



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL

**LA ÚLTIMA REFORMA CONSTITUCIONAL EN
BOLIVIA. ACTIVISMO JUDICIAL POR MEDIO DEL
RECURSO DE AMPARO**

TESIS DOCTORAL QUE PRESENTA D^a SORAYA SANTIAGO SALAME

**BAJO LA DIRECCIÓN DE LA DOCTORA D^a ÁNGELA FIGUERUELO
BURRIEZA**

EN EL MARCO DEL CURSO DE DOCTORADO

“PASADO Y PRESENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS”

**D^a Ángela Figueruelo Burrieza
DIRECTORA**

**D^a Soraya Santiago Salame
DOCTORANDA**

SALAMANCA 2010

Para Aitana.

Porque estoy segura que esta es la primera de las muchas cosas, que si Dios así lo permite, haremos juntas en la vida. A ella le dedico este trabajo porque sin duda alguna, su llegada a este mundo le ha dado el mayor y mejor sentido a mi vida.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	vi.
INTRODUCCIÓN	ix.

CAPÍTULO I EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

	Pág.
I.1. Orígenes.-	1
I.2. Formulación de la Teoría sobre la Separación de Poderes.-	5
I.3. El Principio de Separación de Poderes en el Estado Democrático.-	8
I.4. El Principio de Supremacía Constitucional.-	10
I.5. El Guardián de la Constitución. Un debate sobre el Principio de Separación de Poderes.-	14
I.6. Orígenes del Control de Constitucionalidad de las Leyes.-	17
a) Control jurisdiccional de constitucionalidad en los países de Régimen Administrativo y especialmente en Francia.....	18
b) El Sistema Norteamericano o Difuso.....	21
c) El Modelo Europeo-Continental de Control Jurisdiccional de Constitucionalidad o Sistema Concentrado.....	24
I.7. Justicia Constitucional Difusa o Concentrada: La Posible Solución de las Discrepancias.-	26
a) Jurisdicción Descentralizada y no especializada.....	27
b) Jurisdicción Descentralizada y Especializada.....	27
c) Jurisdicción Centralizada y no Especializada.....	28
d) Jurisdicción Centralizada y Relativamente Especializada.....	28
e) Jurisdicción Centralizada y Especializada en un Tribunal único....	28
I.8. Breve Referencia a la Justicia Constitucional y la Protección de los Derechos Fundamentales.-	31

CAPÍTULO II EL ACTIVISMO JUDICIAL: UNA OPCIÓN ADECUADA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

II.1. De la Interpretación Jurídica a la Interpretación Constitucional.-	38
II.2. El Activismo Judicial a la hora de interpretar la Constitución.-	51
II.3. Posiciones en torno al Activismo Judicial a la hora de interpretar la Constitución.-	57
II.3.1. Sobre la supuesta quiebra del Principio de Separación de Poderes a causa de la interpretación del Juez Constitucional.	58
II.3.2. Sobre el papel interpretativo del Juez Constitucional.	68
II.4. El Activismo Judicial y la Protección de los Derechos Fundamentales.-	75
II.4.1. El Juez Constitucional a la hora de tutelar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	81
II.4.2. Cuando el Juez legal asume las funciones de Juez Constitucional.	93

**CAPÍTULO III
CONFIGURACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
BOLIVIANA**

III.1. Breve introducción a la División del Poder Público en Bolivia.-	101
III.2. El Control de Constitucionalidad en Bolivia previo a la creación del Tribunal Constitucional.-	103
a) Control por el Órgano Legislativo.	104
b) Control por un Organismo Especial (1831-1838).	105
c) Vacío en el Control de Constitucionalidad (1839 a 1851).	105
d) Control Difuso de Constitucionalidad (1861 a 1938).	106
III.3. El Control de Constitucionalidad en Bolivia después de la creación del Tribunal Constitucional.-	109
III.4. El Control de Constitucionalidad en Bolivia: Difuso, Concentrado ó Mixto.-	113
III.5. Estructura Orgánica del Tribunal Constitucional.-	118
III.6. Sobre la limitada Independencia del Tribunal Constitucional.-	121

III.7. Funciones y Atribuciones del Tribunal Constitucional.-	124
III.7.1. Control de la normatividad.	125
III.7.2. Control del Ejercicio del Poder Político.	131
III.7.3. Control de los Derechos Fundamentales.	133
III.8. Los Derechos Fundamentales en la Constitución Boliviana.-	135
III.9. Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Boliviano.-	141
III.10. Principios sobre los que se estructura la Justicia Constitucional Boliviana.-	147
III.10.1. Principio de Presunción de Constitucionalidad.	147
III.10.2. Principio de Conservación de la Norma.	148
III.10.3. Principio de Obligatoriedad.	149
III.10.4. Principio de Publicidad, Gratuidad y Celeridad.	150
III.10.5. Vinculatoriedad de las Sentencias Constitucionales.	152
III.11. Fricciones generadas por la creación del Tribunal Constitucional en Bolivia.-	154
III.11.1. Tribunal Constitucional: Legislador Positivo, Negativo ó Contralor de la Constitucionalidad en Bolivia.	156
III.11.2. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Flexible Contradictoria.	161

**CAPÍTULO IV
LUCES Y SOMBRAS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN
BOLIVIANA**

IV.1. El nuevo modelo de Estado Boliviano Plasmado en la Constitución.-	170
IV.1.1. El Proceso Constituyente.	172
IV.1.2. La eliminación de la República como base de la organización del Estado.	176

IV.1.3. El Estado Plurinacional Comunitario.	190
IV.2. La nueva Estructura Social Boliviana.-	202
IV.2.1. La Clasificación de Bolivianas y Bolivianos de la Nueva Constitución.	215
IV.2.2. Las Contradicciones Sociales en los Escenarios de Participación Nacional.	221
IV.2.3. Breve Referencia a la Participación Social en los Órganos del Poder Constituido.	223
IV.2.4. Referencia a la Participación Social en el Poder Judicial.	227
IV.2.5. Procedimiento de Reforma de la nueva Constitución.	230
IV.3. Un repaso a las Reformas introducidas en la Justicia Ordinaria Boliviana.-	238
IV.4. El Tribunal Constitucional Plurinacional como defensor de la Constitución y protector de los Derechos Humanos.-	242
IV.4.1. Atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional.	245
IV.4.2. Sobre la Independencia y el Carácter Plurinacional de Tribunal Constitucional.	252
IV.4.3. El Nuevo Sistema de Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional.	255
IV.5. Los Derechos Fundamentales en la nueva Constitución.-	262
IV.5.1. Visión General a la Situación de los Derechos Humanos en la nueva Constitución.	267
IV.5.2. Algunas Contradicciones en Materia de Derechos Fundamentales en la nueva Constitución.	273
IV.5.3. Sobre la Catalogación de Derechos Fundamentales en la nueva Constitución.	277

