

CONSTITUCIÓN, DERECHOS Y JURISPRUDENCIA

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 10-29

Horacio
ANDALUZ
VEGACENTENO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de febrero de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 28 de febrero de 2013

RESUMEN: El artículo se ha limitado a estudiar los aspectos que la jurisprudencia ha considerado formales y, en consecuencia, comunes a todos los derechos de índole constitucional en el ordenamiento boliviano. Puesto que el desarrollo jurisprudencial de los derechos significa dar por sentado el valor normativo del derecho de fuente judicial, el artículo se ha detenido especialmente en este tema. Del mismo modo, especial consideración le ha merecido la interpretación constitucional, estudiada a partir del artículo 196.II de la Constitución, que se refiere a los criterios interpretativos que el Tribunal Constitucional deberá aplicar en su labor de custodio del orden constitucional. Finalmente, el artículo concluye poniendo de relieve una potencial contradicción en la jurisprudencia, y es que aunque el Tribunal Constitucional se ha cuidado de desarrollar el contenido esencial del derecho a obtener una sentencia fundada, el mismo custodio constitucional podría estar transgrediendo este derecho en la medida que recurrentemente omite justificar el criterio interpretativo que aplica a cada caso concreto, lo cual, desde la vigencia del artículo 196.II, pareciera que debiera estar obligado a fundamentar.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, constitución, jurisprudencia, interpretación constitucional, precedentes, eficacia directa, acciones constitucionales.

ABSTRACT: The article is limited to the formal aspects developed by the decisions of the Tribunal Constitucional. Therefore, they are equally applicable to all the constitutional rights in the Bolivian legal system. To talk about jurisprudential developments implies to accept the normative character of judicial decisions, for this reason, the article has dedicated one important part to justify and explain the creation of the law by the Judiciary. In the same way, the article also dedicates an important part to explain the limits of constitutional interpretation, considering the fact that the Bolivian Constitution has a specific clause about it. Finally, the article concludes pointing out an eventual contradiction in the jurisprudence, which lies in the fact that while the Tribunal Constitucional has strictly reversed decisions for failing to be properly justified, the same Tribunal fails in justifying whether it is applying the interpretation clause of the Constitution in its decisions.

KEY WORDS: Fundamental Rights, Constitution, Jurisprudence, Constitutional Interpretation, Precedent, Direct Efficacy, Constitutional Actions.

SUMARIO.- I. CONSECUENCIAS FORMALES DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS. 1. Eficacia directa 2. Interpretación según los tratados de derechos humanos 3. Reserva material de Ley 4. Tutela en sede constitucional II. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO 1. Producción judicial del derecho 2. Justificación de las decisiones judiciales 3. Carácter normativo de los precedentes constitucionales 4. Interpretación de la Constitución

I. Este artículo tiene dos partes. La primera se ocupa del significado jurídico de la regulación constitucional de los derechos; la segunda del valor normativo de la jurisprudencia. Ambas forman una unidad conceptual: la de la eficacia de la Constitución determinada por su dinámica de aplicación judicial. El análisis es formal. La razón: como en el pensamiento jurídico el razonamiento formal antecede al material, la reconstrucción formal del sistema de garantías es la apoyatura para la defensa específica de los derechos. La numeración de los párrafos responde a la unidad conceptual de cada uno de ellos.

• **Horacio Andaluz Vegacenteno**

Abogado, árbitro (CAINCO), profesor de derecho (UPSA), Master en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Master of Laws-Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (Harvard Law School). Última publicación: "A Positivist Reexamination of Judicial Review. The Legal Reasoning Behind Marbury v. Madison" (Lambert, Berlin, 2011). Otros libros: "Aplicación judicial de la constitución" (El País/Juris Tantum/UPSA, Santa Cruz 2010, reimpresión 2011); "Positivism normativo y derecho internacional" (Plural/CERID, La Paz 2005). Otras publicaciones (relevantes): "Algunas consideraciones generales sobre la aplicación de la Convención de Nueva York en Bolivia" (1 Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje-España, 2013); "Cádiz en Charcas: Conjeturas e Indicios" (84 Revista de Derecho Político UNED-Madrid 2012); "La posición constitucional del poder judicial" (80 Revista de Derecho Político UNED-Madrid 2011); "La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la Constitución vigente" (16 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010); "Más allá de Kelsen: las normas de competencia y la estructura del sistema jurídico" (9 Revista Boliviana de Derecho 2009); "El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho" (XXXI Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 2009); "La justicia constitucional en el Estado de Derecho" (4 Revista General de Derecho Público Comparado 2009, España); "El Derecho Internacional en el sistema de fuentes, propuesta de artículos para la Nueva Constitución de Bolivia" (15 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009); y "El derecho de la sucesión de Estados" (9 Revista Colombiana de Derecho Internacional 2007).

I. CONSECUENCIAS FORMALES DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS

2. Que la Constitución regule los derechos significa (1) que son directamente aplicables, (2) que son interpretables según los tratados de derechos humanos, (3) que institucionalmente están garantizados por una reserva material de ley, y (4) que son objetos de tutela en sede constitucional.

I. Eficacia directa

3. Fundar la eficacia directa de los derechos en el artículo 109.I de la Constitución, y asumir que ello es una innovación del texto de 2009, significa (1) negar el carácter normativo de la propia Constitución y (2) confesar desconocimiento de la historia constitucional.

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

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

4. Que los derechos sean directamente aplicables significa (1) que puede reivindicarse su tutela en cualquier actuación procesal con el solo fundamento de la norma constitucional, (2) que su falta de desarrollo legislativo no es obstáculo para

su aplicación y (3) que debe interpretárselos a favor de su ejercicio. En lo formal, las tres son consecuencias del carácter normativo de la Constitución; en lo material, lo son de la filosofía política liberal que la inspira.

(1) Respecto a la primera, si el cometido de la Constitución es instituir un gobierno de poderes limitados sometiéndolos a sus mandatos, entonces su sola invocación ya compromete a los poderes públicos a dar al peticionante una respuesta fundada en derecho. Y si ocurre que los derechos constitucionales invocados han sido objeto de desarrollo legislativo, y el peticionante no ha cumplido las condiciones impuestas por la ley para su tutela, será tal acto propio el fundamento para denegar la tutela solicitada, pero no la sola falta de invocación de dichas normas de desarrollo.

(2) Respecto a la segunda, si la sola falta de desarrollo legislativo fuese razón para frustrar la aplicación directa de los derechos constitucionales, entonces estos derechos no constituirían el fundamento mismo del orden político, sino una concesión graciosa de éste. Que no haya una ley reglamentando el ejercicio de un derecho constitucional, y que se tome esa ausencia como argumento para fundar la inacción de los poderes públicos con respecto a tal derecho, significa invocar el hecho propio consistente en la inacción legislativa, para justificar una violación a la Constitución. Tal argumento cae por su propia base. Para tener asidero, la Constitución tendría que ser cosa distinta a una norma que garantice el ejercicio de los derechos a través de la institución de un gobierno de poderes limitados. Si uno de los órganos de gobierno no ha honrado sus competencias, los costos de su inacción no pueden transferirse al ciudadano. Y si el derecho cuya tutela se reivindica es uno que por su naturaleza necesita de mayor desarrollo que el brindado por la norma constitucional, el órgano autorizado para su aplicación será el encargado de dársela para el caso concreto. Se trata de lo que la teoría general del derecho conoce como una laguna técnica, causada por la indeterminación de la norma aplicable. Siempre que la norma es indeterminada, la autoridad llamada a aplicarla no rehúye su aplicación, sino que la aplica determinado su contenido. Se trata, por tanto, de uno de los supuestos que por definición dicen de la aplicación del derecho como función normativa: la integración de sus normas.

(3) Y, respecto a la tercera consecuencia, que un derecho deba interpretarse a favor de su ejercicio deriva del hecho que la Constitución existe precisamente para garantizar su ejercicio, en idéntica forma en que las competencias de los poderes públicos deban interpretarse restrictivamente es consecuencia de que la Constitución haya instaurado un gobierno de poderes limitados, haciendo de las habilitaciones normativas la técnica para la organización jurídica del poder. Interpretar a favor del ejercicio de un derecho significa preferir las construcciones que le den mayor eficacia. Esto es, no caer en formalismos (degeneración del pensamiento formal), desviando los requisitos formales de sus genuinos fines de seguridad, para

convertirlos en obstáculos que, por la desproporción entre lo que protegen y lo que impiden, lesionen los derechos cuya tutela se reivindica. Aplicación inmediata de esto es, por ejemplo, el principio de trascendencia de las nulidades procesales, adoptado siempre por la jurisprudencia constitucional¹, como también la flexibilización jurisprudencial del cumplimiento de los requisitos formales del recurso de casación².

2. Interpretación según los tratados de derechos humanos

5. Los derechos se interpretan según los tratados de derechos humanos porque éstos forman parte del bloque de constitucionalidad. En lo atinente a estos tratados, el artículo 410.11 supuso llevar al texto expreso de la Constitución la jurisprudencia ya existente del Tribunal Constitucional. Ya éste había tomado el artículo 35 del texto anterior de la Constitución como "permiso expreso" para la incorporación de normas al bloque de constitucionalidad. Interpretado como norma incorporante, el artículo 35 fue tomado en puerto de entrada de derechos y garantías que nacían de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, pero que no estaban literalmente enunciadas en el texto de la Constitución. La primera vez que se hizo mención al bloque de constitucionalidad fue en la STC 95/2001-RDI (21 de diciembre, párrafo V.2). En ella, aunque los límites del bloque ya estaban claros (i.e. los tratados sobre derechos humanos), no se argumentaba sobre su fuente positiva. El artículo 35 ni siquiera mereció mención. Ya para la STC 1662/2003-RAC (17 de noviembre, párrafo III.2) el artículo 35 fue tomado como norma incorporante, pero el Tribunal desarrolló mejor su justificación en la STC 45/2006-RDI (2 de junio, párrafo II.5.1). Aquí, sin embargo, comenzó usando un lenguaje cercano al concepto de constitución material. Afirmó que las normas del bloque eran tales por virtud a sus "cualidades intrínsecas". Pero las cualidades intrínsecas (materia) que debía tener una norma para integrar el bloque de constitucionalidad estaban decididas por la propia Constitución, a través de la norma interpretada como incorporante. Por tanto, el concepto de bloque de constitucionalidad se fundaba en el concepto formal de constitución. Por lo mismo, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma contraria al bloque debía sustanciarse como una violación del artículo 35 del texto formal de la Constitución.

