

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Internacional en Derecho

con mención en Derecho Constitucional

La aplicación directa de las normas constitucionales

Una mirada en los países miembros de la Comunidad Andina

Gustavo Medinaceli Rojas

2010

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....

Gustavo Medinaceli Rojas

13 de diciembre de 2.010

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Internacional en Derecho

con mención en Derecho Constitucional

La aplicación directa de las normas constitucionales

Una mirada en los países miembros de la Comunidad Andina

Gustavo Medinaceli Rojas

Directora de Tesis Claudia Storini Ph. D. en Derecho

Quito

2010

RESUMEN

Esta tesis se propone estudiar la aplicación directa de la Constitución, responder si todas las normas constitucionales son inmediatamente aplicables, estudiar el funcionamiento del proceso de aplicación directa de las normas constitucionales en los países de la comunidad andina, y exponer quién tiene la facultad de aplicar directamente, cuándo la tiene, mediante qué acto ejerce tal facultad y cómo la ejerce.

El contenido está dirigido a desarrollar las consideraciones de una Constitución como norma jurídica, sus implicaciones y consecuencias. Analizar el tipo de normas constitucionales que residen en toda Constitución y la respectiva diferenciación de ese tipo de normas (principios y reglas). Describir los derroteros para alcanzar la aplicación directa con la finalidad de identificar las dificultades que supone la aplicación de normas constitucionales. Identificar la eficacia jurídica de las normas constitucionales para extraer elementos que definan hasta dónde uno u otro operador jurídico está capacitado de aplicar directamente la Constitución.

Este desarrollo está dirigido a construir las conclusiones sobre la aplicación directa de la Constitución, con el fin de definir la interacción en el proceso de aplicación directa de la totalidad de operadores jurídicos de modo que puedan ser ordenados mediante una clasificación original al efecto.

Finalmente la tesis incluye un estudio de las Constituciones de los países miembros de la comunidad andina, para identificar el funcionamiento del proceso de aplicación directa y el rol de los operadores jurídicos de esos países.

*A Sergio, Gabriela, Carla,
Oscar, Mauricio, Paola, Rodrigo y Andrea.*

Agradecimientos

Siempre agradecido con Dios.

Con mi familia por el apoyo a la distancia.

Con la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Aunque un agradecimiento especial por la colaboración y paciencia de quienes hacen de la biblioteca de la UASB un lugar cálido y fraternal.

*Por el incondicional apoyo de amistad en el proceso de elaboración de esta tesis a
Johanna.*

Y por último, extensamente agradecido con mi amiga y tutora Claudia Storini.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	11
--------------------------	-----------

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA Y SUS CONSECUENCIAS

1.1 CONDICIONES PARA UNA CONSTITUCIÓN NORMATIVA	20
1.1.1 Supremacía de la Constitución	21
1.1.2 Rigidez constitucional	23
1.1.3 Control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas	24
1.1.5 A modo de síntesis	28
1.2 CONSTITUCIÓN Y NORMAS JURÍDICAS	28
1.2.1 La Constitución como norma jurídica	32
1.2.2 Consecuencias de una Constitución normativa	33

CAPÍTULO II

LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

2.1 LA APLICACIÓN DIRECTA COMO PARTE DE UN NUEVO PARADIGMA....	36
2.2 TIPOS DE NORMAS CONSTITUCIONALES	41
2.3 DERROTEROS HACIA LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES	47
2.2.1 Aplicación indirecta de la Constitución	47

2.2.2 Aplicación directa de la Constitución ante vacío normativo infraconstitucional	48
2.2.3 Aplicación directa de la Constitución ante conflicto o colisión de normas	49
2.4 DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.....	51
2.3.1 Dificultades en el plano del manejo de normas constitucionales	52
2.3.1.1 Dificultades ante vacíos normativos infraconstitucionales	52
2.3.1.2 Dificultades ante conflicto de reglas	55
2.3.1.3 Dificultades ante colisión de principios	62
2.3.2 Dificultades en el plano de la legitimidad de las normas infraconstitucionales	71
2.3.2.1 Dificultades ante vacío normativo	71
2.3.2.2 Dificultades ante conflicto de reglas	72
2.3.2.3 Dificultades ante colisión de principios	73
2.5 LA APLICACIÓN DIRECTA Y LA EFICACIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.....	79
2.6 EFICACIA JURÍDICA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES	83
2.5.1 Clasificación de normas constitucionales según su eficacia	83
2.5.1.1 Normas constitucionales de eficacia plena	84
2.5.1.2 Normas constitucionales de eficacia contenida	87
2.5.1.3 Normas constitucionales de eficacia limitada	90
2.7 BREVE REFLEXIÓN	98

CAPÍTULO III

FUNCIONAMIENTO DE APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

UNA MIRADA A LAS CONSTITUCIONES DE BOLIVIA, COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ

3.1 NORMAS CONSTITUCIONALES, APLICACIÓN DIRECTA Y OPERADORES JURÍDICOS	100
3.1.1 La aplicación directa de las normas constitucionales por la generalidad de operadores jurídicos por ejercicio propio e inmediato	103
3.1.1.1 Normas de eficacia plena ante vacíos normativos infraconstitucionales y conflicto de reglas	103
3.1.1.2 Normas de eficacia contenida ante vacíos normativos infraconstitucionales	106
3.1.1.3 Una mirada a las Constituciones de los países miembros de la Comunidad Andina	108
A. Constitución de Bolivia	108
B. Constitución de Colombia	110
C. Constitución de Ecuador	111
D. Constitución de Perú	112
3.1.2 La aplicación directa de las normas constitucionales por autoridades jurisdiccionales ordinarias o constitucionales, a petición de parte o de oficio	114
3.1.2.1 Normas de eficacia plena ante colisión de principios	115
3.1.2.2 Normas de eficacia contenida ante conflicto de reglas	117

3.1.2.3 Normas de eficacia contenida ante colisión de principios	120
3.1.2.4 Normas de eficacia limitada ante vacío normativo, conflicto de reglas y colisión de principios	121
3.1.2.4 Breves conclusiones	123
3.1.2.5 Una mirada a las Constituciones de los países miembros de la Comunidad Andina	124
A. Constitución de Bolivia	124
B. Constitución de Ecuador	127
C. Constitución de Colombia	131
D. Constitución de Perú	132
CONCLUSIONES	140
BIBLIOGRAFÍA	145

LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Una mirada en los países miembros de la Comunidad Andina

INTRODUCCIÓN

Esta tesis de maestría se propone estudiar la aplicación directa de la Constitución.

La Constitución en la doctrina del derecho constitucional es considerada como un instrumento jurídico vinculante a todos los órganos y autoridades del Estado, inclusive a los ciudadanos. Esto determina que la Constitución adquiera la calidad de norma jurídica acarreando consigo varias consecuencias, entre ellas, probablemente, las más relevantes son la de permitir que las normas constitucionales puedan ser aplicadas de forma directa, en tanto que, no se exige la mediación de leyes para que produzca efectos jurídicos; la de posibilitar la tutela judicial cuando sea vulnerada alguna norma constitucional permitiendo la inaplicación de normas infraconstitucionales; y por último la de configurar la Constitución como el marco de interpretación y aplicación de las leyes, actos públicos y privados. Lo cual determina que las normas constitucionales puedan ser aplicadas directamente para la resolución de conflictos jurídicos.

Este tema ha recibido un amplio desarrollo doctrinal, no obstante, este tema adquiere mayor connotación en nuestras realidades ante la puesta en vigencia de nuevas Constituciones en Bolivia y Ecuador.

Una peculiar característica, sin lugar a dudas, de estas Constituciones es la importancia que otorgan a su supremacía buscando reforzarla por intermedio de diversos tipos de garantías. De esa manera el principio de supremacía constitucional define que la Constitución es norma suprema y que todos están sometidos a sus disposiciones. Por otro lado, se desarrollan principios sobre la aplicabilidad de las normas constitucionales, imponiendo el deber a todos de cumplir con la Constitución, de declarar que los derechos reconocidos son directamente aplicables, de aplicar las normas constitucionales en caso de conflictos o colisión de normas.

En consecuencia, compete a los estudiosos del derecho constitucional profundizar y especificar doctrinalmente el contenido y naturaleza de estos principios, según las necesidades de nuestras realidades constitucionales, con el objetivo de lograr una real materialización de los preceptos constitucionales.

La tarea de materializar la Constitución, se halla ante una diversidad de dificultades cuando es bien sabido que el cuerpo normativo constitucional está compuesto por normas constitucionales de diversa naturaleza (principios y reglas) que dificultan saber en qué condiciones rige la aplicación directa de la Constitución. Lo cual obstaculiza la posibilidad de establecer de manera unívoca los términos en los que puede y debe aplicarse directamente la Constitución, esto es, establecer de qué disposiciones constitucionales petitionamos la aplicación directa y cuáles son las que pueden y deben ser aplicadas directamente por todos los operadores jurídicos.

Ello plantea un problema jurídico en nuestras realidades, en tanto los jueces, servidores públicos y miembros de la sociedad civil tienen el pleno conocimiento que la Constitución es norma suprema, pero a la hora de aplicar la misma y hacer prevalecer su supremacía, se encuentran con la dificultad, de cómo o qué normas constitucionales son las que deben ser aplicadas directamente, incrementándose esta indeterminación cuando ello implica una tarea de invalidación o inaplicación de normas infraconstitucionales.

Bajo los lineamientos expuestos pueden formularse dos preguntas que servirán de guía para nuestra investigación, la primera se expresa de la siguiente forma: ¿Son todas las normas constitucionales inmediatamente aplicables? La segunda pretende buscar el funcionamiento de la aplicación directa y por ello puede ser formulada de la siguiente manera: ¿qué configuración muestra la aplicabilidad directa de las normas constitucionales en los países andinos?

La investigación propuesta se justifica en la medida en que el constitucionalismo contemporáneo propugna de diferentes formas la aplicación directa de la Constitución, pero, en primer término, es necesario determinar, si del conjunto de normas constitucionales, todas son susceptibles de inmediata aplicación. Por otro lado, es igualmente de interés estudiar el funcionamiento de la aplicabilidad de las normas constitucionales en los países de la comunidad andina, para mostrar quién tiene la facultad de aplicar directamente, cuándo la tiene, mediante qué acto ejerce tal facultad y cómo la ejerce.

Por lo tanto, previo a exponer el contenido de la tesis de maestría, es importante remarcar que la misma no pretende la ambiciosa tarea de desarrollar un trabajo concluyente sobre el tema, sino más bien, simplemente proponer algunas problemáticas y sus posibles soluciones al centro de debate que se ha suscitado en los círculos académicos por el advenimiento de nuevas Constituciones.

La problemática del tema exige que sean definidos, como presupuestos previos, ciertos conceptos de la ciencia del derecho constitucional, como las implicaciones inherentes a la consideración de una Constitución como normativa, los elementos que condicionan la posibilidad de una Constitución como norma, los alcances de la Constitución como una verdadera norma jurídica, y sus respectivas consecuencias como tal, todo ello es lo que se hizo en el capítulo primero.

En el capítulo segundo, frente a la problemática relativa a la Constitución como un cuerpo normativo compuesto por una variedad de normas expresadas en principios y reglas jurídicas, antes de identificar el cuándo, en qué medida y con qué consecuencias se aplican directamente las normas constitucionales, fue imprescindible diferenciar estos tipos de normas constitucionales.

Posteriormente se exponen los diferentes derroteros que pueden seguirse para alcanzar la aplicación directa, y ellos se describen como aplicación indirecta de la Constitución, aplicación directa de la Constitución ante vacío normativo infraconstitucional, y aplicación directa ante conflicto o colisión de normas. Su finalidad ha sido la de identificar las dificultades implícitas en el proceso de aplicación directa. Éstas se desarrollan en dos planos distintos, en el manejo de normas constitucionales y en el plano de la legitimidad constitucional.

Por último, en este capítulo segundo, se analiza la cuestión de la eficacia jurídica de las normas constitucionales con el objetivo de identificar elementos que nos ayuden a definir hasta dónde uno u otro operador jurídico está capacitado de aplicar directamente la Constitución.

Finalmente en el capítulo tercero se trata de extraer algunas conclusiones sobre la aplicación directa y relacionar la actuación en este proceso de las diferentes normas constitucionales y operadores jurídicos, mediante una clasificación original del estado de cosas. La intención ha sido mostrar la interacción en el proceso de aplicación directa de la totalidad de operadores jurídicos frente a normas constitucionales que pueden ser susceptibles de aplicación directa, para luego estudiar el derecho positivo constitucional vigente de los países miembros de la Comunidad Andina, es decir, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, con el objetivo de determinar la posibilidad de aplicación directa por la totalidad de operadores jurídicos en esos sistemas.

Seguidamente se estudia la actuación de los jueces ordinarios y constitucionales en el proceso de aplicación directa frente a la totalidad de normas constitucionales, para luego describir la posibilidad de aplicación directa de los jueces ordinarios y constitucionales según las Constituciones de los países referidos.

De esa forma esta tesis busca responder si todas las normas constitucionales son inmediatamente aplicables por todos los operadores jurídicos, y describir el funcionamiento de aplicación directa de las normas constitucionales en los países andinos.

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA Y SUS CONSECUENCIAS

La Constitución además de representar el establecimiento de un orden político y jurídico, define su estructura básica y las funciones del Estado de tal modo que asegure la participación democrática y el reconocimiento de derechos y garantías constitucionales, cuyo propósito será la limitación del poder. De ese modo, es posible afirmar que el fin último de la Constitución es limitar el poder estatal, e inclusive el poder que se genera en el seno de las sociedades modernas desde el sector privado nacional y transnacional como íntima consecuencia de la mundialización económica.

En ese sentido, la Constitución se configura como la máxima expresión de la soberanía popular; la norma que ordena y delimita los poderes del Estado y de la sociedad; y la fuente primaria de las libertades y derechos de las personas.

Este concepto de Constitución que implica la consideración de la norma fundamental como un todo completo se diferencia profundamente de aquél utilizado por el positivismo jurídico. A partir del positivismo la Constitución es reducida a una pura legalidad con el objetivo de servir a los fines del régimen liberal burgués, derivando ello al desarrollo de una doctrina constitucional que resalta la forma antes que lo sustancial. De esa manera, la Constitución es considerada como pura entidad normativa que designa órganos supremos del Estado y fija sus competencias, es decir, resaltando la pura normatividad formal, la Constitución se reducía al fundamento de la totalidad del orden jurídico y de la actividad estatal, despojada de toda referencia axiológica de índole política o moral.

Ello explica porque la palabra Constitución sea frecuentemente acompañada de dos diferentes adjetivos, y se hable de constitución formal y de constitución material, mas la contraposición de esos adjetivos viene a formar lo sustantivo en la consolidación de una Constitución como un todo completo que define la composición y competencias del Estado, y los derechos y garantías constitucionales. De esa combinación de lo formal y material fluye la integración en el derecho constitucional de las normas que regulan, en garantía de la libertad de las personas, las posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos frente al Estado, así como la distribución del poder entre los principales órganos de éste y la forma de producción de las normas jurídicas.

La constitución formal hace referencia a las funciones fundamentales del Estado, a la regulación de los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos, así, la existencia y la competencia de los órganos o instituciones deviene de la misma Constitución, en consecuencia, no cabe existencia jurídico-política fuera de la Constitución normativa. La Constitución desde este punto de vista, también se traduce como aquella norma que regula la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes.

En cambio, la constitución material hace referencia al contenido de la Constitución, entendiéndose que el bienestar de las sociedades y la seguridad de las personas deben reposar sobre ciertos principios generales que aseguren los derechos individuales de las personas, proponiendo condiciones materiales que permitan el disfrute efectivo de los derechos, de esa manera, se potencia la faceta material de la Constitución y, por tanto, su dimensión axiológica incluye la totalidad social otorgando a la norma fundamental el carácter de marco de reglas, principios y valores sobre los cuales puede y debe realizarse la integración de dicha totalidad. La Constitución, por tanto llega a ser entendida como disciplina del

“supremo poder constituido” que se refleja en las diferentes entidades a las que cada ordenamiento reconoce la titularidad del poder y que son diferentes por cada uno de ellos.

La constitución material define el contenido de la Constitución para el reconocimiento de derechos y construcción de garantías constitucionales con el fin de limitar el poder. Consiguientemente, la constitución formal desarrollará los órganos e instituciones estatales de tal forma que aseguren aquellos contenidos expresados en los derechos y garantías constitucionales¹.

Esta concepción no fue posible mientras estaba en vigencia aquella experiencia constitucional europea que se empeñaba a “negar a la Constitución valor normativo específico fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores (parte formal o constitución formal); todo lo demás y en concreto toda la parte material (constitución material) de la Constitución, contendría sólo principios programáticos, indicaciones que sólo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los Tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos”².

Hoy esta concepción resulta inadmisibles, la Constitución en el derecho constitucional contemporáneo es considerada como un instrumento jurídico vinculante a todos los órganos y autoridades del Estado, extendiéndose tal vinculación a los mismos ciudadanos. Significa que “las Cartas Fundamentales poseen *vigor jurídico* propio, lo cual obliga a los operadores jurídicos –a todos los operadores jurídicos- a incorporar y aplicar

¹ La consideración de características formales y materiales de la constitución son producto de la independencia de las colonias norteamericanas y de la Revolución Francesa, sin embargo, la consideración de identificar la característica material con el contenido de la normas fundamental y la formal con la forma de preservar aquel contenido es una imagen posterior, a los referidos sucesos históricos, Cfr. Manuel Reyes Aragón, “La Constitución como paradigma”, en Miguel Carbonell (compilador), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 29-32.

² Cfr. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1983, p.39.

sus principios y normas en cada evento donde estén en juego derechos fundamentales, a diferencia del Constitucionalismo del Estado, caracterizado por *Declaraciones de Derechos* que constituían expectativas a ser actualizadas por el Legislador, o sea, y en último término, por las fuerzas políticas dominantes”³.

De ello puede colegirse que la Constitución para hacer efectivo su sentido material debe ser considerada como norma jurídica que vincule a todos los operadores jurídicos. Sin embargo, este postulado no debe inducir al error de considerar la Constitución como norma pura, en el sentido kelseniano, sino como norma en su conexión con la realidad social⁴, que le da el contenido fáctico y sentido axiológico, y ello no rebaja su normatividad ya que cualquiera sea su configuración las normas constitucionales siempre regirán en tanto que constituirán criterios de interpretación de los elementos estructurales de la realidad política, social, cultural y económica, asegurando así la operatividad del valor que el poder constituyente entendió como el más adecuado.

Este trabajo de investigación considerará la Constitución como la forma de existir de un Estado, reducida, bajo forma escrita, a uno o más documentos solemnemente aprobados por el poder constituyente y solamente modificables a través de procesos especiales previstos en el texto constitucional, que impone reglas de conducta en su interrelación frente a los valores políticos y jurídicos, para la convivencia social.

³ Conclusión a la que llega el autor para explicar la implicación del paso de un constitucionalismo del Estado a un constitucionalismo humanista, Cfr. Miguel Ángel Fernández Gonzáles, “Constitución y casación: ¿De la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, en *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año/vol. 3, No. 001, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2005, pp. 97-118.

⁴ Cfr. Herman Heller, *Teoría del Estado*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, 2ª ed. pp. 247-249, 318, 322-323, 326-327.

Por ello este trabajo intentará responder a las cuestiones jurídicas inherentes a la eficacia de sus normas, es decir, a su aplicación directa por parte de los operadores jurídicos⁵.

Delimitado sucintamente el concepto de Constitución y el objeto del trabajo, hay que plantearse cómo conseguir que la Constitución sea vinculante para los poderes del Estado y a los ciudadanos, es decir cómo conseguir que las normas constitucionales sean directamente aplicables por parte de todos estos sujetos jurídicos; cómo lograr que la Constitución, en términos de Konrad Hesse, sea un “orden jurídico”⁶ vinculante para todos.

A continuación se hará una breve recapitulación de las características que debe tener la Constitución para asegurar su efectiva normatividad; dichos componentes y la forma en que se estructuren serán los elementos que permitan que la Constitución pueda ser aplicable jurídicamente, o, en otros términos, el desarrollo adecuado de las cuestiones formales permitirá que la constitución material sea susceptible de aplicación; sólo ello hará posible una efectiva Constitución normativa.

1.1 CONDICIONES PARA UNA CONSTITUCIÓN NORMATIVA

Desde su origen se ha defendido con diferentes argumentos que la Constitución debe entenderse como la ley suprema del ordenamiento jurídico dejando de lado aquella concepción puramente política de la misma y remplazándola por un criterio jurídico capaz de hacerle adquirir los mismos efectos que cualquier otra norma de derecho⁷. Desde el

⁵ No se trata de saber si las normas constitucionales producen efectivamente esos efectos, ello sería acercarnos al campo de la sociología jurídica, y este trabajo se circunscribe dentro la ciencia jurídica.

⁶ *Cfr.* Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, trad. por Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 2ª. Ed. p. 16.

⁷ Si bien la búsqueda es que la Constitución pueda constituir efectos jurídicos como cualquier otra norma, es imprescindible hacer dar cuenta que la Constitución no es “exactamente una norma jurídica” ya que es más que una norma

punto de vista conceptual la defensa de una Constitución como norma jurídica y por tanto jurídicamente exigible y aplicable se manifiesta a partir de la experiencia constituyente americana de 1787, se hace explícito en el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, y consigue su máximo desarrollo en las Constituciones contemporáneas, determinando que en la actualidad exista un consenso generalizado acerca de lo que implica la consideración de una Constitución como norma jurídica o, en otros términos, una Constitución normativa.

De la consideración del carácter normativo de la Constitución, se hace depender la regulación efectiva de la convivencia y del proceso político para hacer posible el autogobierno de determinado Estado. Sin embargo, la efectiva materialización de una Constitución normativa será posible cuando la norma fundamental determine en su texto una serie de elementos que deben regir la realidad constitucional, social, política, cultural y económica de determinado Estado.

1.1.1 Supremacía de la Constitución

El primer elemento que caracteriza una Constitución normativa es el principio de supremacía de la Constitución, en tanto que suma aquella asignación de un valor jurídico y no meramente político al texto constitucional, haciendo así efectiva la supremacía de la Constitución sobre el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico estatal.

Este principio nos permite ubicar a la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, y consecuentemente, atribuir a la Ley suprema la calidad de norma

y lo que tiene de norma es profundamente distinta de las demás normas del ordenamiento. En razón, se concluye que la Constitución es exactamente un “cuerpo normativo”, un “orden jurídico”, debido a su composición variada de normas (reglas y principios; además de los valores). Al respecto *Cfr.* Manuel Aragón Reyes, *La Constitución y el control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 75-80. Tal aclaración sirve en el sentido de utilizar la denominación Constitución como norma, la cual hará referencia a su posibilidad de constituir efectos jurídicos.

primaria del sistema jurídico, ello implica que ésta última deberá considerarse el punto de referencia del cual se desprenden las demás normas y actos jurídicos que conforman el sistema legal. Para el cumplimiento de este orden jerárquico toda Constitución deberá por tanto disponer de los medios jurídicos adecuados para defender el cumplimiento de sus disposiciones.

Por consiguiente, la supremacía constitucional es un elemento fundamental para considerar a una Constitución como norma jurídica, pues, tal principio de supremacía impone que la Constitución sea la fuente legitimadora de todo el ordenamiento jurídico, orden fundamental en el que todas las demás normas encontraran validez a condición de respetar sus contenidos sustanciales y formales, es decir, la obligación de no contravenirla y de respetarla.

Ahora bien, el sistema jurídico de un Estado se compone de diversas normas distribuidas jerárquicamente, en cuya cúspide se encuentra en la Constitución, debiendo las inferiores respetar los mandatos constitucionales, pues de lo contrario, serían consideradas inválidas, previa declaración de la autoridad encargada de llevar a cabo la protección constitucional. Así, existirá supremacía de la Constitución allí donde sea posible expulsar del ordenamiento o inaplicar las normas con pretensiones de validez opuestas a la norma suprema.

En ese contexto el concepto de supremacía constitucional adquiere los alcances arriba mencionados pero, cómo conseguir que esas proposiciones se materialicen de tal forma que evite que el poder legislativo, como órgano constituido, no intente emitir leyes de tal naturaleza que impliquen una reforma de la Constitución. Para evitar cualquier aspiración de reforma ordinaria de la Constitución por parte de los poderes constituidos las constituciones configuran un instituto jurídico denominado *rigidez constitucional*.

1.1.2 Rigidez constitucional

Otro elemento que viene a consolidar una Constitución normativa, es la rigidez constitucional, entendida como previsión de procedimiento especial de reforma constitucional, esto es, reforma que se lleva a cabo con procedimientos distintos y normalmente mucho más complejos de los previstos por el proceso legislativo ordinario.

En la experiencia constitucional norteamericana la reforma de la “Constitución juega un papel importante en el proceso de imposición del Estado constitucional, ya que se muestra como un instrumento de institucionalización del poder constituyente originario del pueblo y de la supremacía de la Constitución como norma jurídica”⁸.

En ese sentido, la rigidez de la Constitución convirtió la norma fundamental en norma superior del ordenamiento jurídico, en tanto que expresión del poder constituyente soberano y por lo tanto indisponible para los poderes constituidos y, de manera muy especial, para el poder legislativo.

En ese ámbito es necesario matizar que ni la rigidez ni la supremacía son conceptos jurídicamente equivalentes, ya que es perfectamente posible que una Constitución sea flexible en su método de reforma y que en ese contexto se cumpla con la cláusula de supremacía constitucional; de esto pareciese que los conceptos de rigidez y supremacía son independientes entre sí, pues es posible concebir una Constitución flexible y que al mismo tiempo se reconozca y se cumpla el principio de supremacía.

Sin embargo, la disolución de supremacía y rigidez causa algunas dificultades para la consideración de una Constitución normativa puesto que la constante modificación de una Constitución por su flexibilidad constitucional tendría como consecuencia inevitable el

⁸ Cfr. Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los diputados, 1987, pp. 23-24; citado por Roberto L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, op.cit. p. 105.

resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución lo que ocasionaría una puesta en duda de su supremacía en el ordenamiento jurídico y por supuesto de su fuerza normativa. Por ello una condición para poder considerar una Constitución como norma jurídica es que pueda ser modificada en la menor medida posible, lo que no implica que no se pueda utilizar la interpretación constitucional como método de convergencia entre la Constitución y la realidad, que en muchas ocasiones conllevará a interpretaciones evolutivas de la Ley suprema con la única finalidad de preservar y consolidar la fuerza normativa de la Constitución⁹.

Consiguientemente, si bien los conceptos de supremacía constitucional y rigidez constitucional no son equivalentes pues tienen una naturaleza diversa, guardan una estrecha relación si entendemos que la rigidez es un instrumento de garantía de la supremacía, lo cual en definitiva expresa una relación de complementariedad.

No obstante, aunque se haya afirmado que la rigidez de la Constitución garantiza su supremacía, ésta última, y en consecuencia la misma normatividad constitucional no estarán completamente aseguradas allí donde no exista un control jurisdiccional de constitucionalidad.

1.1.3 Control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas

Bajo este epígrafe se hará referencia a la estrecha relación entre la supremacía de la constitución y control de las leyes y las demás normas. Sin la existencia de la fuerza condicionante de la Constitución sobre las leyes no habría posibilidad de ejercer un control

⁹ Una explicación sobre la fuerza normativa de la Constitución desde respuestas, a la relación de dependencia entre la constitución jurídica y la realidad política y social; a los límites y las posibilidades de actuación de la constitución jurídica dentro de dicha relación; y a las condiciones que deben permitir que dicha actuación se produzca. *Cfr.* Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, trad. al español por Pedro Cruz Villalon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 2ª. Ed. pp. 55-78. Dentro de esas condiciones que permiten la actuación de la constitución jurídica, el autor menciona, que la rigidez constitucional es un elemento importante para la preservación y consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, ver pp. 67-69.

de constitucionalidad, y de igual manera, sin la existencia de un control de constitucionalidad no sería posible la vigencia del principio de supremacía constitucional.

Efectivamente, “la conexión entre primacía de la Constitución y control de constitucionalidad es tan estrecha que habría que preguntarse si el control de constitucionalidad no sería el mismo presupuesto de la primacía de la Constitución”. En respuesta a tal cuestión, nos parece inimpugnable que “aunque la idea de la primacía de la Constitución ha sido inseparable desde su origen, del concepto mismo de la Constitución, sólo ha alcanzado a ser un específico concepto dogmático cuando de ella se han hecho derivar consecuencias jurídicas concretas para las normas con pretensiones de validez opuestas a aquélla¹⁰]. El control de constitucionalidad como modo de reacción inserto en el propio ordenamiento, es decir, asumido por los propios órganos de creación y aplicación del Derecho, es así el que consigue formalizar y hacer inmediatamente operativa la primacía de la Constitución sobre las leyes”¹¹

Sin embargo, la experiencia europea demuestra que los mecanismos de naturaleza política para ejercer el control de constitucionalidad no fueron útiles para la consolidación de la supremacía constitucional. Como al respecto ha apuntado Pedro Cruz Villalón, “no cabe menos que subrayar el salto cualitativo, e incluso la mutación operada en la Constitución, y por extensión en la ciencia del Derecho Constitucional, como consecuencia de la acumulación de dos factores: el paso de la Constitución *orgánica* a la Constitución

¹⁰ Es importante recordar que en el Estado de Derecho liberal burgués sólo existía un modo de producción jurídica, la ley, ya que, ésta era la forma de expresión del Derecho del Estado, que representaba la soberanía del pueblo. Por lo tanto, en este contexto, la Constitución sólo organiza o regula la producción de las leyes pero no condiciona su contenido, en el fondo, la propia Constitución no deja de ser una ley más del Estado, siendo el resultado una inconcebible declaración de invalidez de la ley, en tanto, en el sistema de fuentes regía el imperio de la ley.