CAPÍTULO V

EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN BOLIVIA

(LOS POSIBLES CAMBIOS TRAS LA REFORMA
CONSTITUCIONAL)

V.1.	Una Introducción Necesaria.-	281
V.2.	Breve referencia histórica del Recurso de Amparo Constitucional.-	282
	V.2.1. Antecedentes del Recurso de Amparo.	284
	V.2.2. Naturaleza Jurídica del Recurso de Amparo.	287
V.3.	Incorporación del Recurso de Amparo Constitucional al Sistema Procesal Boliviano.-	293
V.4.	Normas que regulan la tramitación del Recurso de Amparo Constitucional en Bolivia.-	295
	V.4.1. Constitución Política del Estado.	296
	V.4.2. Ley del Tribunal Constitucional N° 1836.	305
V.5.	Naturaleza Jurídica del Recurso de Amparo Constitucional en Bolivia.-	314
	V.5.1. El Amparo Constitucional es una Garantía Constitucional de Carácter Jurisdiccional.	314
	V.5.2. El Amparo Constitucional es un Recurso Extraordinario.	316
	V.5.3. El Amparo Constitucional es de Naturaleza Subsidiaria.	318
	V.5.4. El Amparo Constitucional está Regido por el Principio de Inmediatez.	320
	V.5.5. El Amparo Constitucional no Reconoce Fueros, Privilegios, ni Jerarquías.	323
V.6.	Sistema de Protección de los Derechos Humanos mediante el Recurso de Amparo Constitucional en Bolivia.-	325
	V.6.1. Modelo de Protección de los Derechos Humanos mediante el Recurso de Amparo Constitucional con la Constitución de 1994.	326
	V.6.2. Modelo de Protección de los Derechos Humanos mediante la Acción de Amparo Constitucional en la nueva Constitución.	329

CAPÍTULO VI

**EL ACTIVISMO JUDICIAL DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL BOLIVIANO EN LA PROTECCIÓN DE
DERECHOS FUNDAMENTALES MEDIANTE EL RECURSO
AMPARO CONSTITUCIONAL**

VI.1. Algunos matices de la Jurisprudencia Constitucional Boliviana en materia de Recurso de Amparo.-	338
VI.1.1. Sobre el Bloque de la Constitucionalidad en Bolivia.	340
VI.1.2. El Recurso de Amparo entre la Jurisdicción Constitucional y la Ordinaria. Un debate sobre la cosa juzgada.	343
VI.1.3. El Debido Proceso en el Activismo de la jurisprudencia constitucional.	360
VI.2. La Doble Dimensión de la Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.-	377
VI.3. La tutela de los Derechos Fundamentales a través del Amparo Constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.-	385
VI.3.1. Derecho a la Vida, la Salud y la Seguridad.	389
VI.3.2. Derecho de Asociación.	397
VI.3.3. Derecho al Trabajo.	399
VI.3.4. Derecho a la Educación.	405
VI.3.5. Derecho de Petición.	411
VI.3.6. Derecho de Propiedad.	415
VI.3.7. Derecho a la Seguridad Social.	422
VI.4. Algunos apuntes finales sobre el Activismo del Tribunal Constitucional Boliviano.-	429
CONCLUSIONES.-	434
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.-	459
ANEXOS.-	SSS.

ABREVIATURAS

ONU	Organización de las Naciones Unidas.
OEA	Organización de Estados Americanos.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
UE	Unión Europea.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
FCE	Fondo de Cultura Económica
IEAL	Instituto de Estudios de Administración Local
IVAP	Instituto Vasco de Administración Pública
LFB	Ley Fundamental de Bonn
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
CPE.94	Constitución Política del Estado de Bolivia de 1994
NCPE	Nueva Constitución Política del Estado de Bolivia
LTC	Ley del Tribunal Constitucional boliviano
NCPP	Nuevo Código de Procedimiento Penal de Bolivia
CE	Constitución Española.
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
MAS	Movimiento al Socialismo

CEC	Centro de Estudios Constitucionales.
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
REP	Revista de Estudios Políticos.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RCG	Revista de Cortes Generales
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
STCRFA	Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México

INTRODUCCIÓN

Acertadamente advierte el Dr. Pedro DE VEGA GARCÍA¹ que no cabe hablar de justicia democrática y de sociedades libres cuando en ellas no se aprecian ni la democracia ni la libertad. Hemos deseado comenzar con esta reflexión porque el objeto que impulsa y da vida a esta investigación doctoral es justamente la preservación de la justicia constitucional en Bolivia. Y es que si por algo se caracteriza el Estado Constitucional posbélico es por haber sabido armonizar una serie de elementos de diversas procedencias bajo un único paraguas que ha dado lugar a lo que hoy conocemos como Constitucionalismo moderno en el que la Constitución viene a ser la institución suprema que rige el actual Estado de Derecho Constitucional.

De este modo, el concepto de Constitución ha variado significativamente desde la antigüedad hasta nuestros días. Ciertamente han tenido que pasar más de 2000 años en la evolución del pensamiento político de la humanidad, pasando por repúblicas, monarquías, revoluciones, democracias, guerras y otros escenarios para que volvamos la vista al pensamiento de los antiguos con el fin de darnos cuenta de que el concepto de Constitución lleva dentro de sí la raíz del equilibrio de los diferentes poderes en el ámbito de la estructura del Estado.

Por todo ello, en el primer Capítulo de esta investigación intentaremos demostrar que la mejor forma de gobierno es el gobierno equilibrado y, que el mismo sólo se puede concretar con el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y el respeto al principio de la separación de poderes, dando así plena vigencia al Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Cabe advertir, sin embargo, que lo anterior de nada serviría si el diseño constitucional no es el apropiado para cada situación particular. En tal sentido la implementación y aplicación de los mecanismos de control político idóneos tendrán que constituirse en soporte de la separación de poderes, para convertirla en un imperativo del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

¹ DE VEGA GARCÍA P., “Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis del Principio Democrático en el Constitucionalismo actual”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) N° 100 abril-junio 1998.

De ahí, que podamos afirmar que en la actualidad y concretamente en lo que se refiere a cualquier forma de gobierno, el problema del control político es ahora una cuestión que indudablemente debe dilucidarse en todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Cabe advertir, sin embargo, que ello dependerá de la idea que se tenga de los diferentes mecanismos de control político que es lo que concierne a nuestra investigación, concretamente el control de constitucionalidad que, para ser efectivo, debe estar apostado en una forma de gobierno que sea completamente compatible con su esencia, su naturaleza y sus propios fines, ya que de no ser así, ni el control de constitucionalidad, ni la forma de gobierno y, mucho menos, el modelo de Estado serían democráticos.

