

Erland Cristian Salazar Quille* (Bolivia)

Condiciones para la aplicación del principio pro persona o de favorabilidad: un análisis crítico de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en Bolivia

RESUMEN

Este artículo analiza el alcance y la aplicación del principio de favorabilidad o pro persona en el sistema constitucional boliviano, en el marco de los conceptos de supremacía constitucional, bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad y control de convencionalidad, que permiten identificar la configuración de este principio. Además, se estudia la Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019 del 9 de julio, evaluando su aplicación concreta debido a su relación directa con la temática planteada.

Palabras clave: principio de favorabilidad; principio pro persona; supremacía constitucional; control de constitucionalidad; control de convencionalidad.

Conditions for the Application of the Pro Persona or Favorability Principle: A Critical Analysis of Constitutional and Conventionality Control in Bolivia

ABSTRACT

This article analyzes the scope and application of the favorability or pro persona principle in the Bolivian constitutional system, in the context of the concepts of constitutional supremacy, constitutional bloc, constitutional and conventionality control, which allow identifying how this principle is shaped. In addition, it studies

* Abogado constitucionalista, Universidad Mayor de San Andrés (UMSA). Docente de Derecho Constitucional, Universidad de Aquino Bolivia; profesional de la Dirección de Desarrollo Normativo y Constitucional del Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional del Estado Plurinacional de Bolivia. El artículo se elabora en el marco de las investigaciones de la tesis de la maestría en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (UMSA). erlandcris@gmail.com / <https://orcid.org/0009-0004-4276-8605>

Plurinational Constitutional Ruling 32/2019 of July 9, assessing its concrete application in light of its direct relationship with the topic under discussion.

Keywords: Favorability principle; pro persona principle; constitutional supremacy; constitutional control; conventionality control.

Voraussetzungen für die Anwendung des Pro-Persona- oder Günstigkeitsprinzips: eine kritische Analyse der Verfassungskontrollen und Konformitätsprüfungen in Bolivien

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag untersucht den Geltungsbereich und die Anwendung des Günstigkeits- oder Pro-Persona-Prinzips im bolivianischen Verfassungssystem im Rahmen der folgenden Konzepte, die es ermöglichen, das genannte Prinzip im Einzelnen auszugestalten: Verfassungsvorrang, Verfassungsblock, Normenkontrolle und Prüfung der Vertragskonformität. Desweiteren wird auf das Urteil des Plurinationalen Verfassungsgerichts Nr. 32/2019 vom 9. Juli eingegangen, um seine konkrete Anwendung angesichts seines direkten Bezugs zur vorliegenden Thematik zu beurteilen.

Schlagwörter: Günstigkeitsprinzip; Pro-Persona-Prinzip; Verfassungsvorrang; Normenkontrolle; Prüfung der Vertragskonformität.

Introducción

Con el célebre Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)¹ presentó la tesis del control de convencionalidad, al tenor que estableció que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico que, a su vez, se encuentra integrado por tratados en materia de derechos humanos cuando hayan sido ratificados, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de tal manera que los jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

El control de convencionalidad tiene su fundamento en la obligación internacional que asumen los Estados de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su

¹ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 154.

jurisdicción, sin discriminación alguna” (art. 1.1 CADH);² es decir, en la obligación de respeto y, particularmente, de garantía de los derechos humanos; en el compromiso de los Estados parte de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (art. 2 CADH),³ y en las normas de interpretación de los tratados de derechos humanos (art. 29 CADH).⁴

La Corte IDH, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* refirió que el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esa tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención Americana.⁵

Ante esta situación, se ha tornado común, como una herramienta del control de convencionalidad, la aplicación del principio pro persona o de favorabilidad y su estudio en espacios académicos. Sin embargo, los criterios de la academia y de los operadores jurídicos no son unívocos, situación que conlleva una incorrecta –y a veces, arbitraria– aplicación de este principio.⁶

El principio pro persona o de favorabilidad no es una entidad que existe empíricamente en sentido estricto, sino que responde a categorías conceptuales emergentes del sujeto cognoscente. Esto significa que está relacionado con las condiciones de posibilidad⁷ que los juristas y estudiosos del derecho brindan para delimitar su contenido y configuración, por lo que no es posible conocer este principio en su totalidad como un nómeno, pero sí podemos entenderlo a través de categorías conceptuales del saber jurídico en tanto fenómeno; es decir, a través del pensamiento que nos permite arribar a su configuración, sin ignorar sus litaciones, sobre todo cuando estas categorías se expresan a través del lenguaje, que puede presentar zonas de penumbra, ambigüedades o vaguedades al momento de aplicarse a una situación jurídica concreta.⁸

Desde esta perspectiva, este artículo se propone analizar el fenómeno del principio pro persona o de favorabilidad⁹ en el sistema constitucional boliviano, con el objetivo de identificar su configuración y alcance, más que ofrecer una definición estricta. Se examina su relación con los conceptos de supremacía constitucional,

² Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, 22 de noviembre de 1969, *Gaceta Oficial* 9460, 11 de febrero de 1978.