¹¹ Cfr. Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CESCO, 1987, pp. 26-27, citado por Roberto L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, op.cit. p. 115.

material y el paso de la *garantía política* [12] a la *garantía jurisdiccional* [13] de la Constitución”.

La mejor garantía de una Constitución que impone límites al poder público es el control de constitucionalidad que puedan realizar jueces independientes, sin mencionar el modelo –ya sea americano u europeo continental- en que se encuentre dicho control. En otras palabras, “que la garantía judicial de los derechos y, por tanto, la fiscalización difusa de la ley, no constituye elemento adjetivo del que se pueda prescindir, sino un rasgo característico de toda Constitución que se quiera concebir como fuente de derechos y obligaciones o, como a veces, prefiere decirse, de toda Constitución normativa”.¹⁴

1.1.4 Separación de poderes

Un último elemento indispensable a la consideración de la Constitución como norma es el principio de separación de poderes¹⁵. Aunque este mecanismo es funcional tan sólo en el ámbito del Derecho público, y no así en el privado, se expresa como un dispositivo para asegurar los derechos individuales evitando la concentración de poder y la arbitrariedad por parte de los poderes del Estado, estableciendo de alguna forma que los

¹² Entre la clásica categorización de los sistemas de control de constitucionalidad, se encuentra el sistema político cuyo control de constitucionalidad de las leyes está a cargo de un órgano político, esto implica que no hay ningún tipo de exigencia técnico-jurídico para quienes vayan a conformar el órgano de control; es de carácter preventivo, aunque no se excluye un control sucesivo; es un control puramente consultivo, esto es, sin efecto vinculante; es de carácter subjetivo con parámetro de control no objetivado, disponible y no necesariamente preexistente. *Cfr.* Manuel Aragón Reyes, *La Constitución y el control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder, op.cit.*, pp. 107-116.

¹³ Esta garantía hace referencia al control jurisdiccional propio de un control jurídico de la Constitución, se caracteriza por ser un control objetivado, bajo parámetros normativos preexistentes y no disponibles; el control se fundamenta en razones jurídicas; dicho control tiene efecto vinculante precedido de una sanción (inconstitucionalidad o inaplicación del acto contrario); el órgano encargado del control es imparcial, independiente y especializado. *Cfr.* Manuel Aragón Reyes, *La Constitución y el control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder, op.cit.*, pp. 70-106.

¹⁴ *Cfr.* Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 139.

¹⁵ Sobre la teoría de la separación de poderes como fuente inmediata del origen del constitucionalismo y fuente mediata del la Ley Suprema como norma jurídica y de la primera jurisdicción constitucional, *Cfr.* José Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 59-65. También *Cfr.* Roberto L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, pp. 59-74 y 88-103. Concluye este autor que la separación de poderes fue determinante en el origen del constitucionalismo americano para otorgar valor jurídico a la Constitución.

distintos órganos se vinculen y controlen recíprocamente mediante un sistema de correctivos.

La separación de poderes para esta investigación debe ser entendida especialmente como aquel principio que propone un sistema de separación-coordinación de los órganos estatales, con la posibilidad de corregirse ante manifestaciones excesivas en el uso del poder con la finalidad de guardar el orden constitucional. Específicamente nos referimos al temor y desconfianza hacia los órganos que tienen la competencia de emitir normas jurídicas, ya que éstas en determinadas situaciones pueden ser contrarias a la Constitución, y según este principio, habrá la posibilidad de que otro órgano del poder pueda corregir la inconstitucionalidad generada, lo cual no sería posible frente a una concentración de poderes.

La anterior reflexión sobre la separación de poderes encierra condiciones necesarias que se exigen para otorgar valor normativo a la Constitución como medio para someter límites precisos a los poderes constituidos de un Estado. Esas condiciones permiten que la repartición del poder en distintos órganos estatales sea útil a la preservación del orden constitucional, en cuanto siempre habrá la posibilidad que un órgano pueda corregir las actuaciones inconstitucionales de otro, ejemplo de ello se presenta en la tarea de los Tribunales Constitucionales, o en la función de los jueces de inaplicar leyes contrarias a la Constitución, o en la misma función de las máximas autoridades ejecutivas de aplicar directamente la norma fundamental cuando así lo requiera la situación.

Consecuentemente es difícil concebir una Constitución normativa si el poder se halla concentrado en un solo órgano, ya sea éste colegiado o personal, ya que el poder de éste sería ilimitado y por ello contrario a la naturaleza del constitucionalismo

contemporáneo, por lo cual la separación es un elemento esencial para otorgar valor jurídico a la Constitución.

1.1.5 A modo de síntesis

Esta breve síntesis nos permite colegir que una Constitución podrá considerarse como normativa cuando determine su supremacía ante autoridades y ciudadanos, a efecto de que las normas constitucionales guarden prevalencia sobre las demás en el ordenamiento jurídico, esta afirmación sólo se hará posible si se resguarda la supremacía por medio de la rigidez constitucional como instrumento de protección frente a la legislación ordinaria; y se encarga a un determinado órgano del poder el control de constitucionalidad de las normas y actos jurídicos, que vayan a contravenir la Constitución, por vía de una jurisdicción constitucional que asegure objetividad, imparcialidad e independencia, garantizada por la separación de poderes. De esta manera, se pretende conseguir que la Constitución sea vinculante para los poderes públicos y a los ciudadanos, afirmándose al mismo tiempo la aplicabilidad directa de las normas constitucionales.

Expuesta las características que permiten considerar la normatividad de la Constitución es oportuno inferir sobre los rasgos primordiales que hacen a la Constitución una norma jurídica para posteriormente determinar las consecuencias que trae considerar a la Constitución una norma jurídica.

1.2 CONSTITUCIÓN Y NORMAS JURÍDICAS

En nuestra realidad se hallan una diversidad de conflictos de intereses, de esa variedad resaltamos las controversias jurídicas que se caracterizan por ser conflictos donde

existe la exigencia de una protección o tutela jurídica para el interés de las partes, respaldada en una o varias normas jurídicas¹⁶.

En estas controversias jurídicas los conflictos adoptan determinada configuración (tipificación de los conflictos), y se institucionalizan tanto los órganos ante los cuales dirimirlos, como los criterios de decisión que los mismos deberán adoptar. Ello tiene como finalidad la fundamentación de todo acto -ya sea judicial o de otra naturaleza- que finalice el conflicto, en una serie de razones jurídicas. En ese contexto la norma jurídica se presenta como un instrumento para construir decisiones establemente mantenidas e institucionalizadas, ofreciendo la posibilidad de predecir y pronosticar, dentro de ciertos márgenes, cuál será el resultado de un futuro litigio. Desde esa óptica el Derecho puede ser visto como un procedimiento de solución de conflictos de intereses, pero también como un sistema o conjunto de normas jurídicas.

Por consiguiente, si consideramos la Constitución como una norma jurídica y requerimos establecer las consecuencias jurídicas de tal consideración es necesario especificar cuáles son las características diferenciales de las normas jurídicas como tal, es decir, cómo se diferencian de las demás normas morales, sociales, etc.

Puesto que existe un amplio y variado desarrollo acerca de los elementos que permiten diferenciar las normas jurídicas de las demás normas (morales, sociales, etc.) es pertinente hacer aquí mención que el estudio de las normas jurídicas puede arribarse desde un punto de vista formal, o sea, considerar a la norma jurídica en su estructura¹⁷. Pero,

¹⁶ Sobre la concepción del Derecho como conjunto de experiencias vividas y fenómenos jurídicos *Cfr.* Luis Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1993, pp.5-22.

¹⁷ Sobre el estudio puramente formal de las proposiciones normativas para diferenciar las normas jurídicas de otras normas. *Cfr.* Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1992, pp. 53-81. Critica el autor las teorías que consideran las normas jurídicas como imperativos negativos (mientras la moral estaría constituida por

también es posible arribar su estudio desde otros criterios con el fin de determinar las características diferenciales de las normas jurídicas, sin embargo, estos criterios pecan de ser insuficientes si son considerados de forma independiente, pues, de alguna manera cada uno de ellos viene a llenar lagunas dejadas por otro, en ese sentido, al fin de conseguir establecer las características de las normas jurídicas parece imprescindible exponer los mismos desde un punto de vista integrativo.

De ese modo, norma jurídica será aquella que regula siempre una relación intersubjetiva (criterio de contenido), guardando su carácter de bilateralidad¹⁸, estableciendo un derecho para un sujeto y un deber para otro; así, su finalidad será siempre entendida como conservación -orden- de la sociedad (criterio fin); e inmediata expresión de un poder (criterio del sujeto que dicta la norma); sin embargo, tal poder no es ilimitado, sino que debe ser contenido por los valores de determinada sociedad (criterio de valores), es decir, el derecho debe buscar la justicia, igualdad y libertad, entre otros; todo ello incide en que la norma jurídica será acogida dentro la naturaleza de las obligaciones, en tanto norma jurídica será aquella que es obedecida o aquella que infunde al destinatario el convencimiento de su obligatoriedad (criterio de la obligatoriedad)¹⁹.

No obstante, el criterio probablemente más relevante es el que determina que las normas jurídicas se caractericen por prever siempre una sanción ante el incumplimiento del deber ser (criterio de respuesta a la violación), entendiendo que hay dos formas diferentes

imperativos positivos), o como normas técnicas (mientras las morales estarían constituidas por normas éticas), o bien como normas heterónomas, o por imperativos impersonales (mientras la moral estaría constituida por normas autónomas, mandatos personales, etc.).

¹⁸ Esta bilateralidad debe entenderse de manera extensa, lo que implica que el destinatario del deber ser de la norma puede ser cualquier operador jurídico.

¹⁹ Para definir el derecho recurriendo a los criterios mencionados *Cfr.* Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, *op.cit.*, pp.114-118.

de violación, la inobservancia respecto de un imperativo negativo, y el incumplimiento respecto de un imperativo positivo. De ese modo, la acción que se cumple en respuesta a la conducta no conforme a derecho, es lo que, precisamente se denomina sanción²⁰.

Esta sanción se la entiende como reacción del ordenamiento al incumplimiento del deber-ser que establece la norma, por ello empleamos el término con amplitud, englobando en ella todo tipo de respuesta, tratamiento o si se quiere, de efecto jurídico²¹.

Este último criterio está íntimamente ligado con las consideraciones que la creación y mantenimiento de las normas jurídicas es una labor de los órganos del Estado, es decir, de personas que ostentan el poder político, asimismo, también se relaciona con la institucionalización de los órganos que comprueban la imposición de la sanción. Así, la determinación de esta sanción será siempre mediante una decisión jurídica, existiendo al mismo tiempo criterios de decisión que estarán también institucionalizados, siendo posible el uso de la fuerza legítima para exigir el cumplimiento del deber ser de alguna norma, es decir, que dentro este concepto está implícito el derecho a la tutela judicial.

Por lo que se puede observar, toda controversia jurídica tiene su modo de ser redimida, es decir, todo conflicto adopta una determinada configuración ante órganos de decisión institucionalizados que actúan bajo criterios jurídicos de decisión, respaldado todo ello bajo normas jurídicas.

²⁰ Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, op.cit., pp.118-120.

²¹ Es importante resaltar que las proposiciones normativas, están constituidas por expresiones gramaticales en las cuales el centro de gravedad se coloca en las ideas de poder y tener derecho, y otras en las de deber o estar obligado, lo que en doctrina se conoce como normas imperativas y normas permisivas, este detalle nos hace dudar de que toda norma jurídica establezca una consecuencia de tipo de deber. La solución a este problema se detalla cuando se considera que en realidad no hay dos tipos de normas, sino uno solo. Las fórmulas de poder-tener derecho y deber-estar obligado son intercambiables y expresan desde dos perspectivas, una misma y única situación, es decir, el deber ser de la norma. Para tal exposición Cfr. Luis Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, op.cit., 1993, pp. 36-90.

1.2.1 La Constitución como norma jurídica

De lo expuesto, podemos afirmar que la Constitución es norma jurídica porque regula intersubjetividades, donde siempre habrá un sujeto con derecho y otro con un deber, sin embargo, hay que poner de relieve que todos tenemos el deber de cumplir las normas constitucionales. La finalidad de este deber será por supuesto conservar el orden constitucional como un modo de conservar la integración de la sociedad. Tal sujeción obligatoria a las normas constitucionales para la conservación del orden constitucional será inmediata expresión del poder constituyente como reflejo de la soberanía del pueblo, poder que se inspira en determinados valores cuyo respeto la sociedad se impone a sí misma, y que por lo común se identifican con los ideales de justicia, igualdad y libertad, entre otros.

La consideración de la Constitución como norma tiene efectos más evidentes cuando su violación determina una respuesta, esto es, cuando impone una determinada sanción, aunque no todas las normas constitucionales permiten extraer dicha sanción a partir de su estructura lógico formal²², ya que muchas de éstas no muestran ni supuesto de hecho ni consecuencia jurídica determinada²³. Sin embargo, las normas constitucionales al formar parte de un cuerpo normativo sistematizado permiten que la sanción pueda extraerse de otras normas constitucionales con ayuda de la interpretación constitucional²⁴.

²² Justamente sobre este tema radica una de las incompatibilidades del positivismo teórico y el constitucionalismo, en cuanto aquel tiene una concepción de la norma jurídica que gira entorno a su estructura lógico-formal (supuesto de hecho, cópula de *deber ser* y consecuencia jurídica), lo cual resulta incompatible con la estructura que presentan las normas constitucionales en cuanto se caracterizan por carecer de determinación fáctica o de determinación jurídica. Ello ha sido motivo de acusar a este tipo de normas constitucionales como no propiamente jurídicas, negándoles eficacia en caso de no estar desarrollados o concretados en otras normas, especialmente legales. Al respecto *Cfr.* Luís Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México D.F., Fontamara, 1997, pp. 29-34.

²³ *Cfr.* Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción en verso al español E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

²⁴ El triunfo de las normas constitucionales obliga a un planteamiento más complejo de la estructura de la norma jurídica, con la finalidad de hacerlas normas jurídicas en sentido estricto, por ello el planteamiento que se formula en estas páginas; añadiendo que esta tarea ya no se reduce simplemente a la tesis de la subsunción dentro de la estructura lógico formal de

En definitiva, la sanción externa, coercible e institucionalizada es una respuesta propia de las normas jurídicas ante su violación, y ello significa que la exigibilidad de respeto de las normas jurídicas, y por supuesto de las normas constitucionales, está a cargo de los poderes del Estado, y especialmente a cargo de los órganos judiciales. Lo que afirmar la exigibilidad jurisdiccional de cualquier norma constitucional en frente a cualquier tipo de controversia jurídica²⁵.

1.2.2 Consecuencias de una Constitución normativa

El hecho de considerar que la Constitución ya no es un simple programa político o una norma dedicada únicamente a establecer la forma y estructura del Estado, sino una verdadera norma jurídica, trae consigo determinadas consecuencias. La primera de ellas será pues la posibilidad de que sus disposiciones no necesitan de mediación alguna para ser aplicadas, ni si quiera cuando el mismo poder constituyente haya impuesto la necesidad de dicha mediación vía desarrollo legislativo. Lo cual significa que también en los casos en que el Legislador se abstenga de tal desarrollo por diferentes razones políticas, este vacío normativo no podrá considerarse razón suficiente para que las normas constitucionales no sean aplicadas por los tribunales competentes. Esta afirmación no implica que no se requiera, o hasta que se pueda requerir a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión, el desarrollo legislativo previsto por la Constitución, sino que más allá de ello es

la norma, es decir, ante las normas constitucionales los jueces, en la tarea de subsunción, han de inventar la definición de supuesto de hecho para el caso en concreto. Esto último es una propuesta original de Francisco Rubio Llorente, *Cfr.* “Problemas de interpretación constitucional”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 3-4, 1988, p. 38. En esa misma línea se afirma que “la Constitución y, en particular, las normas de principio y los derechos fundamentales, representan una invitación al razonamiento jurídico en términos abiertamente superadores de la subsunción” *Cfr.* Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo...*, *op.cit.*, p. 40.

²⁵ *Cfr.* Riccardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 55-56.

posible exigir la aplicación inmediata de la Constitución en caso de que la omisión vulnere derechos fundamentales.

Una segunda consecuencia es la posibilidad de tutela judicial en caso de que alguna norma infraconstitucional o acto jurídico estatal o privado pretenda contradecirla, tutela cuya finalidad es la determinación de inaplicación o invalidez de la norma subordinada a la Constitución como respuesta a su violación. Es decir, las disposiciones constitucionales son como cualquier otra disposición que pueden ser invocadas directamente ante los tribunales competentes a tal efecto.

En ese sentido, la Constitución viene a ser una norma obligatoria no solo para los jueces, sino también para los funcionarios del Estado y para los mismos ciudadanos, quienes deben tomarla en cuenta y aplicarla en todos los casos en los que corresponda²⁶.

De esta afirmación puede hacerse derivar otra consecuencia implícita a una Constitución normativa, y que consiste en que las leyes, los actos de los órganos públicos e incluso los actos del ámbito privado deben ser interpretados y aplicados conforme a los contenidos de la Ley Suprema. De esta manera, la normatividad de la Constitución no sólo actúa en respuesta a sus violaciones con la posibilidad de excluir del ordenamiento las normas que la contradicen sino que además exige que su desarrollo y puesta en práctica se haga respetando sus postulados²⁷.

Entre estas consecuencias, se presenta la posibilidad, no sólo de retirar del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional, sino también de inaplicar normas

²⁶ Sobre el análisis de la exigibilidad de la norma constitucional ante los tribunales de justicia *Cfr.* William W. Van Alstyne, “La Constitución como Ley Exigente”, en *Constitución y Desarrollo Social*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios Judiciales, 1988, p.6.

²⁷ Sobre tales conclusiones de la Constitución como norma jurídica *Cfr.* Miguel Ángel Fernández Gonzáles, “Constitución y casación...”, *op.cit.*, p. 104.

infraconstitucionales que contravengan sus postulados, lo que por supuesto no implica que dichas normas se retiren del ordenamiento jurídico.

Consiguientemente, la Constitución normativa permite que las normas constitucionales puedan ser aplicadas de forma directa, en tanto que, no se exige la mediación de leyes para que produzca efectos jurídicos; posibilita la tutela judicial cuando sea vulnerada alguna norma constitucional permitiendo la inaplicación de normas infraconstitucionales; y por último será siempre la Constitución el marco de interpretación y aplicación de las leyes, actos públicos y privados.

Entonces, de esa normatividad se extrae una consecuencia jurídica de mucha importancia y es que la Constitución puede ser aplicada directamente para la resolución de conflictos jurídicos, ello responde a que la Constitución como norma es de manera simultánea, fuente del Derecho y norma que regula las fuentes del Derecho, esto es, la producción jurídica, formando parte del ordenamiento y vinculando a todos los poderes públicos, incluidos a los órganos del Poder Judicial y a los mismos ciudadanos.

CAPÍTULO II

LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

2.1 LA APLICACIÓN DIRECTA COMO PARTE DE UN NUEVO PARADIGMA

La aplicabilidad directa de las normas constitucionales es consecuencia de un nuevo paradigma jurídico, que retomando una categoría teórica vieja, y que en los últimos años ha asumido un significado distinto, es denominado “Estado constitucional”; y a efectos de esta tesis se extenderá su denominación a constitucionalismo²⁸. Éste pretende construir postulados diferentes al positivismo jurídico desde el campo ideológico, teórico y metodológico²⁹.

²⁸ Desde la década de los setenta constitucionalistas germanos iniciaron un proceso de decantación terminológica desde la tradicional expresión *Rechtsstaat* a la de *Verfassungsstaat*. Ello no significa que la invención de la última denominación se haya suscitado en este tiempo, pues, eran ya utilizadas por teorías constitucionales clásicas de Carl Schmitt y Karl Loewestein. Asimismo, en determinados sectores de la doctrina italiana existía la propensión de reemplazar *Stato di diritto* por la fórmula de *Stato costituzionale*; ello para dar cuenta de un nuevo estado de cosas en los sistemas normativos democráticos, dando nuevo significado a la expresión “Estado constitucional”. Cfr. Antonio Enrique Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 57-60.

²⁹ Adviértase que el positivismo jurídico, como describe Bobbio, puede ser caracterizado desde tres aspectos diferentes: positivismo jurídico como metodología o como un modo de acercarse al estudio del derecho; positivismo jurídico como teoría o como un modo de entender el derecho; y, positivismo jurídico como ideología o como una determinada ideología de la justicia. 1) Desde el primer aspecto se trata de delimitar el objeto de investigación, asumiéndose frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; partiendo del presupuesto que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, entendido como aquel complejo de reglas emanadas de determinados órganos según procedimientos establecidos; en síntesis, esta tesis se resume en el postulado de la separación entre Derecho y moral. 2) A partir del segundo aspecto se entiende al positivismo jurídico como aquella concepción particular del derecho que vincula al fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Esta teoría es la toma de conciencia de la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado, proponiendo que el método tradicional del jurista, que surge contra la libre valoración de los intereses por parte del juez, está caracterizado por tres principios: toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente; ésta es siempre dada por el Estado; y el complejo de reglas suponen una unidad. Al mismo tiempo esta concepción estatal del derecho se vinculan a algunas teorías: i) con la teoría de la fuerza, en cuanto el derecho se aplica sólo con el auxilio de una fuerza reglamentada; ii) con la teoría imperativa, donde las normas como mandatos están dirigidas a la conducta de las personas; iii) con la teoría de las fuentes del derecho, donde se reconoce la supremacía de la ley; iv) con la teoría sistémica del derecho, que considera al ordenamiento como autosuficiente sin la presencia de lagunas ni antinomias; v) con la teoría de la interpretación, que reduce la actividad del intérprete a un desarrollo lógico para la aplicación del derecho. 3) Por último, el tercer aspecto representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal. A partir de ello surgen dos visiones al respecto: a) el derecho positivo por emanar de una voluntad competente, es justo, esto es, validez igual a justicia; b) el derecho como expresión de una fuerza, independientemente del valor moral de sus reglas,

Quizá los rasgos más sobresalientes de este nuevo constitucionalismo sea la consideración en conjunto de las características constitucionales aludidas en el capítulo primero, esto es, supremacía y rigidez constitucional, control de la constitucionalidad y la separación de poderes, pero sin lugar a dudas, el rasgo más sobresaliente reside en la existencia de un procedimiento efectivo de control de la constitucionalidad de las leyes. Incluso, más ampliamente, cabe decir que la limitación y el control del poder representan el elemento definidor del constitucionalismo³⁰.

Según Alexy, considerar que la Constitución es normativa implica también reconocer que es un “orden objetivo de valores” que ejercen un “efecto de irradiación” en todo el derecho ordinario. Lo cual trae consecuencias en “la aplicación del derecho, esto se muestra en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una ponderación según valores y principios constitucionales”. De ese modo señala que los rasgos esenciales de este constitucionalismo serían los siguientes: “valor en vez de normas; ponderación en vez de subsunción; omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario; omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución”³¹.

busca la realización de fines como el orden, la paz, la certeza y la justicia legal. En definitiva, ambas visiones infieren de alguna manera que el cumplimiento de las normas jurídicas es un deber moral, pues, es una obligación interna o de conciencia. Cfr. Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, México D.F., Fontamara, 1991, pp. 44-54.

³⁰ De esa manera según Aragón Reyes el control pasa a ser así un elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de Constitución. Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su realización; ocurre, simplemente, que no hay Constitución. Cfr. Manuel Aragón Reyes, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7 n° 19 enero-abril, 1987, p. 52.

³¹ Robert Alexy, *El concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, 2ª ed., p. 159-160.

En cambio Prieto Sanchís, concibe que este constitucionalismo se proyecta en dos aspectos teóricos: las fuentes del Derecho (superación de la omnipotencia de la ley, e ingreso de una Constitución normativa) y el problema de la interpretación y aplicación del mismo (valoración de la ponderación y el razonamiento jurídico). Añadiendo, a partir de ello, una tercera consecuencia que reside en que el constitucionalismo alienta una ciencia jurídica “comprometida” que pone en cuestión la separación entre Derecho y moral³².

Pero, siguiendo resumidamente los aspectos mencionados por Bobbio –ver nota al pie n° 31-, el constitucionalismo, desde lo ideológico, pretende rebatir al positivismo refiriendo que la norma o la decisión ya no son válidas por el simple hecho de provenir de una autoridad legítima, pues, antes debe seguir en congruencia el conjunto de principios y reglas constitucionales.

Por otra parte, el constitucionalismo desde el campo metodológico incita a desarticular la tesis de la separación entre Derecho y moral; alega que la materialización de los textos constitucionales supone la juridificación o positivización de una ética que se erige así en criterio de validez; así, las normas deben ser congruentes con principios y valores que son morales y jurídicos a un tiempo.

Por último, desde el campo teórico el positivismo con respecto a la concepción de la norma jurídica es bien sabido que considera que eran aplicables solamente aquellas normas que dentro su estructura interna registraban un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (teoría de la norma). En este sentido, la ley, por ser propia de este tipo de estructura, era considerada la fuente primordial del Derecho (teoría del sistema de fuentes), reduciéndose la tarea de los jueces a una automática aplicación de las normas mediante la

³² Cfr. Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y Positivismo*, op.cit., p. 16-23.

subsunción, con apenas la mínima posibilidad de interpretar una definición del supuesto de hecho ya contenido en la norma (teoría de la interpretación).

Justamente, el constitucionalismo pretende rebatir al positivismo jurídico con este conjunto de tesis, y entre sus postulados encontramos la afirmación de que la Constitución es norma jurídica y como consecuencia, sus normas, es decir, tanto las reglas como los principios son de aplicabilidad directa. Tal afirmación implica de hecho, un cambio en los parámetros que caracterizan a las normas jurídicas para incorporar en este conjunto no sólo a las reglas jurídicas sino también a los principios. De ese modo, frente a las fuentes del derecho, la Constitución viene a regir el escalón máximo de jerarquía de normas y en el campo de la interpretación las cosas van a sufrir una rotunda variación, como consecuencia de la propia naturaleza y estructura de las normas constitucionales.

De inicio debemos recordar que habíamos defendido que la Constitución, según Manuel Aragón, es un “cuerpo normativo”, que representa una diversidad de normas constitucionales con peculiaridades en su naturaleza y efectos. Debido a esta composición variada de normas se encuentran aquellas que suelen ser calificadas de incompletas, vagas, abstractas, generales, de aplicación diferida, etc.³³, ello por el hecho de que la estructura de algunas normas constitucionales se aparta “claramente del esquema un tanto simplista que acuño el positivismo: muchas veces, ni sabemos con exactitud cuándo han de aplicarse, ni en qué medida, ni con qué consecuencias”³⁴. Lo cual dificulta la posibilidad de establecer

³³ Entre los autores que consideran que la Constitución está compuesta de este tipo de normas, aunque no reduciendo su carácter jurídico Cfr. Manuel Aragón Reyes, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, Madrid, 1986, pp. 106-109. Asimismo, otra muestra de que este tipo de normas eran calificadas de incompletas, vagas, programáticas, etc. Cfr. Alejandro Nieto, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 100-102, enero-diciembre, 1983.

³⁴ Luís Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, op.cit., p. 30.

de manera unívoca los términos en los que puede y debe aplicarse directamente la Constitución, esto es, establecer de qué disposiciones constitucionales petitionamos la aplicación directa y cuáles son las que pueden y deben ser aplicadas directamente por todos los operadores jurídicos.

La cuestión jurídico-constitucional se dificulta aún más ante la presencia de disposiciones constitucionales, como por ejemplo, el art. 4 de la Constitución colombiana que dispone que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, cuya contravención deriva en responsabilidad de acuerdo al art. 6 de la misma que establece que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. La Constitución peruana refleja la misma idea en el art. 51 al establecer que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal (...)”; y en el 138 al disponer que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera (...)”. La Constitución ecuatoriana es mucho más explícita en el tema, determinando en el art. 424 que “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”; y en el 425 que “en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán

mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia (...). Por último la Constitución boliviana en su art. 410 establece que “todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución”.

La dificultad de aplicar este planteamiento al mundo de las controversias jurídicas es enorme, por ello para identificar el cuándo, en qué medida y con qué consecuencias han de aplicarse las normas constitucionales es imprescindible acercarnos a describir cuáles son los tipos de normas constitucionales con la finalidad de responder cómo debe ejercerse la aplicación directa.

2.2 TIPOS DE NORMAS CONSTITUCIONALES

Ahora es necesario detenerse sobre las particularidades de los diferentes tipos de normas existentes en cualquier texto constitucional, diferenciación que en ningún caso afecta a su calidad de normas jurídicas. En ese sentido, la clasificación más común es la que divide las disposiciones constitucionales en relación a su contenido y las distingue entre reglas, principios y valores.

Siguiendo esta tesis, todas las reglas y principios son normas en razón de que guardan su fuerza deóntica, es decir, ambas pueden ser formuladas con expresiones que aludan a deberes dentro de mandatos, permisiones y prohibiciones. Por ello ambas sirven para juicios concretos de deber ser.

Las reglas son normas que “sólo pueden ser cumplidas o no”³⁵. La estructura interna de una regla válida contiene “*determinaciones*”³⁶ en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible.