En este contexto, nuestra investigación intenta demostrar la necesidad de la existencia del control de constitucionalidad dentro de la estructura del Estado Democrático Constitucional de Derecho. Sin embargo, el problema surge a la hora de efectuar la interpretación constitucional; labor esta en la que indudablemente convergen el poder legislativo y la jurisdicción constitucional por lo que se hace necesaria una delimitación de competencias difícil de llevar a cabo debido a los vasos comunicantes existentes entre una y otra función y los límites difusos que las separan. Y es que es la propia versatilidad del juez constitucional la que le coloca como órgano intermedio entre el poder ejecutivo y poder judicial; dotándole en forma combinada de las características propias de cada uno de dichos poderes: la politicidad del ejecutivo y la jurisdiccionalidad del poder judicial.

Por esta razón, la única opción lógica es la de asumir que la naturaleza y alcances de la justicia constitucional otorgan al Constitucionalismo de nuestros días una dirección y características inéditas. Así la imagen kelseniana del legislador negativo resulta inadecuada para dar cuenta de una realidad en la que la jurisprudencia constitucional se ha convertido en fuente positiva de criterios interpretativos de alcance general y vinculante. Se parte, pues, del entendimiento de que gracias al control de constitucionalidad efectuado por los órganos constitucionales, se ha pasado del Estado legal de Derecho, que gravitaba en torno a la idea del imperio de la ley, al actual Estado Constitucional, Democrático y de Derecho que lo hace en torno al carácter normativo de la Constitución.

Ahora bien, el proceso no es tan sencillo, entre otras cosas, porque esa evolución cultural no se produce en forma homogénea e indiscutida. Por el contrario, si no en todos, si se da en muchos de los casos, como resultado de contraposiciones entre posturas encontradas, y de un debate intelectual y político de mayor o menor intensidad. Siendo el ámbito de mayor discusión el de los derechos fundamentales o mejor dicho, es dentro del terreno de protección de los derechos fundamentales donde más se ha cuestionado la labor interpretativa del juez constitucional.

Por esta razón, en la actualidad el campo de estudio de las relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial, en general, y la jurisdicción constitucional en particular, hace que nos planteemos temas como el activismo judicial. De esta manera, en el Capítulo II de nuestra investigación nos encontramos ante un indudable desafío como es el reconocer que la garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales representa una exigencia insoslayable derivada del principio de supremacía constitucional y del concepto de Constitución normativa. En este sentido la función protectora de la justicia constitucional es el único instrumento eficaz frente a cualquier atentado contra los derechos fundamentales.

Estas son algunas de las reflexiones que estarán presentes en el curso de este Capítulo, lo que explica que nuestra intención primordial sea demostrar que hoy en día toda la significación de los derechos fundamentales está en dirigirse contra posibles abusos de las mayorías y es precisamente el Tribunal Constitucional quien puede ofrecer garantías eficaces frente al riesgo notorio de un aplastamiento de las minorías y de una destrucción de estos derechos, en los que radica la posibilidad misma de la democracia.

Es así que el Tribunal Constitucional se presenta como última garantía de la separación de poderes y como salvaguarda final de los derechos y libertades, pues viene a ser el órgano encargado de afirmar la primacía de la Constitución y realizar junto con ella la decisiva función integradora que se muestra en la afirmación de unos valores que sustentan y orientan el proceso integrador.

Por otro lado, hemos observado que la función creadora de la que la propia Constitución ha dotado a la jurisdicción constitucional, ha ocasionado un nuevo debate, esta vez con el poder judicial, precisamente, en lo que se refiere al control de constitucionalidad de los derechos humanos mediante garantías constitucionales como el amparo constitucional, más aún en los casos de Bolivia y España, en que tanto la jurisdicción ordinaria como la constitucional son competentes para conocer la tramitación de este recurso. Por lo que nuevamente se ha cuestionado la necesidad de contar con un órgano único que realice el control de constitucionalidad concentrado cuando en la práctica a través de mecanismos constitucionales como el amparo se está adoptando un control de constitucionalidad difuso. Sin embargo, en la actualidad como hemos podido constatar, la doctrina cada vez se muestra más proclive al reconocimiento de la superación de la alternativa Sistema Difuso-Sistema Concentrado combinando ambos sistemas y evolucionando hacia un sistema común.

Finalmente, terminamos el Capítulo II plasmando lo que a nuestro criterio se puede catalogar como la principal discrepancia y a su vez motivo de distanciamiento existente, hoy en día, entre justicia ordinaria y constitucional que se ha dado justamente por la diferencia que existe entre positivismo y constitucionalismo. Concretamente porque bajo el constitucionalismo subyace una concepción no positivista del derecho, mientras que bajo el positivismo se encuentra una concepción legalista del mismo, lo cual pocas veces redundará en beneficio de la Constitución ya que existe el riesgo de que el juez se incline por la legalidad antes que por la constitucionalidad.

En este sentido, el objetivo que con este estudio perseguimos viene dado por la necesidad de contribuir a demostrar la importancia que ha tenido la creación, hace una década, de la justicia constitucional en Bolivia. Para ello, primeramente en nuestro Capítulo III realizamos un análisis detallado de lo que fue la división del poder público en Bolivia y el control de constitucionalidad antes de la implementación del Tribunal Constitucional para, posteriormente, establecer los cambios que supuso no solamente en el ámbito judicial, sino también en el político y social, la incorporación de un órgano especializado de control de constitucionalidad en Bolivia. Finaliza este Capítulo con una necesaria referencia al momento previo al proceso constituyente mediante el cual se reformó íntegramente, no sólo la Constitución boliviana sino la noción de Estado y la

concepción de justicia constitucional que coincidiendo con la del mundo occidental democrático, se tenía en Bolivia.

Es bajo el prisma de esta aguda realidad que durante el Capítulo IV analizamos todo este proceso de transformación que a lo largo estos últimos años viene afrontando Bolivia. Es también en este punto donde surge uno de los principales motivos por los cuales esta investigación se ha desarrollado en España ya que, como tendremos ocasión de advertir a lo largo de las páginas que siguen, en Bolivia actualmente, y tememos que por algunos años, será muy difícil, por no decir imposible, que algún trabajo de tipo académico que pretenda desarrollar el proceso constituyente boliviano desde una posición crítica al gobierno actual, pueda ver la luz por dos razones fundamentales: la primera porque en ninguna etapa del referido proceso se llevó a cabo la redacción y aprobación de un documento que haya sido consensuado por todos los partidos políticos. Es más la confrontación de ideas fue muy pobre, tanto en proporción inversa, como lo fueron las campañas de desprestigio a la ya desgastada imagen de los políticos bolivianos. En consecuencia, demás está decir, que el pacto social y político adoptado y expresado por la nueva Constitución, no fue el resultado de la concurrencia de todos los sectores y actores sociales y políticos representados en la Asamblea Constituyente. Dicho de otra manera no fue un pacto de inclusión, sino de exclusión. Situación que provocó que varios ciudadanos bolivianos, entre ellos, altas autoridades judiciales, empresarios privados, alcaldes, constitucionalistas, periodistas, sindicalistas regionales, etc., que se habían mostrado críticos frente a la posición gubernamental durante todo el proceso constituyente, fueran presionados para dimitir de sus cargos, desposeídos de sus bienes, perseguidos, detenidos y en algunos casos desaparecidos. Por lo que demás está decir que la libertad de expresión en Bolivia en este momento es una asignatura pendiente.