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

⁵ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit.

⁶ En este artículo se propone abordar este problema en el contexto boliviano.

⁷ Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura* (Madrid: Gredos, 2022).

⁸ Herbert Hart, *El concepto de derecho*, 2.ª ed., trad. por Genaro R. Carrió (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968), cap. VI.

⁹ Se hará referencia de forma indiferente como principio pro persona o de favorabilidad.

bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad y control de convencionalidad, explorando cómo estos principios permiten entender su aplicación en Bolivia.

Además del análisis teórico, se estudia con mayor grado de concreción la Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019 del 9 de julio,¹⁰ evaluando su aplicación e interpretación del principio de favorabilidad. Esta sentencia, aunque es la que ha abordado con profundidad la temática en Bolivia, no necesariamente es clara; por ello, nos servirá para realizar un análisis concreto a fin de superar las imprecisiones tanto teóricas como prácticas del principio pro persona o de favorabilidad. Sin perjuicio de que lo estudiado en este artículo pueda ser objeto de crítica, consideramos que es fundamental poner sobre la mesa cuestiones clave para el debate académico, cuyo análisis se traduce en la aplicación práctica en temas vinculados a la justicia constitucional. El objetivo de este estudio no es profundizar en el fundamento moral, iusnaturalista o positivista del principio, sino centrarse en delimitar su configuración y aplicación dentro del sistema constitucional boliviano, dejando para futuros desarrollos filosóficos la exploración de su fundamento y los eventuales debates éticos o metajurídicos que, pese a su importancia, exceden los objetivos de este estudio.

1. Una aproximación al principio de favorabilidad

Existe una constelación de principios a la luz del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) que nos ofrece herramientas clave para la interpretación de los derechos, sin una jerarquía o prelación clara entre ellos. Entre estos principios se encuentran la inviolabilidad, universalidad, prohibición de la discriminación, progresividad, no retrocesión, indivisibilidad e interdependencia de los derechos. Sin embargo, el principio pro persona, fundamentado en la dignidad humana, se destaca como un eje transversal que sustenta a los demás principios; aunque esto no supone su jerarquía superior, este principio permea en los otros, lo que justifica su consideración especial en la interpretación jurídica. De ahí que se ha considerado que el principio pro persona emana justamente del objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos, que es la protección de derechos de los seres humanos.¹¹

Una definición del principio pro persona es la aportada por el juez de la Corte IDH, Rodolfo E. Piza Escalante, en la Opinión Consultiva OC 7/86, quien se refirió al principio *pro homine* como un criterio “que impone la naturaleza misma de los

¹⁰ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019 de 9 de julio, Acción de Inconstitucionalidad Abstracta, Expediente 28497-2019-57-AIA.

¹¹ Álvaro Amaya, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del estado”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 5 (2005): 337-380.

derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”.¹²

Por su parte, Mónica Pinto refiere que

... es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.¹³

Asimismo, Néstor Sagüés y Edgar Carpio Marcos han identificado dos variantes del principio pro persona: 1) la preferencia interpretativa, que exige elegir la interpretación que mejor optimice los derechos, y 2) la preferencia normativa, que obliga a aplicar la norma más favorable a la persona.¹⁴

Por lo que, además de estos elementos definitorios, el derecho internacional establece que toda entidad o persona que ejerza funciones públicas en un Estado, ya sean legislativas, ejecutivas o judiciales, es responsable de cumplir con estas obligaciones. Los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH¹⁵ permiten entrever que un Estado debe aplicar la norma o interpretación más favorable a los derechos humanos, lo que se alinea con la obligación internacional de cumplir con las disposiciones de los tratados, siguiendo el principio *pacta sunt servanda*, que establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe.¹⁶

La obligación internacional no recae únicamente en un órgano específico, sino en el Estado en su conjunto. En este contexto, la Corte IDH precisamente abordó este tema en el emblemático Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile.¹⁷ En esta sentencia, la Corte definió que, como parte de la CADH, un Estado debe implementar una especie de control de convencionalidad para garantizar que las disposiciones del Pacto de San José no sean contravenidas por leyes internas que vayan en contra

¹² Corte IDH, Opinión Consultiva 7/86, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1. y 2 CADH), 29 de agosto de 1986, Serie A, No. 7, párrafo 36.

¹³ Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, ed. por Martín Abregú y Christian Courtis (Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, 1997), 45.

¹⁴ Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 16, 15-26 de junio de 1998, San José; Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional* (San José: IIDH, 1998).

¹⁵ CADH, cit.