Por otro lado, los principios, que son designados o se expresan en los textos constitucionales como “deber”, “derecho fundamental”, “pretensión” e “interés”, son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas”³⁷.

Quizá el mejor modo de entender esta distinción sea partir de la transcripción de dos disposiciones:

[Disposición I] Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación³⁸.

[Disposición II] Toda persona sometida a proceso debe ser juzgada en su idioma; excepcionalmente, de manera obligatoria, deberá ser asistida por traductora, traductor o intérprete³⁹.

Ambas disposiciones forman parte de la Constitución boliviana, la Disposición I es un principio, la II, una regla. Como puede advertirse las diferencias estructurales son incuestionables. Su simple lectura evidencia que la regla contiene de forma muy clara la

³⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. en verso al español por Ernesto Garzón Valdéz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p.87.

³⁶ *Ibidem*, p. 87.

³⁷ *Ibidem*, p. 86.

³⁸ Artículo 16.I de la Constitución boliviana.

³⁹ Artículo 120.II de la Constitución boliviana

determinación fáctica y jurídica, o en otros términos, el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica, y es exactamente esa claridad en sus determinaciones que permite siempre establecer con claridad si las reglas son o no cumplidas. Por eso “si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”,⁴⁰. En cambio, la Disposición I, tiene una estructura diferente que no goza de un supuesto de hecho, lo cual, permite que la prescripción de la norma pueda ser llevada a cabo en mayor o menor medida, es decir, admite distintos niveles de cumplimiento, sin embargo, recordamos que la determinación fáctica o supuesto de hecho será un operación hermenéutica llevada a cabo –a partir de un caso en concreto- por parte del juez vía interpretación⁴¹, esto presupone que los principios casi siempre ofrecen una variedad de consecuencias jurídicas⁴².

⁴⁰ Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 87. Al mismo tiempo es importante mencionar que la propiedad de las reglas de poder o no poder ser cumplidas no se limita a ello, ya que, existen reglas que prescriben acciones que pueden ser realizadas en diferente grado, en cuanto ordenan un determinado grado de la acción o del comportamiento. Un ejemplo de éstas son las prescripciones que se refieren al comportamiento negligente. Ello no desvirtúa las consideraciones de la regla como tal.

⁴¹ Tal conclusión es imagen de Rubio Llorente y Prieto Sanchís. Cfr. “Problemas de interpretación constitucional”..., *op.cit.*, p. 38; Luís Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, *op.cit.*, pp. 30 y 31.

⁴² Sobre el tema existe posturas opuestas, por un lado, los que proponen que los principios ofrecen siempre una sola consecuencia jurídica, postura que se refleja en la tesis de Dworkin de que existe una única respuesta correcta para cada caso que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor corresponda con la Constitución, las reglas de Derecho y los precedentes; sumando a ello que será el juez ideal, al que denomina “Hércules” el que estaría en situación de encontrar la única respuesta correcta. Cfr. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 80 ss. En esa misma línea, aunque parcialmente distinta, se presenta la idea de Habermas que infiere que si bien la coherencia y la sistematicidad pueden de hecho no existir en el plano de las leyes o disposiciones, constituye un objetivo alcanzable del discurso interpretativo. De esa manera las normas y el sistema son la culminación del discurso interpretativo, de manera que ante un caso concreto pueden ser variada la presencia de normas, pero, será el proceso interpretativo el que garantice al final la existencia de una sola norma adecuada o correcta. Cfr. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, pp. 267 ss. Por otro lado, está la tesis de Alexy que explica que sería imposible una teoría de los principios con una única respuesta correcta, a partir de la consideración de que un orden estricto o fuerte de principios implicaría una teoría que contuviera, además de los principios, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y por ello, determinara unívocamente la decisión en cada uno de los casos, lo cual sería imposible. Considera que los principios se mueven en un orden débil que consiste en tres elementos: 1) un sistema de condiciones de prioridad, 2) un sistema de estructuras de ponderación y 3) un sistema de prioridades *prima facie*. Cfr. Robert Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. por Manuel Atienza, en *Doxa*, nº 5, 1988, pp. 139-151

Otra muestra, aún más contundente, sobre la diferenciación entre reglas y principios puede revelarse en el momento de su aplicación, o en términos de Robert Alexy, al momento de su “colisión” o “conflicto” con otras normas.

En este sentido, elemento característico según Robert Alexy es que “un *conflicto entre reglas* sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas”⁴³(las cursivas me corresponde). En ese sentido las reglas “contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice”⁴⁴.

Imaginemos que a la Disposición II (Toda persona sometida a proceso debe ser juzgada en su idioma; excepcionalmente, de manera obligatoria, deberá ser asistida por traductora, traductor o intérprete) se le opone esta otra regla: [Disposición III] Durante el proceso, los inculpados de nacionalidad boliviana no tienen derecho a ser asistidos por un traductor o intérprete, puesto que se presupone su conocimiento del idioma castellano.

Según lo anterior, este hipotético conflicto normativo puede ser resuelto, o bien, introduciendo en la Disposición III una excepción, por ejemplo, que deje a los nacionales bolivianos pertenecientes a comunidades originarias ser asistidos por traductor; o bien, declarando una de las dos reglas inválida, lo cual obliga acudir a criterios de resolución de antinomias, que para este caso se postula el criterio de jerarquía.

Este concepto de solución de conflictos debe ser objeto de extensión, en el entendido que las dos formas descriptas para dar solución a un conflicto de reglas no

⁴³Robert Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *op.cit.*, p. 88.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 99.

expresan la totalidad de posibilidades que se puedan expresar en un sistema de control mixto de constitucionalidad, que es característico en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Por ello, además de solucionar un conflicto de reglas con la introducción de una excepción a una de las reglas o invalidando una de ellas, se presenta como otra alternativa la posibilidad de inaplicar una de las reglas en conflicto. La diferencia de invalidar e inaplicar reside en que la primera implica la declaración de nulidad de la norma seguida de su expulsión del ordenamiento jurídico, en cambio la segunda, suele producirse en un control concreto con efecto inter pares y sin la declaración de invalidez de la norma. Por lo tanto, es oportuno considerar que se presentan tres modalidades en la solución de conflicto de reglas, esto es, introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, declarando la invalidez de una de las reglas, o declarar la inaplicabilidad de una de las reglas.

Por otra parte, “cuando dos principios entran en *colisión* uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido el principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa”⁴⁵ (la cursiva me corresponde).

En este mismo orden de ideas hay que añadir que, los valores guardan estrecha relación con los principios, ya que el cumplimiento gradual de los principios desemboca en la realización gradual de los valores. Pero éstos están incluidos en un nivel axiológico, que

⁴⁵ *Ibidem*, p. 89.

caracteriza su concepto no desde un mandato o deber ser, como lo hacen los principios desde el nivel deontológico, sino desde una conceptualización de lo bueno. De ese modo, los valores deben ser concebidos como criterios de valoración, así, no son los objetos sino los *criterios de valoración* los que tienen que ser designados como “valor”⁴⁶.

De esa manera los valores “constituyen ideas directivas generales que, (...) fundamentan, orientan y limitan críticamente la interpretación y aplicación de todas las restantes normas del ordenamiento jurídico. Los valores forman, por tanto, el *contexto histórico-espiritual* de la interpretación de la Constitución, y en especial, de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales”⁴⁷.

De esa conceptualización de los valores puede colegirse que éstos no pueden ser instrumentos para la resolución de controversias jurídicas, esto significa que los valores no pueden presentarse como un argumento aislado de principios y reglas para la solución de conflictos jurídicos, pues pertenecen en esencia a un nivel axiológico en el que carecen de un concepto de mandato o deber ser. Por ello, los valores deben interrelacionarse con los diferentes principios, para que a través de estos se consiga el fin que pretenden los diferentes valores. Por esa razón este trabajo de investigación excluirá a los valores como normas deontológicas, considerándose sólo a los principios y reglas, pues la solución de un conflicto jurídico basado sólo en valores implica moverse únicamente en el nivel axiológico, y ello no asegura de ninguna manera una argumentación objetiva para la solución de conflictos por vía de la aplicación directa de la Constitución.

⁴⁶ Una aproximación a la teoría de los valores desde la diferenciación de conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos, y resaltando que estos se mueven en la esfera axiológica y se identifican como criterios de valoración Cfr. Robert Alexy, *La teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., 138-147.

⁴⁷ Cfr. Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 291.

De la exposición conceptual de los diferentes tipos de normas, es evidente que no podemos responder cómo debe funcionar la aplicación directa de las normas constitucionales, pues lo descrito de los principios y reglas, únicamente nos ayuda a diferenciar los tipos de normas existentes en cualquier Constitución.

Este resultado nos obliga a continuar la búsqueda de medios que puedan ayudarnos a construir el deber ser del ejercicio de la aplicación directa. Consiguientemente, el siguiente paso, para ese cometido, debe ser identificar cuáles podrían ser los derroteros que se siguen para conseguir la aplicación de cualquier Constitución, con el objetivo de responder si la aplicación directa de la Constitución debe ser concebida en sentido amplio y generalizado, o si más bien hay que matizar dicha afirmación.

2.3 DERROTEROS HACIA LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

La aplicación de la Constitución puede ejercerse por tres derroteros diferentes, es decir, a través de tres procedimientos que aún siendo diferentes comparten el objetivo de cumplir con la aplicación de la Constitución.

2.2.1 Aplicación indirecta de la Constitución

Es cierto que la aplicación directa de la Constitución supone resolver controversias jurídicas aplicando directamente sus disposiciones sin que medie disposición inferior alguna, no obstante a ello, es también posible concebir una aplicación indirecta de la Constitución. Esto significa que la Constitución encuentra aplicabilidad no sólo en su directa aplicación sino también por medio de la aplicación de normas infraconstitucionales expresadas en leyes y reglamentos, entre otros. Por ello, el primer instrumento de

aplicación de la Constitución puede ser definido con los actos jurídicos concretos que se respaldan en determinadas reglas jurídicas o principios que se encuentran positivizados en normas infraconstitucionales, que, al mismo tiempo, deberán guardar perfecta armonía con reglas y principios establecidos en las normas constitucionales, resguardando de esa manera la supremacía de éstas sobre aquellas. Este tipo de aplicación no es objeto de la presente tesis y por tanto no se considera necesario profundizar en ella.

2.2.2 Aplicación directa de la Constitución ante vacío normativo infraconstitucional

El segundo supuesto en que la Constitución encuentra aplicación se configura en aquellas controversias jurídicas en las que no haya posibilidad de encontrar normas infraconstitucionales sobre las que se pueda fundamentar la resolución de un determinado conflicto, presentándose vacíos normativos en el ordenamiento jurídico infraconstitucional. Tal supuesto permite que pueda aplicarse directamente la Constitución, ya sea mediante regla o principio constitucional. El ejemplo más común de este modo de aplicación se produce en el ámbito de los derechos, en la medida que no es excusable no aplicar la exigencia de un derecho en razón de no estar regulado en la ley. El mejor ejemplo de ello se muestra de forma expresa en la Constitución ecuatoriana cuando, en su art. 11 numeral 3, dispone que “[...] Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

2.2.3 Aplicación directa de la Constitución ante conflicto o colisión de normas

Por último, la Constitución también encuentra aplicación en forma directa ante la solución de conflictos de reglas o de colisión de principios. Habíamos señalado que ante un conflicto entre reglas sólo es posible encontrar una solución introduciendo a una de las reglas una cláusula de excepción, o bien, declarando inaplicable o inválida una de ellas. Ahora imaginemos que en ese conflicto está involucrada una regla constitucional, ésta podría hacer de excepción de otra regla infraconstitucional⁴⁸, o bien, servir de fundamento para que ésta última sea declarada inválida, encontrándose de esa manera la aplicación directa de la Constitución.

También hicimos alusión que ante la colisión de principios constitucionales la solución está destinada a que uno de ellos ceda para la aplicación del otro, produciéndose una aplicación directa de la Constitución. Sin embargo también es posible identificar la colisión de principios de una manera indirecta, suponiendo que la puesta en vigencia o la aplicación de una regla jurídica producen que ingresen en colisión dos principios constitucionales, en razón a que la regla está fundamentada en uno de los dos principios colisionando con el otro. La colisión en un primer plano se muestra entre un principio y una regla jurídica infraconstitucional, pero, el fundamento de ésta se encuentra en otro principio constitucional, produciendo la colisión de ambos y registrándose la posibilidad de que la aplicación de aquél principio conlleve a que esta regla sea declarada inválida, inaplicable o se convierta en una relación de regla-excepción.

⁴⁸ En esa relación de regla-excepción no se descarta la posibilidad de que de un principio constitucional se extraiga la excepción para la solución del conflicto de reglas. *Cfr.* Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 173 ss. Ello viene a denominarse como una principalización de las reglas.

De esa forma, en el conflicto de reglas se dejará de aplicar una regla infraconstitucional para aplicarse la norma constitucional, o bien se extenderá la interpretación de la regla en conflicto para extraer una excepción; y en la colisión de principios, se dejará de aplicar un principio constitucional para ceder la aplicación de otro, o incluso se dejará de aplicar una regla fundamentada en un principio constitucional para ceder la aplicación de otro principio, también constitucional.

Es indudable que tal exposición identifica de manera general los derroteros por lo que se puede alcanzar la aplicación directa de las normas constitucionales, y también, puede observarse que para conseguir toda esa descripción fue fundamental tomar en cuenta la diferenciación que se revela entre reglas y principios en el momento de su aplicación, es decir, al momento de su colisión o conflicto con otras normas.

De ese modo, puede colegirse que la aplicación directa de las normas constitucionales sólo puede ejercerse ante vacío normativo o conflicto o colisión de normas, pues de no ser así, se estaría frente a una aplicación indirecta de la Constitución donde las normas y actos que deben estar subordinados a las normas constitucionales no encuentran conflicto con éstas últimas, derivando ello a que la ejecución de un acto jurídico está sustentado en una norma infraconstitucional que respeta los contenidos formales y materiales de las normas constitucionales.

En consecuencia, con esta exposición sobre los derroteros hacia la aplicación de la Constitución, se está respondiendo el cuándo debe ejercerse la aplicación directa de la Constitución. No obstante, esto nos trae una serie de dificultades, pues, si bien se pudo definir ante qué supuestos puede ejercerse la aplicación directa, es decir, cuándo puede ejercérsela, se identifican una serie de consecuencias implícitas en los diferentes momentos de aplicar directamente la Constitución. Por ejemplo, ante el conflicto o colisión de normas,

se presenta la necesidad de invalidar o inaplicar una norma infraconstitucional, lo cual se muestra como una forma de arremeter contra el mismo orden jurídico, y más si nos permitimos considerar la aplicación directa con un amplio alcance de carácter general.

Por esa razón, se ve la necesidad de identificar, a partir de la diferenciación de los tipos de normas constitucionales y de los derroteros hacia la aplicación directa, cuáles son las dificultades que pueden generarse con el ejercicio indiscriminado y generalizado de la aplicación directa de las normas constitucionales. Probablemente a partir de ese desarrollo pueda identificarse algún instrumento que permita establecer en qué medida debe aplicarse directamente las normas constitucionales.

2.4 DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Recordemos que la calidad normativa de la Constitución permite que sus normas puedan ser jurisdiccionalmente exigibles y aplicables, lo cual puede conllevar a interpretar que el ejercicio de aplicación directa tenga un carácter indiscriminado y generalizado. Esta afirmación, no implica una exclusividad en la aplicación de la Constitución por parte de los órganos jurisdiccionales pero tampoco una total discrecionalidad a la hora de extenderla a todos los operadores jurídicos.

Hemos afirmado que una de las consecuencias de la Constitución normativa es su aplicación directa, que su carácter jurídico impone el deber de ser respetada por todos los operadores jurídicos y que nuestras constituciones determinan esa obligación de carácter general, no obstante, la aplicación directa de la Constitución conlleva dificultades que limitan su ejercicio, según las siguientes consideraciones.

2.3.1 Dificultades en el plano del manejo de normas constitucionales

2.3.1.1 Dificultades ante vacíos normativos infraconstitucionales

Para hacer referencia a las dificultades que se presentan ante los vacíos normativos infraconstitucionales es importante remitirnos a algunas consideraciones teóricas, y recordar que el dogma de la compleción o integración del ordenamiento, si bien se forjó antes de la implantación del Estado liberal, alcanzó con este su máxima expresión, pues se adecua perfectamente a los postulados ideológicos del sistema jurídico liberal. No por nada la definición de integración que describe Norberto Bobbio determina que un “ordenamiento es completo cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenecen determinada norma ni la norma contradictoria”, esto es, “si se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisión de un cierto comportamiento son producto del sistema, entonces se puede decir que el sistema es incompleto, que el ordenamiento jurídico tiene una laguna”.

De ese modo, la integridad es algo más que una exigencia, es una necesidad, o sea, es una condición necesaria para el funcionamiento del sistema, en cuanto en la mayoría de los ordenamientos valen estas dos reglas: 1) al juez le está obligado a juzgar todas las controversias que se le presenten a examen; 2) y está obligado a juzgarlas con base en una norma que pertenezca al sistema. Este tipo de concepción prevaleció donde la ley era pues la fuente de derecho dominante en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, a principios de siglo XX se formalizó lo que en la realidad política y jurídica era un hecho evidente: la incapacidad de la ley para regular el dinamismo social, y del Estado legislativo para hacer frente a las necesidades de la sociedad.

En consecuencia, se acepta el concepto de laguna para determinar que el derecho no siempre ofrece una respuesta a las realidades sociales. Aunque no siempre esa aceptación prevalece, ya que el concepto de laguna encuentra inutilidad cuando en el proceso de aplicación del derecho, todos los presuntos vacíos normativos terminan por resolverse en alguna fase de ese proceso, por ello, se determina que el ordenamiento ya no es completo, sino completable. Por ello, la existencia de lagunas dentro el ordenamiento se traslada en la manifestación de las normas sobre las que se basa el proceso de aplicación del Derecho, durante el cual se integran o se completan⁴⁹.

“Se utiliza así un doble concepto de laguna, partiendo del vacío normativo inicial, que se acepta, pero afirmando que no existe tal laguna en la medida en que ese vacío se integra al final del proceso. De ese modo, se identifica la exigencia de compleción contenida en el propio ordenamiento con la inexistencia de lagunas. Esto es, se remite el concepto de laguna a las fuentes formales, no al ordenamiento, en la medida en que el juez tiene la obligación de colmar las lagunas de esas fuentes y completar el ordenamiento. Se inutiliza

⁴⁹ El concepto de laguna se traslada en la manifestación de las normas sobre las que se basa el proceso de aplicación del Derecho, debido a que la reacción contra el dogma de plenitud o integralidad del derecho conllevó a que sus defensores propusieran teorías como la del espacio jurídico vacío y la de norma general exclusiva. Tomando en cuenta sólo esta última a los efectos de esta explicación, se considera que no hay lagunas porque en el derecho nunca falta una norma; el razonamiento de esta teoría se resume en considerar que: “una norma que regula un comportamiento no sólo limita las reglamentaciones y, por tanto, las consecuencias jurídicas que se derivan de esa reglamentación para aquel comportamiento, sino que al mismo tiempo *excluye* de aquella reglamentación todos los otros comportamientos”. “Todos los comportamientos no comprendidos en la norma particular están regulados por una *norma general exclusiva*, o sea, por la regla que excluye (por esto es exclusiva) todos los comportamientos (por esto es general) que no entran en lo previsto por las normas particulares. De la crítica de esta teoría, Bobbio extrae la forma de complementarla, aunque con la finalidad de establecer la existencia de lagunas en el ordenamiento, señalando que en un ordenamiento jurídico generalmente no sólo existe un conjunto de *normas particulares inclusivas* y una *norma general exclusiva* que las acompañe, sino también un tercer tipo de norma, que es *inclusiva* como la primera y *general* como la segunda, y que podemos denominar *norma general inclusiva*, según la cual, en caso de laguna el juez debe recurrir a las normas que regulan casos similares o materias análogas, y norma general exclusiva a la que regula todos los casos no comprendidos en la norma particular, pero los regula *en modo opuesto*; la característica de la norma general inclusiva en regular en forma idéntica los casos no comprendidos en la norma particular, *pero semejantes a éstos*. Esto es, si frente a una laguna aplicamos la norma general exclusiva, el caso no regulado se resuelve de modo opuesto al regulado; si aplicamos la norma general inclusiva el caso no regulado se resolverá de modo idéntico al regulado. Pero si en un caso se puede aplicar tanto la norma general exclusiva como la norma general inclusiva, además de la fórmula según la cual para todo caso existe siempre una solución jurídica es necesario precisar esta otra: en caso de la laguna hay, por lo menos, dos soluciones jurídicas: 1) considerar el caso no regulado como diferente del regulado, con la consiguiente aplicación de la norma general exclusiva; 2) considerar el caso no regulado como similar al caso regulado, con la consiguiente aplicación de la norma general inclusiva. De este modo la laguna se presenta no ya por la ausencia de una norma expresa para reglamentar un determinado caso, sino por *la ausencia de un criterio para elegir cuál de las dos reglas generales, la exclusiva o la inclusiva, debe ser aplicada*. Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, op.cit., pp. 273-238.

así en la práctica el concepto de laguna en cuanto vacío normativo, pues ese vacío deberá ser integrado finalmente sobre la base de las reglas del sistema”⁵⁰

Ahora bien, la solución ante la presencia de lagunas está destinada a la orientación de aplicar principios expresamente proclamados por el ordenamiento, y específicamente por la Constitución, incrementándose así la capacidad de respuesta jurídica frente a las lagunas.

Frente a ello se presenta la aplicación directa de la Constitución, ya abismando dificultades, en cuanto, el aplicador siempre podría encontrar vacíos normativos en el ordenamiento infraconstitucional ante normas constitucionales que se desarrollan en ámbitos en los que existe una voluntad implícita de no regulación por parte del constituyente, con el fin de que sea el legislador el encargado de completar la norma constitucional. De esa manera, la propia naturaleza y estructura de las normas constitucionales podrían llevar a que cualquier operador jurídico considere que su facultad de aplicación directa de la Constitución se amplía considerablemente.

La posibilidad de referirnos a la aplicación directa de la Constitución ante vacío normativo se presenta en supuestos que son definidos por los caracteres de la norma constitucional que se halle involucrada con la laguna del ordenamiento infraconstitucional. Por ejemplo, el vacío infraconstitucional que se produce por aquellas normas constitucionales que guardan determinada deficiencia interna, y cuya deficiencia técnica no se subsanó con legislación complementaria. Aunque también acompañan a éstas aquel tipo de vacíos que hacen referencia al contenido material de la norma constitucional. Están aquellos vacíos que se detectan al conectar el orden jurídico con las exigencias sociales

⁵⁰ Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho. Principios del ordenamiento constitucional*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 164.

relativas a lo que debe ser regulado por el Derecho. En estos tres supuestos el vacío normativo debe entenderse como la falta de norma infraconstitucional, es decir, la falta de una ley, decreto supremo, ordenanza municipal, etc., que estén destinadas a cumplir la compleción de las normas constitucionales. Aunque estos tipos de vacío normativo como ausencia de normación infraconstitucional igual requieren de una solución jurídica que puede ser proporcionada en el proceso de aplicación del Derecho como arriba se hizo mención.

Por tanto, en estos supuestos los operadores deberán suplir dicha deficiencia con los procedimientos de integración que sean procedentes de acuerdo al ordenamiento. Sin embargo, la dificultad surge en aquellos casos cuya deficiencia no es tal, sino una condición estructural de la propia norma, querida por el constituyente para que el legislador subsane la deficiencia normativa constitucional con el fin de conseguir su aplicación real y efectiva. En estos casos ¿Qué norma constitucional puede ser subsanada para eliminar las deficiencias técnicas o materiales de las normas? ¿Es posible esa subsanación en el proceso de aplicación del Derecho? ¿Cualquier operador jurídico puede realizar dicha tarea? Son algunas interrogantes que se formulan para identificar las dificultades que se presentan en la aplicación directa ante vacío normativo.

2.3.1.2 Dificultades ante conflicto de reglas

Respecto al conflicto de reglas expusimos que existen tres posibles formas de solución, una que está dirigida a introducir en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine el conflicto, otra que procura la declaración de invalidez de una de las reglas y otra que busca la inaplicación de una de ellas. La primera solución muestra determinadas dificultades, en cambio, la segunda no genera ninguna dificultad, como más adelante se

explicará. De ese modo, para exponer las razones de tales premisas es preciso saber ¿qué implica introducir una excepción y qué declarar inválida o inaplicable una norma?

Para dar respuesta a esta pregunta deberemos entrar a tratar más en detalle las antinomias normativas. Para que ésta se produzca deben verificarse (I) que las dos normas pertenezcan al mismo ordenamiento jurídico, (II) que regulen el mismo supuesto de hecho, y (III) que determinen consecuencias jurídicas incompatibles. Estas condiciones nos ayudan a diferenciar entre una antinomia real y una aparente. Es real cuando se satisfacen las tres condiciones enunciadas. Y es aparente cuando, cumpliendo con las condiciones segunda y tercera, no se satisface la primera. “Una antinomia aparente determina una cuestión de validez de las normas en presencia y su solución se sitúa en la producción del derecho, entre las fuentes del derecho, mientras que una antinomia real da lugar a un problema de aplicabilidad y su solución se sitúa en la interpretación del derecho”⁵¹.

Esto significa que las antinomias aparentes no necesitan de un método complejo de resolución, bastará con establecer cuál de las dos normas es inválida, ya sea, por entrar en contradicción con una norma superior (vicio material o sustantivo), o por haber sido creada por un acto normativo inválido (vicio de competencia). En este tipo de antinomias una de las normas en conflicto es contraria a una regla sobre la producción jurídica, poniendo de manifiesto su invalidez. En este tipo de antinomias se identifica aquellos conflictos que se generan entre una regla constitucional y una infraconstitucional (vicio material o sustantivo).

⁵¹ Alfonso García Figuerola, *Principios y positivismo jurídico, op.cit.*, p. 169. El autor construye el significado de excepción y validez con la intención de aclarar y criticar la idea de Dworkin respecto a la aplicabilidad disyuntiva de las reglas, entendiendo ésta como la aplicación de reglas de todo o nada.

En cambio, las antinomias reales requieren de un método de solución más complejo, debido a que estamos frente a dos normas válidas que se contradicen y ante las cuales el operador jurídico tendrá que decidir cual aplicar. En este tipo de antinomias el conflicto puede producirse entre dos reglas constitucionales, o también entre una regla constitucional y una infraconstitucional, teniendo en cuenta que la regla infraconstitucional no permite se declare su invalidez, ya sea por estar fundamentada en un principio constitucional o bien porque la naturaleza de la regla impide su invalidación⁵². Por ello, las reglas en este tipo de antinomias incitan a transformar el conflicto en una relación de regla-excepción, debido a la imposibilidad o inoportunidad de declarar inválida una de las reglas en conflicto.

A nuestros efectos, distinguiremos las antinomias que conducen a la invalidez de alguna de las normas en conflicto, y que por tanto pueden dar lugar a la inaplicación de la norma infraconstitucional o a la activación de los mecanismos para retirarla del ordenamiento jurídico, de aquellas otras que plantean sólo una exigencia de elección entre dos normas válidas, sin por ello suponer que tal elección pueda ser de alguna forma arbitraria, pues, la discrecionalidad de elección estará sujeta a un razonamiento jurídico de carácter objetivo, con el fin de conseguir una apropiada interpretación.

⁵² Este tipo de conflictos y colisión de normas ha encontrado expresión con las sentencias interpretativas y manipulativas. Las primeras son el resultado de actuar según el principio de conservación de las leyes, directamente relacionado con la interpretación conforme. Estas no anulan el texto de la ley en la medida en que admita alguna interpretación conforme a la Constitución. Son sentencias interpretativas aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad del precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Juez Constitucional considere adecuado, o no se interprete en el sentido que se considere inadecuado. Cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad y no obstante no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto, se salva su constitucionalidad de dos modos: manipulando el texto de la norma infraconstitucional o manipulando directamente su interpretación. Dentro de éstas se ordenan las sentencias aditivas, sustitutivas y reductoras. *Cfr.* Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa, *La argumentación del Derecho*, Lima, Palestra Editores, 2005, 2ª ed., pp. 286-297.

Según Bobbio, caben dos interpretaciones⁵³ posibles para la resolución de una antinomia entre reglas jurídicas: la “interpretación derogativa y la interpretación correctiva”⁵⁴. La interpretación derogativa elimina una de las normas en conflicto del sistema. La interpretación correctiva pretende demostrar hermenéuticamente que la incompatibilidad entre las normas es sólo aparente, en el sentido de superable. Estos dos tipos de interpretación no incluyen el supuesto de inaplicabilidad de normas, aunque el más cercano a ello es la interpretación derogativa, en tanto, el juez está convencido de la invalidez de la norma para el caso concreto por lo que decide inaplicar la norma que considera sufre de invalidez formal o material. Surge entonces la posibilidad de interpretar las normas en conflicto con la imposibilidad de eliminar una de ellas del sistema, pero, en aquellos sistemas de control difuso se permite que dicha interpretación esté dirigida a la inaplicación. Por tanto, para ingresar este supuesto de inaplicabilidad como parte de una posible interpretación para la resolución de una antinomia, se cambia la denominación, propuesta por Bobbio, de “interpretación derogativa” por la de *interpretación desplazativa*, en tanto dicha interpretación está destinada a apartar a una de las normas en conflicto, ya sea del sistema jurídico o bien de la solución de un caso en concreto, mediante la declaración de invalidez o la de inaplicabilidad, respectivamente, según los alcances de competencia del sujeto que juzga la norma.