El segundo motivo, que nos impulsa a desarrollar este trabajo en España, aunque íntimamente relacionado con el anterior, se refiere a las fuentes empleadas para realizar nuestra investigación que como se podrá evidenciar han sido en su mayoría doctrinales, legislativas y jurisprudenciales. Con referencia a las fuentes doctrinales se debe hacer notar que las mismas en gran parte han sido europeas y en especial españolas debido al abundante material que existe en este país sobre el control político, control de

constitucionalidad y amparo constitucional. Lamentablemente en Bolivia al ser la jurisdicción constitucional un tema relativamente reciente no se ha generado mucha doctrina al respecto. Sin embargo, se ha consultado gran parte del material existente sobre el tema que nos ocupa, supliéndose esta falta con el aporte de trabajos de varios autores extranjeros que se han ocupado de la justicia constitucional boliviana. Respecto a las actas de debates del proceso constituyente boliviano, cabe advertir que las mismas fueron destruidas en la toma de la sede de funciones de la Asamblea Constituyente, por seguidores del gobierno actual una vez aprobada la nueva Constitución. En este sentido, como desarrollamos ampliamente en el Capítulo IV de esta investigación, ninguno de estos documentos fue utilizado para la redacción final del nuevo texto constitucional. Sin embargo, cabe advertir que hemos tenido acceso a alguno de los borradores de los referidos debates constituyentes, que constan en los anexos de este trabajo, como referencia documentada.

Ahora bien, no es nuestra intención, por lo menos en esta investigación, recordar el largo y azaroso camino por el que ha venido transitando Bolivia para conseguir su libertad política, y no sólo desde sus inicios como Nación independiente con respecto a la Madre Patria, España, sino principalmente desde los momentos y sucesos posteriores a la fundación de la República de Bolívar, hoy Bolivia. Ya que juntamente con la nueva República nació un movimiento denominado Caudillismo Militar que tuvo como paradigma al propio Libertador Simón Bolívar y a partir de éste a otros muchos, entre los que se pueden contar diversos gobiernos militares, algunos de los cuales, escribieron las páginas más sombrías de la historia boliviana. Es por esto que, no es extraño que sea precisamente Bolivia el país sudamericano que más golpes de Estado ha soportado hasta la fecha.

Efectivamente, este lapso histórico se distinguió por la inestabilidad en un sistema de gobierno autoritario, los constantes levantamientos regionalizados, la pugna material por el poder, el enfrentamiento de líderes militares y sus milicias de seguidores. La separación de Poderes se estableció en todas las Constituciones bolivianas, pero la Constitución era nominal; el órgano ejecutivo, con nombre y apellido, concentraba y monopolizaba el poder público. El sistema de frenos y contra pesos nunca se aplicó,

aunque los órganos de gobierno estuvieron conformados ocasionalmente, el único peso válido era el plomo que llevaban las milicias del caudillo.

Tampoco es este el momento, ni aunque así se pretendiera, para recordar que desde 1982, Bolivia viene transitando el sendero de la construcción democrática, partiendo de un profundo proceso de reformas estructurales mediante las cuales el Estado boliviano ha intentado modernizarse, dotándose de la infraestructura institucional que le permitiese cumplir con todas sus funciones. Sin embargo, paradójicamente, cuando el clima de calma había llegado a Bolivia, a partir del año 2001, una serie de enfrentamientos departamentales, a la cabeza del entonces dirigente cocalero y hoy Presidente de Bolivia Evo Morales Ayma, intentaron desestabilizar al gobierno; logrando su objetivo el 13 de octubre de 2003, fecha en la que el entonces Presidente boliviano Gonzalo Sánchez de Lozada presentó su dimisión al cargo y abandonó el país por la presión de los sectores sociales. Fue así que, después de un proceso de transición, el 22 de enero de 2006 tomó posesión como Presidente Evo Morales Ayma; proclamándose a sí mismo como el primer “Presidente Indígena de Bolivia”.

Precisamente en estas circunstancias y después de un irregular proceso constituyente y un cuestionado referéndum el 25 de enero de 2009 se aprobó la nueva Constitución boliviana en un cuartel militar y sin la presencia de los constituyentes opositores, con la premisa fundamental por parte de sus impulsores de terminar con el anterior sistema de Estado, basado en su opinión, en la prebenda, la exclusión, la corrupción, la intolerancia, el cuoteo, la prepotencia, la entrega de los recursos naturales, la impunidad, la violencia, el neoliberalismo, la arrogancia, el racismo, el favoritismo, la xenofobia, el sexismo, el colonialismo, la mentira, la pobreza, los negociados, el separatismo, etc. Salvo algún término polisémico, todas son categorías con las que es imposible estar de acuerdo, y refuerzan el concepto de la necesidad del cambio. Ahora bien, se supone que todo el trabajo político estratégico del actual gobierno ha estado orientado a lograr este cambio.

Por todo ello, a lo largo del Capítulo IV analizaremos las modificaciones que el nuevo texto constitucional efectúa en la administración de la justicia en general y de la justicia constitucional en particular. De igual forma, aunque de manera más breve, detallaremos

todo el proceso constituyente en Bolivia que tuvo como motivo principal la definición histórica que se había hecho de la estructura social boliviana como heterogénea y la no inclusión de los pueblos indígenas originarios al sistema constitucional del Estado. Ahora bien, la reforma constitucional de 1994 pretendió reparar esa injusticia histórica definiendo la estructura social del Estado boliviano como multiétnico y pluricultural. Recuperándose, de este modo, la noción de que Bolivia es el producto del encuentro de múltiples raíces o matrices societales y que, por lo mismo, supone la coexistencia de diversas construcciones sociales tanto en lo referido a sus condiciones materiales, como a sus instituciones, valores y creencias. Si bien es cierto, que con dicho reconocimiento no se superaron integralmente los problemas de exclusión y marginación social y económica, la mencionada reforma constitucional constituyó un intento serio de establecer una política de inclusión, es decir, una voluntad política del Estado para incorporar e integrar los pueblos indígenas originarios a la estructura social, económica, política y jurídica del sistema constitucional boliviano, faltando sólo aprobar las leyes pertinentes para desarrollar esta normativa constitucional.