6. Normativamente, que los tratados sobre derechos humanos fueran normas constitucionales llevaba consigo la incorporación de su significado jurídico tal como había sido definido por los órganos autorizados para su interpretación. Por esto, los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también eran parte del bloque de constitucionalidad. Era consecuencia de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorgase competencia a la Corte para aplicar e interpretar la Convención (artículo 62) y para producir decisiones autoritativas

¹ STC 731/2010-AAC (26 de julio, párrafo III.3).

² STC 2210/2012-AAC (8 de noviembre, párrafo III.2).

al respecto (artículo 67). Por tanto, negar el carácter vinculante de los precedentes hubiese supuesto violar la propia Convención, en la medida que suponía desconocer la calidad de órgano autoritativo que tiene la Corte. Obedecer los precedentes era también una exigencia práctica, porque suponía que el Estado se comportase según las normas que serían usadas para su enjuiciamiento. Pero el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la incorporación de la jurisprudencia sino hasta el 2010, en la STC 110/2010-AAC (10 de mayo, párrafo III.3). A partir de acá, la incorporación de la jurisprudencia interamericana tuvo sustento expreso en el derecho positivo de fuente judicial. De ahí que, invocando dicha sentencia, el Tribunal haya recurrido a los asuntos “Baena Ricardo y otros vs. Panamá” (2001), “Tribunal Constitucional vs. Perú” (2001) y “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (2004), para explicar que las garantías insertas en el debido proceso son por igual aplicables en sede administrativa³; y haya recurrido a este último también para justificar la inconstitucionalidad del delito de desacato⁴; así como haya recurrido a los asuntos “De La Cruz Flores vs. Perú (2004) y “Vélez Loor vs. Panamá” (2010) para justificar la inaplicación de la retroactividad penal en materia de corrupción (artículo 123 de la Constitución), por contraria al *favor rei*⁵.

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

8. Para justificar la aplicación preferente de una norma constitucional respecto de otra norma también constitucional, a veces se dice que la primera tiene rango “supraconstitucional”. Esto es un equívoco. Para que una denominación sea válida debe describir suficientemente la categoría conceptual que designa. La denominación sería correcta si ella se refiriese al derecho internacional y a su primacía sobre el derecho interno, incluyendo el constitucional. Pero la denominación se refiere más bien a las relaciones entre normas del mismo cuerpo normativo (la Constitución). La “supraconstitucionalidad” confunde las relaciones estructurales del sistema jurídico con las formas específicas de relacionamiento intranormativo. Como construye sobre un error (concebir al criterio de jerarquía como única forma

3 STC 140/2012-AAC (14 de mayo, párrafo III.1.1).

4 STC 1250/2012-AIC (20 de septiembre, párrafo III.3.1).

5 STC 770/2012-AIC (13 de agosto, párrafo III.4.1).

de relacionamiento intranormativo), concluye en otro error (reducir la aplicación preferente de una norma a términos de jerarquía, como la propia palabra “supraconstitucional” mienta). Si la aplicación preferente se reduce a términos de jerarquía, la “supraconstitucionalidad” significaría (1) una invocación al naturalismo, o (2) la ordinarización de la constitución.

(1) Si es lo primero, las normas “supraconstitucionales” serían una teoría acerca del conocimiento moral, no derecho positivo. No siendo jurídicas, hablar de su aplicación preferente estaría fuera de lugar.

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

Por tanto, no hay una relación estructural entre las normas constitucionales del texto formal y las de los tratados de derechos humanos incorporados. Lo que hay es una forma de relacionamiento intranormativo (la especialidad).

9. El mérito de la Constitución ha sido explicitar este razonamiento. (1) Ya siendo los tratados de derechos humanos parte de la Constitución desde 2001, y (2) siendo aquellos especiales en su materia respecto de ésta, pues (3) en caso de antinomia el intérprete tenía que decantarse por la norma de fuente internacional, excepto cuando (4) su especialidad supusiese un obstáculo para la efectividad de los derechos, en cuyo caso debía aplicar el texto formal de la Constitución, que fue instituido para garantizar su ejercicio.

(1) Repárese en el contenido del artículo 13.IV de la Constitución: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. (...)”. El texto “y que prohíben su limitación en los estados de excepción” podría llevar a entender que sólo prevalecerán en el orden interno los tratados de derechos humanos que contengan tal prohibición. Pero esta no es una interpretación posible. Resulta antinómica con el artículo 410.II, que hace que cualquier tratado sobre derechos humanos tenga jerarquía constitucional. En consecuencia, el significado jurídico que dicho texto está predicando es la especialidad de las normas que menciona en relación con las demás normas constitucionales (tanto las del texto formal como las incorporadas). Como la unidad del sistema jurídico impide sostener que el artículo 13.IV esté diciendo lo que su tenor literal, en efecto, dice, debe rescatarse su sentido normativo apelando a su especialidad. Esto permite demostrar que no contradice lo dispuesto por el artículo 410.II. Así, (1) el artículo 410.II establece la supremacía constitucional llana de todos los tratados sobre derechos humanos, pero (2) eso no es antinómico con que durante el estado de excepción la aplicación de tales tratados se rija por la regla especial del artículo 13.IV reconstruido: prevalecen entre todas las normas constitucionales de la materia (supremacía constitucional llana), aquellas que prohíban la limitación de los derechos humanos durante el estado de excepción (aplicación del criterio de especialidad entre normas del mismo rango).

(2) Que el criterio de especialidad regula las relaciones entre las normas constitucionales sobre derechos humanos está claro en el texto expreso del artículo 256.I: los tratados sobre derechos humanos que “declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”. Al igual que en el caso del artículo 13.IV, aquí la preferencia no está en función de la jerarquía (porque todas las normas son del mismo rango), sino de la especialidad. Y tal cosa es la que se ha hecho con el artículo 123 de la Constitución en relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11.2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15.1). Compulsados todos ellos con los artículos 13.IV y 256 de la Constitución, el Tribunal razonó que la aplicación retroactiva de la ley penal no podía ir más allá del *favor rei*⁶, inaplicando así el la letra expresa del texto formal de la Constitución, que permite la retroactividad penal “en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado” (artículo 123).

(3) Con forma de regla de interpretación, el artículo 256.II introduce al sistema una norma sobre la producción jurídica (fuente). Establece que los derechos reconocidos en la Constitución se interpretarán de acuerdo a los tratados internacionales sobre

6 En cita en nota al pie 5.

derechos humanos "cuando éstos prevean normas más favorables". Excepto la parte entrecomillada, el mismo texto está en el artículo 13.IV. Para ambos artículos debe entenderse que la regla de interpretación supone la especialidad de los tratados de derechos humanos respecto del texto formal de la Constitución, tomando como criterio específico de especialidad su carácter más favorable para los derechos humanos. Que la mención expresa al carácter más favorable no esté en el texto del artículo 13.IV no quiere decir que no sea parte de su significado jurídico. Las constituciones existen para instituir gobiernos de poderes limitados; la regla general para su interpretación es leerlas a favor de los derechos fundamentales.

(4) Entre los artículos 196.II y 256.II de la Constitución existe una relación de medios a fines. El primero dice que el Tribunal Constitucional aplicará, con preferencia, los criterios de interpretación gramatical e histórico, y el segundo dice que los derechos se interpretarán de acuerdo a los tratados, cuando éstos prevean normas más favorables. Este último, en consecuencia, establece un **telos**: favorecer el ejercicio de los derechos. Respecto de esto, el primero es un instrumento: es el medio que tiene el Tribunal Constitucional para decidir si es la norma de fuente internacional, o es si el texto formal de la Constitución, la norma que más favorece a un derecho. Los criterios de interpretación, en sí mismos, carecen de sustantividad propia. Son instrumentos al servicio de los fines del sistema jurídico. Por tanto, aplicar la norma que favorezca a los derechos es un fin que gobierna la interpretación constitucional, no un criterio instrumental, como al parecer lo ha entendido el Código Procesal Constitucional (artículo 2.II.2).

3. Reserva material de Ley

10. Por su contenido, el artículo 109.II es una garantía institucional. Dice que los derechos "sólo podrán ser regulados por ley", lo que significa (1) que no pueden ser regulados por otra forma normativa y (2) que la ley no puede privarlos de su contenido. Esto venía ya de las reformas de 1861. Ya en ellas la Constitución impuso que los derechos y garantías "no [podrían] alterarse por las leyes que reglamenten su ejercicio" (artículo 18). Al igual que la fórmula actual, se trataba de una reserva material, pero que debía ser objeto de reconstrucción. Así, si correspondía al Poder Legislativo reglamentar el ejercicio de los derechos, entonces no correspondía a ningún otro; donde debía asumirse que al decir "ley", la Constitución estaba diciendo ley en sentido formal, por tratarse de la Constitución de una república. Esta misma fórmula se mantuvo hasta las reformas de 1938, cuando su texto pasó a ser una afirmación: "toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" (artículo 6); manteniéndose la prohibición de alteración de los derechos como un artículo independiente (artículo 28). De 1938 a 2009 el cambio ha sido en el énfasis: de "conforme a las leyes" a "sólo" por ley. Pero de 1861 a 2009 la constante es la misma: queda sobrentendido que al decir "ley"

se trata de una ley formal, por tratarse de una Constitución republicana, como, sin necesidad de mayor razonamiento, lo entendió el Tribunal Constitucional en 1999, en una escueta, pero hito, sentencia en la materia⁷. En este sentido, que la Constitución de 1826 no hubiese tenido una norma expresa al respecto, no quiere decir que los derechos no tuviesen que ser regulados sólo por ley. No hace falta decir que en una república el órgano con mayor legitimidad democrática es el legislativo y que, en un gobierno de poderes limitados instituido para garantizar el ejercicio de los derechos, por fuerza debe corresponder a dicho órgano su regulación. Y, lo mismo, está demás decir que la falta de una prohibición específica de alterar los derechos no los deja desguarnecidos, porque su carácter inviolable deviene del carácter normativo de la norma constitucional que los contiene.