¹⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980, artículo 26 *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

¹⁷ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit.

de sus objetivos y fines. La Corte IDH se basó en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,¹⁸ que establecen la obligación de no utilizar el derecho interno como justificación para incumplir las obligaciones internacionales. En este sentido, el principio de favorabilidad, como transversal a otros principios, a su vez se vincula con la doctrina del control de convencionalidad, extensible al ámbito interno de los Estados partes de la CADH.

Estas definiciones representan un punto de partida, como herramientas operativas, para comprender el principio de favorabilidad, también conocido como principio pro persona o, en ciertos contextos, *pro homine*.

1.1. Principio de favorabilidad en el contexto boliviano

Como se señaló, el principio pro persona o de favorabilidad es la preferencia normativa o interpretativa que exige la aplicación de la norma más favorable para la persona. Este principio tiene su correlato en el artículo 256 de la Constitución boliviana, que establece que

... los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado, que reconozcan derechos más favorables que los previstos en la Constitución, tendrán prioridad en su aplicación. Además, los derechos reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos que contengan normas más favorables.¹⁹

En el contexto boliviano, el artículo 256 de la Constitución Política del Estado (CPE) define la aplicación del principio de favorabilidad al momento de identificar la norma o la interpretación más favorable. Además, la interpretación constitucional debe considerarse en el marco del “máximo estándar” de protección de los derechos fundamentales a la luz del artículo 203 de la CPE para el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) que tienen carácter vinculante. Este enfoque implica adoptar la interpretación más favorable de estas sentencias, cuando sobrevengan supuestos fácticos idénticos o análogos en un litigio constitucional, reconociendo que la Constitución establece valores que deben ser protegidos y que las decisiones judiciales deben orientarse hacia la realización de estos valores.²⁰ Esto no implica necesariamente que la última sentencia emitida por el TCP sea la más favorable, sino que la decisión más favorable o estándar más alto puede encontrarse

¹⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, cit.

¹⁹ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009, artículo 256.

²⁰ Boris Arias, *Introducción al análisis de la jurisprudencia*, vol. 45, Colección Jurídica (Bolivia: Editorial El País, 2018).

incluso en una sentencia anterior sobre un determinado tema o sobre el mismo. En la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 2233/2013²¹ se adoptó la doctrina del estándar jurisprudencial más alto. Esta doctrina, basada en los principios de progresividad y prohibición de regresividad, establece que el precedente vigente será aquel que desarrolle el derecho de manera más favorable y progresiva.

2. Configuración del principio de favorabilidad en Bolivia a la luz de la supremacía constitucional, bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad y control de convencionalidad

2.1. Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad

En principio, queda claro que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico. Sin embargo, no basta con que aquella así lo afirme; se requiere un garante para su cumplimiento, conforme al artículo 196 de la CPE.²² Este artículo establece que el TCP vela por la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales que están contenidos en ella. Este criterio permite identificar que el garante de la Constitución en Bolivia adopta un sistema concentrado de constitucionalidad. Además, es importante comprender que la tarea de garante del TCP recae en la Constitución en un sentido amplio; no solo como el texto formal, sino en su integración total, dado que los tratados en materia de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 410 de la CPE: “II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país”.

El profesor Horacio Andaluz,²³ con absoluta precisión, refiere que la primera mención del bloque de constitucionalidad se hizo en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 95/2001-RDI de 21 de diciembre; luego, en la STC 1662/2003-RAC de 17 de noviembre. Estas sentencias interpretaban que el artículo 35 de la Constitución anterior a la vigente era considerado como norma integradora de otras normas que

²¹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 2233/2013 de 16 de diciembre.

²² Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, artículo 196: “I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

²³ Horacio Andaluz, *Aplicación judicial de la constitución* (Bolivia: Editorial El País, 2011).

no estaban expresamente en la Constitución de ese entonces: “Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma Republicana de gobierno”;²⁴ este criterio se amplía en la STC 45/2006-RDI de 2 de junio.²⁵

Desde esta perspectiva interpretativa, la incorporación de los tratados sobre derechos humanos al bloque de constitucionalidad también implicaba que su significado jurídico se entendiera de acuerdo con las interpretaciones de los órganos autorizados (nótese que este paso se da con anterioridad al célebre Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile).²⁶ Así, los precedentes de la Corte IDH también se convirtieron en parte del bloque de constitucionalidad por interpretación del Tribunal Constitucional boliviano.²⁷ El Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la incorporación de la jurisprudencia interamericana hasta 2010, en la STC 110/2010-AAC de 10 de mayo, y en concordancia con el artículo 410 de la actual CPE de 07 de febrero de 2009.²⁸