En el contexto anterior, es evidente, que los ideólogos de la nueva Constitución buscaron zanjar definitivamente el problema de la no inclusión de los sectores indígenas en la estructura social del Estado reformulando la definición y articulación de la estructura social; misma que, según el Preámbulo de la nueva Constitución, tiene su base de sustentación en "*... el respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra*". Sin embargo, el nuevo texto constitucional lejos de superar el problema histórico de la marginación y exclusión solamente cambia de sujetos y actores, pues los que en el pasado fueron objeto de exclusión y marginación se consolidarán en el ejercicio del poder político; es más, tendrán hegemonía, y los restantes bolivianos y bolivianas que fueron parte de la estructura social del Estado serán excluidos y marginados.

Ahora bien, como hemos señalado al empezar esta exposición, las causas y los motivos que dieron origen en Bolivia a esta nueva forma de Estado, que en nuestra opinión esta muy lejos de ser democrática, no pueden o no deben ser estrictamente abordadas en esta investigación porque seguramente no seríamos lo suficientemente imparciales para desarrollar un estudio sobre este tema. Lo que es ineludible comentar, sin embargo, es

que al configurarse el nuevo Estado boliviano sobre la base de un sistema jurídico plural creado y generado por las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, antepuesto al Derecho estatal; es obvio que surjan una serie de interrogantes que muevan a la reflexión. Por ejemplo: ¿cuál es el sistema jurídico de las comunidades campesinas, es decir, cuál es el Derecho creado y generado por éstos colectivos humanos? ¿cuáles son esas naciones y pueblos indígenas originarios campesinos?; cuáles son las diferencias entre naciones y pueblos originarios; entre pueblos originarios y pueblos no originarios y comunidades campesinas? ¿cuáles serán las repercusiones que tendrá la implementación de la jurisdicción comunitaria en Bolivia? Por otro lado, con relación al sistema judicial boliviano, el nuevo texto constitucional define que la función judicial se ejerce a través de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción originaria campesina, mismas que tienen igual jerarquía. Se entiende entonces que la primera se ejerce por el Estado, a través de los tribunales y jueces establecidos por la Constitución y las leyes y la segunda por las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos?

Por último, y con relación a la jurisdicción constitucional hemos podido observar que la nueva Constitución, además de convertir al Tribunal Constitucional en un órgano plurinacional, no sólo mantiene a éste dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial; sino que, a diferencia de la Constitución de 1994, en la que se proclamaba la independencia orgánica y funcional de la judicatura constitucional, el nuevo texto no hace referencia alguna a esa independencia. Con lo que nos preguntamos ¿no estamos ante una estrategia gubernamental para mantener al Tribunal Constitucional formalmente en la estructura institucional del Estado y luego anularlo materialmente en su función de ejercer el control de constitucionalidad?

Estas son algunas de las ideas y reflexiones que estarán presentes durante todo este Capítulo; lo que explica nuestra intención, en la medida de nuestras posibilidades, de disipar estas incógnitas una a una. Para lo cual partimos del entendimiento básico de que el control de constitucionalidad, como subespecie del control político, es imprescindible en cuanto reconocimiento y garantía de los derechos y libertades del individuo sobre todo frente a los poderes públicos. De esta suerte, es que actualmente se haya pasado de una concepción de la democracia como simple ejercicio del poder por el

pueblo al entendimiento de la democracia como garantía de la libertad. El control de constitucionalidad, entonces, no sólo es un elemento más dentro del Estado Constitucional de Derecho, sino que también es una garantía del mismo. En este entendido, sea cual fuese el país o el sistema político de que se trate, la realización del control de constitucionalidad no sólo tiene que ser posible, sino también garantizado, ya que es precisamente este objetivo el que avala al Estado Constitucional Democrático de Derecho.

En síntesis, si en nuestra investigación hemos hecho mención al actual contexto político y social boliviano, así como a sus antecedentes más inmediatos, ha sido con el fin de que ello nos ayude a comprender la importancia que tiene para un Estado Constitucional Democrático de Derecho el control de constitucionalidad. En nuestro caso a través del Tribunal Constitucional boliviano que en su faceta de control de los derechos fundamentales, a través de garantías constitucionales como el recurso de amparo constitucional dio concreción normativa a los derechos fundamentales con las declaraciones más recientes en el contexto internacional y con las tendencias del Constitucionalismo contemporáneo.

Por todo ello el contenido del Capítulo V de nuestro trabajo se dedica a abordar el recurso de amparo constitucional en Bolivia: sus antecedentes históricos, su tramitación y naturaleza jurídica desde una faceta doctrinal. Posteriormente abordamos los cambios que ha introducido en la tramitación de éste la nueva Constitución, haciendo un análisis normativo sobre el objeto protegido por el recurso de amparo encaminado a dilucidar cuáles son los derechos susceptibles de protección por medio de esta garantía procesal en Bolivia y las posibles consecuencias de la reforma constitucional para la tramitación del mismo.

Tales son en síntesis, los puntos sobre los que se desenvuelve el citado Capítulo V, en los que trataremos de responder algunas interrogantes como: ¿Es el amparo constitucional la vía idónea para tutelar derechos fundamentales? ¿es posible a través del mismo tutelar derechos sociales? ¿Qué transformaciones trajo para la estructura del ordenamiento jurídico boliviano la revisión de sentencias con aparente calidad de cosa

juzgada mediante esta garantía constitucional? y otras tantas que intentaremos aclarar en la medida de nuestras posibilidades.

De esta forma, en el Capítulo VI, a partir de la evidencia arrojada por nuestra investigación y a través de un análisis exhaustivo de la jurisprudencia en materia de amparo constitucional en Bolivia, observaremos cómo a partir del inicio de sus labores el Tribunal Constitucional a través del activismo judicial, ha venido contribuyendo de manera decisiva, a la vigencia plena de la Constitución como ley suprema del ordenamiento jurídico del Estado, y con ella a la vigencia del sistema constitucional y el fortalecimiento del régimen democrático de gobierno; así como al resguardo de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Convirtiéndose, de esa forma, en el factor de equilibrio en el ejercicio del poder público del Estado boliviano.

Finalmente debemos señalar que para desarrollar nuestra investigación hemos aplicado el Método Analítico-Descriptivo, a través del cual hemos hecho un repaso histórico a la evolución del control político y el control de constitucionalidad a través de sus diferentes formas históricas. Se ha aplicado también en la integridad de todo este trabajo el Método Comparativo, lo cual nos ha permitido acudir en todo momento a la Doctrina y Legislación europea y sobre todo española con el fin de cubrir las falencias de ambas disciplinas en Bolivia.

Esta investigación, por lo tanto, busca contribuir a la consolidación de la justicia constitucional boliviana mediante la preservación de la jurisprudencia sentada a lo largo de estos últimos diez años por el Tribunal Constitucional; que después de la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, no sabemos a ciencia cierta el destino que correrá. Porque si bien está claro que la nueva Constitución fue aprobada mediante referéndum nacional por la mayoría de los ciudadanos bolivianos, también es cierto que la democracia no es el gobierno de la voluntad de la mayoría, ya que la democracia es una forma de gobierno en la que existen poderes balanceados y métodos de control que limitan el poder del gobernante. Porque una mayoría también puede gobernar de forma tiránica.