11. Por la reserva formal la ley puede regular todo lo que la Constitución no ha atribuido a otros órganos. Esta concesión al Poder Legislativo es consecuencia de la mayor legitimidad democrática que ostenta. Que la ley lo pueda todo, dentro del límite dicho, pareciera hacer irrelevante el principio de reserva legal (reserva material de ley), que hace que una materia sólo pueda ser regulada por ley formal. Pero no es así. El principio de reserva legal fue originalmente formulado para las organizaciones jurídicas de legitimidad monárquica. Aquí la reserva significaba limitar la competencia normativa general del Poder Ejecutivo. Como el principio organizativo era monárquico, correspondían al rey todas las competencias que la constitución no le hubiese privado (una norma general excluyente a su favor). Su poder era un derecho propio de carácter originario (anterior a la constitución). Para asegurar que asuntos como, por ejemplo, la propiedad y la libertad fueran decididos en asamblea, había que “reservarlos” a su favor, excluyendo al rey de su tratamiento. En la organización jurídica de legitimidad democrática, en cambio, los poderes públicos sólo pueden actuar en virtud de habilitaciones normativas. Aquí el objeto del principio de reserva legal consiste en imponer al legislador el deber de regular por sí mismo una materia determinada. Esto limita su competencia para dejar a la potestad reglamentaria la regulación de la materia reservada. **Potestas delegata non potest delegari**⁸. Si lo hiciera, la delegación violaría la cláusula de reserva, en este caso, el artículo 109.II, causando la inconstitucionalidad del acto legislativo delegante como de la forma normativa delegada (vg. un decreto), como ocurrió con el Código Tributario (artículo 146), que remitía a la potestad reglamentaria la regulación de los plazos, términos, condiciones, requisitos y forma de los recursos de alzada y jerárquico⁹. Hasta aquí los efectos de la reserva material en relación a otras fuentes.

12. Si la reserva material ha sido instituida como garantía de los derechos, por definición, la ley no puede privarlos de su contenido. Una ley que, en nombre

7 STC 17/1999-RDI (6 de diciembre, párrafo III.2).

8 DC 6/2000-CCP (21 de diciembre, párrafo III.2).

9 STC 9/2004-RDI (28 de enero, párrafo III.5).

del artículo 109.II, legislase así, sería inconstitucional. Tomar este artículo como una competencia ilimitada es un exceso de formalismo. Olvida que la hipótesis de los derechos vacíos supone una negación de la propia Constitución, instituida para garantizar su ejercicio. Desde 2001 el Tribunal Constitucional ha adoptado la garantía del contenido esencial, excluyendo de regulación el núcleo esencial de los derechos, que no puede ser afectado para que no se “altere el derecho como tal”¹⁰. Interpretativamente, esta construcción cogía pie en el artículo 229 del anterior texto constitucional, que prohibía la alteración de los derechos por las leyes que regulasen su ejercicio. Al decir “el derecho como tal”, el Tribunal estaba haciendo suya la teoría absoluta del contenido esencial, que sostiene que los derechos están definidos por una específica esfera permanente, que existe como una medida preestablecida fija determinable en forma abstracta. Hoy el contenido del anterior artículo 229 está en el artículo 13.I. Prohibir la alteración de los derechos (artículo 229) es jurídicamente lo mismo que prohibir su violación (artículo 13.I). Con esto, (1) el precedente constitucional que viene de 2001 sigue vigente, porque la norma constitucional que le da fundamento, como acto interpretativo, no ha cambiado, y (2) al no haber cambiado la norma constitucional, el Tribunal Constitucional puede mantenerse aferrado a la teoría absoluta (como lo ha hecho con el derecho de propiedad para determinar que le desapoderamiento del bien en litigio es inmanente a la declaratoria de propiedad¹¹), o abordar la garantía del contenido esencial desde su vertiente relativa, “como [aquel contenido que queda] después de una ponderación”¹² con aquellos derechos que justifiquen su limitación (como lo ha hecho al declarar la inconstitucionalidad del delito de desacato, por tratarse de una intromisión desproporcionada en la libertad de expresión¹³). Ambas opciones son constitucionalmente válidas, porque ambas son definiciones operativas del concepto jurídico de inviolabilidad, aunque la segunda parece ser más apropiada para pensar el derecho constitucional, para el que desde la tercera década del siglo XX las categorías absolutas comenzaban a serle ajenas y no así las cuestiones de grado¹⁴.

4. Tutela en sede constitucional

13. La Constitución dedica un capítulo a las “Acciones de Defensa”. Allí están las acciones de (1) libertad, (2) amparo (3) protección de privacidad, (4) inconstitucionalidad, (5) cumplimiento y (6) la acción popular. Pero las acciones (4) y (5) no son acciones de naturaleza tutelar:

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

11 STC 121/2012-AAC (2 de mayo, párrafo III.5).

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

13 En cita en nota al pie 4.

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

14. De las que quedan como acciones de tutela, la acción de libertad y el amparo constitucional son las más antiguas. La primera viene de las reformas de 1938 (artículo 8) y, respecto de las reformas de 2009, la innovación ha consistido en ampliar el objeto procesal de su pretensión, sumando el derecho a la vida al derecho a la libertad (artículo 125), que era por definición el objeto de esta acción. Su desarrollo jurisprudencial más notable ha sido consolidarse como un medio de defensa contra particulares¹⁵, cuestión que, salvo alguna sentencia excepcional en dicho sentido¹⁶, no lograba tramontar la creencia, impuesta por su antigüedad pero no por su razonabilidad constitucional, en sentido que las privaciones a la libertad entre particulares eran fuero exclusivo del derecho penal.

15. La acción de amparo fue introducida en las reformas de 1967 (artículo 19). Su mayor desarrollo ha sido jurisprudencial, como también su mayor retroceso y reivindicación.

(1) Respecto a su desarrollo, el mismo causó tensiones entre el Tribunal Constitucional y la entonces Corte Suprema. Aquí se dijo que el Tribunal se inmiscuía en cuestiones privativas de la jurisdicción ordinaria y que generaba inseguridad jurídica. Ambas acusaciones se reducían a la revisión por vía de amparo de decisiones de la jurisdicción ordinaria. Desde su sentencia hito en la materia¹⁷, el Tribunal condicionó la revocación de las decisiones de la jurisdicción ordinaria a la violación de derechos fundamentales. Esto no ha variado¹⁸. En estos casos, el Tribunal no invade la competencia de la jurisdicción ordinaria, sino que se limita a ejercer la suya propia. La razón: todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales para el ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, a la competencia del Tribunal Constitucional para su enjuiciamiento. Si no fuera así, habría que asumir que las decisiones de la jurisdicción ordinaria estarían fuera del sistema jurídico. Por tanto, si las decisiones de la jurisdicción ordinaria derivan su validez de la Constitución, entonces el análisis por vía de amparo del respeto a los derechos y garantías constitucionales no debe suscitar controversia alguna.

(2) Su mayor retroceso fue desconocer la naturaleza constitucional del derecho al juez preconstituido por ley¹⁹. El Tribunal Constitucional dijo que a esta garantía correspondía un “resguardo reforzado”. Esto es correcto. Pero él mismo se desdijo: su interpretación importaba, al cabo, negar que esta sea una garantía de fuente constitucional, porque sólo no siéndola se justificaba que no la tutele, y como el

15 STC 258/2012-AL (29 de mayo, párrafo III.1).

16 STC 1304/2002-RHC (28 de octubre, párrafo III.2).

17 AC 111/99-RAC (6 de septiembre, último considerando).

18 STC 1093/2012-AAC (5 de septiembre, párrafo III.2).

19 STC 99/2010-RAC (10 de mayo, párrafos III.4 a III.7).

Tribunal de hecho le había esquivado la prestación de tutela, había terminado diciendo, a pesar suyo, que no nacía de la Constitución.

El juez preconstituido por ley (juez natural competente) es parte del contenido de la garantía general del debido proceso (artículos 115.II, 117.I y 120.I de la Constitución). Como tal, su regulación está reservada al poder legislativo (artículo 109.II). Jurídicamente, significa que (1) los juzgados y tribunales sólo pueden ser creados por ley, (2) que, además, su composición personal sólo pueden ser determinada por una ley que establezca el procedimiento para la designación de sus miembros, (3) que sólo una ley puede investirlos de jurisdicción y competencia (con anterioridad al hecho que motiva su actuación), y (4) que, en definitiva, quedan prohibidos los tribunales de excepción (artículos 120.I y 180.III). Por tanto, la violación de cualquiera de estos supuestos habilitaría al Tribunal para tutelar al afectado. Pero esto es lo que la jurisprudencia impedía. Reconstruido, el argumento del Tribunal discurría: (1) La violación de cualquiera de los supuestos anteriores significa una actuación sin competencia. Cierto. (2) Los actos *ultra vires* (sin competencia) son materia "específica" del recurso directo de nulidad. Falso: no cuando violan un derecho fundamental. (3) Por tanto, este era el "mecanismo idóneo, inmediato, eficaz y específico para [la] protección" del juez preconstituido por ley. Falso. Y (4) si la vía es el recurso directo de nulidad, entonces, por exclusión, la acción de amparo constitucional no tutelaba esta garantía. Falso. Se trataba de una falacia de accidente (tratar lo accidental como esencial): consideraba que aquellas propiedades que accidentalmente se encuentran en una categoría conceptual, definían su esencia (como inferir de Bach y Pachelbel, como compositores barrocos alemanes, que los compositores barrocos fueron siempre alemanes).