⁵³ No es vano resaltar que las contradicciones se producen entre “normas”, no entre “disposiciones”, por lo que la existencia de antinomias es el resultado de la *interpretación*. Esta constatación es de importancia capital, porque pone de relieve que la interpretación es un poderoso instrumento en manos del juez, y también de los demás operadores jurídicos, para crear o evitar una antinomia. *Cfr.* Jerónimo Betegón Carrillo, “La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias”, en Jerónimo Betegón Carrillo y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 274.

⁵⁴ Norberto Bobbio, voz “Antinomia”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, UTET (3ª ed.), 1957, vol. I, pp. 667-668, citado por Alfonso García Figuerola, *Principios y positivismo jurídico, op.cit.*, p. 169-171.

Ahora bien, los criterios empleados en la *interpretación desplazativa* generalmente son la *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*⁵⁵, aunque hay que añadir a este conjunto de criterios el de competencia y prevalencia⁵⁶. No obstante, lo que aquí nos interesa en primer término son los criterios para resolver las antinomias aparentes en que se ven involucradas una regla constitucional y una infraconstitucional, de esa forma el criterio de solución se reduce a la *lex superior* y en algunos casos al criterio de competencia, sin embargo, sólo nos abocaremos al primer criterio por ser de nuestro interés únicamente el estudio de las normas constitucionales que pueden ser aplicadas por la generalidad de sujetos.

De esa manera, es imprescindible hacer referencia a que, ante el conflicto de una regla constitucional y una infraconstitucional, la *interpretación desplazativa* no sólo significa pérdida de validez, ya que ello supondría que sólo por medio de la activación de los mecanismos pertinentes (acción incidental de inconstitucionalidad, acción abstracta de inconstitucionalidad, etc.) se puede dejar de aplicar una regla infraconstitucional que contraviene otra constitucional. Por ello, el entendimiento de la *interpretación desplazativa* alcanza a que una regla no obtenga aplicación (inaplicación de norma) y se admita que la misma continúe perteneciendo en el sistema jurídico (ser válida). El juez y cualquier

⁵⁵ Sobre las antinomias reales y aparentes, y sus criterios de solución *Cfr.* Jerónimo Betegón Carrillo, “La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias”, *op.cit.*, pp. 269-284. Concluyen los autores que los criterios de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis* son insuficientes en cierto tipo de antinomias, donde el conflicto no se lo encuentra al nivel de la validez de la norma, en esos casos infieren que el juez tiene un vasto campo de posibilidades no regladas para resolver el conflicto.

⁵⁶ Ambos criterios surgen en aquellos ordenamientos jurídicos que responden a una estructura descentralizada del poder. Así, el criterio de competencia resuelve antinomias donde una norma ha regulado una materia para la que carecía de competencia, por lo que es inválida, y ha entrado además en conflicto con la norma competente. Y el criterio de prevalencia es una regla prevista para dirimir antinomias en los casos de *competencias concurrentes*; es decir, casos en los que dos fuentes tienen reconocida competencia para regular los mismos aspectos de una materia, y en esto se acerca al criterio de jerarquía. Pero, a diferencia de la jerarquía, que se establece siempre entre normas de distinta fuerza o rango jurídico, la prevalencia es independiente de las consideraciones sobre la fuerza de las normas, y en esto se aproxima a la competencia. *Cfr.* Jerónimo Betegón Carrillo y otros, “La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias” en *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 273, 275-276. También *Cfr.* Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del derecho...*, *op.cit.*, pp. 148-149, 156-157.

operador jurídico resolverá la antinomia inaplicando la norma infraconstitucional sin la capacidad de expulsar la norma del sistema jurídico. Por lo tanto, sería inexacto afirmar que la única consecuencia del conflicto de una norma infraconstitucional con una constitucional es la declaración de invalidez, es decir, la anulación de la misma.

Por otra parte, la antinomia de reglas jurídicas también puede ser resuelta por una interpretación correctiva, y uno de los posibles instrumentos para llevarla a cabo consiste en la transformación del conflicto de reglas en una relación de regla-excepción. Este tipo de solución está destinada a las antinomias reales, siendo que ambas reglas son plenamente válidas. Esto permite identificar, por un lado, el conflicto de reglas constitucionales, pues, es sobreentendido que ambas son válidas por permanecer al mismo cuerpo normativo, y por otro lado, el conflicto de una regla constitucional con otra infraconstitucional, aunque en este supuesto, se considera que ambas son válidas porque no se permite la declaración de invalidez de la regla de jerarquía inferior por fundamentarse en algún principio constitucional o por la naturaleza que representa la regla infraconstitucional que impide su invalidación y por tanto se interpreta en conformidad con lo establecido por la Constitución. Esto último se da, por ejemplo, en el supuesto de que una ley no puede ser declarada inválida debido a que las consecuencias de su retiro del ordenamiento jurídico serían de mayor afectación que manteniendo la validez de la norma, a pesar de entrar en conflicto con una regla constitucional, de ese modo, su posible resolución está dirigida a transformar el conflicto en una relación de regla-excepción.

Este modo de solución está sujeto a interpretación, otorgando cierta prioridad a la *lex specialis*. Es decir, el esquema de regla-excepción es un caso especial de aplicación del criterio de *lex specialis* en la resolución de una antinomia con carácter constante. Esta interpretación correctiva deriva hacia una interpretación derogatoria en el sentido de que la

regla *x* queda derogada por la parte que regula la regla *y*, y muchas veces la búsqueda de excepción implica recurrir a una teoría de la argumentación, en especial, cuando las reglas jurídicas interactúan con los principios; cuando en las reglas aparecen ciertos conceptos jurídicos indeterminados; o cuando los términos en los que se expresa la regla son vagos.

En consecuencia, se observa que las antinomias aparentes que residen en un conflicto de reglas será resuelta invalidando o inaplicando la regla infraconstitucional, lo cual no muestra mayor dificultad, teniendo presente que el criterio de solución se da por medio de la *lex superior* y que en el conflicto están involucradas normas que tienen una estructura interna completa con determinaciones en el ámbito de lo fáctico y lo jurídico.

En cambio, la solución del conflicto de reglas que introduce en una de ellas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, conlleva ciertas complicaciones por estar de por medio un proceso hermenéutico que pretenderá demostrar que la incompatibilidad entre las normas es superable. La dificultad se halla justamente en este proceso hermenéutico, en tanto éste apertura dos diferentes variables como resultado, y cuya elección puede quedar al arbitrio del operador jurídico que resuelve el conflicto. Por un lado, es posible encontrar una excepción para dar aplicación a la ley, y por otro lado, también es dable encontrar una excepción para dar inaplicación a la misma ley; justamente esta ambivalencia es lo que dificulta la aplicación directa por medio de la relación regla-excepción. (Ver ejemplo descrito en el acápite 3.1.1.1 párrafo seis)

A partir de esas consideraciones puede observarse que la aplicación directa de la Constitución ante conflictos de reglas dentro de las antinomias reales, presenta dificultad en cuanto se presenta la necesidad de acudir al razonamiento jurídico vía interpretación, lo cual aporta una sustancial complejidad a la hora de defender la potencial e indiscriminada aplicación directa de la Constitución y conduce a la formulación de las siguientes preguntas

¿Quién tiene la legitimidad para modificar la estructura de una regla constitucional o infraconstitucional con el fin de procurar una excepción desde la teoría de la argumentación, ya sea desde otra regla o principio constitucional? Y, en consonancia con ello, ¿Es oportuno o no exigir, en algunos casos, una cierta capacitación para legitimar la aplicación directa de la Constitución? La respuesta a estos interrogantes nos permitirá establecer qué significado e implicaciones puede y debe tener la afirmación de la aplicabilidad directa de la Constitución, es decir, nos consentirá discernir por parte de quiénes y en qué medida podemos afirmar la operatividad de la mencionada aplicación sin caer en contradicciones que podrían llegar a configurarse como supuestos de arbitrariedad.

2.3.1.3 Dificultades ante colisión de principios

Una tercera dificultad con la que se enfrenta la aplicación directa tiene que ver con la colisión de principios, deduciendo que su solución está dirigida a dejar de aplicar un principio para ceder a la aplicación de otro, e incluso dejar de aplicar una norma infraconstitucional que está sustentada en determinado principio constitucional, para así posibilitar la aplicación de otro principio constitucional. Pero ¿qué implica dejar de aplicar determinado principio constitucional para aplicar otro? ¿Qué efectos tiene la aplicación de un principio constitucional en menoscabo de una regla infraconstitucional que se halla sustentada en otro principio constitucional diferente?

Más arriba se afirmó siguiendo cuanto expresado por Alexy que “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de

optimización”⁵⁷. Estas definiciones identifican algunos aspectos fundamentales que caracterizan los principios y que pueden así sintetizarse⁵⁸.

En primer lugar, la gradualidad. Los principios ordenan que se realice “algo en la mayor medida posible”. Presupone la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción de los principios a partir de las posibilidades jurídicas y fácticas.

En segundo lugar, la optimización. El cumplimiento de los principios debe tener lugar, “en la mayor medida posible”.

En tercer lugar, el deber ser ideal. Esta optimización se regula a partir de un “deber ser ideal”, que marca el horizonte de la “mayor medida posible”

Y, finalmente, el carácter *prima facie*. Los principios son mandatos de optimización, no mandatos definitivos. Esto significa que tienen una virtualidad *prima facie* dentro de unos límites fácticos y jurídicos⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., p. 79 ss.

⁵⁸ Sobre esta caracterización de los principios por Alexy, Cfr. Alfonso García Figuerola, *Principios y positivismo jurídico*, op.cit., pp. 186 ss.

⁵⁹ A fin de mayor entendimiento, es pertinente ahondar sobre el carácter *prima facie* de las reglas y principios. A tal efecto es plausible referir que el término *prima facie* hace referencia a un aspecto, apariencia, forma, y propiamente traducido del latín significa “a primera vista”. De ese modo, los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, el carácter *prima facie* de los principios define que estos no contienen mandatos definitivos, sino sólo *prima facie*. Esto significa, que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Ello implica que las razones que respaldan determinado principio pueden ser desplazadas por otras razones opuestas, dando la posibilidad que el principio sea desplazado por otro principio. Así, un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor. Todo ello depende indiscutiblemente de la carga de argumentación. Por otro lado, el carácter *prima facie* de las reglas es totalmente distinto. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Cuando esta determinación fracasa por imposibilidades jurídicas y fácticas, se conduce a la invalidez de la regla, pero, si tal no es el caso, vale lo que la regla dice. Por ello, podría pensarse que todos los principios tienen un mismo carácter *prima facie* y todas las reglas un mismo carácter definitivo. Pero, como es posible introducir en las reglas una cláusula de excepción, se pierde el carácter definitivo para la decisión del caso. La introducción de una cláusula de excepción puede llevarse a cabo sobre la base de un principio. Sin embargo, una regla no es soslayada simplemente cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla, se debe antes transformar ello en una relación de regla excepción y para ello habrá que esquivar aquellos principios que establecen que reglas que son impuestas por una autoridad legitimada deben ser seguidas y no debe apartarse de ellas sin un sólido fundamento (se refiere a principios como el de legalidad, reserva de ley, principio democrático, seguridad jurídica, certeza, entre otros). Esta explicación sobre el carácter *prima facie* de las reglas y principios no debe derivarnos a concluir que las reglas, a través del debilitamiento de su carácter

De esa forma, quién es el sujeto ideal para definir la realización de los principios en la mayor medida posible; quién determina que el cumplimiento tendrá la mayor medida posible; quién construye el deber ser ideal que marca como horizonte de aquella mayor medida posible; y por último, quién edifica las determinaciones fácticas y jurídicas de los principios como carácter *prima facie*; teniendo presente que todos tenemos el deber de respetar la supremacía de la Constitución y buscar su aplicabilidad ya sea de forma directa o indirectamente.

A pesar de la identificación de esos aspectos fundamentales, que ya de por sí implica cierta dificultad, por otro lado, se ha destacado que “la concepción de los principios como mandatos de optimización parte de una *ambigüedad básica*: no se entiende bien si el principio es un mandato de optimización (de la validez o aplicabilidad de una norma) o bien la propia norma objeto de la optimización”⁶⁰. Ello da lugar a la utilización del concepto de mandato en un sentido amplio. Por ejemplo, el principio de libertad de opinión puede ser concebido como una obligación impuesta al juez de optimizar este derecho o bien como permisión *prima facie* (es decir, dentro sus límites fácticos y jurídicos) en relación con los titulares del derecho.

Ahora bien, de este ejemplo, se puede llegar a la afirmación más general que de una misma norma pueden extraerse prescripciones de naturaleza diferente, según el sujeto que

definitivo, obtienen el mismo carácter *prima facie* que los principios, y tampoco debe llevarnos a concluir que los principios, a través del reforzamiento de su carácter *prima facie*, obtienen el mismo carácter definitivo de las reglas. En síntesis, las reglas y los principios siempre mantienen su carácter *prima facie* desde dos ópticas diferentes, es una condición que no puede ser desvirtuada, caso contrario, se corre el riesgo de hacer de los principios un orden estático y de las reglas un orden abierto e indeterminado. Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., p. 98-101.

⁶⁰ Cfr. Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, op.cit., pp. 187 ss. Este autor utilizando un ejemplo planteado por Sieckmann ofrece el ejemplo siguiente: Sean dos normas, N1 (“La protección del derecho penal debe ser efectiva (*Funktionsfähig*)”) y N2 (“La protección del derecho penal deber ser efectiva en la medida en que sea fáctica y jurídicamente posible”). N2 sería un mandato de optimización, en tanto que N1 sería el objeto de un mandato de optimización. N1 podría representarse como Op; N2 como O OPT (Op).

entra en relación con la norma, esto es, ante el sujeto que tiene la obligación de aplicar la norma (destinatario secundario = juez) o ante quien se conduce o deja de conducirse según la norma (destinatario primario = x sujeto). Esta duplicidad ínsita en toda norma puede ser representada haciendo referencia a dos sistemas paralelos que Alchourrón y Bulygin denominan sistema primario o del súbdito y sistema secundario o del juez⁶¹.

Esta visión nos ayudará a diferenciar entre reglas y principios según el concepto de mandato de optimización arriba mencionado, y a identificar algunas dificultades en relación con el sujeto que aplica una norma constitucional de principio. A partir de esa representación paralela de todas las normas, las reglas jurídicas deberían ser consideradas bajo dos perspectivas diferentes. Desde el sistema primario o del súbdito, una regla jurídica expresa que todo sujeto que *ingrese en determinado supuesto de hecho debe asumir la consecuencia* que establece dicha disposición normativa. Por otra parte, desde el sistema secundario o del juez, la autoridad judicial, tiene primero la *tarea de verificar* que la regla extraída de la disposición, forma parte del sistema jurídico (verificación de validez), consecuencia de ello deberá aplicar la misma; es decir, tiene la *obligación de aplicar* la regla que determina una consecuencia, previa comprobación del supuesto de hecho.

Por ejemplo, si una disposición penal determina que “el que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado con pena de privación de libertad.” (Art. 263 del Código Penal boliviano) nos encontramos frente a una disposición que enuncia dos posibles reglas, que pueden construirse así: 1) si x causa la muerte de un feto en el seno materno, entonces x debe cumplir con una pena de privación

⁶¹ Carlos E. Alchourrón, y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 205 ss.

de libertad; y, 2) si y provoca la expulsión prematura de un feto, entonces y debe cumplir con una pena de privación de libertad.

Desde el sistema del súbdito, quien ingrese en uno de estos dos supuestos, tendrá la obligación de asumir la consecuencia, es decir ser privado de la libertad. A partir del mismo ejemplo planteado y suponiendo la configuración de la regla 1, desde el sistema secundario o del juez, la autoridad judicial deberá comprobar que esta regla [es decir, si x causa la muerte de un feto en el seno materno, entonces x debe cumplir con una pena de privación de libertad] extraída de la disposición penal [quien causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado con pena de privación de libertad], forma parte del sistema, con lo cual se deduce una obligación para el juez, que en el caso de ejemplo, es la obligación de resolver que x debe cumplir con la pena de privación de libertad, previa comprobación de que x causó la muerte de un feto en el seno materno.

Así entonces, se identifican dos elementos en el sistema secundario o del juez, la obligación del juez y el objeto de esta obligación, que traducidos en el ejemplo formulado son: aplicar la regla (obligación) y la regla como tal (objeto de la obligación).

Por otro lado, los principios se expresan de diferente forma y muestran mayor complicación frente a este sistema paralelo, por ello recurrimos al ejemplo que nos ofrece Alfonso García; imaginemos la disposición siguiente: “Se debe respetar la intimidad de las personas”. En el sistema del súbdito cabría interpretar esta disposición como un principio que establece: si determinada persona accede a información relativa a la intimidad de otra persona, entonces *prima facie* debe respetar dicha intimidad (esto es el objeto de mandato de optimización). Pero la cuestión cambia en el sistema del juez, el mismo principio adoptaría otra forma, si el juez comprueba que el principio: “si determinada persona accede a información relativa a la intimidad de otra persona, entonces *prima facie* debe respetar

dicha intimidad” pertenece al sistema jurídico, *sería obligatorio, para el juez, optimizar este principio*, es decir, que éste está obligado a imponer el cumplimiento del principio en la mayor medida posible.

De ese modo, se identifica la distinción entre el objeto del mandato de optimización [que vendría a ser si determinada persona tiene acceso a la intimidad de otra persona, entonces *prima facie* debe respetar dicha intimidad] y el mandato de optimización [que se identifica con la obligatoriedad del juez de optimizar el principio], guardando su importancia porque los principios se distinguen fundamentalmente por las particularidades de su aplicabilidad, esto quiere decir que, mientras las reglas se cumplen o no desde el sistema del súbdito y desde el sistema del juez se tiene la obligación de aplicar la regla; los principios desde el sistema del súbdito *prima facie* son cumplidos y desde el sistema del juez se tiene la obligación de optimizar el principio.

En consecuencia, la forma de resolver la ambigüedad en el mandato de optimización identifica que de las normas se suele extraer prescripciones de naturaleza diferente, según sea en el sistema del súbdito o del juez, por tanto, esa doble naturaleza da a entender que los principios son objeto de aplicación por todos los operadores jurídicos.

No obstante, en la aplicación directa de principios constitucionales esos elementos de diferenciación entre reglas y principios dificultan el proceso para extraer de determinada disposición el principio correcto, siendo que, es posible que de una disposición puedan obtenerse varias normas principios abriendo la posibilidad de optimizar un principio que no pertenece a tal disposición.

Así también, otra dificultad se enuncia al momento de determinar que ese principio pertenece a determinado sistema jurídico.

Asimismo también se dificulta la aplicación de principios al momento de diferenciar el objeto del mandato de optimización del mandato de optimización, empero, más complejo es manejar el conjunto de normas involucradas en la controversia jurídica para definir el principio dentro aquella proposición que exige su cumplimiento en la mayor medida posible.

Por otro lado y desde otra perspectiva, más arriba dijimos que “los principios como mandatos de optimización evocan alguna gradualidad (ver pág. 43), pero ¿dónde se sitúa esta gradualidad de los principios? ¿En la norma optimizada o en el mandato de optimización? ¿En el cumplimiento (sistema del súbdito) o en la aplicación (sistema del juez)?”⁶²

Partiendo de la suposición de que un principio puede requerir ponderación o que simplemente cabe cumplirlo o no, pareciese que la gradualidad se ubica en las modalidades de la aplicación de los principios (sistema primario o del juez) y no en el cumplimiento de los mismos (sistema secundario o del súbdito), ello muestra una vez más que son los jueces en su tarea de dar cumplimiento a la aplicación de las normas son los privilegiados para ejercer en algunos casos la aplicación directa de principios, siendo que la gradualidad en la aplicación, propia de los principios, puede predicarse tanto en relación con la intensidad de la aplicación (peso) como con la frecuencia de la aplicación (número de casos en que el principio se impone), y, en ambos casos, esta ponderación parece intrínseca a la labor de los jueces.

Además, en el supuesto de que todos los operadores jurídicos pueden aplicar directamente los principios, se configura una dificultad que reside en el grado de

⁶² Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, op.cit., p. 190.

aplicabilidad de los principios, ya que la determinación de esa gradualidad se complica cuando se tiene en cuenta que los principios se caracterizan por mantener una “jerarquía móvil”⁶³, esto significa, que es complicado definir el orden de preferencia de los principios para su mayor o menor grado de satisfacción, debido a que el orden de principios es en esencia dinámico y no estático, al contrario de las reglas que tienen una aplicabilidad constante, invariable y sometida en su caso a criterios jerárquicos constantes. Siguiendo este razonamiento ¿es justificado que sean únicamente los jueces que ejerzan la aplicación directa de los principios constitucionales?

Refiriéndonos a otro aspecto fundamental del concepto de principio formulado por Alexy, “la optimización hace referencia al modo de determinar la aplicabilidad del principio. Las posibilidades fácticas y jurídicas surgen sobre todo en el momento de la aplicación de la norma, [...] el principio prescribe fundamentalmente un ideal: la aplicación irrestricta de la norma objeto de optimización”⁶⁴. ¿Cómo se determina el óptimo? El óptimo consiste en el resultado de una ponderación racional de los principios en conflicto. Pero como no existe la posibilidad de determinar una jerarquía de principios la aspiración es ensayar algún método racional que discipline la colisión de principios. Siguiendo a Alexy, en ese camino, lo más adecuado sería, en primer lugar, establecer unas condiciones de prioridad, que permitan determinar la superioridad de uno u otro principio en conflicto bajo ciertas condiciones. Cabe, también, establecer una serie de prioridades *prima facie* que

⁶³ Guastini, R., “Diritto mitte, diritto incerto”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2 (diciembre 1996), p. 523 citado por Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico, op.cit.*, p. 191.

⁶⁴ La gradualidad del mandato de optimización, de la que hablamos más arriba, puede ser puesta en cuestión si se considera que la noción de óptimo no es susceptible de ponderación, ni de cumplimiento gradual: o se cumple el óptimo o no se cumple. Pero la gradualidad alude a la necesidad de una ponderación de las diversas normas antes de su aplicación al caso concreto, lo cual remite a la idea del carácter *prima facie* de los principios. *Cfr.* Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico, op.cit.*, p. 192.

determinan la carga de la argumentación sobre algunos principios a favor de otros, lo que remite a una teoría de la argumentación jurídica. Y finalmente, establecer unas estructuras de ponderación a partir de la idea de mandato de optimización, a través de curvas de indiferencia cuyo curso determina las relaciones de importancia relativa de los principios, requiriéndose también en este caso de una teoría de la argumentación jurídica⁶⁵.

Desde esa lógica la ponderación y todo lo que ella presupone conduce invariablemente a una teoría de la argumentación jurídica, haciendo de ello que la solución de colisión de principios conlleve una dificultad implícita, que se refleja en que la aplicación directa sea exclusiva a sujetos con determinada especialidad en el manejo de normas. De todo ello surge una ulterior pregunta ¿Será motivo esto de dificultad para admitir que todos los operadores puedan proceder a la aplicación directa de la Constitución cuando el juicio de ponderación que entrañan los principios obliga al intérprete al desarrollo de una racionalidad práctica enormemente más compleja que la exigida por la tradicional subsunción?

La intención de esta pregunta no es dar a entender que no puedan existir operadores jurídicos capaces de manejar idóneamente las diferentes normas jurídicas para conseguir la aplicación directa de la Constitución, sino que reside en cuestionar si en nuestras cotidianas realidades de la administración pública en todos sus niveles e inclusive en la misma administración judicial existen operadores capaces de manejar distintas normas jurídicas con la finalidad de ofrecer un argumento objetivo en la resolución de cualquier controversia jurídica.

⁶⁵ Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit. pp. 158-159, 161 ss. También del mismo autor “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, op.cit., p. 148.

En ese orden de ideas, la aplicación directa plantea la discusión acerca de si existe exclusividad o no en dicha labor, ello se debe a que la Constitución contiene una variedad de normas jurídicas siendo algunas de ellas merecedoras de un prolijo razonamiento jurídico por vía de interpretación que justifique su aplicación. Sin embargo, esta cuestión de procurar la especialización de sujetos en el manejo de normas constitucionales no es un argumento suficiente para determinar en qué medida puede ejercerse la aplicación directa y mucho menos establecer los operadores jurídicos idóneos al efecto.

Por esa razón, no es posible reconducir la discusión solamente al problema de si tal interpretación puede ser realizada o no idóneamente por parte de todos los operadores jurídicos incluidos los ciudadanos, o debe ser reservada a los jueces competentes, sino debemos extenderla a otro aspecto de igual importancia como aquel a través del cual se plantea la legitimidad en la actuación de la aplicación directa.

2.3.2 Dificultades en el plano de la legitimidad de las normas infraconstitucionales

2.3.2.1 Dificultades ante vacío normativo

En presencia de vacío normativo infraconstitucional la aplicación directa de la Constitución encuentra algunas dificultades con respecto a su compleción, ya que, en gran medida ello va depender del criterio que asuman en cada caso los operadores jurídicos, siendo evidente que no todos éstos tienen las mismas facultades frente a las diversas fuentes, y sólo según esas facultades su actuación de completar las normas constitucionales para su aplicación real y efectiva, debe ser de mayor o menor libertad en el proceso de compleción.

Por ejemplo, debe primar en la actuación de los operadores jurídicos el respeto al legislador en un Estado democrático, lo cual conduce a un posible rechazo de la compleción de aquellas normas constitucionales que se enfrentan ante vacíos infraconstitucionales y que expresan una decisión omisiva por parte del constituyente. De ese modo, pareciese que el principio democrático y la reserva de ley, entre otros, obligan a respetar la facultad del legislador de completar aquellas normas constitucionales, siempre que esa facultad sea ejercida en el momento oportuno y según las exigencias de la realidad social, caso contrario es posible que sean los órganos jurisdiccionales que tengan que completar las normas constitucionales ante la vulneración de derechos.

Por otro lado, la cuestión de la legitimidad de la aplicación directa plantea diferentes dificultades cuando nos introducimos en los conflictos de reglas o colisión de principios.

2.3.2.2 Dificultades ante conflicto de reglas

En los conflictos de reglas, se complica puesto que su solución implica dos diferentes situaciones. Por un lado, declarar inválida una de las reglas jurídicas mediante una interpretación desplazativa, lo cual como es obvio en los conflictos frente a reglas constitucionales será la regla que deviene de la ley (aunque es posible concebir una norma inferior a la ley) la que sea declarada inválida, ello muestra una posible afectación a principios que establecen que reglas que son impuestas por una autoridad legitimada tienen que ser seguidas y no debe apartarse de ellas sin un fundamento sólido. Entonces ¿Cuál será el fundamento para esquivar aquellos principios? por mencionar algunos, principio de legalidad, principios democrático, principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, principio de interpretación conforme de las leyes, entre otros.

Por otro lado, vía una “interpretación correctiva” es posible imaginar la transformación del conflicto de reglas en una relación de regla-excepción, aunque ello de todos modos implica una interpretación extensiva de la ley para que alcance su conformidad con la Constitución y cuyo resultado es, de cierta forma, manipular la estructura de la norma y con ello la voluntad del legislador; además debe tenerse presente que dicha actividad implica también una prolija interpretación de las normas constitucionales.

2.3.2.3 Dificultades ante colisión de principios

De igual forma la cuestión se complica ante la necesidad de solucionar una colisión de principios, y ésta trae consigo problemas cualitativamente de mayor relevancia, ya que como se verá, esta colisión puede devenir de dos supuestos diferentes. El primero se configura frente a la colisión directa de dos principios constitucionales y el segundo de una regla jurídica de origen legal que se encuentra respaldada por un determinado principio constitucional y es justamente la pretensión de aplicación de esta regla la que permite que el principio que la respalda entre en colisión con otro principio también de rango constitucional. En este caso el resultado podría ser la inaplicación de la regla infraconstitucional para que el principio en que se fundamenta ceda a la aplicación de otro.

Frente a todo ello, parece necesario evidenciar que la aplicación directa de la Constitución, por la voluntad de guardar la supremacía de la misma, no es de tan simple realización como podría parecer, ya que, por un lado, en ese proceso de aplicación no pueden dejarse de lado principios que determinan que las reglas impuestas por autoridad legítima deben ser cumplidas, y por otro lado, la naturaleza misma de las normas constitucionales que se traducen en principios exigen para su aplicación una tarea

hermenéutica tal, que consiga la legitimidad para invalidar o inaplicar una norma infraconstitucional.

En el conflicto de reglas y colisión de principios, al invalidarse o inaplicarse una regla, se cuestiona directamente aquellos principios que determinan la protección de la vigencia y cumplimiento de las normas devenidas de autoridad legítima, esto es, si bien las normas infraconstitucionales deben guardar validez formal y material no debemos olvidar, por ejemplo, que en el caso de las leyes, éstas devienen de un poder legítimo que representa, en determinadas circunstancias, una mayoría democráticamente elegida. “La ley, en efecto, aparece revestida de una especial dignidad como consecuencia de su aprobación por el órgano del Estado que está en la mejor posición institucional para expresar la voluntad popular: el Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal”⁶⁶.