En este entendido, consideramos que hoy en día en Bolivia es posible afirmar que la jurisdicción constitucional es una función absolutamente necesaria en un Estado de Derecho y que el Tribunal Constitucional es así la única garantía jurisdiccional sin la que no hay un verdadero Estado Constitucional Democrático de Derecho que lejos de ser una negación al primero constituye un perfeccionamiento del mismo.

Por último deseo agradecer a la Universidad de Salamanca por haberme brindado la oportunidad de realizar mis estudios de postgrado. A las Facultades de Derecho y Geografía e Historia por haberme acogido en sus aulas y a todos los Profesores que tuve el privilegio de conocer a lo largo de este tiempo por su evidente vocación docente y su gran calidad humana.

Mi más profunda admiración, cariño y gratitud para mi maestra y directora D^a Ángela Figueruelo Burrieza, que con su generoso espíritu de maestra supo aliviar todas las dificultades que se nos presentaron durante estos años, en especial en los momentos de desaliento o cansancio con palabras de invaluable estímulo a quien escribe estas páginas. Suyo es, pues, el mérito de que esta investigación vea la luz. En consecuencia, puedo decir que soy una de las afortunadas que no sólo tuvo la oportunidad de ser encaminada por una excelente constitucionalista española sino y sobretodo que recogió las virtudes y beneficios de un extraordinario ser humano.

Agradezco también a mi madre por el ejemplo que ha sido siempre su vida profesional y personal para quien escribe estas líneas, ya que gracias a ella, sin duda, desde pequeña aprendí a amar no solamente el mundo del Derecho sino y sobre todo el de la justicia.

Mi más profundo agradecimiento a mi maestro y amigo, Doctor René Baldivieso Guzmán, que desde que nos conocemos me ha guiado y apoyado siempre, tanto a nivel profesional como personal. De la misma manera toda mi gratitud al Doctor José Antonio Rivera Santiváñez, de cuya devoción por la investigación y el estudio me he sentido impregnada siempre.

Así también debo hacer patente mi total agradecimiento a Andreu Estela Barnet a quien tuve la suerte de conocer en la Escuela Judicial de Barcelona, cuando me encontraba

recopilando material para elaborar este trabajo. Pues sin duda está entre las mejores personas que he tenido la fortuna de conocer en España.

No quiero dejar de agradecer al personal de la Biblioteca de las Facultades de Derecho y de Informática y Telecomunicaciones, en especial a María Ángeles Hernández Hernando quien en todo momento me brindo su cooperación, apoyo y amistad.

Agradezco también el cariño de Pedro y Lucía y los ánimos que siempre recibí por su parte, pues literalmente adoptaron a esta chica boliviana y la hicieron sentir en España como en su propia casa.

No puedo dejar de agradecer a todos los amigos que he conocido en España; gracias por vuestra amistad y apoyo. Gracias también a mis amigos bolivianos que a pesar de la distancia siempre estuvieron ahí brindándome su cariño y amistad.

Por último, quiero dedicarle unas palabras a la persona sin la que nada de lo que he hecho desde que llegue a España, hace ya cuatro años, habría sido posible. A Pedro mi compañero en este viaje que es la vida, no tengo palabras suficientes para expresarte lo mucho que le aportas a mi vida, día con día.

CAPÍTULO I

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

I.1.Orígenes.-

El ideal de una “sociedad perfecta” ha sido una constante desde la antigua filosofía griega¹; así, ya en esa época PLATÓN y ARISTÓTELES pensaron en lo que debía considerarse un “estado ideal”; posteriormente lo hicieron los utópicos²: Tomás MORO y Tomás de CAMPANELLA; los teólogos³: SANTO TOMÁS y SAN AGUSTÍN;

¹ Del pensamiento político de PLATÓN se deduce el inicio del “Estado Ideal”, donde según él el gobernante siempre está controlado por los demás componentes de la Constitución, de lo contrario sería considerado como el mayor enemigo de la ciudad entera. PLATÓN, “*Las Leyes*”, Tomo II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, 104-856b, 104-856c. Para ARISTÓTELES la característica distintiva del Estado Ideal consistía en la combinación prudente entre la oligarquía y la democracia. SABINE GEORGE H., “*Historia de las Ideas Políticas*”, FCE, Madrid, 1994, p. 108.

² TOMÁS MORO crea una comunidad ficticia con ideales filosóficos y políticos, entre otros, diferentes a los de las comunidades contemporáneas de su época. Esta creación intelectual es presentada en su obra “*Dē Optimo Rēpūblicae Statu dēque Nova Insula Ūtopia*”, mediante la narración y descripción que realiza de dicha comunidad un explorador, llamado Rafael Hythloday, al regresar a la sociedad medieval europea. Utopía es una comunidad pacífica, que establece la propiedad común de los bienes, en contraste con el sistema de propiedad privada y la relación conflictiva entre las sociedades europeas contemporáneas. A diferencia de las sociedades medievales en Europa, las autoridades son determinadas en Utopía mediante el voto popular, aunque con importantes diferencias con respecto a las democracias del siglo XX. SABINE GEORGE H., “*Historia de las Ideas Políticas*”, op. cit., p. 128. Toda la filosofía de Tomás de CAMPANELLA está destinada a fundamentar un ideal político-religioso: el gobierno de la humanidad por el Sumo Pontífice, en quien debe recaer también el poder temporal. En realidad, viene a establecer una dictadura sacerdotal, apoyándose en la condición desfalleciente del hombre, tan sólo remediable en esa ciudad heliaca. Para la ortodoxia católica, su religión naturalista, como vínculo de orden espiritual y unificador, supone una decadencia del cristianismo, ya que daña gravemente su dimensión sobrenatural. SABINE GEORGE H., “*Historia de las Ideas Políticas*”, op. cit., p. 129.