Es decir, primero la interpretación constitucional del bloque de constitucionalidad y, luego, la misma Constitución dotaron de carácter constitucional a los instrumentos internacionales en materia de derechos, y permitieron comprender que la relación de estos tratados con las normas del texto formal de la Constitución debe definirse mediante un criterio intranormativo, como el de especialidad. Este criterio establece que, en caso de antinomia entre una norma del texto formal y una contenida en un tratado sobre derechos humanos, la resolución del conflicto debe demostrar que no hay antinomia real. Esto se logra interpretando la norma del texto formal de manera lo suficientemente general para incluir el supuesto especial del tratado internacional, aplicando preferentemente este último. En ese marco, el artículo 256, inciso II, introduce en el sistema una norma sobre la producción jurídica que establece que los derechos reconocidos en la Constitución se interpretarán de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos.²⁹

2.2. Integración del control de convencionalidad al control de constitucionalidad

En ese marco, es pertinente comprender el alcance y la configuración del principio de favorabilidad en el contexto boliviano. Inicialmente, como fue referido, su incorporación se dio a través del concepto del bloque de constitucionalidad, que

²⁴ Constitución Política del Estado, promulgada el 13 de abril de 2004, artículo 35; esta redacción es similar al artículo 13IV de la Constitución de 07 de febrero de 2009, ahora vigente.

²⁵ Andaluz, *Aplicación judicial...*

²⁶ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit.

²⁷ Andaluz, *Aplicación judicial...*

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

integra los derechos humanos. Sin embargo, esta introducción ahora está impulsada, además, por la jurisprudencia de la Corte IDH, tal como se estableció en el caso *Almonacid Arellano*.

El control de convencionalidad se manifiesta de dos formas: una concentrada, ejercida por la Corte IDH, y otra difusa, realizada por los jueces nacionales en el ámbito interno. El control concentrado es una facultad inherente a la Corte IDH, que actúa como guardián e intérprete final de la CADH. Este control se ejerce cuando la Corte resuelve casos contenciosos que le son presentados, con la responsabilidad exclusiva de garantizar al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados y reparar las consecuencias de la medida o situación que configuró la vulneración de esos derechos, incluyendo el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Estas atribuciones están establecidas en el artículo 63 de la CADH.³⁰

Por otro lado, el control difuso es una obligación que recae sobre los jueces y órganos de administración de justicia nacionales de los Estados que han suscrito o adherido a la CADH, especialmente aquellos que han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH. Este tipo de control representa una manifestación de la “constitucionalización” o “nacionalización” del derecho internacional. El control difuso de convencionalidad implica que los jueces nacionales deben examinar la compatibilidad de las normas y los actos nacionales con la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH.³¹

Ahora, este criterio de control de convencionalidad podría parecer en conflicto con el sistema constitucional boliviano, ya que aparentemente implicaría la imposición de un control difuso de constitucionalidad, mientras que la Constitución establece un sistema de control concentrado. Sin embargo, es importante considerar la precisión de la doctrina del control de convencionalidad, que determina que los jueces deben llevar a cabo este control de oficio, pero siempre dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, lo que sugiere una manera de graduar la intensidad de este control.³²

El principio de favorabilidad en el marco de la convencionalidad se aplica con diferentes grados de intensidad, dependiendo de las competencias de los operadores de la administración de justicia y de la administración en el ámbito interno.³³ Esto es relevante porque no se impone un modelo único de control de constitucionalidad, como se desarrollará a continuación. Además, la doctrina de aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, como criterio de preferencia, surge en

³⁰ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales* 9, n.º 2 (2011): 531-622.

³¹ *Idem.*

³² Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 158, párrafo 128.

³³ *Idem.*

principio por mandato de la propia Constitución, a partir del bloque de constitucionalidad, dotando de igual jerarquía a estos tratados en tanto relacionamiento intranormativo.³⁴ Es decir, la relación entre los tratados de derechos humanos y la Constitución no es de jerarquía, sino de especialidad, y la definición de la norma especial (favorable) para un caso concreto, en el marco del control de convencionalidad, se realiza de acuerdo con las competencias de las entidades estatales. Conforme a los razonamientos de la Corte IDH, esta no impone un modelo específico de control de constitucionalidad para la implementación del control difuso dentro de los Estados.

La aplicación de este control dependerá de las competencias específicas de cada sistema, y su gradualidad y forma de implementación varían. En un sistema de control concentrado, el control de convencionalidad permitiría que un tribunal constitucional invalide o expulse del ordenamiento jurídico una norma contraria a la CADH. Sin embargo, esto no se aplicaría a la Constitución (su invalidez), ya que esta es la norma suprema del ordenamiento jurídico.