Aquí estaba el error. Se confundía la razón de la pretensión procesal de la acción de amparo (causa de pedir) con su objeto (el efecto que produce el procedimiento). Como en la acción de amparo contra un acto de juez incompetente y en el recurso directo de nulidad el objeto de la pretensión es el mismo (genéricamente, la declaratoria de incompetencia), el Tribunal asumía que la razón de la pretensión de los dos procedimientos era también la misma. Pasaba por alto que la coincidencia en el objeto era aquí un accidente. Lo que hace que la acción de amparo y el recurso directo de nulidad no sean lo mismo es, precisamente, la razón de sus respectivas pretensiones procesales. Esa es la esencia de cada cual. En el recurso directo de nulidad la razón de la pretensión es la integridad objetiva de la distribución constitucional de competencias. La causa de la impugnación es la actuación *ultra vires*. Acá, el solo hecho de la falta de competencia asegura una decisión estimativa de la pretensión. La expresión de agravios que se exige al recurrente es tan solo un presupuesto procesal para la admisión del recurso. A contrario: aún cuando no se viole un derecho constitucional, habrá decisión estimativa siempre que haya actuación sin competencia. En la acción de amparo, en cambio, la razón de la pretensión es

la tutela de los derechos constitucionales. Es una acción de defensa. Acá lo que importa no es si los derechos fueron lesionados por un acto sin competencia (*ultra vires*), sino, desnudamente, el hecho de que hayan sido lesionados. La expresión de agravios es aquí a la vez un presupuesto procesal y un presupuesto sustantivo para la obtención de una decisión estimativa de la pretensión. Sin daño a un derecho constitucional, no hay decisión estimativa. Ergo, si el juez preconstituido por ley es una garantía constitucional, entonces cualquier lesión a esta garantía debe remediarse por la acción de amparo, sea que haya o no sido causada por una actuación sin competencia. Negar esto ya era bastante error: equivalía a decir que el juez natural competente no era una garantía constitucional, porque sólo lo que no es un derecho constitucional no es defendible por la acción de amparo.

Pero no fue el único error. El Tribunal también confundió dos presupuestos procesales distintivos de ambos procedimientos, equiparando el del recurso directo de nulidad con el de la acción de amparo, sin reparar en que el recurso directo de nulidad es, por definición, directo. Según el Tribunal, para la procedencia del recurso directo de nulidad “se deb[ían] agotar previamente los mecanismos internos efectivos para la restitución de la garantía de competencia”. Esto se llama subsidiaridad, y es un presupuesto para la procedencia de la acción de amparo. El recurso directo de nulidad, en cambio, desde que es tal (directo), no supone el agotamiento de ninguna vía procesal previa, habida cuenta que sólo procede ante la falta de previsión de vías por parte del sistema jurídico. De haber una vía que remedie la cuestión de competencia, ésta excluye la procedencia del recurso. Lo que, llevado al juez preconstituido por ley, significaría que la jurisdicción constitucional jamás podría tutelarlos, porque de hecho todas las leyes de procedimiento consideran mecanismos excluyentes del recurso directo de nulidad (i.e. excepción de incompetencia, inhibitoria, declinatoria). Si a consecuencia de la falacia de accidente resultaba que el juez preconstituido por ley no era tutelable en vía de amparo, a consecuencia de desplazarlo hacia el recurso directo de nulidad, resultaba que ni siquiera era de origen constitucional, porque sólo lo que no nace de la Constitución no puede ser conocido por el Tribunal Constitucional, de donde el “resguardo reforzado” enunciado por el Tribunal terminaba desguarneciendo a una garantía fundamental de tutela constitucional, como lo reconoció el propio Tribunal al reencausar su jurisprudencia y reivindicar el derecho al juez preconstituido por ley como una garantía constitucional: “en la práctica dicha disquisición [refiriéndose a la distinción entre juez imparcial, juez independiente y juez competente] provocó denegación de justicia al generarse una disfunción procesal entre el recurso directo de nulidad y la acción de amparo constitucional”²⁰.

16. Desde su institución, el objeto de la pretensión de la acción de amparo abarcó siempre todos los derechos de índole constitucional. Pero en las reformas

20 STC 693/2012-AAC (2 de agosto, párrafo III.2).

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

17. La acción popular es una innovación de la Constitución de 2009. El objeto de su pretensión es la protección de los “derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza” (artículo 135). A partir de acá, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el objeto de su pretensión se extiende también (1) a los derechos e intereses difusos, (2) a otros derechos e intereses colectivos y difusos distintos a los enunciados en el texto formal, no obstante provengan de fuente legal, y (3) a otros derechos, por su vinculación con los derechos e intereses tutelados por la acción popular²¹. Aunque la Constitución también remite su tratamiento procesal al de la acción de amparo (artículo 136.II), la acción popular no es subsidiaria del agotamiento previo de los medios ordinarios de defensa (artículo 136.I). Son sujetos activos de la pretensión toda persona a título individual o en representación de una colectividad (la legitimación amplia es consecuencia del carácter colectivo del objeto procesal) y, obligatoriamente, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus funciones (artículo 136.II); mientras que son sujetos pasivos de la misma toda autoridad o todo particular que, por acción u omisión, viole o amenace violar los derechos o intereses objeto de tutela por esta vía. El carácter colectivo del objeto de la pretensión extiende sus efectos a la cosa juzgada. Habiéndose pronunciado una decisión de fondo, la cosa juzgada quedará constituida por la identidad de objeto, causa y colectividad, ya que la decisión, por pronunciarse sobre un derecho o interés colectivo, produce sus efectos sobre toda la colectividad, y no únicamente sobre el específico sujeto accionante.

18. La acción de cumplimiento no tutela derechos, con mucho que el Tribunal Constitucional arribe a la conclusión contraria, al casar la razón de su pretensión

21 STC 176/2012-AP (14 de mayo, párrafo III.1).

con la posible existencia de un daño “directo o indirecto” a un derecho²². No es de naturaleza tutelar, porque el objeto de su pretensión es garantizar la ejecución de las disposiciones constitucionales o legales cuyo cumplimiento hubiese sido omitido (artículo 134). La Constitución es clara: no hace a la razón de su pretensión que el incumplimiento hubiese dañado o amenazare dañar un derecho constitucional. Sólo exige como fundamento el hecho del incumplimiento. A contrario, si hubiese violación de un derecho constitucional a causa de la omisión de un acto debido, la vía no sería la acción de cumplimiento, sino el amparo por omisión. Al haberse alejado del principio de unidad de acción y pluralidad de pretensiones, la Constitución ha optado por un sistema de acciones mutuamente excluyentes. Y como en su seno no pueden haber antinomias, ella misma ha hecho que los actos de incumplimiento dañinos para los derechos constituyan la razón de la pretensión del amparo por omisión (artículo 128), y ha excluido del fundamento de la acción de cumplimiento el daño constitucional a un derecho. En este sentido, no debe confundirse la exigencia de fundamentar la afectación que sufre el accionante (artículo 134.II), con la razón de la pretensión de la acción de cumplimiento. Lo primero es una condición de admisibilidad, que deriva del carácter concreto de la acción. No es una acción abstracta, no vinculada a un caso concreto, resoluble por el mero interés académico del actor. De ahí que quien la interponga deba fundamentar su interés para actuar, para echar a andar la jurisdicción. Lo segundo es una condición de la pretensión, de su éxito o de su fracaso, pero necesaria para decidirla sustantivamente.

No hay un derecho a hacer valer, en vía de acción de cumplimiento, la interpretación de una disposición normativa. La interpretación de una norma corresponde a su órgano de aplicación. Sólo si por irrazonable viola derechos constitucionales, puede la jurisdicción constitucional revisarla en vía de amparo²³. Por exclusión, entonces, la acción de cumplimiento sólo puede ordenar la ejecución de disposiciones constitucionales claras y expresas. Y cuando se trata de disposiciones de fuente legal, sólo hacen a la acción de cumplimiento aquellas leyes a las que la Constitución se remita expresamente, delegándoles el desarrollo de un determinado contenido fijado por ella, tal como, por ejemplo, la ley que desarrolle la composición, la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional (artículo 197.III). Esto, dicho en disenso con lo sostenido por el Tribunal Constitucional²⁴, para el que es demandable de cumplimiento por esta vía (1) no solo cualquier ley en sentido formal, sino (2) también cualquier norma general (i.e. ley en sentido material, por eso dice “ley sin importar la fuente de producción, abarcando, por tanto, a decretos supremos, resoluciones supremas, la legislación departamental y municipal”). Si por la acción de cumplimiento se pudiera demandar la ejecución de cualquier ley, la

22 STC 258/2011-ACU (16 de marzo, párrafo III.1.5).

23 STC 452/2011-AAC (18 de abril, párrafo III.2).

24 En cita en nota al pie 22, seguida por la STC 1675/2011-ACU (21 de octubre, párrafo III.2), luego por la STC 1765/2011-ACU (7 de noviembre, párrafo III.2) y por la STC 862/2012-ACU (20 de agosto, párrafo III.1).

distinción entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria se diluiría. Siendo aquella una acción constitucional, está para defender la Constitución, no la legalidad ordinaria. Por consiguiente, cuando la Constitución incluye en el objeto de su pretensión el incumplimiento de la ley (artículo 134.1), tal objeto debe leerse según el sistema de garantías al que pertenece, esto es, como medio de defensa de la propia Constitución. Y como es una acción instaurada para defender los mandatos claros y expuestos de la Constitución, la demanda de cumplimiento de una ley no puede sino estar atada a dichos mandatos. Por tanto, al exigirse el cumplimiento de dicha ley, se está exigiendo el cumplimiento, por devolución, de la disposición constitucional que ordenó tal remisión legislativa. Pero al extender sin más el objeto de la acción de cumplimiento a la tutela del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional ha transmutado su naturaleza constitucional en la que debería ser una de las pretensiones de un proceso contencioso-administrativo de jurisdicción plena, que condene a la Administración a dar o a hacer a consecuencia de una demanda por la omisión de un acto debido.