Asimismo, en la medida en que alguien intente aplicar directamente la Constitución ante determinado conflicto o colisión de normas, se ve obligado, por la misma naturaleza de los conflictos y colisiones, a interpretar las disposiciones constitucionales para extraer las

⁶⁶ El autor de la cita tiene una postura respetuosa de las mayorías democráticas e intenta equilibrar su relación con la justicia constitucional desde la teoría de la interpretación, añadiendo a ésta una especial relevancia frente al principio de la interpretación de la ley conforme a la Constitución, relacionado al “principio de corrección funcional” que determina que el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas, propuesto por Konrad Hesse. *Cfr. op.cit.*, p. 47. De ese modo, Ferreres Comella refuerza a su máxima expresión la presunción de constitucionalidad de la ley, asumiendo la tarea de su caracterización, justificación y graduación de su fuerza. *Cfr. Víctor Ferreres Comella, Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 1997, p. 36-46, 141-298. Por otro lado, en defensa del imperio de la ley, también se pronuncia Francisco Laporta, aunque, desde otro tipo de fundamento, diferente al meramente democrático y un tanto más radical en su postura. Añade que las reglas incorporan características de generalidad y de estabilidad que son capaces de ofrecer de antemano un marco para la mayoría de los participantes en la interacción humana y durante el lapso de tiempo determinado, lo que posibilita la previsión del futuro, pues si las reglas están sometidas a cambios continuos, la información que proporcionan llega a convertirse en superflua. Si bien éste no trata de ignorar o minimizar la importancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos como exigencias de justicia, lo que busca es poner en pie una teoría del imperio de la Ley como un capítulo, pero sólo un capítulo, de una teoría completa de la Justicia. De ese modo, no trata de concebir justicia sustantiva ni material alguna sin la previa justicia formal que emana del imperio de la ley entendido como imperio de reglas jurídicas. Proponiendo en resumidas cuentas una interpretación formal de la ley. *Cfr. Francisco Laporta, Imperio de la ley. Una visión actual.*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp. 68, 83-84, 103-106, 169-192.

respectivas normas constitucionales y confrontarla con las demás normas, previa interpretación de las disposiciones infraconstitucionales. En ese orden de ideas, el operador jurídico está obligado a realizar una tarea interpretativa de doble alcance, es decir, del texto constitucional y del texto infraconstitucional.

De ese modo, en la tarea interpretativa de los textos infraconstitucionales, que en muchas situaciones suele ser la ley, se tendrá también que lidiar con principios como el de legitimidad democrática de la ley que nos deriva al principio de interpretación conforme, que consiste que “en caso de duda acerca de cuál de las varias interpretaciones posibles del texto legal es la correcta, el juez constitucional [o cualquier operador jurídico, en su caso] debe optar por aquella interpretación bajo la cual la norma identificada es compatible con la Constitución, o rechazar aquellas interpretaciones bajo las cuales la norma identificada es incompatible con la misma”⁶⁷ (interpretación de la ley conforme a la Constitución).

De estas consideraciones se llega a afirmar que “la presunción de legitimidad de la respuesta social a través de la ley es, pues, muy fuerte. Para destruirla tiene que resultar claro e inequívoco que se han sobrepasado esos límites [que la Constitución impone]”⁶⁸, esto es, las libertades y derechos constitucionales, los principios y valores que el constituyente ha definido como fundamentos del Estado, las reglas que determinan la estructura orgánica del Estado, etc. Eso quiere decir que hay una presunción de validez de la ley, y sólo es posible invalidarla cuando su inconstitucionalidad es manifiesta, patente,

⁶⁷ Cfr. Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, op.cit., p. 37.

⁶⁸ Cfr. Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 148.

obvia, más allá de toda duda razonable⁶⁹. Es decir, se presume la constitucionalidad de la ley hasta que sea declarada inválida por autoridad legitimada⁷⁰.

De la misma forma, y dependiendo de las connotaciones del caso, se tendrá que lidiar también con principios como el de reserva de ley, el de legalidad, de presunción de constitucionalidad, entre otros. En resumen, se debe resaltar que la solución de conflictos y colisión de normas implica una tarea interpretativa y que dicha tarea es posible que tenga que mediar con principios tendientes a proteger la aplicación de reglas que emanan de los poderes públicos legitimados.

En ese sentido, también es posible plantear que la seguridad jurídica entendida como la certeza respecto del Derecho aplicable, se vea cuestionada o pueda verse cuestionada por este proceso de aplicación directa de la Constitución. Ya que de la seguridad jurídica, como principio estructural del ordenamiento pueden identificarse los siguientes rasgos: 1) La posibilidad de conocimiento por parte de los ciudadanos de las normas sobre cuya base serán evaluadas jurídicamente sus acciones. 2) La conciencia en la efectividad de que su interpretación del Derecho aplicable coincide con la que la propia sociedad asume. 3) La confianza en la efectividad del ordenamiento y, por tanto, en la

⁶⁹ Un análisis la presunción de constitucionalidad de la ley desde su caracterización, justificación y graduación de su fuerza *Cfr.* Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia, op.cit.*

⁷⁰ Esta conclusión encuentra cláusulas de excepción cuando se enfrenta a legislación preconstitucional, su tratamiento ha sido variado según el sistema jurídico de que se trata, por ejemplo, la Constitución alemana de 1949, fue interpretada de manera que sea posible reconocer que existe una derogación formal de las leyes preconstitucionales, por lo que la determinación de las contradicciones entre éstas y la Constitución la definen los jueces ordinarios, a efecto de inaplicar la norma con falta de vigencia, y por lo tanto inválida. No obstante, este sistema jurídico también admite la posibilidad que el control de las leyes preconstitucionales sea viable por medio del recurso directo de inconstitucionalidad. De la misma manera trata el asunto el sistema jurídico español, ya que en relación a las leyes preconstitucionales los jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, pese a ello, también pueden, en caso de duda someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. De forma diversa trata el asunto el sistema italiano con la Constitución de 1947, que fue interpretada de modo que sólo el Tribunal Constitucional está permitido de declarar la invalidez de las leyes preconstitucionales. *Cfr.* Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma...*, *op.cit.*, pp. 83-94.

adhesión al mismo por parte de los ciudadanos y en la aplicación consiguiente de sus normas⁷¹. La seguridad jurídica se impone no sólo a la producción del Derecho sino también a la aplicación del mismo. Consiguientemente, la certeza del Derecho exige, en todo caso, la presunción de legitimidad de todas las normas jurídicas que emanan de los órganos habilitados para ello por el ordenamiento.

De esa manera vemos que la aplicación directa de la Constitución ante vacío normativo trae una irrupción contra principios que aseguran que el desarrollo de compleción de determinadas normas son facultades de determinados órganos del poder, sin que ello signifique que no es posible buscar su aplicación ante órganos legitimados al efecto; y ante conflicto o colisión de normas traen consigo una inmediata arremetida contra principios que establecen que las normas que son impuestas por una autoridad legitimada tienen que ser seguidas, pudiendo apartarse de ellas con fundamentos sólidos desde lo jurídico, social, cultural, político y hasta económico.

Estas afirmaciones no deben ser interpretadas en el sentido de que las Constituciones no imponen el deber de dar preferencia a sus normas, pero debe admitirse también la posibilidad de que ese mandato puede soslayarse en consideración de que nuestras realidades están arraigadas a la mayoría de los postulados del positivismo jurídico en diferentes áreas de la estructura del Estado, comenzando por los órganos de administración de justicia y órganos de la función ejecutiva.

El hecho de que nuestras Constituciones sean consideradas como jurídicas y por tanto sean de directa aplicación implica, en principio, que todo ciudadano, funcionario público o juez competente podrá inaplicar o en su caso invalidar una ley contraria al texto

⁷¹ Cfr. Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho. Principios del ordenamiento constitucional*, op.cit., p. 88.

fundamental, o bien extraer una excepción para hacer valer en lugar de la disposición infraconstitucional la regla o principio constitucional. En verdad, sostener esta afirmación no parece ser lo más correcto ya que si bien todas las normas gozan de aplicabilidad directa no todas guardan la misma eficacia, es decir, las normas constitucionales son aplicables en la medida de su mayor o menor eficacia jurídica, entendiéndose por eficacia como la facultad de las normas de producir efectos jurídicos. En ese sentido, antes de respondernos acerca de cómo se modula la aplicación directa en el ordenamiento jurídico de cada país es preciso ordenar las normas constitucionales según esa mayor o menor eficacia jurídica, con el fin de llegar a determinar los sujetos que pueden en función del tipo de norma y de sus competencias aplicar directamente la Constitución.

Para explicar el contenido de esta afirmación podemos comparar la aplicación directa con un vehículo que puede ser conducido por todos los operadores jurídicos, sin embargo, ese vehículo puede transitar por distintos caminos que presentan diferentes niveles de complejidad que expresan las dificultades en la aplicación de la Constitución antes descritas y que exigen de una u otra forma legitimidad, y especialidad en su ejercicio, por eso, siguiendo con nuestro ejemplo, habrán caminos en que cualquier operador jurídico se podrá transportar hacia la aplicación directa, pero, al verificarse determinadas condiciones que determinan una mayor complejidad el manejo pasará a manos de una clase específica de conductores: los jueces, sin que ello implique que estos no puedan conducirse según los lineamientos de las partes involucradas. Y más allá, existirán niveles de complejidad tan altos que exijan aún más legitimidad para continuar con el manejo hacia la aplicación directa, y éste será el momento en que ingresen los Tribunales Constitucionales siendo los únicos capaces de manejar en dichas condiciones y de tomar la última decisión en relación con la procedencia y en su caso la aplicación directa de la Constitución.

Con el objetivo de definir hasta dónde uno u otro operador jurídico están capacitados para manejar este vehículo deberemos entrar a estudiar la convergencia entre la aplicación y la eficacia de las normas constitucionales, para posteriormente exponer el funcionamiento de la aplicación directa, es decir, los involucrados y los instrumentos que se utilizan para conseguirla. Ya que la aplicación directa de la Constitución es una cualidad de que las normas constitucionales son aplicables, y la norma constitucional sólo es aplicable en la medida en la que es capaz de producir efectos jurídicos, en los límites de esa capacidad, se analiza esta cuestión de la eficacia de las normas constitucionales.

2.5 LA APLICACIÓN DIRECTA Y LA EFICACIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

La aplicación directa de la Constitución es por supuesto la consideración de que ésta como norma jurídica tiene la disposición de ser directamente aplicada, y una norma sólo es aplicable en la medida en que se cumplan los supuestos para que sea eficaz⁷², es decir, para que tengan plena capacidad de producir efectos jurídicos. Nos referimos a la eficacia de la norma no en un sentido político o sociológico, sino en un sentido jurídico o dogmático, ya que según este último sentido, cuando se habla de “la eficacia de los actos o de las normas se quiere aludir a los efectos o consecuencias que los mismos presentan, de acuerdo con las previsiones establecidas por el propio ordenamiento para ese tipo de actos o normas. La eficacia es así la fuerza o capacidad para producir efectos jurídicos [...] siempre que se produzcan las circunstancias previstas [en el ordenamiento]”⁷³. Por ello, si la norma no

⁷² Cfr. Afonso Da Silva, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, trad. en verso al español por Nuria González Martín, México D.F, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 47. Puede encontrarse el texto completo de este libro en la siguiente dirección: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1000>

⁷³ Luís Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 83-84.

dispone de todos los requisitos para su aplicación a los casos concretos, le falta eficacia, no dispone de aplicabilidad, pero, ese razonamiento no culmina en ese punto, sino que es posible que esa misma norma encuentre su eficacia, es decir, todos sus presupuesto de aplicabilidad, en el propio ordenamiento jurídico, considerando que éste se caracteriza con rasgos esenciales como la “unidad, coherencia y compleción”⁷⁴.

De esa modo, la función de eficacia como instituto jurídico no es la de predecir las aplicaciones de una norma cuando ésta sea calificada de eficaz, tal calificación denota una proposición predicativa de que la norma tiene la disposición de ser aplicada en ciertas circunstancias (si se cumplen los correspondientes supuestos). Entonces cuando se califica a la norma de eficaz significa que si se producen determinadas circunstancias (cumplimiento de los supuestos necesarios para la aplicación de la norma), los tribunales u operadores jurídicos, dependiendo el caso aplicaran aquella norma⁷⁵.

Ahora bien, recordando que todas las normas constitucionales son normas jurídicas, es lógico considerar que todas están en la disposición de estar dotadas de eficacia jurídica y es posible que sean *inmediatamente aplicables en los límites de esa eficacia*.

En ese orden de ideas, hicimos alusión al hecho de que las Constituciones contienen una variedad de normas jurídicas, entre reglas, principios y valores, pero, estas normas siempre guardan coherencia en el ordenamiento jurídico derivando ello a que se produzca una constante interrelación entre las normas constitucionales⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho. Principios del ordenamiento constitucional*, op.cit., pp. 86-95.

⁷⁵ Cfr. Eugenio Bulygin, “El concepto de eficacia”, en Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, pp. 42.

⁷⁶ Sobre la relación de la Constitución y el ordenamiento jurídico puede Cfr. Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho. Principios del ordenamiento constitucional*, op.cit., pp. 81 y ss.

Por esa misma variedad encontramos que “algunas de ellas son plenamente eficaces y de aplicabilidad inmediata; otras son de eficacia reducida, dependen de una legislación que las integre en sentido y actúen en su incidencia; no son de aplicabilidad, sino aplicables hasta donde puedan. [...] Pero eso no significa que haya, en su texto, normas no jurídicas, ya que todas las disposiciones constitucionales gozan de eficacia jurídica en mayor o menor medida, incluyendo aquellas normas programáticas”⁷⁷. Lo cual determina que las reglas de cierta forma sean cumplidas o no, que los principios consigan su máxima optimización según las determinaciones fácticas y jurídicas, y que los valores sean concebidos como parte global de un ordenamiento jurídico asumiendo el papel de directrices de las demás normas y actos públicos.

El problema de esa variedad de las normas constitucionales, está estrechamente ligado a la estructura lógica de las normas jurídicas, ya que, como ya se vio, no todas las normas cuentan con aquella estructura completa, siendo que muchas no tienen un supuesto de hecho claro y definido y muchas veces no cuentan con una consecuencia jurídica fácilmente determinable. Sin embargo, Afonso Da Silva considera que todas las disposiciones constitucionales tienen estructura lógica y el sentido de las normas jurídicas. Son imperativos que interrelacionan a dos o más sujetos, atribuyendo derechos y obligaciones recíprocos, cuando menos, atribuyendo situaciones de ventaja y de vínculo o desventaja⁷⁸.

Por todo ello, la afirmación de la directa aplicabilidad de las normas constitucionales expresa una posibilidad de aplicación y ésta consiste en la actuación concreta de la norma, “no [en] encuadrar un caso concreto en la norma jurídica adecuada.

⁷⁷ Cfr. Afonso Da Silva, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, op.cit., p. 34.

⁷⁸ *Ibidem*, p.37.

[Sino en] somete[r] las prescripciones de la ley a una relación de vida real; [esta actuación concreta] procura e indica la disposición adaptable a un hecho determinado. En otras palabras: tiene por objeto describir el modo y los medios de amparar jurídicamente un interés humano”⁷⁹.

En ese sentido, la condición de aplicabilidad de las normas constitucionales depende especialmente de su vigencia, legitimidad y eficacia. Nuestra atención debe concentrarse en la eficacia, ya que, ésta última y la aplicabilidad de las normas constitucionales constituyen fenómenos conexos, aquella como potencialidad y ésta como realización, como práctica.

No obstante, su conexión con la aplicabilidad, resalta que la eficacia no debe ser tratada como una propiedad de la norma. Es decir, la eficacia de una norma constata una cierta correlación entre la norma y su aplicación, esto puede ser traducido de la siguiente forma: si formulamos la pregunta “¿Por qué la norma p es aplicada?” decir “porque es eficaz” es una respuesta insatisfactoria debido a que la pregunta no expresa el verdadero sentido de eficacia. En consecuencia, para construir la pregunta que exprese el sentido de eficacia de una norma, ésta debe ser formulada en relación con un caso en concreto, por ejemplo, “¿por qué la norma p es aplicada por el juez x en el caso y ?” Solo así tienen sentido contestar “porque p es eficaz”. Esto muestra que “eficaz” no se refiere a una propiedad de la norma que pudiera ser considerada como causa de su aplicación. Si el enunciado “ p es eficaz” es analizado como “si se dieran determinadas circunstancias, los jueces aplicarían p ”, resulta claro por qué este enunciado no debe ser interpretado como una

⁷⁹ Cfr. Carlos Maximiliano, *Hermeneutica e aplicação do direito*, Río do Janeiro-São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1951 p. 19 citado por Afonso Da Silva, *op.cit.*, p.19.

predicción”⁸⁰. De ese modo, puede concebirse que eficacia y aplicación sean fenómenos conexos.

2.6 EFICACIA JURÍDICA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

En resumen, la eficacia de las normas jurídicas viene a ser la capacidad de alcanzar los objetivos previamente fijados como metas, en última instancia es la realización de los dictámenes jurídicos apuntados por el constituyente o legislador. Por eso es que la eficacia jurídica de la norma designa la disposición de producir, en mayor o menor grado, efectos jurídicos, al regular, desde luego, las situaciones, relaciones y comportamientos de que conoce⁸¹; en ese sentido, la eficacia proporciona rendimiento a la aplicabilidad, exigibilidad o ejecutoriedad de la norma, como posibilidad de su aplicación directa.

2.5.1 Clasificación de normas constitucionales según su eficacia

Partamos por considerar que todas las normas constitucionales están dotadas de eficacia y por ello irradian efectos jurídicos. Pero también es de admitir que la eficacia de ciertas normas constitucionales no se manifiesta en la plenitud de los efectos jurídicos pretendidos por el constituyente mientras no se aprueben la norma jurídica ordinaria o complementaria ejecutoria, prevista o requerida por este último.

Si todas tienen eficacia, su distinción, en ese aspecto, debe resaltar esa característica básica y atenerse a la circunstancia de que se diferencian tan sólo en cuanto al grado de sus

⁸⁰ Cfr. Eugenio Bulygin, “El concepto de eficacia”, en Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, pp. 42-46.

⁸¹ Cfr. José Horacio Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991 p. 289 citado por Afonso Da Silva, *op.cit.*, p. 51-52.

efectos jurídicos. De esta manera, José Afonso Da Silva⁸² propone la siguiente clasificación:

- Normas constitucionales de eficacia plena;
- Normas constitucionales de eficacia contenida;
- Normas constitucionales de eficacia limitada o reducida:
 - Normas constitucionales en cuanto a la eficacia y aplicabilidad.
 - Declaratorias constitucionales en cuanto a la eficacia y aplicabilidad.
 - Declaratorias de principio programático

“En la primera categoría se incluyen todas las normas que, desde la entrada en vigor de la Constitución, producen todos sus efectos esenciales (o tienen la posibilidad de producirlos), todos los objetivos apuntados por el legislador constituyente, porque éste creó, desde luego, una normativa para eso suficiente, incidiendo directa e inmediatamente sobre la materia que constituyó su objeto. El segundo grupo también se constituye de normas que inciden inmediatamente, y producen (o pueden producir) todos los efectos requeridos, pero prevén medios o conceptos que permiten mantener su eficacia contenida en ciertos límites, dadas ciertas circunstancias. Al contrario, las normas del tercer grupo son todas las que no producen, con la simple entrada en vigor, todos sus efectos esenciales porque el legislador constituyente, por cualquier motivo, no estableció sobre la materia, una normatividad para ello suficiente, dejando esa tarea al legislador ordinario o a otro órgano del Estado.

Por ello, se puede decir que las normas de eficacia plena son de aplicación directa, inmediata e integral sobre los intereses objeto de su reglamentación jurídica, en cuanto las normas de eficacia limitada son de aplicabilidad indirecta, mediata y reducida, porque solamente inciden totalmente sobre los intereses, tras una normatividad ulterior que les desenvuelva la eficacia, en cuanto tengan una incidencia reducida y surtan otros efectos no esenciales, o, mejor, no dirigidos a los valores-fines de la norma, sino sólo a ciertos valores-medios y condicionantes, como mejor se esclarecerá después. Las normas de eficacia contenida también son de aplicabilidad directa, inmediata, pero no integral, porque están sujetas a restricciones previstas o dependientes de reglamentación que limite su eficacia y aplicabilidad”⁸³.

2.5.1.1 Normas constitucionales de eficacia plena

Este tipo de normas, durante determinada época, pasaban por meros principios programáticos, debido que a través de los métodos del positivismo jurídico se abandonan

⁸² Adviértase que la clasificación es propia de José Afonso Da Silva, *cfr. Aplicabilidad de las normas constitucionales, op.cit.*

⁸³ *Cfr. Afonso Da Silva, Aplicabilidad de las normas constitucionales, op.cit., p.68.*

las consideraciones axiológicas y políticas de las Constituciones para ceñirse exclusivamente al aspecto normativo. Esto se explica por la distinta función que tenía que cumplir la teoría del Derecho constitucional, pues una vez asentado y asegurado el régimen liberal burgués, tal teoría ya no precisaba de los fundamentos iusnaturalistas ni de las estimaciones políticas⁸⁴. Aunque, actualmente tal vez es innegable que a la mayoría de las normas constitucionales se le reconoce eficacia plena y aplicabilidad inmediata, incluso a la mayoría de las normas socioideológicas, reconociéndose en concreto la vigencia real de los derechos y garantías sociales de las personas⁸⁵,

Por consiguiente, podemos identificar las normas de eficacia plena según la doctrina que las desarrolla como normas autoaplicativas, entendiendo que una norma tiene este calificativo “cuando, completa lo que determina, [y] le es superfluo el auxilio supletorio de la ley, para expresar todo lo que intenta, y realizar todo lo que expresa”⁸⁶. Completa, en ese sentido, será la norma que contenga todos los elementos y requisitos para su incidencia directa en la realidad que debe disciplinar. Todas las normas regulan ciertos intereses con relación a determinada materia. No se trata de regular la materia en sí, sino de definir ciertas situaciones, comportamientos o intereses vinculados a determinada materia. Cuando esa reglamentación normativa es tal que se puede saber, con precisión, cuál es la conducta positiva o negativa a seguir, relativa al interés descrito en la norma, es posible afirmar que ésta es completa y jurídicamente dotada de plena eficacia, incluso puede no ser socialmente

⁸⁴ Cfr. Manuel García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado, op.cit.*, p.55-67.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 73.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 83-84.

eficaz. Eso se reconoce por el propio lenguaje del texto, porque la norma de eficacia plena dispone perentoriamente sobre los intereses regulados⁸⁷.

Sin embargo, conviene observar que, muchas veces, una norma aislada no presenta el carácter perentorio de eficacia plena, pero si la interpretamos dentro del conjunto de disposiciones reguladoras de un determinado instituto, veremos que es posible que la norma aislada pueda integrarse de eficacia plena para su aplicabilidad inmediata.⁸⁸

En resumen, como ya se dijo anteriormente, son de eficacia plena las normas constitucionales que: a) contengan vetos o prohibiciones; b) confieren exenciones, inmunidades y prerrogativas; c) no designen órganos o autoridades especiales, a las que incumben específicamente su ejecución, por ejemplo, Artículo 146 párr. II de la Constitución boliviana, “en cada Departamento, se eligen la mitad de los Diputados en circunscripciones uninominales. La otra mitad se elige en circunscripciones plurinominales departamentales, de las listas encabezadas por los candidatos a Presidente, Vicepresidente y Senadores de la República”; d) no indiquen procesos especiales de su ejecución; e) no exijan la elaboración de nuevas normas legislativas que les competen o alcancen sentido, o les fijen el contenido, porque ya se presentan suficientemente explícitas en la definición de los intereses en ellas regulados⁸⁹.

La naturaleza de estas normas será determinada por la posibilidad de que establezcan una conducta jurídica positiva o negativa con mandato cierto y definido, incrustándose, predominantemente, entre las reglas organizativas y limitativas de los poderes estatales, y pueden ser descriptas como “aquellas que, desde la entrada en vigor de

⁸⁷ *Ibidem*, p. 84.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 85.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 85-86.

la Constitución, producen, o tienen la posibilidad de producir, todos los efectos esenciales, relativos a los intereses, comportamientos y situaciones, que el legislador constituyente, directa y normativamente, quiso regular⁹⁰. En definitiva, las normas de eficacia plena son de aplicabilidad inmediata, porque están dotadas de todos los medios y elementos necesarios para su ejecutoriedad.

2.5.1.2 Normas constitucionales de eficacia contenida

Esta clasificación no fue suficientemente tomada en cuenta por la doctrina, ya que este tipo de normas eran consideradas como parte de aquellas normas de eficacia limitada, en consideración de que debería ser la legislación futura la que le otorgara eficacia. Sin embargo, la propuesta de Afonso Da Silva hay que entenderla en el sentido de que este tipo de normas son más bien contenidas en su eficacia con el desarrollo de reglas jurídicas por parte de una futura legislación, pues, este tipo de normas de eficacia contenida tienen una extensión amplia de sus mandatos jurídicos, por ejemplo, una norma de este tipo sería aquella que reconoce como derecho la libertad de conciencia y de religión. Según lo anterior, su interpretación debe ser extensiva en el máximo posible para su aplicación, ya que, este tipo de normas, a pesar de no mostrar en algunas circunstancias la estructura completa de una norma de eficacia plena, son en origen de esa naturaleza, hasta que se contraponen con algún tipo de limitación expresada, por lo general, en una regla jurídica que solo puede devenir del legislador, en razón del principio de reserva legal, aunque en algunas situaciones su limitación se expresa en la misma Constitución, por ejemplo, que la eficacia plena del derecho aludido es contenida [disminuida] cuando ofenda la moral o

⁹⁰ *Ibidem*, p. 86.

altere el orden público. Así, el ejercicio de tal derecho es legítimo siempre que no incurra en la ofensa de la moral pública o del orden público.

De esa forma el legislador tiene una función contraria respecto a las normas de eficacia limitada o reducida, en tanto su tarea no es desarrollar los supuestos de aplicabilidad de la norma sino de regular, y de cierta forma restringir el ámbito de su eficacia y aplicabilidad, en vez de ampliarlo como se da con las de eficacia limitada⁹¹.

“La peculiaridad de las normas de eficacia contenida se configuran en los siguientes puntos:

I. Son normas que, por regla, requieren la intervención del legislador ordinario, haciendo expresa remisión a una legislación futura; pero al apelar al legislador ordinario viene a restringirles la plenitud de la eficacia, reglamentando los derechos subjetivos que de ellas emanan para los ciudadanos, individuos o grupos;

II. En cuanto el legislador ordinario no expida la normativa restrictiva, su eficacia será plena; en caso también difieren las normas de eficacia limitada, en cuanto a la interferencia del legislador ordinario, con relación a éstas, tiene el objetivo de conferirles plena eficacia y aplicabilidad concreta y positiva;

III. Son de aplicabilidad directa e inmediata, ya que el legislador constituyente dio normatividad suficiente a los intereses vinculados a la materia de la que conocen;

IV. Algunas de esas normas ya contienen un concepto ético-jurídico (buenas costumbres, orden público, etcétera), como valor social o político a preservar, que implica la limitación de su eficacia;

V. Su eficacia puede incluso ser apartada por la incidencia de otras normas constitucionales, si ocurrieran ciertos presupuestos de hecho (estado de sitio, por ejemplo)⁹².

El ámbito en el que puede relevarse una mayor presencia de normas de eficacia contenida, es el que se suele definir como parte dogmática de la Constitución, es decir,

⁹¹ *Ibidem*, p. 87.

⁹² *Ibidem*, p. 88.

aquel donde se establecen derechos y garantías, aunque ello no excluye su presencia en otros contextos de la misma Constitución.

Las normas de eficacia contenida tienen naturaleza de normas imperativas, positivas o negativas, limitadoras del poder público, es decir, consagradoras, por lo general, de derechos subjetivos de las personas y facultades específicas de las entidades públicas o privadas en sus regímenes respectivos. Sin embargo, las reglas de contención de su eficacia constituyen limitaciones a esos derechos y autonomías; son reglas y conceptos limitativos que se presentan en la misma Constitución o son imputables al órgano Legislativo con la finalidad de regular las situaciones subjetivas de ventaja que permiten los distintos derechos o determinadas facultades⁹³.

Normas de eficacia contenida, por tanto, son aquellas en que el constituyente reguló sólo en parte los intereses relativos a determinada materia, dejando un margen de actuación regulativa a la competencia discrecional del poder público, aunque muchas veces en los términos de conceptos generales en ellas enunciados⁹⁴, por ejemplo el orden público, la moral pública, entre otros conceptos.

Son ellas normas de aplicabilidad inmediata y directa. Teniendo eficacia independiente de la interferencia del legislador ordinario, su aplicabilidad no es condicionada por la existencia de una disciplina legislativa, pero queda dependiente de las regulaciones, desarrollos o limitaciones (de ahí: eficacia contenida) que posteriormente se le establezcan mediante ley, o de que las circunstancias restrictivas, constitucionalmente admitidas, ocurran (actuación del poder público, para mantener el orden, la seguridad

⁹³ *Ibidem*, p. 100.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 101.

pública, la defensa nacional, la integridad nacional, etcétera, en la forma permitida por el derecho objetivo)⁹⁵.

2.5.1.3 Normas constitucionales de eficacia limitada

Las normas de eficacia limitada tienen su propia subdivisión, las normas que correspondan dentro de ellas las denomina, Afonso Da Silva, normas constitucionales de principio. De esa forma, clasifica las normas de eficacia limitada en dos tipos: a) las definidoras de principio institutivo u organizativo, que se las ha llamado normas constitucionales de principios institutivo, y; b) las definidoras de principio programático, o simplemente, normas constitucionales de principio programático.