En el caso de otros órganos de la administración pública o de justicia, estos no tienen la facultad de expulsar una norma del ordenamiento jurídico, pero sí pueden realizar interpretaciones conforme a la Constitución y la CADH, de acuerdo con el artículo 13 IV para el caso de Bolivia. Esto implica buscar una interpretación armonizada o, en su caso, identificar la norma más favorable cuando existan dos o más aplicables al caso concreto. El Tribunal Constitucional Plurinacional, de acuerdo con su configuración constitucional y la naturaleza de sus atribuciones, está facultado para realizar el control de constitucionalidad según lo establece el artículo 196 de la Constitución, pero también está obligado a efectuar el control de convencionalidad. Esto significa que, al realizar el control de convencionalidad, el tribunal no está autorizado para inaplicar normas constitucionales, pero sí puede hacer interpretaciones conformes, de acuerdo al artículo 13 IV para el caso de Bolivia. Solo en el caso de normas infraconstitucionales contrarias a la Convención, el tribunal puede expulsarlas del ordenamiento jurídico, pero no así con la Constitución. Esto se debe al carácter vinculante de la norma fundamental, al efecto útil de la CADH y a la interrelación entre la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dado que existe una relación intranormativa entre ellos.³⁵ Veamos si estos criterios son comprendidos en un caso concreto.

³⁴ Andalus, *Aplicación judicial...*

³⁵ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit., párrafo 124; Corte IDH, Caso Trabajadores cesados del Congreso (“Aguado Alfaro y otros”) vs. Perú, cit., párrafo 128; Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 220, párrafo 225; Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 221, párrafo 239.

3. Análisis concreto del principio de favorabilidad en la SCP 032/2019³⁶

En el contexto boliviano, en una acción de inconstitucionalidad, los demandantes solicitaron la inaplicabilidad del artículo 238.3 CPE, que establece la causal de inelegibilidad por renuncia con noventa días de anticipación a la elección para autoridades electas. Argumentaron que esta disposición es presuntamente contraria a los artículos 1.1, 23, 24 y 29 de la CADH, así como a los artículos 26 y 28 de la misma Constitución, y a los artículos 2, 7 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en concordancia con los artículos 13, 133, 256 y 410.II de la CPE. Alegaron que la disposición representa una limitación discriminatoria al ejercicio de sus derechos políticos en comparación con la excepción prevista para los cargos de presidente y vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia. Por lo tanto, el análisis se enfocará en verificar lo alegado exclusivamente en relación con los cargos electivos, tal como se expuso en la acción de inconstitucionalidad abstracta.³⁷

En la SCP 032/2019 del 9 de julio se presentaron los siguientes argumentos: 1) la aplicación preferente del control de convencionalidad difuso, como un elemento indispensable para el respeto y la garantía de los derechos; 2) que al aplicar el test de razonabilidad de la discriminación al artículo 238.3 de la CPE, se advierten diferencias en las causales generales de inelegibilidad entre unas y otras, con la restricción de los derechos de las autoridades electas, haciendo una excepción expresa para el caso del presidente y vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, considerándose esta como discriminatoria (cabe precisar que no se precisó cuál es la discriminación); 3) los precedentes de la Corte IDH establecieron el parámetro de convencionalidad en relación con el derecho al acceso y permanencia en condiciones de igualdad a los cargos políticos, constituyéndose en la garantía de acceso y permanencia en condiciones de igualdad y no discriminación.³⁸

Al respecto cabe observar que, no es posible conceptualmente que una determinada disposición que se encuentra dentro de la Constitución se contraponga a la misma norma suprema, tal como se plantea en la acción de inconstitucionalidad ahora referida. Corresponde precisar el análisis sobre los siguientes puntos:

1. Impertinencia de plantear la acción de inconstitucionalidad abstracta (AIA) contra la propia Constitución y su traslado a la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP) de Bolivia.
2. La contradicción en la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad.

³⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019, cit.

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Idem.*

3. Falta de desarrollo del test de desigualdad y el test de razonabilidad de la discriminación.
4. Falta de precisión de la disposición convencional aplicable de forma preferente, en cuanto a su alcance y relación intranormativa con el artículo 23 de la CADH.
5. La procedibilidad de la reforma total o parcial de la Constitución si se pretende modificar el contenido al artículo impugnado.

3.1. Impertinencia de plantear la AIA contra la propia Constitución y su traslado a la ALP de Bolivia

En principio, la Constitución boliviana dispone en su artículo 202.1 que el TCP conocerá y resolverá en única instancia los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de *leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales*; así, la AIA corresponde ser trasladada a la entidad pertinente que emitió la disposición objeto de control de constitucionalidad.³⁹

La Constitución no prevé, entonces, que la AIA pueda ser planteada contra la misma Constitución, integrada no solo por su texto formal, sino también por el bloque de constitucionalidad, en virtud de la cláusula incorporante⁴⁰ prevista en el artículo 410 de la norma suprema. Por lo referido, la Constitución no es objeto de control de constitucionalidad y menos corresponde su traslado a la Asamblea Legislativa, considerando que el origen de la Constitución es diferente al resto de las disposiciones legales; es decir, la norma suprema del ordenamiento jurídico no tiene su origen en la Asamblea Legislativa Plurinacional. En el presente caso, el traslado de la misma a la ALP no fue pertinente, aspecto que debió observarse de inicio, en cuanto presupuesto procesal, antes de emitir la SCP 32/2019 y no ingresar al análisis de fondo.