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

El Tribunal ha reivindicado el incidente de inconstitucionalidad, al revertir las limitaciones a las que había sido objeto. Ya en la STC 3/2007-R11 (17 de enero) lo hizo aplicable en el arbitraje, desdiciéndose del absurdo que suponía que, mientras que en la jurisdicción ordinaria debía juzgarse según el derecho constitucionalmente válido, en el arbitraje podía resolverse sin consideración sobre la constitucionalidad del derecho aplicable²⁵. Tal consecuencia sólo sería plausible si el arbitraje exorbitara el sistema constitucional. No siendo extrasistémico, es simplemente insostenible. Pero las limitaciones seguían. El incidente sólo estaba permitido de presentarse en procesos administrativos y judiciales y contra las normas a aplicarse en la decisión de fondo sobre la materia litigiosa²⁶. A contrario, el incidente estaba vedado de presentarse (1) en procedimientos administrativos (la distinción entre proceso y procedimiento se la hizo en la STC 9/2004-RDI, 28 de enero, párrafo III.4), (2)

25 AC 147/2005-CA (8 de abril, párrafo II.2).

26 STC 67/2003-R11 (22 de julio, párrafo III.1).

contra normas aplicables a incidentes²⁷, (3) en la solicitud de tutela cautelar²⁸, (4) contra cualquier norma procesal²⁹, (5) contra normas que regulan el término de prueba³⁰, (6) en la formulación de excusas y recusaciones³¹, (7) contra normas que regulan los actos de conocimiento³², y (8) en ejecución de sentencia³³. No fue hasta la STC 658/2012-All (2 de agosto, párrafo III.3) cuando estas restricciones fueron superadas. Pero esta sentencia ha mantenido la prohibición de presentar el incidente de inconstitucionalidad en el curso de una acción de amparo³⁴. Este límite es correcto, pero no porque la acción de amparo deba ser expedita, que es lo que argumenta el Tribunal. Para gozar de corrección racional, este argumento debiera aceptar, como fundamento implícito, que las violaciones a la Constitución no son reprochables siempre y cuando se las consolide con la debida prontitud. Es un hecho que el Tribunal no tolera este razonamiento, por eso que haya aclarado que, en las acciones de amparo, es a los propios jueces de garantías a quienes corresponde imponer la supremacía de la Constitución, aplicándola con preferencia al derecho ordinario que le fuera contrario. Para ahorrarse este rodeo, bastaba con reparar en la distinta naturaleza de la acción de amparo y del incidente de inconstitucionalidad. Mientras que la razón de la pretensión en la primera es el daño a un derecho constitucional, la razón de la pretensión en la segunda es un conflicto normativo. Por tanto, que no pueda presentarse el incidente de inconstitucionalidad en el curso de una acción de amparo es una consecuencia que viene de sus distintos objetos procesales.

20. La declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos pro-futuro. Así que las sentencias ya pasadas en autoridad de cosa juzgada, fundamentadas en la aplicación del derecho ordinario declarado luego inconstitucional, son irrevisables. Su estabilidad es consecuencia de la presunción de validez: ellas se justificaron en una norma que en su momento se estimaba válida y que, por tanto, producía sus efectos también válidamente. Pero esto no es aplicable a las sentencias en materia penal: aquí rige el *favor rei*, que es de fuente constitucional (artículo 123). Por tanto, al imputado le es aplicable retroactivamente la declaratoria de inconstitucionalidad que le es beneficiosa. *A fortiori*, la misma consecuencia es extensiva al derecho administrativo sancionador, porque, si se permite lo más, por fuerza debe permitirse lo menos (*a maiore ad minus*). Como la sentencia puede declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la norma impugnada, si es lo segundo, dice la Constitución que la hace “inaplicable” con “efectos respecto a todos” (artículo 133). Lo mismo

27 AC 25/2010-CA (23 de marzo, párrafo II.3).

28 AC 226/2010-CA (17 de mayo, párrafo II.5).

29 AC 266/2010-CA (26 de mayo, párrafo II.3).

30 AC 360/2010-CA (22 de junio, párrafo II.5).

31 AC 366/2010-CA (22 de junio, párrafo II.5).

32 AC 392/2010-CA (30 de junio, párrafo II.5).

33 AC 450/2010-CA (12 de julio, párrafo II.5).

34 AC 257/2010-CA (26 de mayo, párrafo II.3).

decía antes (artículo 121.II). En naturaleza jurídica se trata de una declaración de invalidez. Si la norma es válida, entonces existe como derecho y, en consecuencia, es aplicable. Si la norma es inválida, no existe y, por consiguiente, es inaplicable. Desde este punto de vista, la redacción constitucional es redundante: una norma que no existe porque es inválida es una norma que no puede aplicarse a nadie. Los errores de redacción no son casuales. Vienen del error de asumir que en los sistemas herederos de la tradición jurídica romana-germánica los precedentes judiciales no son vinculantes. Y es este un error tan anclado en nuestro pensamiento, que el riesgo que él entraña para un sistema jurídico en términos de eficacia fue el justificativo para encargar a un único tribunal la guarda de la Constitución. Por eso, mientras que la justicia constitucional regía en Estados Unidos desde 1803, su trasplante a la tradición continental requirió de la creación previa de un tribunal que monopolizase la materia, para que expresamente pudiese dotársele de efectos generales a sus decisiones. A partir de este error el derecho constitucional construyó una clasificación de los sistemas de control que los distingue según sean concentrados (un solo tribunal ejerce la jurisdicción constitucional) o difusos (varios tribunales, todos los ordinarios, que además ejercen el control constitucional). La distinción la hizo Schmitt en 1931: "Propongo el término difuso para designar el concepto opuesto al de derecho de control concentrado en una sola instancia"³⁵. Pero esta distinción es sólo procedimental. En el modelo difuso cualquier juez puede, incidentalmente, inaplicar una norma por causa de su inconstitucionalidad. Y tal inaplicación surte efectos sólo para los litigantes en el proceso. Pero como el carácter normativo de los precedentes no es violado (es el *stare decisis*, pararse, fundarse en lo decidido), a pesar de tratarse de sentencias de efectos relativos, los jueces aplican los precedentes constitucionales de los tribunales superiores hasta llegar a los precedentes sentados por la Corte Suprema que, por ser la corte de más alto grado, gozan de *stare decisis* ante todas las demás cortes del país. Por consiguiente, el órgano que decide sobre la constitucionalidad es el más alto tribunal, es decir, un solo órgano, como en el modelo concentrado. "[Como] las decisiones de la Corte Suprema vinculan a todos los demás tribunales, en tanto los tribunales americanos se consideren obligados por los precedentes de la Corte rechazando la aplicación de una norma a un caso concreto debido a su inconstitucionalidad, la decisión tiene prácticamente los mismos efectos que la anulación general de tal norma"³⁶. El poder de decisión sobre la constitucionalidad del derecho ordinario no puede difuminarse. Es conceptualmente imposible. Quebraría la unidad de la Constitución.

21. A propósito de la integridad objetiva de la Constitución como garantía para el ejercicio de los derechos, la sana actitud que debiera seguir la jurisprudencia

35 SCHMITT, Carl; *La defensa de la Constitución* (2ª edición, Madrid, Tecnos, 1998), p. 52, nota al pie 17.

36 KELSEN, Hans; *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, 4-2 *The Journal of Politics*, 1942, pp. 188-189.

debiera ser la asumida en “United States v. Carolene Products Co”³⁷ (1938), en la que Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que había un estrecho margen para hacer jugar la presunción de constitucionalidad cuando el derecho ordinario aparecía frente a una específica prohibición constitucional de interferir en una libertad clásica. Tales prohibiciones están en el derecho americano en las 10 primeras enmiendas. En el derecho boliviano, una prohibición similar está en el artículo 13.I de la Constitución (inviolabilidad de los derechos), y el fundamento para investir a las libertades clásicas de un escrutinio judicial estricto está en la existencia del propio orden constitucional. En esto lleva la razón Popper: “No escogemos la libertad política porque nos prometa esto o aquello. La escogemos porque hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano; la única forma en la que podemos ser completamente responsables por nosotros mismos”. “La libertad política es una condición previa de nuestra responsabilidad personal, de nuestra humanidad”³⁸. Para que esa condición previa quede asegurada, tiene que asegurarse la existencia del Estado en la acepción garantista del término. Si el *minimum* de libertades no está asegurado, todo lo demás está en riesgo.

II. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

22. Que la jurisprudencia sea fuente del derecho significa (1) que los tribunales producen derecho en sentido material, (2) que sus decisiones están racionalmente justificadas, (3) que el sistema jurídico les atribuye carácter general y (4) que son producto de una construcción interpretativa.

I. Producción judicial del derecho

23. La interpretación no es un acto de conocimiento que permita dar con un significado único, de corrección racional indiscutible. Es (1) una actividad de argumentación, de justificación de una decisión. Como tal es un razonamiento práctico, un ejercicio de juridicidad ocupado en justificar el significado normativo que mejor acomode en el sistema jurídico. Y (2) es una actividad de comprensión, de atribución de significado jurídico a una disposición. Aquí Gadamer lleva la razón³⁹: (1) comprender es siempre interpretar (la interpretación es una forma explícita de la comprensión); (2) el conocimiento y la aplicación del derecho no son dos actos separados, sino un solo proceso unitario; y (3) la comprensión-aplicación del derecho no difiere de la comprensión de un relato. Por tanto, dado que no se trata de un acto de conocimiento, tampoco hay métodos racionales que permitan dar con significados jurídicos inequívocos. Así como una disposición puede tener

37 304 U.S. 144 (1938).

38 POPPER, Karl R.; *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento* (1ª edición, Barcelona, Paidós, 1995), pp. 147 y 236.

39 Cit. por TALAVERA, Pedro; *Derecho y literatura* (1ª edición, Granada, Comares, 2006), pp. 15 y 16.

varias interpretaciones posibles, también hay varios métodos de interpretación disponibles. Depende del intérprete la elección del método y la elección por una de las interpretaciones en concurso. Una vez positivada, la aceptación de la interpretación elegida, el pronunciamiento sobre su corrección racional, depende del ejercicio argumentativo construido por el intérprete.