La característica fundamental de las *normas constitucionales de principio institutivo* está en el hecho de remitir a una legislación futura su desarrollo y efectiva aplicación. Las normas de principio institutivo tienen contenido organizativo y regulativo de los órganos y entidades, respectivas atribuciones y relaciones, lo cual no debe identificarse que estas corresponden a la parte orgánica de la Constitución, ya que, es posible encontrar en esa parte normas de eficacia plena, por ejemplo, una norma que faculta solo a los municipios la creación de tasas y patentes, es una norma de eficacia plena y está inmersa en la parte orgánica de la Constitución. Así entonces, estas normas de principio institutivo tienen naturaleza organizativa; su función primordial es la de esquematizar la organización, creación o institución de entidades u órganos. Son, pues, normas constitucionales de principio institutivo aquellas a través de las cuales el legislador constituyente traza esquemas generales de estructuración y atribuciones de órganos, entidades o institutos, para

⁹⁵ *Ibidem*, p. 101.

que el legislador ordinario las estructure en definitiva, mediante ley⁹⁶. En ese sentido, no está demás añadir que este tipo de normas, por lo general, están destinadas a los sujetos u órganos de los poderes públicos, por tanto, sólo a aquellos les corresponde la aplicación de este tipo de normas constitucionales, sin embargo, ello no impide la disposición de exigir el cumplimiento de estas normas ante las autoridades judiciales competentes.

Las normas constitucionales de principio institutivo, como las programáticas, son de eficacia jurídica limitada. El problema doctrinal se crea, precisamente, en relación a la configuración de esa eficacia. Una vez que entra en vigor la Constitución, ¿qué efectos producen esas normas? ¿Invalidan, o no, la legislación ordinaria anterior en conflicto, o ese efecto sólo lo adquieren con la ley integrativa? ¿Qué importancia constructiva tienen ellas en el orden jurídico ulterior? ¿Una ley ordinaria complementaria posterior que las contraríe será inconstitucional?⁹⁷

Para dar respuesta a estos interrogantes es necesario señalar la distinción que puede existir entre esas normas de principio institutivo si se analizan desde la perspectiva de su obligatoriedad. Desde este punto de vista las normas pueden ser impositivas o facultativas.

Las impositivas son las que imputan al legislador, en términos perentorios, la aprobación de una legislación integrativa. En cambio, las facultativas o permisivas, no imponen una obligación, ya que, se limitan a dar al legislador ordinario tan solo la posibilidad de instituir o regular la situación en ellas delineadas. Como se puede ver de estos dos casos, las normas impositivas establecen la obligatoriedad de legislar, complementaria u ordinaria, en la forma, condiciones y para los fines previstos; las normas facultativas tan sólo le atribuyen una potestad para disciplinar una determinada materia, que

⁹⁶ *Ibidem*, p. 111.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 112.

podrá o no ejercer en función de su libre decisión de lo que deriva, en dicho ámbito, una discrecionalidad completa del legislador; pero, una vez tomada la iniciativa, la regla constitucional es vinculante en cuanto a los límites, forma y condiciones consignado en la ley⁹⁸.

En relación con estas normas facultativas constitucionales el problema es el de saber cuál es el valor de aquellas normas constitucionales que sólo imponen al legislador el deber de legislar, cuando se sabe que la discrecionalidad de legislar o no una materia es amplia desde el punto de vista político. En otras palabras: ¿cuál es la naturaleza de la obligación constitucionalmente impuesta al legislador en el sentido de emitir normas integrativas? La observación, acogida en la práctica constitucional, demuestra que aquella obligatoriedad es de pequeña eficacia, ya que, al menos jurisdiccionalmente, no se puede constreñir al legislador a legislar, ni incluso en aquellos casos en que le es prefijado plazo. Si bien las nuevas Constituciones de Ecuador y Bolivia pretenden garantizar este tipo de supuestos mediante acciones de cumplimiento y de inconstitucionalidad por omisión, es difícil constreñir desde el ámbito jurisdiccional al Legislador a que tome decisiones si no está presente un contexto político que viabilice la tarea de legislar determinada materia.

Si el mandato impositivo no fuera cumplido, la omisión del legislador podrá constituir un comportamiento inconstitucional, que dependiendo el sistema sería sindicable y controlable jurídica y jurisdiccionalmente, pero, aún así haría falta de una sanción específica⁹⁹. Solución a este problema de omisión por parte del legislador, ofrece la Constitución de Ecuador cuando faculta a su Corte Constitucional, en el art. 436 núm. 10,

⁹⁸ *Ibidem*, p. 112-114.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 114-115.

la posibilidad de legislar la materia que necesita de regulación, si transcurrido el plazo pertinente para emitir la norma la omisión persiste.

A pesar de esa limitación por falta de sanción al legislador, la entrada en vigor de las normas de eficacia limitada, permiten su aplicabilidad en la medida de su posibilidad, es decir, a partir de la configuración de los elementos autónomos que contengan, y serán definidos en el caso concreto ante los órganos jurisdiccionales. No obstante, su completa aplicabilidad depende de la promulgación de ley integrativa. Ésta, en el caso, vale como instrumento de su ejecutoriedad. Conviene aclarar que la ley es mero instrumento subordinado; la norma constitucional, aunque revele simples esquemas, continúa teniendo su característica básica de regla jurídica dotada de supremacía jerárquica.

Las normas constitucionales en palabras son de aplicabilidad inmediata en lo que atañe a la legislación anterior, inclusive con relación a las normas de Constitución preexistente, como con relación a la legislación futura,¹⁰⁰.

Por otro lado, las *normas constitucionales de principio programático* son aquellas normas constitucionales a través de las cuales el constituyente, en vez de regular, directa e inmediatamente, determinados intereses, se limitó a trazarles los principios a ser cumplidos por sus órganos (legislativo, ejecutivo, jurisdiccionales y administrativos), como programas de las respectivas actividades, viendo la realización de los fines sociales del Estado¹⁰¹.

La relevancia del estudio de la eficacia y aplicabilidad de las normas constitucionales se manifiesta más acentuadamente con relación a las llamadas normas programáticas. Ello es debido a que las Constituciones prevén muchas normas que podríamos definir de intención, ya que este tipo de normas traducen elementos

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 121.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 124.

socioideológicos del pueblo y del constituyente que la redactó. Este tipo de normas imponen ciertos límites a la autonomía de determinados sujetos, privados o públicos, y dictan comportamientos públicos en razón de los intereses a ser regulados; de esta manera puede defenderse su carácter vinculatorio¹⁰².

En este orden de ideas, es importante resaltar que no deben confundirse las disposiciones programáticas y los principios constitucionales. Con el objetivo de diferenciarlos es preciso distinguir entre normas y principios. Las normas son preceptos que tutelan situaciones subjetivas de ventaja o de vínculo, o sea, reconocen, por un lado, a las personas o entidades que tienen la facultad de plasmar ciertos intereses por acto propio o exigiendo acción y abstención de otros, y por otro lado, vinculan personas o entidades que tienen la obligación de someterse a las exigencias de realizar una prestación, acción o abstención a favor de otros. Los principios son órdenes que se irradian e imantan a los sistemas de normas, son núcleos de condensaciones en los cuales confluyen, valores y bienes constitucionalmente protegidos¹⁰³.

Por consiguiente, es posible identificar dos tipos de principios: a) los principios jurídicos fundamentales; y b) los principios políticos constitucionalmente conformadores. Cuando se habla de los primeros, nos referimos “a principios fundamentales históricamente objetivados y progresivamente introducidos en la conciencia jurídica general y que encuentran una recepción expresa o implícita en el texto constitucional. Pertenecen al ordenamiento jurídico positivo y constituyen un importante fundamento para la

¹⁰² *Ibidem*, p. 125.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 129.

interpretación, conocimiento y aplicación del derecho positivo”¹⁰⁴. Por otro lado los principios políticos constitucionalmente conformadores son los que explicitan las valoraciones políticas fundamentales del constituyente, en los cuales se condensan las opciones políticas fundamentales y se refleja la ideología inspiradora de la Constitución¹⁰⁵.

Esos principios son programáticos, pero sólo en el sentido de que definen las bases de los fines y tareas estatales, en cuanto, ponen los objetivos y determinaciones del programa a ser cumplido por el Estado. Constituyen derecho inmediatamente vigente y son directamente aplicables¹⁰⁶.

Informadas por esos principios existen las normas definidoras de derechos económicos y sociales específicos. De entre ellas, unas hacen mención expresa a una legislación futura y otras no contienen ninguna indicación expresa. Las primeras dependen de la actividad del legislador, y están vinculadas al principio de la legalidad; las otras están referidas a los poderes públicos o los agentes del orden económico y social en general. Su eficacia depende mucho de su enunciado y de su conexión con otras normas.

De esta manera, las características básicas de las normas de principio programático, pueden definirse como:

“normas que tienen por objeto la disciplina de los intereses económico-sociales, tales como realización de la justicia social y existencia digna; revaloración del trabajo; desarrollo económico; represión del abuso de poder económico; asistencia social, intervención del Estado en el orden económico, amparo a la familia; combate a la ignorancia; estímulo a la cultura, a la ciencia y a la tecnología.

¹⁰⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 191 citado por Afonso Da Silva, *Aplicabilidad de las normas constitucionales, op.cit.*, p. 129.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 191 y 193, citado por *Ibidem*, p. 130

¹⁰⁶ *Cfr.* Afonso Da Silva, *Aplicabilidad de las normas constitucionales, op.cit.*, p. 130.

Son normas que no tuvieron fuerza suficiente para desarrollarse integralmente, siendo acogidas, en principio, como programa a ser realizado por el Estado, por medio de leyes ordinarias o de otras providencias.

Son normas de eficacia reducida, no siendo operantes con relación a los intereses que les constituyen objeto específico y esencial, pero producen importantes efectos jurídicos¹⁰⁷.

Estas normas programáticas gozan de pleno valor normativo ya que imponen ciertos límites a la autonomía de determinados sujetos, privados o públicos, y son instrumentos a través del cual se dictan determinados comportamientos públicos en razón de los intereses regulados; de allí su carácter imperativo de estas normas programáticas que aún presentando eficacia limitada no dejan de regir como normas jurídicas. Por otro lado, los comportamientos y mandatos contenidos en estas normas, crean una situación no tanto de expectativa, sino de ventaja efectiva, incluso mínima, a favor de todos aquellos sujetos que están en condiciones de beneficiarse de su aplicación y observancia¹⁰⁸. De eso modo su juridicidad adquiere relevancia cuando estas normas procuran dirigir las actuaciones del Estado hacia el logro de ciertas aspiraciones políticas y sociales, denotando de cierta forma los medios y mecanismos que deben servir para dicho logro, de esa manera este tipo de normas constitucionales buscan atribuir determinados fines al Estado.

Esa característica teleológica les confiere relevancia y función de principios generales de todo el orden jurídico, es decir, tienden a la superación de la democracia formal para instaurar un régimen de democracia sustancial, al determinar la realización de fines sociales, a través de la actuación de programas de intervención en el orden económico, con vistas a la realización de la justicia social y del bien común. Así, adquieren

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 137.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 141.

su relevancia axiológica para el sistema jurídico, gozando de eficacia interpretativa que sobrepasa a otras normas del sistema constitucional o legal, en cuanto apuntan a fines sociales y las exigencias del bien común que constituyen vectores de la aplicación de la ley¹⁰⁹.

Otro efecto de estas normas es la eficacia que consiguen frente a la legislación futura, presentando, ahí, su función de condicionamiento de la actividad del legislador ordinario, así como de la admisión y de la jurisdicción, cuyos actos han de respetar los principios en ellas consagrados. Cualquier providencia del poder público, específica o general, que contravenga a ese fin, es inválida, y su inconstitucionalidad puede ser declarada por el juez, haciéndose notar que éste también goza de discrecionalidad para determinar el contenido finalístico de aquella regla programática, ya que la Constitución no dio sentido -por ejemplo- a lo que se deba entender por mejoría de la condición social del trabajador. El juez por tanto, podrá llegar a dar un contenido determinado a estas disposiciones mediante la interpretación de las pautas de valor que le ofrecen el orden jurídico y, especialmente, los demás principios programáticos y fundamentales inscritos en la Constitución.

Como normas de eficacia limitada, su aplicación plena, relativa a los intereses esenciales que condensan los principios genéricos y esquematizados, depende de la elaboración de una normatividad futura, en la que el legislador ordinario, integrándole la eficacia mediante ley ordinaria, les dé capacidad de ejecución en términos de reglamentación de los intereses perseguidos por el constituyente.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 143.

Por tanto estas normas dotadas de un mínimo de eficacia rigen, hasta donde puedan, situaciones, comportamientos y actividades en la esfera de alcance del principio, condicionando la actividad de los órganos del poder público y creando situaciones jurídicas de ventaja o de vínculo.

En conclusión, las normas programáticas tienen eficacia jurídica inmediata, directa y vinculante en los casos siguientes:

- I. Establecen un deber para el legislador ordinario;
- II. Condicionan la legislación futura, con la consecuencia de ser inconstitucionales las leyes o actos que las contraríen;
- III. Informan la concepción del Estado y de la sociedad e inspiran su ordenamiento jurídico, mediante la atribución de fines sociales, protección de los valores de la justicia social y revelación de los componentes del bien común;
- IV. Constituyen un sentido teleológico para la interpretación, integración y aplicación de las normas jurídicas;
- V. Condicionan la actividad discrecional de la administración y del Judicial;
- VI. Crean situaciones jurídicas subjetivas, de ventaja o desventaja.

2.7 BREVE REFLEXIÓN

Lo expuesto en este capítulo nos absuelve de manera sistemática que la aplicación directa de la Constitución debe ser ejercida ante tres supuestos: vacío normativo infraconstitucional, conflicto de reglas, y colisión de principios. Que las consecuencias de la aplicación directa residen en la posibilidad: de extraer normas a partir de disposiciones constitucionales para llenar los vacíos normativos infraconstitucionales; de transformar el

conflicto de reglas en una relación de regla excepción vía proceso hermenéutico; y de inaplicar o invalidar una norma infraconstitucional.

Lo expuesto hasta el momento ayuda a identificar el cuándo y con qué consecuencias de la aplicación directa. Sin embargo, resta determinar en qué medida se ejercer la aplicación directa, es decir, cuáles son las normas que pueden y deben ser aplicadas por los distintos operadores jurídicos. Para ello se recurrirá a ideas que ofrecen cómo debería ejercerse la aplicación directa de las normas constitucionales, definiendo en qué medida la generalidad de operadores jurídicos puede ejercer la aplicación directa.

Dicho cometido se expondrá en el siguiente capítulo interactuando con diferentes disposiciones de nuestras Constituciones –me refiero a Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia– que refuercen el aporte sobre la aplicación directa. Posteriormente se expondrá el funcionamiento de la aplicación directa, esto es, identificar los presupuestos y los instrumentos que encaminen a dicha aplicación reconociendo en ese cometido las disposiciones constitucionales en la materia de los países antes referidos.

CAPÍTULO III

FUNCIONAMIENTO DE APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

UNA MIRADA A LAS CONSTITUCIONES DE BOLIVIA, COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ

3.1 NORMAS CONSTITUCIONALES, APLICACIÓN DIRECTA Y OPERADORES JURÍDICOS

Se ha definido que la Constitución normativa es un instrumento jurídico vinculante a todos los sujetos e instituciones de la sociedad y del Estado, donde precede la supremacía constitucional con garantías como la rigidez constitucional, el control jurisdiccional, y la separación de poderes para definir la independencia de los órganos de administración de justicia. Esta consideración de la juridicidad de las normas constitucionales y este sistema de preservación del orden constitucional son los que permiten que ante el incumplimiento o contradicción del deber-ser que exigen las normas constitucionales concurra una respuesta de sanción –inconstitucionalidad, inaplicación de normas, declaración de vulneración de derechos, etc.- por parte de quienes administran justicia en vía ordinaria y constitucional.

De esas consideraciones extrajimos que la Constitución es susceptible de aplicación directa en relación con su normatividad, cuya obligación de cumplimiento está destinada a todos los operadores jurídicos bajo mandatos constitucionales expuestos. Sin embargo, corresponde ahora definir en qué medida funciona la aplicación directa, es decir, cómo debe ejercerse la aplicación directa por la generalidad de operadores jurídicos sin que ello implique arremeter principios que aseguran el desarrollo del contenido de las normas constitucionales a determinadas autoridades del poder público ni contravenga principios

que disponen el cumplimiento de las normas jurídicas que son determinadas por los poderes constituidos.

Para ese cometido es necesario advertir que las normas constitucionales exigen una variedad de presupuestos para poder ejercer su aplicación, y entre esos presupuestos están aquellos que exigen el ejercicio de determinada función pública, de forma colectiva, como las asambleas legislativas o parlamentos, o individual, como la presidencia del país, la fiscalía o la defensoría del pueblo, así también se presentan aquellos presupuestos que guardan su cumplimiento a destinatarios abstractos como el Estado o la misma sociedad. Esta reflexión sobre los destinatarios de ciertas normas constitucionales reside en excluir precisamente de nuestro análisis las normas que sólo pueden ser aplicadas y cumplidas por determinados sujetos, en cuanto en ellas residen presupuestos que implican el ejercicio de determinado cargo público o situación determinada para ejercer la aplicación de tales normas constitucionales. La finalidad de esta exclusión es concentrar el análisis en aquellas normas que guardan entre sus presupuestos la posibilidad de ser aplicadas por la generalidad de operadores jurídicos, para según ello definir en qué medida puede ejercerse la aplicación directa.

Ahora bien, a largo del trabajo de investigación se ha ido identificando algunos elementos que nos permitan examinar en qué medida debe ejercerse la aplicación directa, esto significa, en qué medida los operadores jurídicos pueden ejercer la aplicación directa de las normas constitucionales de forma independiente y unilateral sin que ello implique arremeter principios que protegen la aplicación de normas infraconstitucionales, es decir, en qué situaciones los operadores jurídicos tienen la suficiente legitimidad para ejercer la aplicación directa en tanto ello implica transformar una ley en excepción de una norma constitucional o viceversa; o, inaplicar o invalidar una norma infraconstitucional.

Recordemos que más arriba se identificó que las normas constitucionales pueden ser de eficacia plena, eficacia contenida y eficacia limitada, asimismo se determinó que son tres los conductos que nos derivan hacia la aplicación directa de la Constitución; precisamente, de la interrelación de esos dos elementos es posible identificar en qué medida puede ejercerse la aplicación directa.

Por esa razón, del estudio de los derroteros para la aplicación directa, de las dificultades que ésta representa y que puede resumirse en la exigencia de legitimidad para su ejercicio, y de los tipos de eficacia que se presentan en las normas constitucionales, podemos concluir de manera adelantada que, por un lado, el ejercicio de aplicación directa puede producirse de oficio por parte de cualquier operador jurídico, ya sea en un ámbito jurisdiccional o no jurisdiccional, esto es, que cualquier operador puede aplicar directamente las normas constitucionales de forma inmediata para resolver alguna controversia jurídica, es decir, cualquier autoridad de administración de justicia, ya sea en vía jurisdiccional o administrativa, cualquier servidor público, o simplemente cualquier ciudadano puede aplicar directamente las normas constitucionales con todas las consecuencias que ello implica. Por otro lado, con el fin de satisfacer la exigencia de legitimidad en determinadas circunstancias, la aplicación directa sólo debería ejercerse dentro los diferentes procesos jurisdiccionales, ya sean de naturaleza ordinaria o constitucional, a petición de parte o de oficio, según los instrumentos que el ordenamiento proporciona, pues la esencia de esta diferencia es que los jueces en determinadas ocasiones tienen el monopolio para definir la aplicación directa de oficio o a petición de cualquier operador vía las acciones pertinentes.

3.1.1 La aplicación directa de las normas constitucionales por la generalidad de operadores jurídicos por ejercicio propio e inmediato

Para definir este supuesto en que todos los operadores pueden ejercer la aplicación directa nos remitimos a identificar las normas constitucionales de eficacia plena y eficacia contenida ante dos derroteros que derivan hacia la aplicación directa, esto es, vacío normativo y conflicto de reglas.

Estas normas constitucionales cuya aplicación directa es permitida a todos los operadores jurídicos, por lo general son identificables con los diferentes derechos y garantías que se reconocen en las distintas Constituciones, por lo que la aplicación de normas constitucionales de eficacia plena y de eficacia contenida, en la mayoría de las veces se refiere justamente a la aplicación de éstos.

3.1.1.1 Normas de eficacia plena ante vacíos normativos infraconstitucionales y conflicto de reglas

La aplicación directa de la Constitución debe ser concebida por la totalidad de operadores jurídicos únicamente frente a normas constitucionales que producen o tienen la posibilidad de producir todos los efectos esenciales relativos a los intereses, comportamientos y situaciones que el constituyente quiso regular directa, completa y normativamente. Por consiguiente, la legitimidad de aplicar directamente la Constitución con la posibilidad de llenar vacíos normativos, o resolver los conflictos de reglas inaplicando, invalidando, o transformándolos en una relación de regla-excepción, deviene de un mandato inmediato del propio constituyente, a causa de integrar los caracteres de las normas constitucionales de eficacia plena, es decir, que son normas completas que definen

la acción positiva o negativa a seguirse debido a su clara definición del supuesto de hecho y determinación identificable de su consecuencia jurídica.

De esa forma, la aplicabilidad directa de las normas constitucionales por todos los operadores jurídicos depende de la exigencia y cumplimiento de los presupuestos de las normas. Generalmente estas normas por antonomasia suelen ser reglas jurídicas y mandan a la totalidad de operadores que tienen el deber o la facultad de aplicación siempre que se cumplan los presupuestos que exigen las normas constitucionales, de ese modo, se manifiestan una variedad de sujetos, entre individuales y colectivos, funcionarios y ciudadanos, órganos estatales y autoridades, instituciones del sector privado y público.

Por consiguiente cualquier operador jurídico que se halle frente determinado conflicto o situación jurídica y los hechos se ajusten a los presupuestos de norma constitucional, podría cómodamente llenar un vacío normativo o inaplicar una norma, y hasta transformar el conflicto de reglas en una relación de regla-excepción, con total legitimidad constitucional, sin que ello signifique arremeter a principios como los de reserva de ley, legalidad, seguridad jurídica, certeza del derecho, principio democrático, interpretación conforme, entre otros. Más bien con la sujeción a este tipo de normas se afirma la seguridad jurídica constitucional y se preserva la certeza que debe caracterizar al ordenamiento constitucional.

Ante vacío normativo ello se evidencia debido a que la norma constitucional es completa, sus alcances son ya desarrollados y muchas veces ni siquiera hace falta el desarrollo infraconstitucional para efectivizar la norma constitucional. Por ejemplo, en caso que determinada autoridad competente se encuentre ante la falta de normativa legal para la otorgación de concesión minera dentro un área protegida, tendrá la plena facultad de negar dicha concesión en aplicación del art. 407 de la Constitución ecuatoriana, que dispone la

prohibición expresa de actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal.

Por otro lado, *ante el conflicto de reglas*, la norma que contradiga una regla constitucional puede ser inaplicada, o bien puede evitarse tal supuesto introduciendo una excepción a una de las reglas. Lo inconcebible en estas soluciones es la declaración de invalidez y posterior retiro del ordenamiento de la norma, siendo que ello en nuestros sistemas jurídicos es competencia de los Tribunales o Cortes Constitucionales. Por ejemplo, si determinada ley preconstitucional dispone el pago de determinada deuda de empresa privada, la autoridad correspondiente podrá inaplicar la misma en consideración del art. 290 de la ley fundamental de Ecuador que prohíbe la estatización de deudas privadas, el ejemplo no está dirigido a la polémica discusión de si las leyes preconstitucionales necesitan o no de declaración de inconstitucionalidad o si son en origen derogadas por la disposición final correspondiente de la Constitución, sino que, la intención es hacer notar la posibilidad que se tiene de inaplicar las disposiciones contrarias a la Constitución cuando se trate de reglas jurídicas o más bien normas de eficacia plena.

En cambio la solución del conflicto de reglas que reside en la transformación de éste por una relación de regla-excepción podría ser más polémica por estar de por medio cierto tipo de interpretación correctiva que por más objetiva que se muestre, podría ser acusada de subjetiva según los intereses involucrados de las partes en la controversia jurídica. La dificultad está en que es posible encontrar una excepción para dar aplicación a la ley o bien encontrar una excepción para dar inaplicación a la ley; justamente esta ambivalencia es lo que dificulta la aplicación directa por medio de la relación regla-excepción.

Por ejemplo, determinada regla permite que el despido de una trabajadora o trabajador se pueda producir ante la falta injustificada de más de 5 días al recinto de

trabajo. Supongamos que el supuesto de hecho se cumple por una trabajadora en estado de gravidez declarada. La empresa encuentra que la ley es una excepción a la norma constitucional que dispone que la mujer goza de inamovilidad laboral durante el estado de embarazo y hasta que su procreado o procreada cumpla un año de edad (art. 48 VI de la Constitución boliviana); teniendo en cuenta la excepción, despide a la trabajadora. Sin embargo, el funcionario de protección laboral, dependiente en muchos casos del ministerio de trabajo, considera que la norma constitucional es una excepción a la ley. Por lo que ordena la reincorporación de la trabajadora. Y será el juez ordinario y en última instancia el Tribunal o Corte Constitucional quien determine definitivamente la solución del conflicto.

3.1.1.2 Normas de eficacia contenida ante vacíos normativos infraconstitucionales

Del mismo modo que en el anterior supuesto, las normas constitucionales de eficacia contenida pueden ser sujetas de aplicación directa por la totalidad de operadores jurídicos ante vacíos normativos infraconstitucionales. Si bien las normas de este tipo de eficacia tienen una extensión amplia de sus mandatos jurídicos de la misma manera su interpretación debe ser extensiva para su aplicación, pues a pesar de no mostrar la estructura completa de una norma de eficacia plena, son en origen de esa naturaleza.

De esa manera, cualquier operador jurídico que se encuentre ante estas normas, y que su contenido no haya sido regulado por el legislador (vacío normativo infraconstitucional), tendrá que realizar una interpretación extensiva a favor de los derechos de las personas para poder aplicarlas, pero jamás tratar de restringir con ello el contenido esencial de la norma fuera de aquellos que impone la misma Constitución (orden público,

moral pública, seguridad, sanidad pública, etc.), siendo que esa regulación es labor del legislador bajo el principio de reserva de ley.

El hecho de que los operadores jurídicos apliquen la Constitución, y específicamente, se arrojen a la tarea de interpretar y aplicar los derechos que se expresan en normas de eficacia contenida se fundamenta en mandatos directos del constituyente al efecto¹¹⁰, siendo posible también interpretar las limitaciones que impone la misma Constitución con conceptos como orden público o sanidad pública, entre otros. Por ejemplo, un funcionario público que reciba determinada petición por motivos de interés general por parte de cualquier ciudadano, no podrá argumentar que la materia en que se formula la petición amerita una previa reglamentación y que la falta de legislación que reglamente el ejercicio de tal derecho, son razones para rechazar la petición.

La Sentencia No. T-406/92 de la Corte Constitucional de Colombia se presenta como una ejemplificación práctica de la aplicación directa de normas constitucionales de eficacia contenida ante vacío normativo infraconstitucional.

El caso presenta la situación de una persona que considera se le vulnera el derecho a la salubridad pública, producto de obras públicas que se desarrollaron en el barrio de su residencia, pues se dejó inconcluso un tramo de la obra de alcantarillado que producía olores nauseabundos y contaminantes de la atmósfera de los residentes. La Jueza de primera instancia resuelve negando la

¹¹⁰ Por ejemplo, la Constitución boliviana en su art. 109 determina que todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables, y sólo podrán ser regulados por la ley. La Constitución colombiana en el art. 85 establece que son de inmediata aplicación los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40, encontrando entre esas disposiciones normas de eficacia contenida. La Constitución ecuatoriana en su art. 11 núm. 3, dispone que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Por último, la Constitución peruana no dispone de una norma expresa sobre el tema, sin embargo, puede inferirse, de una interpretación sistemática, que las normas constitucionales de eficacia contenida encuentran fundamento en el art. 2 núm. 24 inc. a) cuando dispone que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

acción de tutela con el argumento que el derecho invocado no tiene el carácter de fundamental y por lo tanto, no es de inmediata aplicación, ya que, el legislador no ha desarrollado los alcances de esa disposición constitucional para conseguir producir los efectos jurídicos necesarios. En revisión, la Corte Constitucional revoca la sentencia emitida por la jueza utilizando argumentos que describen la importancia cualitativa de un Estado social de Derecho y el rol de los jueces para hacer prevalecer los principios que representen derechos fundamentales y su implicación de ser sujetos a inmediata aplicación, es decir, la Corte considera que el derecho de salubridad pública, si bien está acomodado entre derechos económicos, sociales y culturales, ello no impide considerar su aplicación inmediata cuando se presente un vacío normativo por la omisión del legislador.