3.2. La contradicción en la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad

La SCP 32/2019 señala que existe una relación jerárquica entre la CADH y la Constitución, al punto de afirmar que corresponde aplicar el control de convencionalidad incluso sobre el contenido constitucional, como si se tratara de cualquier otra disposición del orden jurídico interno, dado que la Corte no distingue entre normas legales y constitucionales.⁴¹

³⁹ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

⁴⁰ Andaluz, *Aplicación judicial...*, 38.

⁴¹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019, cit.

La sentencia señala expresamente: “la referida jurisprudencia emitida por la Corte IDH hace de las normas internas el objeto del control de convencionalidad, [y] no hace ninguna distinción entre las disposiciones legales y las constitucionales, *entendiéndose que el control de convencionalidad abarca todo el ordenamiento jurídico interno, incluida la Constitución Política del Estado*” (énfasis agregado).⁴²

Más adelante la decisión señala:

... el control de convencionalidad es entendido como una vía para que el Estado boliviano cumpla con su deber de adoptar y emprender todo lo que se encuentra a su alcance para materializar el “*corpus iuris*” de derechos humanos y evitar incurrir en responsabilidad internacional, *incluso al grado de inaplicar su propia Norma Suprema, aplicando preferentemente el “corpus iuris” de derechos humanos*; todo esto, a partir de los arts. 13.IV y 256 de la CPE. (Énfasis agregado)

De lo referido, la SCP 32/2019 comprende que, cuando de aplicación preferente y control de convencionalidad se habla, la Constitución se encuentra en una posición de subordinación a la CADH. Por otro lado, que la aplicación preferente de los tratados de derechos humanos supone la inaplicación de la norma suprema; es decir, la SCP 32/2019 no considera que existe unidad entre la CPE y los dispositivos internacionales en materia de derechos humanos.⁴³

Conceptualmente, este entendimiento es erróneo, puesto que la Constitución no se limita al texto formal, ya que existe una relación de unidad entre la Constitución, los tratados y los convenios en materia de derechos humanos. Si bien existe aplicación preferente de derechos humanos (bajo el criterio de especialidad), esto no supone la inaplicación de la Constitución, precisamente, por su amplitud integradora o de incorporación de los tratados y convenios en materia de derechos humanos: no es lógico aplicar e inaplicar a la vez la Constitución incorporante.⁴⁴

Pese a ello, aparentemente, la SCP 32/2019 reencauza su entendimiento (decimos aparentemente, porque no queda claro) al señalar: “Siguiendo con el razonamiento desarrollado, al contar Bolivia con una Constitución convencionalizada, resulta irrelevante –para efectos de aplicación– realizar diferenciación entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, ya que, el control de convencionalidad difuso se ejerce mediante el control de constitucionalidad”.⁴⁵ Pese a ello, la sentencia referida no deja claro que no existe aplicación e inaplicación de la Constitución integrada a la vez.

⁴² *Idem.*

⁴³ Andaluz, *Aplicación judicial...*

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019, cit.

La SCP 32/2019 no desarrolla con precisión cómo se aplica el bloque de constitucionalidad. Si bien acierta señalando que el control de convencionalidad se efectúa a través del control de constitucionalidad, no acierta al pretender explicar que la Constitución cede su jerarquía a la CADH. Se debió considerar que entre la Constitución y la Convención existe una relación de unidad, no de jerarquía, en virtud del bloque de constitucionalidad; en palabras de Horacio Andaluz, las normas del bloque son tales por virtud de sus “cualidades intrínsecas”. Las cualidades intrínsecas (materia) que debe tener una norma para integrar el bloque de constitucionalidad son decididas por la propia Constitución.⁴⁶

Por ello, es improcedente la pretensión de inaplicar la Constitución (aplicando preferentemente la CADH, que es parte de la norma fundamental), en donde los accionantes no solo consideran que la Constitución se encuentra en antinomia con la CADH, sino, también, que sería contraria a los artículos 26 y 28 de la Constitución (texto formal). La SCP 32/2019 no se pronuncia sobre este último aspecto pero, de acuerdo con nuestra economía procesal constitucional y como se señaló, no se establece la posibilidad de plantear la acción de inconstitucionalidad contra la misma Constitución. Cabe recordar lo señalado en el artículo 72 del Código Procesal Constitucional (CPCo), que resalta un criterio de orden procesal (ya establecido en la Constitución): “Las Acciones de Inconstitucionalidad son de puro derecho y tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de toda norma jurídica incluida en una *Ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial que sea contraria a la Constitución Política del Estado*, a instancia de las autoridades públicas señaladas en este Código” (énfasis agregado).