³ SANTO TOMÁS adoptó un punto de vista eudemonista y teológico similar al de Aristóteles, y su teoría acerca del fin de la conducta humana es en algunos aspectos intelectualista, pero hay ciertas diferencias entre su teoría ética y la de Aristóteles. Así para SANTO TOMÁS, los únicos actos del hombre que caen propiamente dentro del campo de la moral son los actos libres, aquellos que proceden del hombre precisamente como hombre, como un ser irracional y libre. Estos actos humanos proceden de la humanidad, y el objeto de la voluntad es el bien; pero el bien o el fin particular no puede perfeccionar ni satisfacer la voluntad humana; por lo que la perfecta felicidad no ha de buscarse en ninguna cosa creada ya que ésta solamente procede de Dios. Todo ser racional posee unas tendencias que se derivan de su naturaleza; el hombre también pero además puede conocerlas por ser racional y de su conocimiento derivan normas de conducta que se fundan en su misma naturaleza. La ley natural está regida por la conciencia, que es el acto que aplicamos a lo que hacemos y también por la **virtud**. Para que una ley sea natural debe ser: **universal** (pues la naturaleza humana es común para todos los hombres), **evidente** (pues los conceptos de la ley natural han de ser conocidos por el hombre) e **inmutable** (pues la naturaleza permanece siempre la misma, inalterable). En este entendido si bien es cierto que la política de SANTO TOMÁS se basó en gran parte en la que propuso ARISTÓTELES, la principal diferencia o modulación que hizo SANTO TOMÁS fue reconocer que el hombre es naturalmente sociable y que la sociedad es necesaria para la vida humana. En síntesis SANTO TOMÁS pensaba que el origen del Estado está en la

los llamados ideólogos de la ilustración⁴: Thomas HOBBS, Jean-Jacques ROUSSEAU y Charles Louis de Secondat Barón de MONTESQUIEU; los teóricos

naturaleza del hombre: el hombre es un ser social por naturaleza. SABINE GEORGE H., *“Historia de las Ideas Políticas”*, op. cit., p. 129. Para SAN AGUSTÍN el concepto de Estado tiene tres visiones. La primera de ellas acentúa una valoración pesimista del Estado, en tanto éste es percibido como producto del pecado. La segunda, en estricta oposición a la primera, parte de una valoración positiva del Estado en tanto éste puede interpretarse como el reflejo de la sociabilidad de la naturaleza humana. En esta perspectiva se enfatiza el carácter natural del Estado como dimensión social. La tercera considera al Estado como producto del pecado. Coincide con la interpretación pesimista, pero a diferencia de la primera, y en cierta sintonía con la segunda, cree que el Estado funciona como una suerte de remedio y reparación al estado de pecado. ROSSI M.A., *“La filosofía política. clásica de la antigüedad al renacimiento”*, Biblioteca Virtual CLACSO, Atilio BORÓN. Disponible en www.ciudadpolitica.com, consultado 3 de mayo de 2009.

⁴ Thomas HOBBS escribe el Leviatán en 1651, inmediatamente después de la condena a muerte del rey, la abolición de la Cámara de los Lores, la caída de la tradicional Constitución Mixta Inglesa, así como el nacimiento en 1649 de la República o *Commonwealth*. Siguiendo a George SABINE, los escritos de Thomas HOBBS estaban destinados a apoyar a la Monarquía absoluta, ya que todos sus intereses personales se adscribían al partido monárquico. George SABINE H., *“Historia de las Ideas Políticas”*, op. cit. p. 353. Por otro lado Jean-Jacques ROUSSEAU considero que el Estado favoreció el desarrollo científico y tecnológico, que son las principales causas de la perversión e infelicidad humanas. Apunta que el pasado del hombre debió darse en circunstancias naturales, primitivas y felices, en las cuales, los humanos vivían en una verdadera libertad; y consideró que el avance científico y tecnológico favorecieron la esclavitud del hombre y al surgimiento de mayores diferencias entre los miembros de la sociedad. En su opinión cuando los hombres se reunieron a firmar el pacto social, se dio el proceso de civilización, cuya consecuencia fue el surgimiento de la propiedad y del egoísmo, y el sometimiento de la voluntad de cada uno de los individuos a la voluntad de la generalidad. Por ello a la vista de ROUSSEAU, debería ser destruida tanto la civilización como el Estado y todos aquellos artificios que se han creado para limitar la libertad de los individuos. Sin embargo, igualmente, opina que el proceso de civilización, así como el desarrollo cultural y político son en principio irreversibles. El legado de la postura de este pensador a la Teoría del Estado fue el aportar una serie de aspectos y principios morales a las actividades que el Estado realiza limitando los derechos individuales. XIRAU R., *“Introducción a la Historia de la Filosofía”*, UNAM, México D.F., 2003, p. 224-227. Desde otra óptica MONTESQUIEU observó que el Estado era una organización social; pero dicha organización no provenía de la firma de algún pacto o contrato, más bien de la conveniencia de ciertos principios fundamentales e inviolables, previstos en el orden de una Constitución. El motivo por el que la sociedad creó el Estado, según explica este pensador, es la obtención y la garantía de la libertad de los ciudadanos, libertad que debería ser entendida en todos los aspectos, en el económico, en el político y en el religioso, y el gobierno que es sólo uno de los elementos del Estado, se encuentra impedido para someter forzosamente a la población. Para MONTESQUIEU es por medio de la creación e imposición de leyes al rey por vía del Parlamento y la resolución de controversias a través de la Corte que se puede acceder a la libertad que busca el ser humano con la creación del Estado. *“El ideal consiste justamente en alcanzar la libertad máxima dentro de las posibilidades dictadas por las circunstancias naturales e históricas. Para ello precisa en primer lugar, una separación de poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, tal como Montesquieu la encontró en la Inglaterra de su tiempo, en cuya Constitución vio el ideal político deseable para Francia.”* Respecto al ejercicio de la función ejecutiva, MONTESQUIEU consideró que entre el despotismo, la monarquía y la democracia, la mejor depositaria para su desarrollo, debía ser decididamente la monarquía. La función ejecutiva así asignada al monarca, debía ser limitada de tal manera que se evitara que pudiera derivar en el despotismo, sobre todo a causa de que era una función unipersonalista. Al tenor del pensamiento de este filósofo se comenzaron a considerar a cada uno de los elementos del Estado: el territorio, la población y la soberanía. También con el pensamiento de MONTESQUIEU, el Estado se conjuntó y definió en adelante como una entidad de naturaleza jurídica. *“No hay poder que no incite al abuso o la extralimitación... “... Para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas.”* MONTESQUIEU, *“Del Espíritu de las Leyes”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 53 y sgtes.

clásicos del Estado⁵: Talcott PARSONS, Carl MARX, Friedrich ENGELS y Vladimir LENIN, los contemporáneos⁶ Giovanni SARTORI y Norberto BOBBIO, entre otros