3.1.1.3 Una mirada a las Constituciones de los países miembros de la Comunidad Andina

Lo expuesto en los dos acápites anteriores define cuando la generalidad de operadores jurídicos debe cumplir con los mandatos de la Constitución y ejercer la aplicación directa para efectivizar la supremacía de la Constitución. Por lo tanto, incumbe analizar y describir si estos supuestos de aplicación directa encuentran fundamento en las diferentes Constituciones de los países miembros de la Comunidad Andina, es decir, de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

A. Constitución de Bolivia

La Constitución boliviana define que ésta es norma suprema del ordenamiento que determina que todas las personas, naturales y jurídicas, así como a los órganos públicos e instituciones privadas, están sometidas a sus disposiciones, de manera que prevalezca como norma jurídica y goce de primacía frente a cualquier otra disposición normativa o acto jurídico (Art. 410). Por lo tanto, es lógico que la norma fundamental imponga el deber a

todos los ciudadanos y ciudadanas (Art. 108), incluyendo a servidores/as públicos/as (Art. 232 y 235), de conocer, cumplir, respetar y promover la vigencia de la Constitución y específicamente la de los derechos reconocidos en la misma norma. Esta atención en los derechos guarda especial relevancia en el sistema jurídico cuando se observa el amplio desarrollo de los derechos (Arts. 13-107, entre otros) y garantías (Arts. 109-136), y una expresa prohibición de intentar suspender los derechos fundamentales (Art. 137), sobre todo cuando se declara que los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles, y progresivos (Art. 13).

De ese modo, la aplicación directa de las normas constitucionales de eficacia plena y contenida ante vacío normativo y conflicto de reglas, que en la mayoría de las situaciones se refiere a la aplicación de derechos y garantías, toma cuerpo cuando se determina que todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y que sólo la ley podrá regularlos (Art. 109). Por consiguiente, estas normas constitucionales están abiertas a su aplicación directa en la medida en que las controversias jurídicas lo exijan de ese modo, quedando los operadores jurídicos impelidos a dar aplicación a este tipo de normas ante vacíos normativos infraconstitucionales y conflicto de reglas.

La inclinación hacia esta efectiva aplicación de las normas constitucionales no se reduce simplemente a un mandato constitucional que carezca de consecuencias coercibles, ya que el funcionamiento de la aplicación directa de la Constitución se pretende asegurar sujetando a las personas que vulneren derechos y garantías a la jurisdicción y competencia de las autoridades bolivianas (Art. 110. I.), que determinaran responsabilidades a los autores intelectuales y materiales (Art. 110. II.). Asimismo, en caso de determinarse la vulneración de derechos, se le concede a la víctima el derecho de indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna. Y como consecuencia, se iniciará

acción de repetición contra la autoridad o servidor/a público/a que ocasionó el daño económico al Estado por la violación de derechos (Art. 113. II.), siendo hasta posible iniciar proceso penal en su contra por atentado contra los derechos constitucionales (Art. 139. II.).

En este sentido, se justifica por completo que las normas constitucionales de eficacia plena y contenida ante vacío normativo o conflicto de reglas, sean aplicadas directamente por los distintos operadores jurídicos, esto quiere decir, que los operadores están con la plena legitimidad constitucional de inaplicar una regla infraconstitucional, transformar el conflicto de reglas en una relación de regla-excepción, y de llenar cualquier vacío normativo infraconstitucional que se presente en el proceso de aplicación del derecho.

B. Constitución de Colombia

La supremacía de esta Constitución al ser expresamente reconocida (Art. 4), permite que las normas constitucionales de eficacia plena en el conflicto de reglas puedan ser directamente aplicadas, deduciendo la posibilidad de inaplicar disposiciones que contradigan las normas constitucionales (Art. 4). Por otro lado, también permite que las normas constitucionales de eficacia plena y eficacia contenida sean directamente aplicadas frente a los vacíos normativos infraconstitucionales (Art. 85), al consagrar que son de aplicación inmediata los derechos reconocidos en los arts. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40, presentándose en esta enumeración normas constitucionales de eficacia plena y eficacia contenida. Aunque debe advertirse que esta enumeración tiene un carácter enunciativo y no excluyente de otras normas constitucionales, siendo viable encontrar normas de eficacia plena (por ejemplo, el Art. 74

dispone que el secreto profesional es inviolable) y eficacia contenida (por ejemplo, el Art. 56 garantiza el derecho de huelga y en la suposición de que no existe reglamentación legal alguna que determine regulación a este derecho, se entenderá que el mismo es aplicable directamente sin ningún tipo de restricción) que sean igualmente susceptibles de aplicación directa e inmediata.

Ahora bien, la posibilidad de que este tipo de normas sean aplicables por todos los operadores jurídicos deviene de un mandato constitucional expreso que obliga a todas las personas a cumplir con la Constitución y en concreto, a respetar los derechos de las demás personas (Art. 95. 1.) incluyéndose en esta lista a los servidores/as públicos/as cuya obligación también reside en acto de juramento expreso de cumplir con la Constitución (Art. 122 párr. 2).

La vulneración de estas normas constitucionales trae consigo la posibilidad de determinar responsabilidad estatal (Art. 90) y en caso de ser condenado con responsabilidad patrimonial, el Estado ejercerá la acción de repetición contra el servidor/ra público/ca que sea responsable al efecto.

C. Constitución de Ecuador

Esta Constitución establece de forma explícita las consecuencias que implican reconocer el principio de supremacía, prescribiendo que toda norma u acto jurídico debe estar en conformidad con las disposiciones constitucionales (Art. 424), que en caso de conflicto de normas los operadores deben aplicar la jerárquicamente superior (Art. 425), por ello establece que todos están sujetos a la Constitución definiendo como mandato expreso su aplicación directa (Art. 426). De estas premisas puede colegirse erradamente que todas las normas constitucionales son aplicables de forma directa por todos los

operadores jurídicos; y al contrario también es viable interpretar, a partir del art. 428, que el único facultado para la aplicación directa es la Corte Constitucional. Ambas conclusiones muestran los extremos que puede suscitarse al momento de definir a quién corresponde la aplicación directa y de qué normas.

Es evidente que la aplicación directa puede ser llevada a cabo por todos los operadores jurídicos y más cuando está presente un mandato constitucional al efecto, estipulando que todos tienen la responsabilidad de acatar y cumplir con la Constitución, en especial con la vigencia de los derechos (Art. 83 núm.1; Art. 11 núm. 5.) y en caso de incumplimiento se abre la posibilidad de determinar responsabilidades civiles, administrativas y hasta penales cuando se compruebe la vulneración de éstos (Art. 86).

Ahora bien, si se revisan los principios sobre la aplicación de derechos, se hace más notoria la posibilidad de que los operadores jurídicos pueden aplicar de forma directa las normas constitucionales de eficacia plena y de eficacia contenida frente a vacío normativo infraconstitucional y conflicto de reglas. Estos principios de aplicación determinan que los derechos deben ejercerse, y por consiguiente, aplicarse de forma directa e inmediata, haciendo posible la aplicación ante vacío normativo en mérito a la expresa prohibición de no exigir condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley (Art. 11 núm. 3.). Por otro lado, la aplicación directa por cualquier operador jurídico ante conflicto de reglas se hace operativa cuando la misma norma fundamental prescribe que su solución reside en aplicar la norma jerárquicamente superior (Art. 425).

D. Constitución de Perú

La Constitución peruana también muestra la posibilidad de aplicar las normas constitucionales de eficacia plena y contenida por parte de todos los operadores jurídicos,

aunque debido a su reducida regulación ello es únicamente posible a partir de una interpretación de la Constitución, que extraiga los supuestos de aplicación directa de los acápites anteriores.

La Constitución peruana determina que ésta es la norma suprema del ordenamiento jurídico peruano (Art. 51) y como tal regula todas las relaciones de sentido vertical (entre ciudadanos y Estado) y horizontal (entre ciudadanos), configurándose como ley fundamental de la sociedad e imponiendo que la defensa de los derechos es un fin supremo de la sociedad y del Estado (Art. 1). Sin embargo, la posible aplicación directa no sólo deriva de ello, se trata de una consecuencia que deriva de considerar que todos los peruanos tienen el deber de respetar y cumplir la constitución (Art. 38). Por lo tanto, las normas constitucionales de eficacia plena y contenida, que se expresan en derechos, vinculan a todos los poderes públicos y personas del sector público o privado.

Sin embargo, la aplicación directa de la Constitución por todos los operadores en general parece funcionar con las normas de eficacia plena y contenida sólo frente a vacíos normativos, en tanto la misma Constitución reconoce el principio por el que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (Art. 2. núm. 24 inc. a). Por otra parte, la norma fundamental muestra que la aplicación directa frente al conflicto de reglas es monopolizada por el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, en tanto regula específicamente la posibilidad de inaplicar normas infraconstitucionales sólo dentro las funciones del poder judicial (Art. 138) y Tribunal Constitucional (Art. 202).

De todas formas, la constitución peruana al no disponer norma alguna sobre principios de aplicación de derechos o normas constitucionales, obliga a que se los desarrolle vía interpretación, transfiriendo al Tribunal Constitucional de ese país la facultad

para extender normas sobre la aplicación de derechos y otras normas constitucionales de eficacia plena.

3.1.2 La aplicación directa de las normas constitucionales por autoridades jurisdiccionales ordinarias o constitucionales, a petición de parte o de oficio

En el punto anterior se desarrollaron los supuestos en que la aplicación directa debe ser ejercida por todos los operadores jurídicos y los parámetros que deben tomarse en cuenta para ello, por tanto se supone que el proceso de aplicación directa puede producirse en vía no jurisdiccional, esto es, fuera de la competencia de los jueces que administran justicia ordinaria o constitucional, como en la vía jurisdiccional.

El proceso de aplicación directa presupone varios supuestos para su funcionamiento y los que se mencionaron más arriba son los que pueden suscitarse tanto en vía no jurisdiccional como en la jurisdiccional, empero, el proceso de aplicación directa es decisivo en la vía jurisdiccional, pues son los jueces ordinarios y en última instancia la Corte o Tribunal Constitucional los que van a definir si hubo un correcto ejercicio de aplicación directa, un exceso en su ejercicio o más bien una omisión de su ejercicio.

Por otra parte, existen circunstancias en que los operadores jurídicos no pueden ejercer la aplicación directa por las diferentes dificultades que se vieron en el capítulo anterior, pero ello no impide que se pueda reclamar la aplicación directa en la vía jurisdiccional por medio de los instrumentos al efecto que ofrece el ordenamiento jurídico. Desde ello la posibilidad de aplicación directa debe ser peticionada por los medios jurídicos del ordenamiento y será el juez competente quien resuelva la procedencia, o no, de dicha aplicación.

De la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales competentes se advierte que los operadores jurídicos pueden extender el proceso de aplicación directa hacia la vía jurisdiccional cuando este se inicie en la vía no jurisdiccional, dentro este supuesto también se encuentra la posibilidad de impugnar la solución que asume un juez frente la aplicación directa ante los superiores ordinarios o bien constitucional; y cuando el proceso de aplicación no pueda iniciarse en la vía no jurisdiccional podrá recurrirse a los jueces competentes para el efecto.

En este acápite se verán los supuestos en que el proceso de aplicación directa se inicia en la vía jurisdiccional, advirtiéndose que en esta vía jurisdiccional todas las normas constitucionales son aplicables directamente mediante los diferentes procesos judiciales, siendo la naturaleza de la controversia jurídica la que definirá si estos serán por vía ordinaria o constitucional. Lo importante es tener presente que en vía jurisdiccional al momento de aplicación del derecho todas las normas constitucionales pueden adquirir eficacia plena según el mayor o menor grado de cumplimiento de sus determinaciones fácticas y jurídicas con relación al caso en concreto.

3.1.2.1 Normas de eficacia plena ante colisión de principios

Este supuesto describe la posibilidad que normas de eficacia plena provoquen que los principios en los que se sustentan ingresen en colisión; se trata de normas que contienen definido sus determinaciones fácticas y jurídicas, y que pueden guardar una relación de verticalidad u horizontalidad, esto es, o guardan la misma jerarquía o una de ellas es jerárquicamente superior. No obstante, esta connotación tiene muy poca relevancia al momento de solucionar el conflicto de reglas involucradas, debido a que ambas se sustentan en principios constitucionales y sólo a partir del tipo de solución que se tome frente a la

colisión será posible definir la solución del conflicto de reglas únicamente en la posibilidad de transformarla en una relación de regla-excepción. Pues, en caso de invalidar una de las reglas, el sentido de este supuesto de normas de eficacia plena ante colisión de principios pierde su virtualidad y podría reducirse a un simple conflicto de reglas, lo cual nos llevaría al supuesto de las normas de eficacia plena ante conflicto de reglas.

Lo importante en este punto es tener como principal la solución de la colisión de principios, pues ello determinará la relación de regla-excepción, es decir, el tratamiento de los principios permitirá que el conflicto de reglas encuentre una solución viable y se determine la aplicación de una de las reglas y la inaplicación de la otra.

La esencia de este supuesto reside que del conflicto de reglas sobreviene la colisión de principios, permitiendo que la solución de dos casos en concreto donde se vean involucradas las mismas reglas y principios, pueda variar según la prevalencia que se otorgue a un principio sobre otro en el caso en concreto, lo cual permitirá que la relación de regla-excepción que se impuso en un caso anterior pueda variar en otro posterior, según la interpretación y argumentación que se realice de los principios.

Es por todo ello y lo expuesto en el capítulo segundo, que las normas constitucionales de eficacia plena ante la colisión de principios se las analiza dentro este acápite, esto es, como parte de la aplicación directa que ejercen los jueces con posibilidad que los demás operadores puedan iniciar las acciones pertinentes y demandar el ejercicio de este tipo de aplicación de normas constitucionales frente a una colisión de principios.

Este supuesto puede ser de alguna manera representado cuando, por ejemplo, en determinada investigación penal el Ministerio Público encuentra que para definir la culpabilidad de una persona por la comisión de un delito, es relevante obtener su historial clínico del Departamento de Salud. De eso modo, sustentado en una norma que le permite

utilizar los medios necesarios para la investigación penal, procede a solicitar a dicho Departamento extienda el respectivo historial. Sin embargo, el servidor público encargado del banco de datos rechaza tal solicitud bajo el argumento de estar prohibido por ley otorgar ese tipo de información. Ante ello el Ministerio Público no puede actuar de otra forma que no sea solicitando una orden al juez de garantías penales, pues, será éste el único legitimado para evaluar el caso y resolverlo. Es evidente que ante esas dos reglas jurídicas están de por medio dos principios, por un lado, el que determina la persecución penal eficaz del Estado, y por otro, el que reconoce el derecho a la intimidad de la persona. Una vez se defina qué principio prevalece sobre el otro podrá determinarse cuál de las reglas será la excepción de la otra, sin que ello implique que en un caso posterior la forma de solución se presente de manera diferente, pues ello depende de la solución que se produzca de la colisión de principios, debido a las connotaciones particulares de cada caso en concreto.

3.1.2.2 Normas de eficacia contenida ante conflicto de reglas

Las normas de eficacia contenida se caracterizan por tener una extensión amplia de sus mandatos jurídicos, y a pesar de no mostrar en algunas circunstancias la estructura completa de una norma de eficacia plena, son en origen de esa naturaleza. De esta manera, no suele ser usual concebir este tipo de normas como reglas jurídicas, sin embargo, ello es posible en la medida que una norma constitucional esté dotada de una estructura completa, ya sea de forma independiente o en coherencia con el ordenamiento jurídico, y que al mismo tiempo remita su regulación a una legislación futura. Por ejemplo, cuando una disposición establece que “nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad” está expresando una regla jurídica, que supone que si una persona es detenida, aprehendida o privada en su libertad la consecuencia será la activación de legitimación activa para

interponer una acción de libertad y la sucesiva restitución del derecho y determinación de responsabilidades por la violación de derechos y garantías constitucionales. No obstante, cuando la misma disposición va seguida de “salvo en los casos y según las formas establecidas por la ley”, está remitiendo su regulación a una legislación futura, lo cual posibilita restringir la libertad a través de posteriores reglas jurídicas de origen legal.

A diferencia del supuesto de normas constitucionales de eficacia plena ante colisión de principios que determina una relación de regla-excepción para su solución, este supuesto expresa que dicha relación de regla-excepción está definida *a priori* de la solución del conflicto, por lo que corresponde verificar que esa relación de regla-excepción no vulnera el contenido mínimo de la norma constitucional de eficacia plena. De esa forma, la solución está destinada a invalidar o inaplicar las excepciones que se hayan impuesto mediante reglas jurídicas a la norma constitucional, previa verificación de que tales excepciones vulneran el contenido mínimo de la norma constitucional. Siguiendo con el ejemplo anterior, esto toma forma cuando la regla determina que en el supuesto que una persona sea detenida, aprehendida o privada de libertad, se habilita la legitimación activa para acudir ante juez, exigir la restitución del derecho y reclamar la reparación por la vulneración, sin embargo, las excepciones a esta regla determinarán la posibilidad de restringir el derecho aludido mediante otras reglas jurídicas de origen legal. De éstas nace la posibilidad de verificar que las reglas que se presenten como excepciones a la norma constitucional sean válidas, permitiendo en su caso aplicar la Constitución sistemáticamente para invalidar o inaplicar la regla jurídica que funciona de excepción a la norma constitucional en caso de ser contraria a la Constitución.

La Sentencia C-296/02 de la Corte Constitucional de Colombia ejemplifica este supuesto de aplicación directa en tanto se hallan normas de eficacia contenida ante

conflicto de reglas jurídicas. El caso de sentencia presenta la impugnación de inconstitucionalidad del art. 347 del Código de Procedimiento Penal colombiano que determina que “cuando un servidor público se encuentre en situación de flagrancia, se le recibirá inmediatamente indagatoria y si no fuere posible se citará para recibirla en fecha posterior. Después de practicar cualquier de las diligencias mencionadas en el inciso anterior, *será puesto inmediatamente en libertad* y se tomará las medidas necesarias para evitar que eluda la acción de la justicia”. Esta es una excepción al art. 32 de la Constitución que dispone que cualquier delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido por cualquier persona y llevado ante autoridad judicial competente, quien de conformidad al art. 333 del Código de Procedimiento Penal colombiano, recibirá indagatoria, y si terminada la misma subsisten o surgen razones para considerar la imposición de medidas de aseguramiento, podrá ordenar la privación de libertad mientras se le define la situación jurídica, ello en conformidad al art. 341 del mismo cuerpo procesal. Esta posibilidad de aprehensión, al mismo tiempo, es una excepción a la norma general dispuesta en el art. 28 de la Constitución según la cual nadie puede ser privado de libertad.

Por consiguiente, se tiene el art. 28 de la Constitución colombiana que defiende la libertad de las personas como norma de eficacia contenida y el art. 32 de la Constitución, el 333 y 341 del Código de Procedimiento Penal colombiano que figuran como normas que contienen (limitan) el ejercicio de dicha libertad. Estas normas encuentran aplicabilidad en la generalidad de supuestos según el mandato del art. 13 de la Constitución cuando determina que todas las personas son iguales ante la ley, representándose esta norma como de eficacia contenida y al mismo tiempo como una regla jurídica. Sin embargo, la aplicabilidad general de aquellas normas, es decir, la igualdad de todos ante la aplicación de la ley, encuentra una excepción, que limita la igualdad de todos ante la ley en la norma

impugnada de inconstitucional, pues imposibilita la aprehensión de cualquier servidor público que se encuentre en flagrancia.

Ahora bien, la norma impugnada que se presenta como una regla jurídica es una excepción al art. 32 de la Constitución, al 333 y 341 del Código de Procedimiento Penal colombiano, y al mismo tiempo es una limitación a la norma que determina la igualdad de todos ante la ley del art. 13 de la Constitución. Por lo tanto, se tienen dos reglas jurídicas, por un lado, la que ordena la igualdad de todos ante la ley y, por otro lado, la regla jurídica que determina la excepción de aplicación de la ley a los servidores públicos, es decir, la imposibilidad de ser aprehendidos en flagrancia.

Según la Corte Constitucional colombiana la contención o limitación que sufre la igualdad de todos ante la ley mediante la norma impugnada del art. 347 del Código de Procedimiento Penal colombiano es constitucional, pues señala que ésta es una discriminación razonable y proporcional para resguardar principios como el continuidad, celeridad y eficacia de la función pública, además de respetar la libertad configuradora del legislador en materia procesal.

Si bien este caso no muestra la favorabilidad e inclinación a la igualdad de todos ante la ley, ilustra claramente la posibilidad de aplicar de forma directa las normas constitucionales, pues si la Corte hubiera concluido que la excepción a esta igualdad era contraria a la Constitución, se hubiese denotado su aplicación directa.

3.1.2.3 Normas de eficacia contenida ante colisión de principios

Este supuesto describe la colisión de normas de eficacia contenida que se expresan por medio de principios, que por lo general suelen ser aquellas que reconocen derechos sin una estructura completa de sus normas y que permite que una generalidad de supuestos

puedan ingresar a los alcances de la norma, por ello éstas suelen ir definiéndose a partir de legislación futura o jurisprudencia del órgano encargado de la interpretación de la Constitución.

Este supuesto de aplicación directa por lo común es la exigencia de cumplimiento de derechos que se contraponen y que respaldan para cada sujeto involucrado diferentes intereses en una misma controversia, lo que supone que el cumplimiento de uno es la restricción del otro. Con ello se produce una típica colisión directa de principios constitucionales cuya solución está destinada a una serie de procedimientos expuestos en el capítulo segundo. Normas de eficacia contenida, como por ejemplo el derecho al honor y el derecho a la información, la libertad de culto y la integridad personal, son típicos casos que reflejan una colisión de principios.

Habiendo expuesto la colisión de principios y los detalles de su solución en el anterior capítulo se remite su explicación al mismo.

3.1.2.4 Normas de eficacia limitada ante vacío normativo, conflicto de reglas y colisión de principios

En el capítulo anterior se vio que las normas constitucionales de eficacia limitada se subdividen en dos tipos: normas de principio institutivo u organizativo y normas de principio programático. La atención se reducirá sólo a estas últimas debido que las primeras son normas que tienen por destinatarios a sujetos particulares de la función pública u órganos del Estado.

Las normas constitucionales de principio programático son aquellas en que el constituyente sólo trazó los principios a ser cumplidos por los órganos estatales o instituciones privadas. Este tipo de normas son preceptos que tutelan situaciones subjetivas

de ventaja o de vínculo, o sea, reconocen, por un lado, a las personas o entidades que tienen la facultad de plasmar ciertos intereses por acto propio o exigiendo la acción y abstención de otros, y por otro lado, vinculan personas y entidades que tienen la obligación de someterse a las exigencias de realizar una prestación, acción o abstención a favor de otros.

Se diferencia dos tipos de principios, los principios jurídicos fundamentales, y los principios políticos constitucionalmente conformadores, ambos establecen las bases de los fines y tareas estatales; gozan de pleno valor normativo al imponer límites a la autonomía de sujetos privados y públicos, de modo que su juridicidad adquiere relevancia en tanto que dirigen la actuación del Estado. Esa característica teleológica que determina la realización de fines sociales y que determina su importancia axiológica para el sistema jurídico condiciona la actividad del legislador ordinario y de todos los órganos estatales e instituciones privadas, ya que cualquier norma o providencia que los contravenga puede ser declarada inválida o sufrir de inaplicación por los órganos jurisdiccionales competentes según el contenido finalístico que se vea vulnerado.

De ese modo, el juez ordinario y constitucional podrá dar contenido mínimo a estas normas de eficacia limitada mediante la interpretación de las pautas de valor que le ofrece el orden jurídico y los demás principios constitucionales. Pues, su aplicación plena se consigue con la elaboración de una normatividad futura que les dé capacidad de ejecución, sin embargo, es posible que determinada controversia jurídica exija que sean los jueces, en caso de vacío normativo, o conflicto o colisión de normas los que las doten de un mínimo de eficacia para que rijan determinadas situaciones, comportamientos y actividades con el objetivo de cumplir con los fines sociales y dar vigencia a los derechos sociales.

Por tanto, la legislación futura está condicionada bajo la amenaza de ser declarada inválida o sufrir de inaplicación dentro los conflictos o colisión de normas; y frente a los

vacíos normativos estas normas de eficacia limitada permiten dotárselas de contenido mínimo para cumplir específicamente con los derechos sociales que el constituyente pretendió los desarrollasen los poderes constituidos.

3.1.2.4 Breves conclusiones

De esa manera, se colige que la aplicación directa de la Constitución no significa que todas las normas constitucionales son igualmente aplicables por todos los operadores jurídicos, esto es, por ciudadanos, funcionarios, autoridades, instituciones y jueces; significa que no todas las normas constitucionales son inmediatamente aplicables, pues ello depende de su eficacia, del operador jurídico y del derrotero ante el cual se quiere aplicar directamente una norma constitucional. En otros términos, la aplicación directa es excluyente según la eficacia de la norma constitucional, ya sea plena, contenida o limitada, y según el derrotero hacia la aplicación directa de que se trate, bien sea ante vacío normativo, conflicto de reglas o colisión de principios.

Por ello no puede confundirse normatividad con aplicación directa de la Constitución. Ésta es una norma con los alcances que se ha ido definiendo en los anteriores capítulos, sin embargo, tal afirmación no debe llevarnos al error de que todas las normas constitucionales son siempre y en todo caso directamente aplicables. La cuestión no consiste en saber si la Constitución debe ser considerada como una norma o no, sino en determinar los efectos jurídicos que en ella reside.

En ese entendido, la aplicación directa debe ser vista como aquella potencialidad que tienen las normas constitucionales de ser directamente aplicables, potencialidad que puede manifestarse ante todos los operadores jurídicos, a veces sólo ante los jueces

ordinarios o constitucionales, y en muchas circunstancias exclusivamente a Tribunales o Cortes Constitucionales.

Esta afirmación nos permite apuntar algunos presupuestos para ejercer la aplicación directa, pues, el movimiento hacia ese tipo de aplicación en determinadas situaciones no exige nada a los operadores jurídicos, simplemente que sean funcionarios, jueces, ciudadanos, residentes o simplemente estén de tránsito por el territorio donde rige determinada Constitución; pero al mismo tiempo ese movimiento hacia la aplicación directa también exige todo, esto es, especialización en el manejo de normas constitucionales y fundamentalmente legitimidad constitucional.

3.1.2.5 Una mirada a las Constituciones de los países miembros de la Comunidad Andina

Este acápite está destinado a desarrollar la posibilidad de aplicación directa de los jueces ordinarios y constitucionales, y de las Cortes y Tribunales Constitucionales, según los supuestos que se han desarrollado más arriba, además de los instrumentos que encaminen la aplicación directa de la Constitución y si los mismos permiten que las normas constitucionales puedan actuar de forma directa en las controversias jurídicas en los diferentes países miembros de la Comunidad Andina. Para ello será importante verificar la legitimación activa de la variedad de acciones constitucionales, y los supuestos que exigen las acciones para que se viabilice la exigencia de aplicación directa.

A. Constitución de Bolivia

El sistema jurídico boliviano describe un sistema mixto de control de constitucionalidad muy singular a efecto de establecer la posibilidad de aplicación directa

de los jueces. Si bien los jueces ordinarios y jueces constitucionales están encargados de resguardar la supremacía de la Constitución, ambos no tienen la misma legitimidad de solucionar los conflictos y colisión de normas, lo cual no se refleja del mismo modo ante los vacíos normativos.

Los jueces ordinarios y constitucionales tienen la potencialidad de ser aplicadores directos de la Constitución, aunque los primeros sólo cuando actúen dentro del sistema de justicia constitucional, es decir, resolviendo las diferentes acciones de defensa (acción de libertad, acción de amparo, acción de protección de privacidad, acción de cumplimiento, acción popular), o cuando actúen frente a normas constitucionales de eficacia plena y de eficacia contenida ante vacíos normativos infraconstitucionales y conflicto de reglas (Ver acápite 3.1.1)

Esto significa que los jueces ordinarios no pueden ejercer la inaplicación en general de normas infraconstitucionales en los procesos ordinarios, ni mucho menos declarar la inconstitucionalidad de una norma, ya que, la acción de inconstitucionalidad en cualquiera de sus modalidades abstracta o concreta, es competencia del Tribunal Constitucional (Art.102 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional); en el control concreto de constitucionalidad la tarea de los jueces ordinarios se reduce a promover de oficio o a instancia de parte la acción de inconstitucionalidad cuando la decisión del proceso principal dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma infraconstitucional, siendo la facultad de decisión del Tribunal Constitucional (Art. 109 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional).

Esta conclusión reside en que la Constitución de Bolivia en la parte que desarrolla sobre el Órgano Judicial no se encuentra principios que obliguen o que den a entender que los jueces deben aplicar directamente la Constitución ante los conflictos y colisión de

normas y cuya solución devenga en la inaplicación o invalidación de una norma infraconstitucional, más bien el art. 132 Constitucional dispone que los procedimientos de acción de inconstitucionalidad serán establecidos por la ley, y al respecto la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional determina el deber de los jueces ordinarios de promover la acción de inconstitucionalidad ante este Tribunal (Art. 109 Ley del Tribunal). En ese mismo sentido regula el art. 15 de la Ley del Órgano Judicial que refiere sobre la aplicación de las normas constitucionales y determina que los jueces deben sustentar sus actos y decisiones respetando la jerarquía normativa y al mismo tiempo la *distribución de competencias* establecidas en la Constitución.

Sin embargo, la posibilidad de resolver los conflictos o colisión de normas por los jueces ordinarios por vía de la inaplicación de normas se presenta en los procesos de resolución de acciones de defensa, en mérito que todos los jueces deben ofrecer una protección judicial pronta y oportuna (Art. 115 párrafo I) de los derechos reconocidos que guardan calidad de ser aplicables directamente (Art. 109 párrafo I), lo cual alcanza también a la aplicación directa de la Constitución ante vacíos normativos.

