de Fuentes*, Ariel, España, 1989.
 MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorios*, Palestra, Perú, 2013.
 NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Argentina, 1992.
 RUBIO LLORENTE, Francisco. "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa", en la obra colectiva *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, vol. II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997.
 SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Interpretación judicial de la Constitución*, LexisNexis, Argentina, 2006.
 WALTER, Robert, *La doctrina del Derecho de Hans Kelsen*, Universidad Externado, Colombia, 2001.

²⁷ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional Sistema de Fuentes*, Ariel, España, 1989.

²⁸ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Argentina, 1992, p. 15.