24. Que los tribunales producen derecho es un hecho aceptado en la filosofía del derecho. Positivistas como Kelsen⁴⁰, Hart⁴¹ y Raz⁴² coinciden en esto. Y naturalistas como Fuller diferencian los órganos de producción jurídica por un aspecto formal: la "dimensión institucional". Entre un objetivo político y una pretensión procesal no existe principalmente una diferencia material. La diferencia es institucional. Sólo los tribunales producen derecho enmarcados dentro de un procedimiento que los vincula a las pretensiones de las partes, las reglas de la prueba, los plazos de resolución, etc⁴³. En tanto órganos de producción, los tribunales se diferencian de las legislaturas por su forma de operar. Lo que define a la decisión judicial es la dimensión institucional del órgano que la produce⁴⁴. Una de las características de esa dimensión es la falta de iniciativa para resolver. Los tribunales sólo producen derecho *ex parte*. Ya en 1900, en esto último decía Jellinek que estribaba la diferencia entre los poderes normativos de la judicatura y los del ejecutivo⁴⁵.

En este sentido, las conclusiones de Kennedy son aventuradas: "tan pronto como se entiende la aplicación del derecho como interpretación, amenazamos con desestabilizar la estructura liberal que distingue tribunales de legislaturas, el derecho de la política y el Estado de Derecho de la tiranía"⁴⁶. Nada de esto es cierto. La decisión política se caracteriza porque es racionalmente argumentable a partir de los fines que persigue. Por consiguiente, la opción entre alternativas políticas se basa en las consecuencias que previsiblemente van a tener los medios escogidos para alcanzar el fin que se invoca como fundamento de la decisión. La decisión judicial se basa en un modelo argumental distinto. Más allá de su estabilidad formal, aquí las decisiones sólo pueden estar justificadas si es que (1) sus argumentos son de derecho positivo, y (2) si es que esos argumentos gozan, cuando menos, de un grado aceptable de corrección racional.

40 KELSEN, Hans; *Introduction to the Problems of Legal Theory, a Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1ª reimpression, Nueva York, Clarendon Press, 2002), p. 83.

41 HART, H.L.A.; *The Concept of Law* (2ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1994), pp. 12 y 273.

42 RAZ, Joseph; *The Authority of Law, Essays on Law and Morality* (1ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1983), pp. 182 y 207.

43 Para Capelleti lo que caracteriza a los tribunales no es su "pasividad sustancial" (creativa), sino su "pasividad procesal": la conexión de la actividad decisional con las reglas del proceso (cf. CAPELLETI, Mauro; *The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis*, 54 Southern California Law Review, 1980, p. 409).

44 Cf. FULLER, Lon; *The Forms and Limits of Adjudication* (92 Harvard Law Review, 1978), pp. 356-369.

45 JELLINEK, Georg; *Teoría general del Estado* (2ª edición, 1ª reimpression, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002), p. 547.

46 KENNEDY, Duncan; *A Critique of Adjudication* (1ª edición, Cambridge, Harvard University Press, 1997), p. 37.

2. Justificación de las decisiones judiciales

25. Desde el punto de vista del observador, la aceptación de una decisión es un pronunciamiento sobre su corrección racional. Hay corrección racional cuando las decisiones son justificables por su universalidad, su coherencia y su consecuencia con los valores del sistema. La justificación de las decisiones judiciales es una exigencia del Estado de Derecho, no un elemento lógico del sistema jurídico. Sólo en el Estado de Derecho se considera que una decisión no está suficientemente justificada por el solo hecho de haber sido dictada por una autoridad competente (determinismo metodológico). Aquí, a la estabilidad formal de las decisiones, debe agregársele la corrección racional de su justificación. Fundamentar una decisión judicial no es exponerla (labor descriptiva), sino justificarla. Esto es, dar razones que sostengan la corrección racional de la decisión adoptada. La justificación conlleva formular juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el derecho y los hechos del caso. De esto se desprende, como regla natural, que la argumentación será más compleja cuanto más complejos sean los casos. Tratándose de la justicia constitucional, la labor argumentativa arrastra las complejidades propias de (1) resolver en el marco de la indeterminación característica de las constituciones, y (2) decidir autoritativamente sobre el significado jurídico de la constitución. Con esto, en cada decisión constitucional los tribunales tienen en sus manos todo el Estado de Derecho.

26. La justificación significa control democrático por dos razones.

(1) Porque es la precondition de toda segunda instancia y de toda vía recursiva. Aquí los afectados accionan fundándose en la justificación de la decisión objetada. Piden que un órgano autorizado para enjuiciar los actos de otro se pronuncie al respecto. Se trata del sistema de frenos y contrapesos aplicado *intra organum* y promovido como contenido de una pretensión procesal. Constituye el derecho a obtener una sentencia fundada, que nace de la tutela judicial efectiva y del debido proceso (artículo 115 de la Constitución), cuestión en la que el Tribunal Constitucional arrastra una consolidada tradición garantista. Ya estaba suficientemente afirmado en la jurisprudencia (1) la relación entre motivación, debido proceso y tutela judicial efectiva, (2) que el cumplimiento de la exigencia de motivar se medía por su cometido constitucionalmente asignado de proporcionar conocimiento material efectivo sobre las razones de la decisión, y (3) que la carencia de motivación significaba comisión de acto arbitrario⁴⁷. Esto no ha variado⁴⁸. La reafirmación de la jurisprudencia ha llevado (1) a enfatizar la mayor importancia que tiene la motivación cuando se está ante un tribunal de cierre⁴⁹ y (2) a determinar el contenido esencial del derecho a obtener

47 Por todas, STC 1163/2006-RAC (20 de noviembre, párrafo III.2) y STC 937/2006-RAC (25 de septiembre, párrafo III.3.1).

48 Por todas, STC 2212/2010-AAC (19 de noviembre, párrafo III.3) y STC 275/2012-AAC (4 de junio, párrafo III.2.1).

49 STC 2210/2012-AAC (8 de noviembre, párrafo III.1).

una sentencia fundada, a partir del **telos** propio de la justificación de las decisiones en el Estado de Derecho. Con esto, la motivación ha adquirido corporeidad propia, que redundará en su garantía. Como su autonomía normativa viene de los fines que debe cumplir, para el respeto de su contenido esencial las decisiones deben (1) expresar el sometimiento manifiesto a la Constitución y al derecho ordinario en general, (2) convencer de que la decisión es expresión de justicia, razonabilidad y congruencia con lo pedido, y no fruto de la arbitrariedad, (3) garantizar la posibilidad de control de la decisión por los medios de impugnación respectivos y (4) permitir el control democrático de los tribunales⁵⁰.

(2) La justificación significa también control democrático porque es la precondition para la creación judicial del derecho. Un precedente se afirma por la fuerza de su justificación. Y se lo cambia cuando la fuerza de otra justificación articula mejor en el sistema jurídico. Acá la justificación de las decisiones judiciales es una exigencia que viene del derecho a la igualdad ante la ley (artículos 8.II y 14.III) y de la garantía de seguridad jurídica (artículo 178.I), cuestiones que el Tribunal ha sabido reivindicar como fundamentos de la creación judicial del derecho⁵¹

27. La argumentación exige una rigurosa economía del razonamiento jurídico, que por criterio de razón suficiente evite cuestiones impertinentes al asunto en cuestión. La adecuada justificación de las decisiones judiciales comienza por distinguir entre casos fáciles y difíciles.

(1) Son fáciles los casos cuyas premisas normativas y fácticas no son controversiales. Puesto que sus premisas son convencionalmente aceptadas, se producen conclusiones racionalmente aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo. Por esto, el razonamiento deductivo es suficiente para justificar la decisión. Esta es una justificación formal o de primer nivel. Aquí el silogismo de Beccaria basta⁵².

(2) Son difíciles los casos cuyas premisas no son convencionalmente aceptadas. Tratándose de sus premisas normativas, esto puede deberse a problemas de relevancia o de interpretación. Son problemas de relevancia las dudas sobre la determinación de la norma aplicable o sobre su propia existencia. Los problemas de interpretación suponen dudas sobre el significado jurídico de la norma aplicable. Tratándose de las premisas fácticas, que no sean convencionalmente aceptadas puede deberse a problemas de prueba o de calificación. Se llaman problemas de prueba a las dudas sobre la existencia de los hechos requeridos para hacer

50 STC 2221/2012-AAC (8 de noviembre, párrafo III. I).

51 STC 846/2012-AAC (20 de agosto, párrafo III.3.1).

52 BECCARIA, César; *De los delitos y de las penas* (1ª edición, Madrid, Aguilar, 1974), pp. 76, 77, 79, 81.

operativa la hipótesis de la norma. Son problemas de calificación las dudas sobre la determinación del significado jurídico de un hecho probado.

28. Desde el punto de vista de la argumentación, el razonamiento deductivo es insuficiente para justificar la decisión de un caso difícil. Aquí, a la lógica formal (justificación de primer nivel), debe sumársele criterios de razonabilidad (justificaciones de segundo nivel). De esta manera, cada premisa problemática debe justificarse en criterios que sostengan la corrección racional de la decisión tomada. Hecho esto, la justificación formal puede ejecutarse. En este sentido, el razonamiento deductivo no sólo describe los casos fáciles, sino también los difíciles. No hay caso en que la decisión judicial, desde que es aplicación del derecho, no vaya de una norma general a una particular. El problema está en determinar las premisas del silogismo; una vez justificadas, la decisión podrá describirse como un proceso deductivo.

29. Para MacCormick⁵³ los criterios de razonabilidad para la construcción de justificaciones de segundo nivel son tres:

(1) La universalidad, que no es nueva en el pensamiento jurídico: donde hay identidad de razón debe haber identidad de derecho (*ubi eadem ratio iuris, ibi eadem legis dispositio*). Supone dar el mismo tratamiento a todos los casos cuyas premisas sean las mismas, y tratar de modo distinto a los que tengan premisas diferentes. Implícitamente, este es el razonamiento que ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar la obligación de una “protección constitucional reforzada de los derechos de las personas pertenecientes a sectores en condiciones de vulnerabilidad”⁵⁴. La universalidad de una decisión descansa, a su vez, en una decisión previa: la determinación de las premisas relevantes del caso y la determinación de las premisas relevantes de los casos con los que será confrontado.