3.3. Falta de desarrollo de los test de desigualdad y de razonabilidad de discriminación

Sobre el análisis de discriminación en el caso concreto se debería aplicar el test de razonabilidad de la desigualdad, desarrollado por la Sentencia Constitucional 49/2003 de 21 de mayo, así como el test de razonabilidad de la discriminación. Sin embargo, estos análisis no se llevan a cabo de manera efectiva, solo se mencionan superficialmente. La SCP se limita a señalar que, cuando se identifiquen acciones afirmativas o normas que, en la percepción de una persona o colectivo social, generen situaciones de discriminación, la jurisdicción constitucional debe someter dicha denuncia al test de razonabilidad de la discriminación, sin profundizar en su aplicación. En este contexto, se observa que el artículo 238.3 de la CPE establece una restricción de derechos para las autoridades electas, exceptuando expresamente al presidente y al vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia. Esta excepción revela, según los magistrados, una diferencia en los supuestos de hecho aplicables únicamente a estos dos cargos. Dado que las demás autoridades de esa misma

⁴⁶ Andaluz, *Aplicación judicial...*

categoría también son elegidas por voto popular y tienen la posibilidad de optar por la reelección, resulta inaceptable que existan diferencias en las causales generales de inelegibilidad entre unas y otras.

Lo aseverado no considera que todo tratamiento jurídico diferente no es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana por sí misma. En esa línea, la Opinión Consultiva OC-4/84 de la Corte IDH señaló:

No habrá pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.⁴⁷

Es decir, que si bien existe una distinción en el artículo 238.3 de la CPE, los accionantes y la SCP 32/2019 no demuestran que esta distinción lesione derechos objetivamente, de forma irracional; para ello se debió realizar el test de razonabilidad (no solo enunciar); además, debió precisarse cuáles son los derechos en colisión o tensión, lo que en el caso concreto no fue desarrollado por los accionantes ni por el razonamiento de la SCP referida.

3.4. Falta de precisión de la disposición convencional aplicable de forma preferente. Alcance del artículo 23 de la CADH: criterio de especialidad para resolver antinomias entre la Convención y la Constitución

Frente a este argumento, es preciso recordar lo establecido en el artículo 23 de la CADH,⁴⁸ referente a los derechos políticos:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegido; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e

⁴⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

⁴⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1144 UNTS 123, 22 de noviembre de 1969.

igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Habida cuenta de que los tratados de derechos humanos son normas de jerarquía constitucional, sus relaciones con las normas que integran el texto formal de la Constitución solo pueden definirse por un criterio de relacionamiento intranormativo de unidad. Esto significa que como no corresponde aplicar las metarreglas de jerarquía o temporalidad ante una aparente y eventual antinomia, el criterio para resolverla es la metarregla de especialidad.

Siguiendo el desarrollo teórico de Horacio Andaluz,⁴⁹ de presentarse una antinomia entre una norma del texto formal de la Constitución y una contenida en un tratado sobre derechos humanos, la resolución del conflicto consiste en interpretar el supuesto de hecho de la norma del texto formal como lo suficientemente general para cobijar el supuesto especial de la norma de fuente internacional, eliminando la antinomia con la aplicación de la metarregla de especialidad, esto es, la aplicación preferente a que hace referencia el artículo 256 de la CPE.

En este caso, la norma especial se encuentra en la disposición prevista en el artículo 238 de la Constitución del texto formal. No existe argumento de peso para establecer que el artículo 23 de la CADH introduzca una regla especial (favorable) sobre el supuesto de hecho referido a la renuncia a cargos electos, designados y de libre nombramiento; tampoco se estableció cuál es su contenido y alcance específico sobre el tema a partir de la interpretación realizada por la Corte IDH, como se señaló en el punto III.2.4. La Sentencia 32/2019 desarrolla otros contenidos del artículo 23 convencional que nada tienen que ver con la temática en cuestión, por lo que en este caso no corresponde la aplicación preferente de la CADH, dado que no cuenta con una disposición especial. En caso de existir una norma especial, no significa la inaplicación de la Constitución porque, como se explicó, existe unidad con el bloque de constitucionalidad.