En ese contexto, los instrumentos que valen para ejercer la aplicación directa por parte de los jueces ordinarios y juez constitucional son las acciones de tutela de derechos y garantías (acción de libertad, acción de amparo, acción de protección de privacidad, acción de cumplimiento, acción popular), aquellos de primera instancia y el juez constitucional en revisión. También se presenta como instrumento la acción de inconstitucionalidad cuya resolución está a cargo del Tribunal. El control abstracto muestra restricción en la legitimación activa reconociendo ésta sólo a determinados sujetos (Art. 202 numeral 1) y el control concreto sólo puede ser promovido por el juez en los procesos judiciales, ya sea, de oficio o a petición de parte. De ello se observa que en el sistema jurídico boliviano el

proceso de aplicación directa es ejercido hasta cierto punto por todos los operadores jurídico, hasta cierto punto por los jueces ordinarios y por último por el Tribunal, lo que permite inferir que dicho proceso puede ser iniciado por los diferentes operadores según los presupuestos que se exigen, pero siempre con la posibilidad de poder exigir la aplicación directa de las normas a través de la autoridad judicial competente

B. Constitución de Ecuador

El sistema jurídico constitucional ecuatoriano muestra un sistema mixto de control de constitucionalidad lo que permite el ejercicio de aplicación directa tanto en jurisdicción constitucional como en jurisdicción ordinaria. Esto significa que todos los jueces son potencialmente aplicadores de la Constitución.

El fundamento reside en que este sistema jurídico se guía por principios que determinan que la Constitución es la norma suprema, conllevando que las normas inferiores y los actos del poder público deben mantener conformidad con todas las disposiciones constitucionales (Art. 424). Ese deber de conformidad con la Constitución impone que los jueces en el proceso de aplicación del derecho sigan el orden jerárquico de aplicación de normas que determina la misma Constitución, siendo ésta la que ocupa el escalón más alto y tiene preferencia sobre las demás (Art. 425).

De ese modo, los primeros rasgos de aplicación directa por parte de las juezas y jueces ordinarios se observa en la sección tercera referida a los Principios de la Función Judicial dentro el capítulo IV de la Función Judicial y Justicia Indígena, en el Título IV: “Participación y Organización del Poder”, cuando impone a las juezas y jueces la obligación de impartir justicia en sujeción estricta a la Constitución (Art. 172). Lo cual se hace más explícito con la prescripción de que todas las juezas y jueces tienen el deber de

aplicar directamente las normas constitucionales (Art. 426) y que en caso de conflicto de normas de distinta jerarquía se lo resolverá mediante la aplicación de la norma jerárquica superior (Art. 425); la garantía de la supremacía constitucional en este sistema jurídico va mucho más allá y llega a permitir la aplicación de normas constitucionales dentro los diferentes procesos aunque las partes no las invoquen expresamente (Art. 426). Esa posibilidad de los jueces ordinarios de aplicación directa también se transfiere en la competencia de conocer y resolver en primera y segunda instancia la acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, petición de medidas cautelares; y ejercer control concreto en los términos establecidos en esta ley. (Arts. 167, 168 y 169 de la Ley Orgánica Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional)

Por otro lado, la misma Constitución, en su Título IX: “Supremacía de la Constitución”, reconoce a la Corte Constitucional como la máxima instancia de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia. Con posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de actos u omisiones y normas, resolver sobre las sentencias de unificación de las acciones de tutela de garantías, resolver las acciones extraordinarias de protección en contra de decisiones de la justicia ordinaria e indígena, resolver los conflictos de competencias, resolver acciones de cumplimiento, dictaminar sobre el inicio de juicios políticos, e interpretar la Constitución (Art. 436 de la Constitución).

Este sistema mixto de control de constitucionalidad permite que el proceso de aplicación directa de la Constitución pueda ser ejecutado tanto por la jurisdicción ordinaria como por la jurisdicción constitucional. Sin embargo, suscita alguna duda el art. 428 de la Constitución, que dispone que una jueza o juez que considere una norma jurídica contraria a la Constitución suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente

a la Corte Constitucional, pues, pareciera que esto no permite resolver a las juezas y jueces los conflictos o colisión de normas cuando de ello resulte la inaplicación o invalidación de una norma infraconstitucional.

Si esa conclusión fuese correcta se aceptaría implícitamente que sólo la Corte es competente para resolver los conflictos y colisión de normas, lo cual no permitiría concebir un sistema mixto de control de constitucionalidad siendo que los jueces ordinarios no tendrían la posibilidad de ejercer propiamente un control y menos ejercer por sí mismos la aplicación directa ante el conflicto y colisión de normas.

No obstante, de una interpretación sistemática de la Constitución es posible rechazar estas consideraciones con la finalidad de reconocer en el sistema de control de constitucionalidad a los jueces ordinarios y de esa manera propugnar el sistema mixto de constitucionalidad.

En el sistema jurídico ecuatoriano la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación de la Constitución con carácter vinculante (Art. 429 y 436 de la Constitución) con la facultad de invalidar las normas y actos jurídicos que contravengan la norma fundamental. Pero de ello no se deduce que la Corte sea el único órgano competente para realizar el control de constitucionalidad, ya que la Constitución permite incluir en ese control a los jueces ordinarios mediante el control difuso de constitucionalidad según lo expuesto párrafos arriba, con la diferencia que los jueces sólo tienen la potestad de inaplicar normas y no así de invalidarlas.

En ese sentido, el art. 428 de la Constitución debe ser interpretado como un instrumento paralelo al control difuso donde ninguno es preferente frente al otro, y el uso de uno u otro depende de la relevancia del caso concreto, de los elementos que envuelven el caso, de la necesidad de mayor legitimidad para tratar el caso, o de las normas

constitucionales que se hallen involucradas. Es decir, de la jueza o juez ordinario debe exigirse la mayor prudencia para resolver los conflictos constitucionales, éste debe analizar la controversia jurídica, las normas constitucionales que están involucradas y estar consciente de la limitación de su legitimidad para tratar algunos temas constitucionales; según ello la jueza o juez debe decidir si está en la posibilidad de aplicar directamente la Constitución ante el conflicto o colisión de normas, o si lo más adecuado es derivar el asunto a la Corte Constitucional para que sea ésta la que trate la solución del conflicto o colisión de normas. En cambio, ante vacío normativo las juezas y los jueces tienen menos complicación para buscar la aplicación directa en razón a la exposición de los acápites anteriores y según la regulación expresa del art. 162 párrafo primero que establece aplicar las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía.

En esta materia, los instrumentos jurídicos que encaminan hacia la aplicación directa de la Constitución vía justicia constitucional y ofrecen a los diferentes operadores jurídicos formar parte de este proceso, son la acción de protección, de *hábeas corpus*, de acceso a la información pública, de *hábeas data*, de incumplimiento, acción extraordinaria de protección, acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, regulados en el Título II: Garantías Jurisdiccionales de los derechos constitucionales, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La legitimación activa de estas acciones es amplia al poder ser ejercidas por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, que se halle vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado (Art. 86 numeral 1 de la Constitución y Art. 9 inc. a) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional). A estas se debe sumar el control

abstracto de constitucionalidad de las normas (Título III: Control Abstracto de Constitucionalidad de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) que igualmente ofrece una abierta legitimación activa a cualquier persona, individual o colectiva (Art. 77 de la misma norma); y el control concreto de constitucionalidad que tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales, ya sea de oficio por la jueza o juez o a petición de parte.

En síntesis, el sistema jurídico constitucional ecuatoriano prevé que el proceso de aplicación directa de la Constitución pueda ser desarrollado indiferentemente por la justicia ordinaria y la constitucional, proporciona los instrumentos idóneos para comenzar el proceso de aplicación y lo más importante deriva de la posibilidad de que cualquier persona tiene la facultad de reclamar la aplicación directa de la Constitución, ante jueces competentes.

C. Constitución de Colombia

La jurisdicción constitucional colombiana tiene un carácter mixto, debido que la defensa de la Constitución apela a mecanismos propios del modelo concentrado y difuso, e involucra en esa tarea a la Corte Constitucional y a todos los jueces y tribunales sin excepción.

Ello permite que la aplicación directa pueda suscitarse tanto en jurisdicción ordinaria como en la constitucional, ya que, al considerarse que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (Art. 4 Constitucional), se abre la posibilidad de que en una modalidad difusa de control de constitucionalidad se permita que ante el conflicto evidente

entre la norma subalterna y los preceptos constitucionales, tengan éstos efectividad y observancia prevalentes y se permita su inaplicación, todo con efectos particulares. En cambio, la Corte Constitucional que es el máximo intérprete, ante el mismo supuesto y frente a las acciones de inconstitucionalidad (Art. 241 Constitucional) tiene la facultad de invalidar la norma con efectos *erga omnes* y con calidad de cosa juzgada constitucional (Art. 243 Constitucional).

De cierta manera el sistema difuso predomina en el sistema jurídico colombiano y ello se debe primordialmente a la construcción del art. 4 de la Constitución, siendo que a parte de los instrumentos constitucionales para guardar la supremacía constitucional y los derechos fundamentales (acción de tutela, acción popular y la acción de inconstitucionalidad) el proceso de aplicación directa puede suscitarse ante cualquier juez, y lo importante del sistema es la apertura de la legitimación activa de las diferentes acciones constitucionales previstas como instrumentos para guardar la supremacía constitucional y ejercer la aplicación directa por los conductos que la ordenamiento permite.

D. Constitución de Perú

La Constitución peruana, en cuanto su modelo de control de constitucionalidad, impone un sistema mixto, entre difuso y concentrado, habilitando la posibilidad de aplicación directa de la Constitución, de manera difusa, a los jueces ordinarios y, de manera concentrada, al Tribunal Constitucional.

La posibilidad de aplicación directa por parte de los jueces ordinarios se evidencia cuando la Constitución de 1993 establece, en el capítulo VIII referido al Poder Judicial, en el Título IV: “De la estructura del Estado”, la potestad del control difuso de las leyes, en

tanto que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera” (Art. 138, segundo párrafo) Por otro lado, esa posibilidad también se manifiesta cuando al Poder Judicial le corresponde, en primera y segunda instancia, los procesos de *hábeas corpus*, amparo, *hábeas data*, y acción de cumplimiento (Arts. 28, 51, 65 y 74 del Código Procesal Constitucional).

La misma Constitución, en su Título V: “De las garantías constitucionales”, reconoce al Tribunal Constitucional como órgano de control de la norma fundamental y lo convierte en instancia de último fallo. En tanto, tiene la posibilidad para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales; así como para resolver los conflictos de competencias y atribuciones entre los poderes y órganos constitucionales; y tutelar los derechos fundamentales, en última instancia, mediante la revisión de las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de *hábeas corpus*, amparo y *hábeas data* (Art. 202 inc. 1, 2, 3) En consecuencia, el Tribunal goza un rol interpretativo de la Constitución prevalente sobre el Poder Judicial, además de ser el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (Art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)

De ello, puede colegirse que la posibilidad de aplicación directa se presenta tanto en jurisdicción ordinaria como en jurisdicción constitucional, la diferencia radica en que los jueces ordinarios del poder judicial, ya sea en los procesos constitucionales sometidos a su competencia (*hábeas corpus*, amparo, y *hábeas data*) o en los procesos ordinarios, pueden ejercer solamente la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto con la finalidad de dar aplicación a las normas constitucionales, a causa de su contrariedad con la Constitución. En cambio, el Tribunal Constitucional tiene la posibilidad de tachar la norma de inconstitucional, declarando así su invalidez y retiro del ordenamiento jurídico. De ese modo, se muestra la posibilidad de que las normas constitucionales puedan actuar de

forma directa tanto ante jueces ordinarios como ante el Tribunal Constitucional, difiriendo únicamente en los efectos de lo que implica la aplicación directa en cuanto a la inaplicación o invalidación de la norma sujeta de control.

En cuanto a los instrumentos que viabilicen la aplicación directa para los diferentes operadores jurídicos se tiene el control difuso de la constitucionalidad de las normas legales (Art. 138, párrafo segundo), acción de *hábeas corpus* (Art. 200 inc. 1), acción de amparo (Art. 200 inc. 2), acción de *hábeas data* (Art. 200, inc. 3), acción de inconstitucionalidad de la leyes (Art. 200 inc. 4), acción popular (Art. 200, inc. 5). Se excluye de esta nominación la acción de cumplimiento (Art. 200 inc. 6) y la acción de competencia constitucional (Art. 202 inc. 3); la primera debido que su objeto es ordenar a un funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme, o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenen emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento (Art. 66 del Código Procesal Constitucional, ver también causales de improcedencia art. 70), lo cual está fuera de concebir la aplicación directa de la Constitución; y la segunda por suscitarse en conflictos sobre las competencias o atribuciones que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales y los gobiernos regionales o municipales (Art. 109 del Código Procesal Constitucional), ya que si bien es posible concebir en esta acción la aplicación directa, su relación está ligada a determinados sujetos del poder público, cuya exclusión de nuestro estudio se hizo notar más arriba.

El primer instrumento denominado control difuso de constitucionalidad de las normas basa su esencia en dos principales características, una funcional y otra espacial; la primera, aparece expresamente como atributo del poder judicial y no es susceptible de traslado por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado, exceptuando sobre

aquellas normas de eficacia plena y contenida ante conflicto de reglas y vacío normativo, tal se revisó en el acápite 3.1.1; en segundo lugar el sistema difuso en vía jurisdiccional opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real, con efectos inter partes y mediante declaración judicial de “inaplicación”, donde la aplicación directa sirva para solucionar la controversia judicial. Así habilita el art. 138 segunda parte, de la Constitución Política peruana y el art. 14 del Texto Único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que reza:

“De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fuera impugnadas. Los son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”.

El Código Procesal Constitucional peruano regula esta materia en el primer párrafo del artículo VI de su Título Preliminar, de la siguiente manera:

Art. VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

La regulación del control difuso en este Código de diciembre de 2004, dice muy poco a comparación del art. 14 del Texto Único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que data de inicios de la década de los noventa, lo cual muestra cierto desinterés por parte del legislador de regular esta materia, sin embargo, lo importante es el reconocimiento del control difuso y con ello la posibilidad de aplicación directa por parte de los jueces ordinarios. De ninguna manera esta falta de regulación poco extensa debe ser interpretada como una justicia constitucional subsidiaria, residual o subjetiva de los jueces ordinarios.

La desventaja del sistema constitucional peruano reside en que este tipo control difuso por parte de los jueces por vía de los procesos jurisdiccionales, es una competencia exclusiva y excluyente del poder judicial conforme la inequívoca acepción de la segunda parte del art. 138 de la Constitución de ese país, que está situado sistemáticamente en el capítulo reservado a éste y lo que la constitución reserva expresamente para un órgano excluye explícitamente, para otro (Tribunal Constitucional). Ello evita que la norma pueda invalidarse con efectos *erga omnes* (fuera de la acción de inconstitucionalidad), ya que no existe disposición que determine que la inaplicación de una norma se remita en revisión al Tribunal Constitucional, sino a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

De ese modo, se denota la posibilidad de aplicación directa frente a la actividad inconstitucional del legislador, no obstante, en el sistema jurídico no se avizora regulación ante la omisión del legislador, más que los alcances del art. 2 numeral 24 inc. 1) que determina que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esto se expresa como una desventaja ante la falta de normativa infraconstitucional explícita sobre el modo de actuación de los jueces ordinarios frente a

vacíos normativos, lo cual puede llevar a interpretaciones desventajosas para la aplicación directa ante este supuesto.

De la reunión de las acciones de garantías constitucionales –acción de *hábeas corpus*, amparo y *hábeas data*- se identifica un grupo de instrumentos que viabilizan el proceso de aplicación directa de la Constitución con motivo de la tutela de libertades y derechos constitucionales. Es decir, estas acciones están destinadas para que las personas afectadas en sus libertades y derechos, o que creyeren estarlo, tengan los instrumentos constitucionales idóneos para exigir el cumplimiento de aplicación de los mismos y en última instancia la aplicación directa de la Constitución. De esa manera, la legitimación activa dentro estos procesos constitucionales muestra apertura para que las personas en general puedan iniciar el proceso de aplicación directa mediante los instrumentos constitucionales ahora referidos. No obstante a tal apertura, el Código Procesal Constitucional mal ofrece el cumplimiento de exigentes requisitos procesales para la admisibilidad de las acciones de garantías constitucionales, sobre todo en el caso del amparo constitucional (Art. 42 del Código), que podrían facilitar el rechazo de acciones frente a casos que trascienden las cuestiones jurídicas.

La acción de inconstitucionalidad, como instrumento para ejercer la aplicación directa, procede contra las normas de rango legal –es decir, leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados internacionales, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales- que contravengan la Constitución, aunque su legitimación activa se halla restringida al presidente de la República, al veinticinco por ciento del número legal de congresistas, al fiscal de la Nación, al defensor del Pueblo, a los presidentes de los gobiernos regionales, con acuerdo de su Consejo, y a los alcaldes de los gobiernos locales, con acuerdo del Concejo Municipal, en estos dos

últimos casos sólo en asuntos de su competencia. También están facultados para demandar la inconstitucionalidad cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas, salvo cuando se cuestiona una ordenanza municipal. Caso que se requerirá el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda la cifra antes señalada (Art. 203 de la Constitución).

Si bien las acciones de garantías constitucionales proceden contra cualquier acto que se ejecuta en aplicación de una norma legal incompatible con la Constitución (Art. 3 del Código Procesal Constitucional) se debe notar que éstas no son acciones directas contra la norma infraconstitucional, pues ello sólo es factible mediante la acción de inconstitucionalidad. Si bien las acciones de garantías permiten la aplicación directa de la Constitución, los jueces que las resuelvan sólo podrán dar inaplicación a la norma contraria y jamás retirarla del ordenamiento, lo cual –nos referimos a la invalidez- resulta inaccesible por la legitimación activa de las acciones de inconstitucionalidad que restringen el acceso a la generalidad de operadores jurídicos y más cuando las resoluciones de los jueces ordinarios de garantías constitucionales únicamente van en revisión al Tribunal Constitucional en caso de denegar la tutela solicitada, lo cual no permite que el Tribunal Constitucional realice un control de constitucionalidad propio del proceso de inconstitucionalidad (Art. 20 del Código).

Es cierto que todo ello se presenta como un límite a la aplicación directa, pues la restricción a las acciones de inconstitucionalidad desde la legitimación activa limita la actuación de los operadores jurídicos, lo cual lleva a colegir que la única posibilidad inmediata es conseguir la inaplicación y no la invalidación. Así también puede afectar los alcances de la supremacía de la Constitución, y consecuentemente inhabilitar la posibilidad de ejercer la aplicación directa de la Constitución, las consideraciones controvertidas del

art. 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que dispone que para declarar inconstitucional una norma se requiere el voto conforme de seis de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, esto significa, que ni con mayoría absoluta puede declararse inconstitucional una norma lo cual obliga a declarar la acción interpuesta infundada; ello se agrava aún más, cuando se prohíbe interponer una nueva acción para cuestionarla según el art. 37 segundo párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

De este análisis puede colegirse que el sistema jurídico constitucional peruano no tiene los mismos alcances, respecto a la aplicación directa, con relación a los otros sistemas jurídicos, en especial a las dos últimas constituciones de Bolivia y Ecuador.

CONCLUSIONES

La tesis se preocupó del tema de la aplicación directa de la Constitución. Tuvo como objeto la Constitución formal y rígida, no considerada como norma pura, sino comprendida como una estructura que envuelve conexión con la realidad. Esto en el campo de la Teoría, ya que, fueron también objeto de esta tesis las Constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Nuestro análisis permite enunciar sintéticamente las conclusiones siguientes:

I. La Constitución es un instrumento jurídico vinculante a todos los órganos y autoridades del Estado, inclusive a los ciudadanos, bajo la condición que ésta determine en su texto elementos que deben regir la realidad constitucional, social, política, cultural y económica del Estado. Estos son, supremacía constitucional, rigidez constitucional, control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas, y la separación de poderes.

II. La consideración de una Constitución como norma jurídica significa que a la vulneración de cualquier norma constitucional se tiene como respuesta una sanción externa, coercible e institucionalizada exigible a los poderes del Estado, y en especial a los órganos judiciales.

III. Las Constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú imponen el deber de guardar su supremacía frente a otras normas y actos públicos o privados, a todos los operadores jurídicos.

IV. Todas las normas constitucionales pueden ser aplicadas de forma directa para la resolución de conflictos jurídicos, sin importar la naturaleza que ellas tengan, es decir, ya sean, valores, principios o reglas.

V. Tres son los derroteros que encaminan hacia la aplicación directa de la Constitución. La aplicación indirecta, la aplicación directa ante vacío normativo, y la aplicación directa ante conflicto o colisión de normas.

VI. Se colige que la aplicación directa trae consigo dificultades que obligan a determinar un proceso ordenado para que su ejercicio esté al alcance de todos los operadores jurídicos, estas dificultades son identificables ante vacíos normativos y ante conflicto o colisión de normas.

VII. A consecuencia de los elementos de complejización de la aplicación directa se determina que éste proceso hacia la aplicación directa tienen tres niveles de funcionamiento, en el primero todos los operadores jurídicos tienen la posibilidad y competencia de ejercer la aplicación directa, en el segundo son sólo los jueces ordinarios o constitucionales los competentes, y en el último será únicamente el Tribunal o Corte Constitucional el facultado para ejercer la aplicación directa; en estos dos últimos el proceso de aplicación puede iniciarse de oficio o a petición de parte, dependiendo del ordenamiento. Esto plantea, más o menos, una estructura de competencias para ejercer, dentro de las posibilidades de cada operador jurídico, el proceso de aplicación directa.

VIII. De la convergencia de aplicabilidad y eficacia de las normas constitucionales se define hasta dónde uno u otro operador jurídico está facultado para seguir el proceso de aplicación.

IX. Las normas constitucionales se diferencian tan sólo en cuanto al grado de sus efectos jurídicos, por lo tanto, deben ser consideradas bajo tres aspectos: a) normas constitucionales de eficacia plena y aplicabilidad inmediata; b) normas constitucionales de eficacia contenida y aplicabilidad inmediata, pero restringidas; c) normas constitucionales de eficacia limitada o reducida, que, por su lado comprende dos grupos: 1) normas de

eficacia limitada, definidoras del principio institutivo, que son aquellas que prevén esquemas genéricos de institución de un órgano o entidad, cuya estructura definitiva del legislador constituyente dejó para la legislación ordinaria; 2) normas de eficacia limitada, definidoras del principio programático, que son aquellas que trazan esquemas de fines sociales, que deben ser cumplidos por el Estado, mediante una providencia normativa o incluso administrativa ulterior.

X. Las normas constitucionales de eficacia plena son las que recibieron del constituyente normatividad suficiente a su incidencia inmediata. No necesitan de providencia normativa ulterior para su aplicación.

XI. Las normas constitucionales de eficacia contenida también son lo suficientemente normativas, y difieren de las anteriores en cuanto son susceptibles de ser contenidas (limitadas) por diferentes medios normativos (leyes, conceptos genéricos, etc).

XII. Las normas de eficacia limitada no tienen la suficiente normatividad para su aplicación, su compleción está a cargo del legislador. Las de principio institutivo pertenecen a la parte orgánica. Las de principio programático componen los elementos socioidelógicos. Todas estas tienen eficacia abrogativa ante legislación incompatible a cargo de los jueces.

XIII. No todas las normas constitucionales son inmediatamente aplicables por todos los operadores jurídicos, no obstante, ello no elimina la posibilidad de aplicación directa, pues, ésta debe ser tomada como un proceso en el que intervienen diversos operadores jurídicos según su competencia dentro el proceso de aplicación directa.

XIV. La aplicación directa debe ser vista como aquella potencialidad que tienen las normas constitucionales de ser directamente aplicables, potencialidad que puede

manifestarse ante todos los operadores jurídicos, a veces sólo ante los jueces ordinarios, y en muchas circunstancias exclusivamente ante Tribunales o Cortes Constitucionales.

XV. Las normas constitucionales inmediatamente aplicables por la totalidad de operadores jurídicos son las de eficacia plena ante vacíos normativos infraconstitucionales y conflicto de reglas, y las de eficacia contenida sólo ante vacíos normativos. Todas las constituciones de los países andinos permiten la posibilidad, o más bien, otorgan competencia para ejercer de forma inmediata la aplicación directa de la Constitución por parte de todos los operadores jurídicos. En el proceso de aplicación este es el primer nivel.

XVI. Las normas constitucionales aplicables directamente sólo por los jueces ordinarios y constitucionales, de oficio o a petición de parte, son las normas de eficacia plena ante colisión de principios, las de eficacia contenida ante conflicto de reglas, las de eficacia contenida ante colisión de principios, y las de eficacia limitada ante vacío normativo, conflicto de reglas y colisión de principios. En el proceso de aplicación este expresa el segundo nivel y el tercer nivel.

XVII. Los sistemas jurídicos de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú prevén un proceso de aplicación directa, con matices diferentes, sin embargo, con puntos de convergencia en la definición de competencias para los jueces ordinarios y constitucionales, donde aquellos sólo pueden inaplicar normas y éstos, mediante la declaración de inconstitucionalidad, pueden invalidarlas. Ello expresa los dos últimos niveles por los que es posible ejercer la aplicación directa, ya sea, de oficio o a petición de parte. El segundo nivel está compuesto por los jueces ordinarios y el tercero por la Corte o Tribunal Constitucional. Los instrumentos para ejercer la aplicación de la Constitución pueden ser incorporados en la clasificación de acciones ordinarias y acciones constitucionales. Su legitimidad activa varía según el ordenamiento, y según la apertura de esta legitimación es

que se amplían o no las condiciones de que la Constitución sea aplicada de forma directa. Es decir, el acceso a las acciones judiciales permitirán que la totalidad de operadores jurídicos pueda participar o no en el proceso de aplicación directa, o más bien que puedan iniciarlo.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998.

Alchourrón, Carlos E. y **Bulygin**, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. en verso al español por Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

_____, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. por Manuel Atienza, en *Doxa*, nº 5, 1988.

_____, *El concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, 2ª ed.

Andrade Ubidia, Santiago, **Grijalva**, Agustín y **Storini**, Claudia, (Comp.) *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional/UASB-sede Ecuador, 2009.

Aragón Reyes, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, Madrid, 1986.

_____, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7 nº 19 enero-abril, 1987.

_____, *La Constitución y el control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999

_____, “La Constitución como paradigma”, en Miguel Carbonell (compilador), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

Balaguer Callejón, Francisco, *Fuentes del Derecho. Principios del ordenamiento constitucional*, Madrid, Tecnos, 1991.

Betegón Carrillo, Jerónimo, “La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias”, en Jerónimo Betegón Carrillo y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

Bidart Campos, Germán J., “La fuerza normativa de la Constitución”, en Maximiliano Toriceli, comp., *El Amparo Constitucional. Perspectivas y modalidades*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999.

Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1991.
_____, *El problema del positivismo jurídico*, México D.F., Fontamara, 1991.

Bulygin, Eugenio, “El concepto de eficacia”, en Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.

Cianciardo, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, añoXXXVI, núm. 108, septiembre – diciembre, 2003

Cifuentes Muñoz, Eduardo, “Jurisdicción constitucional en Colombia”, en *Revista Ius et Praxis*, año 8 N° 1, Talca, 2002.

Da Silva, Afonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, trad. en verso al español por Nuria González Martín, México D.F, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Díez-Picazo, Luis María, “Constitución, Ley, Juez” en *Revista Española de derecho constitucional*, año 5, núm. 15, septiembre- diciembre, 1985.

_____, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1993.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.

Eguiguren Praeli, Francisco J., “Poder judicial y Tribunal Constitucional en el Perú”, en *Memorias VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional. En conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador florentino Donato Giannotti*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

García Belaúnde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, en *Memorias VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional. En conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador florentino Donato Giannotti*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 3ª. Ed., reimpresión 1994.

García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 1998.

Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, 2ª ed.

Henao Hidrón, Javier, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2003.

Hernández Galindo, José Gregorio, *Poder y Constitución. El actual constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Legis, 2001.

Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. por Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 2ª. Ed.

Fernández González, Miguel Ángel “Constitución y casación: ¿De la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, en *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año/vol. 3, No. 001, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2005.

Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, trad. en verso al español por Moisés Nilve, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 4ª ed., 1965.

Kelsen, Hans, Bulygin, Eugenio y Walter, Robert, *Validez y Eficacia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.

Landa, César, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Montevideo, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

Laporta, Francisco, *Imperio de la ley. Una visión actual.*, Madrid, Editorial Trotta, 2007

López Garrido, Diego, Massó Garrote, Marcos Francisco, y Pegoraro, Lucio, *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

Molas, Isidre, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998.

Müller, Friedrich, “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas” trad. por Luís Villacorta Mancebo, en *Revista Española de derecho constitucional*, año 9, núm.7, septiembre – diciembre 1989.

Nieto, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 100-102, enero-diciembre, 1983.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999

_____, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, Mexico D.F, Fontamara, 1997.

_____, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

_____, *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2007.

Quiroga León, Aníbal, “El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Cosntitucional”, en Gabriel Hernández Villarreal comp., *Perspectivas del derecho procesal constitucional*, 2007.

Rubio Llorente, Francisco, “Problemas de interpretación constitucional”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 3-4, 1988.

Trujillo, Julio César, “Funciones normativas de la Constitución” en *Revista Foro*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

Van Alstyne, William W., “La Constitución como Ley Exigente”, en *Constitución y Desarrollo Social*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios Judiciales, 1988.

Valadés, Diego “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho” ”, en Miguel Carbonell *et al.*, *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI editores, s.a. de c.v. en coedición con el instituto de investigaciones de la UNAM y el instituto tecnológico autónomo de México, 2002.