(2) La coherencia, que cuando se refiere a las premisas normativas significa que la justificación no es antinómica con las normas del sistema jurídico, o inconsistente con los valores implícitos que lo unifican. Consecuencia práctica inmediata de esto es la revisión de la legalidad ordinaria en vía de amparo, cuando la “labor interpretativa resultare insuficientemente motivada, arbitraria, incongruente, absurda e ilógica o con error evidente”⁵⁵. Cuando se refiere a las premisas fácticas, la coherencia significa que la prueba y calificación de los hechos debe estar en conformidad con las leyes científicas aplicables y con los datos convencionalmente aceptados por la experiencia. Acá, la consecuencia práctica inmediata es la revisión constitucional de

53 Cf. MACCORMICK, Neil; *Legal Reasoning and Legal Theory* (1ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1978). En la bibliografía nacional puede consultarse TALAVERA, Pedro; *Interpretación, integración y argumentación jurídica* (1ª edición, Santa Cruz, El País, 2008), pp. 205-269.

54 En cita en nota al pie 51, párrafo III. I.

55 STC 832/2012-AAC (20 de agosto, párrafo III.4).

la valoración de la prueba, cuando “exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir”⁵⁶.

(3) La consecuencia, que conlleva considerar las consecuencias de la decisión según los valores adoptados por el sistema jurídico. La decisión cuyas consecuencias mejor sirvan a estos valores estará mejor justificada. Su fuerza justificatoria está en relación directa con los objetivos sociales que persigue el sistema. Por tanto, las justificaciones de consecuencia son adecuadas si contribuyen con tales objetivos. Ya esto ha venido haciéndose cerca de una década atrás, desde que el Tribunal Constitucional explicitó la aplicación directa de los principios y valores superiores del ordenamiento⁵⁷. Este ha sido el razonamiento detrás de la decisión de permitir que en los supuestos de tutela por medidas de hecho se flexibilicen las reglas de legitimación pasiva, cuando quien acude en amparo no pueda identificar a sus demandados⁵⁸. De no permitirse esta excepción, el ordenamiento estaría trabajando a favor de su propia ruptura, premiando con la imposibilidad de ser demandado a quien lo quebranta por un acto de fuerza patente, beneficiándolo así con su propio ilícito.

30. Necesitándose justificaciones de segundo nivel, decidir un caso difícil en base a una justificación de primer nivel es abusar de la deducción. La decisión descansaría en un razonamiento formalista, una degeneración del pensamiento formal. El formalismo es el error de no darse cuenta que la decisión necesita de justificaciones de segundo nivel. Es el caso del juez que ignora que está ante una laguna y que le corresponde su integración, o que ignora que está ante una antinomia y que su decisión debe eliminarla. Como efecto, el formalismo corre en contra de la aceptación racional de la decisión.

Y, al contrario, decidir un caso fácil en base a una justificación de segundo nivel es caer en un error sustantivista. Éste es una degeneración del pensamiento sustantivo (material). El error consiste en no darse cuenta que el razonamiento deductivo es suficiente para justificar la decisión⁵⁹.

3. *Carácter normativo de los precedentes constitucionales*

31. La unidad del sistema jurídico exige que los precedentes constitucionales gocen de preeminencia sobre el derecho ordinario. La razón: su órgano productor es el único autorizado por el sistema para pronunciarse autoritativamente sobre la Constitución (artículo 196). Esto es consecuencia de que el custodio de la

56 En cita en nota al pie 55, párrafo III.5.

57 STC 1846/2004-RAC (30 de noviembre, párrafo III.2).

58 STC 1478/2012-AAC (24 de septiembre, párrafo III.1.2).

59 Las definiciones de formalismo y sustantivismo son de ATIYAH, PS. - SUMMERS, Robert S.; *Form and Substance in Anglo-American Law* (1ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1987), p. 28.

Constitución sea un tribunal, un órgano cuyas decisiones son jurídicamente incontrovertibles. La naturaleza de sus decisiones hace del Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución, el único órgano capaz de determinar autoritativamente su significado. Con esto, la supremacía normativa se predica de la Constitución tal como resulta interpretada por su custodio.

32. En los sistemas jurídicos de tradición civil, de cotidiano el papel del juez se considera más restringido y modesto que el papel que sus pares desempeñan en los sistemas jurídicos de derecho común (*common law*). Esta diferencia se debe a los efectos que se atribuyen a los precedentes judiciales. En los sistemas de derecho común los jueces tienen la obligación de resolver casos similares conforme a sus propias decisiones, las decisiones de sus pares o las de sus superiores (*stare decisis*). En cambio, en la tradición civil el carácter normativo de los precedentes es resistido o ignorado por los operadores jurídicos. Esta resistencia se explica por lo siguiente:

(1) La influencia de la Revolución Francesa, que llevó la división de poderes al equívoco de asumir que sólo el cuerpo legislativo creaba derecho. Hasta tiempos prerrevolucionarios los jueces continentales actuaban de manera similar a sus colegas ingleses, desarrollando un cuerpo de normas de derecho común y su propia doctrina del precedente. Esto fue interrumpido por la Revolución, que reclamaba el monopolio en la producción jurídica para poder consolidar sus reformas por medio del derecho. Así se aseguraba de antemano que la judicatura acompañase el proceso revolucionario jurizado por la Asamblea Nacional⁶⁰. La dramática separación conceptual entre creación y aplicación del derecho respondía a la necesidad ideológica de legitimación del poder público. La imagen de una autoridad creando derecho pero no derivando su poder directamente del pueblo soberano rompía con el entendimiento revolucionario de la división de poderes.

(2) La ideología de la codificación, que, como producto del naturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, creyó haber encontrado unas leyes universales llamadas a regir el comportamiento humano. Esto degeneró en la exageración de la importancia de los códigos y del derecho de fuente legislativa en general, como si fueran los depositarios de todo el derecho.

(3) El predominio de la Escuela de la Exégesis, que, como consecuencia de los dos puntos anteriores, describió al juez como un puro aplicador mecánico de las leyes. Por un lado, no podía participar en el proceso de creación del derecho, porque esa labor le correspondía a la legislatura. Y, por otro, la interpretación e integración del derecho, como fuentes tradicionales de su poder normativo, ya no tenían razón

60 Cf. MERRYMAN, John Henry; *La tradición jurídica romano-canónica* (8ª reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2003), pp. 47-59, 72-80.

de ser: el alto grado de perfección supuestamente alcanzado por los códigos las hacía innecesarias.

33. Ninguna de estas razones es de derecho positivo. Y en el sistema de derecho vigente no hay norma que prohíba a los precedentes judiciales su efecto vinculante. Al contrario, como la unidad del sistema jurídico presupone la unidad de su norma fundacional, siempre que la norma fundacional de un sistema, además de establecer las formas de creación de nuevo derecho, tenga un contenido material, el que fuera, el respeto al precedente será un elemento de dicho sistema. Que los casos similares sean decididos de modo similar importa mantener tal unidad. En este sentido, (1) la Constitución no sólo es una norma dotada de contenido, sino que (2) parte de ese contenido consiste en la igualdad de las personas ante la ley (artículos 8.II y 14.III) y en la garantía de seguridad jurídica⁶¹ (artículo 178.I). (3) Esto significa que ante todos los hechos "A" el derecho debe ser "B" (se entiende que "A" supone la identidad fáctica del supuesto y sus circunstancias). (4) En consecuencia, de la propia Constitución nace el respeto a los precedentes, en sus respectivas materias, del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental. (5) A contrario, si ante los hechos "A" el derecho no fuera "B", sino indistintamente "C", "D" o "E", entonces no habría igualdad ante la ley ni tampoco habría garantía de seguridad jurídica.

34. En un inicio el Tribunal Constitucional no tuvo esto en claro. Su argumento para fundar la obligatoriedad de sus precedentes tomaba apoyatura en su Ley de organización, sin advertir lo denigrante de tal razonamiento para la supremacía constitucional. Si para ser vinculantes los precedentes necesitan de una ley, entonces sería la ley la fuente suprema del ordenamiento y no la Constitución⁶². Pero esto ha sido enmendado por el propio Tribunal. Sus últimos desarrollos en la materia atribuyen al derecho a la igualdad y a la garantía de seguridad jurídica la vinculatoriedad de sus precedentes⁶³, no obstante los reproches que puedan hacerse por no haberse detenido a interpretar el artículo 203 de la Constitución, que, al decir "las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio", se está refiriendo a dos cosas distintas con efectos jurídicos propios cada una, cuyas respectivas relaciones de correspondencia quedan veladas en el texto por no llevar escrito, después de la coma, la palabra "respectivamente", que es la que con propiedad identifica las relaciones de correspondencia entre los miembros de una serie. Reconstruido a partir de su solo texto, el artículo 203 está diciendo que "las decisiones (...) son de carácter vinculante" y que "las sentencias (...) son de cumplimiento obligatorio".

61 En un sentido formal, la exigencia de seguridad jurídica es ínsita a todo sistema jurídico. Ella supone la realización de su premisa conceptual formal por excelencia, a saber, el cumplimiento de sus normas.

62 STC 1781/2004-RAC, 16 de noviembre, párrafo III.1).

63 En cita en nota al pie 51.

Con lo cual, del mismo texto nace la vinculatoriedad general de los precedentes, referidos en el artículo como “decisiones” en alusión a razones de la decisión, y nace también el carácter obligatorio de la parte dispositiva de las sentencias.

35. El precedente no es el íntegro del texto de la sentencia ni únicamente su parte resolutive. Es, con un criterio de razón suficiente, el derecho declarado aplicable a las hipótesis necesarias para justificar la decisión, lo que alguna vez, invitando a la confusión con la analogía como mecanismo de integración del derecho, el Tribunal Constitucional dio en llamar analogía fáctica⁶⁴. No hacen parte del precedente las cuestiones incidentales, como referencias doctrinales, citas de derecho comparado, mención a disposiciones jurídicas aplicables al asunto pero no decisivas para su resolución, o los hechos que, aunque considerados, no son determinantes para justificar la decisión final; todo lo cual se conoce como *dicta*, que no importa jurisprudencia. Al respecto, dice Goodhart que el precedente se encuentra “tomando los hechos considerados por el juez y su decisión en tanto que basada en ellos”⁶⁵.