3.5. En caso de otorgar otro contenido al artículo constitucional impugnado, corresponde la reforma de la Constitución

Finalmente, como se señaló, cuando se da una aparente antinomia entre la Constitución formal y las disposiciones de orden internacional en materia de derechos humanos, se aplica la norma especial (preferente) que puede estar contenida en

⁴⁹ Andaluz, *Aplicación judicial...*

una disposición de orden internacional, lo que no significa la inaplicación de la Constitución a título de favorabilidad; pero si la norma especial se encuentra en el texto formal de la CPE, y no en la CADH, y en el supuesto caso de que se esté en desacuerdo con el contenido de esta disposición del texto constitucional y no quepa ninguna interpretación conforme al bloque de convencionalidad, el único camino para modificar (reformular) su contenido es a través de la reforma de la Constitución, tal cual lo establece el artículo 411 constitucional.⁵⁰

Por lo que llegamos a la misma conclusión: la acción de inconstitucionalidad no puede ser planteada contra disposiciones de la misma Constitución en sentido amplio. La Sentencia 32/2019 debió observar este aspecto procesal que deriva en una cuestión de fondo.

Conclusiones

El principio pro persona o de favorabilidad debe ser entendido en un contexto específico, es decir, en función de un sistema constitucional. Este artículo ha demostrado la importancia de comprender la supremacía constitucional, el bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, ya que estos conceptos permiten entender cómo se configura el principio de favorabilidad en concreto.

La doctrina del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad nos enseña que, aunque existe un control difuso de convencionalidad, este debe ser aplicado en diferentes grados y de acuerdo con las competencias correspondientes. En el caso del Tribunal Constitucional, si pretende realizar un control de convencionalidad, puede hacerlo excluyendo una norma infraconstitucional contraria al bloque de constitucionalidad. Sin embargo, en ningún caso puede inaplicar la Constitución (determinar su invalidez); solo puede hacer una interpretación conforme a la CADH. Por otro lado, el resto de los operadores de justicia y la administración pública deben realizar el control de convencionalidad a través de la aplicación de la interpretación conforme; de no identificarse dicha interpretación, lo pertinente es promover la acción de inconstitucionalidad concreta, pues estos mecanismos sí están en el marco de sus competencias de acuerdo con el ordenamiento jurídico boliviano.

Finalmente, en el análisis del caso concreto se evidenció que no se aplicó correctamente el principio pro persona o de favorabilidad, ni el control de convencionalidad, ya que se determinó la invalidez de la norma suprema a título del principio de favorabilidad, lo cual no es correcto; se debió realizar una interpretación conforme de la CPE en el marco de la CADH. Así las cosas, 1) no fue pertinente que la acción de inconstitucionalidad abstracta se planteara contra la misma Constitución, y fue un error someterla a consideración de la ALP. 2) Se debió reconocer la unidad entre

⁵⁰ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

la Constitución y las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos, en una relación de especialidad, sin jerarquía entre ellas; no se debió resolver la antinomia intraconstitucional por jerarquía. 3) El artículo 238.3 de la CPE establece una condición que fue impugnada por ser supuestamente discriminatoria, pero ni el accionante ni la Sentencia 32/2019 fundamentaron cómo esta disposición vulnera el derecho a la igualdad. 4) No se consideró que los derechos no son absolutos, sino que pueden ser limitados razonablemente. Se debió demostrar que la condición establecida en el artículo 238.3 limitaba irracionalmente los derechos, ya que no toda distinción de trato es discriminatoria por sí misma. 5) En la parte dispositiva no correspondía decidir por la aplicación preferente del artículo 23 de la CADH, ya que no contiene una disposición especial que precise un derecho más favorable; se observa que solo se enuncia el principio, pero no se argumenta su materialización en el caso concreto. 6) La acción de inconstitucionalidad abstracta no es un mecanismo adecuado para cambiar (reformular) el contenido del artículo 238 constitucional; para ello, debieron considerarse los procedimientos de reforma constitucional.

Bibliografía

DOCTRINA

- ABREGÚ, Martín y Christian COURTIS (Eds.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, 1997.
- ANDALUZ, Horacio. *Aplicación judicial de la constitución*. Bolivia: Editorial El País, 2011.
- ARIAS, Boris. *Introducción al análisis de la jurisprudencia*, vol. 45. En *Colección Jurídica*. Bolivia: Editorial El País, 2018.
- AMAYA, Álvaro. “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del estado”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 5 (2005): 337-380.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. *Estudios Constitucionales* 9, n.º 2 (2011): 531-622.
- HART, Herbert. *El concepto de derecho*, 2.^a ed. Traducido por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- KANT, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Madrid: Gredos, 2022.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. San José: IIDH, 1998.

NORMAS Y JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, promulgada el 7 de febrero de 2009.

- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Pacto de San José, 22 de noviembre de 1969, *Gaceta Oficial* 9460, 11 de febrero de 1978.
- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.
- CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 154.
- CORTE IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 158.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva 7/86, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1. y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 29 de agosto de 1986.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019 de 9 de julio, Acción de Inconstitucionalidad Abstracta, Expediente 28497-2019-57-AIA.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Sentencia Constitucional Plurinacional 2233/2013 de 16 de diciembre.