36. El Tribunal Constitucional indujo a confusión respecto al valor jurídico de sus precedentes. Los definió con una contradicción en los términos: “como la doctrina constitucional boliviana creada a través de la interpretación constitucional [con] fuerza vinculante”⁶⁶. Esta es la contradicción: si es doctrina entonces no tiene fuerza vinculante, que es el valor jurídico que corresponde a los precedentes en tanto que normas jurídicas. El Tribunal confundía las normas jurídicas con el documento que las contiene. Por ello que equiparase sus precedentes a la doctrina. El precedente es una norma jurídica contenida en un documento llamado sentencia. Éste, además del precedente, acoge los *dicta*. Y éstos, como la doctrina en general, no tienen fuerza vinculante. Sólo pueden ser invocados en futuros casos a título de referencia. Esto es lo que los diferencia de los precedentes.

37. Pero todas estas y otras imprecisiones en el uso del lenguaje ya han sido resueltas por la STC 846/2012-AAC (20 de agosto, párrafo III.3). Acá el Tribunal (1) afirmó el valor de la jurisprudencia como fuente directa del derecho, (2) fundó su fuerza vinculante en la igualdad y en la seguridad jurídica, (3) reconoció la importancia de los precedentes para la unidad y coherencia del ordenamiento, (4) recordó que los cambios jurisprudenciales deben estar fundados en interpretaciones que acomoden mejor con la Constitución, (5) diferenció entre precedente y *dicta*, (6) afirmó la aplicación inmediata en el tiempo de la jurisprudencia, (7) introdujo el concepto de *prospective overrule*, y (8) hizo pedagogía acerca de la aplicación e invocación de los precedentes.

64 AC 004/2005-ECA (16 de febrero, párrafo II.1).

65 GOODHART, Arthur L.; *Determining the Ratio Decidendi of a Case* (40 Yale Law Journal, 1930), p. 182.

66 En cita en nota al pie 62.

38. Queda aún a la jurisprudencia casar el respeto al precedente con la independencia judicial. La precondition para que el órgano judicial sea verdaderamente inmune a las presiones es que exista con la dignidad de un auténtico poder del Estado ante los ojos del ciudadano. A ello contribuye el carácter vinculante de sus decisiones.

(1) En efecto, la unidad de la jurisprudencia beneficia al ciudadano, por redundar en certeza y previsibilidad respecto de las decisiones de los poderes públicos, incluyendo las judiciales. Por esto, Llewellyn dice que “aún cuando los predecesores hubiesen sido malos, ignorantes, tontos o parcializados, la certeza de que sus sucesores seguirán sus precedentes da la base para que se pueda prever las acciones de los tribunales”⁶⁷.

(2) Las garantías del ciudadano penden del supuesto de que el poder frene al poder. Como esto supone la eficacia del derecho como sistema de seguridad, es preferible que la interpretación autoritativa de la Constitución y las leyes sea vinculante, a que no lo sea. El decisor que basa sus acciones en normas está adelantando sus futuras decisiones, lo que satisface a un principio general de consistencia, que hace a la necesidad misma de seguridad jurídica.

(3) El tema también envuelve la cuestión de la unidad del sistema jurídico. Al conllevar la realización de sus premisas conceptuales mismas, la unidad redunda en la eficacia del sistema. Y la premisa por excelencia de cualquier sistema normativo es que la sola existencia de normas de aplicación cierta ya supone limitar la arbitrariedad.

4. Interpretación de la Constitución

39. Las reglas de interpretación positivadas son meta normas (fuentes). Ellas, al reglar la reconstrucción interpretativa de las disposiciones jurídicas, están sujetando sus condiciones de validez al criterio de interpretación positivado por la regla. Esto es lo que ocurre con el artículo 196.II de la Constitución, que es por su naturaleza una cláusula de interpretación: “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”.

40. El artículo no dice que preferirá un criterio al otro, sino que preferirá ambos: “con preferencia” uno “así como” el otro, que es lo mismo que “con preferencia” uno “y” el otro. La determinación de su significado jurídico es más compleja que la lectura de su texto. Si ambos criterios deben aplicarse “con preferencia”, entonces otros criterios también pueden aplicarse, pero sin tal carácter preferente. Por su contenido, “con preferencia” no es una prohibición, sino un permiso: autoriza a

67 LLEWELLYN, Karl; *The Bramble Bush* (reimpresión, Nueva York, Oceana/Oxford University Press, 1961), p. 65.

servirse de otros criterios, frente a los cuales tienen preferencia los mencionados en la cláusula, como lo ha leído correctamente el Código Procesal Constitucional, al decir que “podrá” aplicarse también los métodos sistemático y teleológico (artículo 2.II.1). Por tanto, por su propio texto, la cláusula de interpretación no confina a la aplicación de sus criterios, sino que obliga al Tribunal a justificar su inaplicación, cuando existan razones excluyentes para hacerlo (razones que justifiquen que, a pesar de inaplicarlos, no está incumpliendo la Constitución)⁶⁸. Hasta aquí se extiende su sentido normativo.

41. Tales razones excluyentes pueden ser las siguientes:

(1) El agotamiento de los criterios impuestos por la cláusula de interpretación. No puede acudirse a la “voluntad del constituyente” cuando sus “documentos, actas y resoluciones” simplemente no se pronuncian sobre la disposición en análisis; o, pronunciándose, su interpretación no conduzca a ningún resultado o conduzca a varios resultados posibles. Tampoco puede acudirse al “tenor literal del texto” cuando el texto lleve al mismo tipo de resultados (o ninguno o varios posibles). Cada criterio está limitado por las propias razones que lo justifican como tal. No hay criterio que no pueda sucumbir por agotamiento interno. Ningún criterio de interpretación está libre de no conducir a ningún resultado, como tampoco está libre de conducir a varios resultados posibles. Para lo primero, recurrir a un criterio distinto será materia obligada. Para lo segundo, el concurso de interpretaciones posibles sólo podrá ser resuelto con un criterio distinto al que lo originó. Cuando un criterio sucumbe por agotamiento interno, son sus propias limitaciones las que devuelven al intérprete la plenitud de su libertad hermenéutica. Y es por ello que tal agotamiento constituye una razón excluyente material. En este caso es la propia materia o contenido del criterio lo que excluye la posibilidad de aplicarlo.

(2) El quebrantamiento de la unidad de la Constitución. El sistema jurídico forma una unidad en la medida que la validez de la pluralidad de sus normas puede ser reconducida hacia una única norma mayor como fuente universal de validez. Para que un sistema jurídico forme una unidad, la norma que le provee validez debe también formar una unidad: lo que se traduce en que el seno de la Constitución no puede albergar antinomias (principio de unidad de la constitución). Por tanto, con cláusula de interpretación o sin ella, una interpretación constitucional posible es aquella que se justifica en la unidad de la Constitución. A contrario: debe rechazarse aquella interpretación que quiebre la unidad del sistema, aún cuando fundada en la “voluntad del constituyente” o el “tenor literal del texto”.

(3) La alteración en la distribución de competencias. Al fundar un sistema jurídico, la Constitución establece su estructura formal, de la que son consecuencia

68 El concepto de “razones excluyentes para la acción” es de Raz (cf. Raz, Joseph; *Practical Reason and Norms*, reimpresión, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 35 y ss).

las relaciones entre sus fuentes del derecho y las relaciones de competencia entre los órganos constitucionales. También será una interpretación posible cualquiera que se justifique en la estructura constitucional del sistema de competencias, debiendo inaplicarse la “voluntad del constituyente” o el “tenor literal del texto” cuando los resultados que presenten sean contrarios a la distribución constitucional de competencias (principio de corrección funcional), por el riesgo que conlleva para el sistema de frenos y contrapesos como garantía de los derechos.

42. Que justificar la aplicación o inaplicación de la cláusula de interpretación complica la labor del Tribunal, es un hecho: es el costo de haber direccionado desde la Constitución su capacidad interpretativa. Pero, que es eso lo que le toca hacer, es también un hecho: del custodio de la Constitución no se espera que la custodie incumpléndola. Y que es esto lo que hasta el momento no ha efectuado, es otro hecho:

(1) En unos pocos casos, el Tribunal ha dicho inaplicar el artículo 196.II con la cobertura del artículo 256.II⁶⁹, que no es alternativa al primero, sino expresión de la vocación existencial de la Constitución: garantizar el ejercicio de los derechos, de lo que el artículo 196.II es tan sólo instrumento. Más allá del lenguaje, el acto interpretativo, como tal, es metodológicamente correcto, porque tiene apoyatura en la relación de medios a fines que vincula a ambos artículos.

(2) En menos casos aún, los disidentes con la mayoría han justificado sus votos en la insuficiencia de la cláusula de interpretación⁷⁰. La diferencia con el supuesto anterior es solamente retórica. También aquí aplican el artículo 256.II, aunque sin citarlo. Aunque lacónico, en estos casos hay un intento de excluir la cláusula de interpretación con pie en el agotamiento de sus criterios. Por tanto, también aquí el acto interpretativo en sí mismo, velado por el texto, es acertado.

(3) Pero, en la mayoría de los casos, la cláusula de interpretación simplemente ha sido pasada de largo: el Tribunal no justifica que sus decisiones estén fundamentadas en sus criterios, ni justifica tampoco que se fundamenten en otros. Su silencio al respecto no significa necesariamente que la cláusula esté siendo rebasada: aunque no mencionado, el criterio efectivamente aplicado puede ser uno de los de la cláusula o, como en los casos señalados, el rodeo justificativo del Tribunal puede ocultar un acto interpretativo metodológicamente correcto, no obstante la literalidad de su fundamentación. Pero dicho silencio sí significa insuficiencia de motivación. Si la Constitución ha preferido unos criterios de interpretación por encima de los demás, para cumplir con el derecho a una sentencia fundada, habrá que comenzar por justificar el criterio de interpretación utilizado.

69 Por todas, STC 773/2011 I-AAC (20 de mayo, párrafo III.1).

70 Por todos, voto disidente a la STC 270/2011 I-AAC (29 de marzo, párrafo 2), seguido por el voto disidente a la STC 547/2011 I-AAC (29 de abril, párrafo 2), y por el voto disidente a la STC 680/2011 I-AAC (16 de mayo, párrafo 2).