⁵ En la óptica de PARSONS, la estratificación social es consecuencia directa de la acción social y al mismo tiempo, su medio de manifestación. Opina que la división del trabajo social produce una diversificación de actividades las cuales no son juzgadas en el mismo orden de importancia ya que cada sociedad humana tiene un sistema de valores diferente según el cual determina su jerarquía de actividades. ARNOLETTO Eduardo Jorge, *“Curso de Teoría Política”*, disponible en www.eumed.net/libros/2007b/300/. Por otro lado y en opinión de Carl MARX el Estado es una institución que permite el dominio y la explotación de una clase sobre otra. La política del Estado universal responde a los intereses de los sectores particulares, la materialidad de la vida económica los conforma y sus intereses se mantienen por cohesión. En su opinión para comprender las formas de Estado hay que estudiar la base material y el universalismo del Estado a través de la vida material ya que las ideas dominantes transforman el sentido común y las formas ideológicas de política y de Estado están sobre la base que son las relaciones de producción y las fuerzas productivas. El Estado se puede comprender desde la estructura económica que lo condiciona porque la vida política se presenta como un simple medio cuyo objetivo es la vida de la sociedad civil que es el sustento económico de la sociedad. En consecuencia opina que *“la consciencia del hombre no condiciona su ser, sino que es su ser social el que determina su consciencia”*. En este sentido para MARX el Estado es la violencia concentrada de la sociedad y en vez de superar las contradicciones las lleva al paroxismo total y es prisionero de la sociedad civil. Piensa que el Estado como aparato político, es dictadura de una clase sobre la otra ya que si hay clases hay dominación por lo que la función del Estado es que una clase domine a otra, esta visión del Estado como negativo mantiene el dominio político y la supremacía económica. En definitiva MARX se preocupa más por la sociedad civil que incorpora al Estado y éste es absorbido por aquella. BORON Atilio, *“La Filosofía Política Moderna de Hobbes a Marx”*, CLACSO, Buenos Aires, 2000, Capítulo XI, p. 384 y sgtes. Al igual que MARX en el Anti-Dühring encontramos a ENGELS que afirma que con la desigual distribución de la riqueza aparecen las diferencias de clase. La sociedad se divide en clases privilegiadas y perjudicadas, explotadoras y explotadas, dominantes y dominadas, y el Estado que al principio no había sido sino el ulterior desarrollo de los grupos naturales de comunidades étnicamente homogéneas, con objeto de servir a intereses comunes y de protegerse frente a posibles ataques exteriores; asume a partir de ese momento, con la misma intensidad, la tarea de mantener coercitivamente las condiciones vitales y de dominio de la clase dominante respecto a la clase dominada. BORON A, *“La Filosofía Política Moderna”*, op. cit., p. 384 y sgtes. Como ya expresamos anteriormente en sentido de este trabajo no es de manera alguna dilucidar el pensamiento marxista sin embargo es necesario referirnos escuetamente a lo que para el denominado socialismo científico era el Estado es así que LENIN al igual que MARX y ENGELS consideraba al Estado como *“... un aparato especial creado para coaccionar a los hombres, y sólo surge en el lugar y momento en que aparece la división de la sociedad en clases, algunas de las cuales e hallan permanentemente en condiciones de apropiarse del trabajo ajeno, explotar a otros”*. BORON A, *“La Filosofía Política Moderna”*, op. cit., p. 384 y sgtes.

⁶ El pensamiento de SARTORI del ideal de un Estado viene dado por la democracia de que goce el mismo; sin embargo advierte de la facilidad con que las ideas democráticas se conviertan en demagogia: *“El demagogo es un animal “natural” que existirá siempre; pero si se le priva de coartadas perfeccionistas, si carece de retaguardia intelectual, hará menos daño.”* Es por esto que considera que la democracia representativa, con todos sus defectos, es hoy por hoy la única viable. Rechaza, naturalmente, las eufemísticamente llamadas “democracias populares”, pero también los eventuales experimentos de democracia directa aprovechando las ventajas de la tecnología. DE FRANCISCO Andrés, *“Giovanni Sartori y la Teoría de la Democracia”* en Claves de razón práctica, ISSN 1130-3689, N° 41, 1994, p. 75-78. De igual manera BOBBIO Llamado por muchos el “filósofo de la democracia”, en materia política tendió siempre a la defensa de tres ideales autoimplicativos y que él mismo reconoció expresamente: *“Derechos del hombre, democracia y paz son tres momentos necesarios del mismo movimiento histórico”*: Así para BOBBIO sin derechos del hombre reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no se dan las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos. En otras palabras, la democracia es la sociedad de los ciudadanos, y los súbditos se convierten en ciudadanos cuando les son reconocidos algunos derechos fundamentales; habrá paz estable, una paz que no tenga la guerra como alternativa, solamente cuando seamos ciudadanos no de este o aquel Estado, sino del mundo. CÓRDOVA VIANELLO Lorenzo, *“La Democracia Ideal en el Pensamiento de Norberto Bobbio y las*

coincidentalmente, aceptan al Estado como una entidad necesaria en la organización social; incluso los antiestadistas⁷ como Pierre-Joseph PROUDHON y León TROTSKY admiten al Estado como un mal necesario hasta que las condiciones para su desaparición estén dadas. Aunque el origen y la naturaleza del Estado no son objeto de un minucioso análisis en la presente investigación, no debemos olvidar que la teoría de la separación de poderes nace con el Estado Constitucional, porque tal y como nos indica Javier PÉREZ ROYO⁸ es con esta forma política con la que se produce por primera vez la concentración y monopolización del poder político en un territorio amplio y con una población considerable.

En este entendido, hoy en día es posible afirmar que el principio de separación de poderes nace para garantizar el equilibrio entre los poderes del Estado posibilitando de esta manera la actividad del control político del poder⁹; o dicho de otra manera el

Democracias Reales en América Latina”, disponible en www.bibliojuridica.org/libros. Consultado el 1 de junio de 2009.

⁷ Según PROUDHON, el problema social no es asunto político, sino científico. La Economía es la ciencia clave: “*La política es hoy la Economía política*” (La guerre et la paix, París 1861). Desconfía, por tanto, de la democracia parlamentaria. Para él, la verdadera democracia es demopedia, educación del pueblo (La révolution sociale démontrée par le coup d'Etat, París 1852). En este entendido PROUDHON pensaba que en 1848 el pueblo no estaba preparado para la revolución; aceptó el golpe de estado de Napoleón porque pensaba que la única revolución importante era la económica y social. Con Saint-Simon, Fourier y otros contribuyó a divulgar el argumento de que los regímenes autoritarios pueden favorecer el desarrollo económico; pero no creía que la dictadura política constituyese un medio necesario. En todo caso, como dice Atilio BORON los sindicalistas franceses heredaron la desconfianza en la democracia y en el sufragio universal propugnada por PROUDHON al sostener la posibilidad de una sociedad anárquica en que el poder político de los trabajadores fuese sustituido por acuerdos libres entre éstos. En síntesis PROUDHON critica a ROUSSEAU por hablar exclusivamente de derechos políticos y no reconocer derechos económicos; rechaza cualquier autoridad y sostiene que libertad e igualdad se hallan en el mismo plano y sólo de esta forma la solidaridad fraternal puede mantener el equilibrio libertad-igualdad. Deduce así una doctrina solidarista que en el ámbito político, se manifiesta como federalismo, mientras en lo social aboga por el mutualismo. En igual sentido León TROTSKY consideraba que el Estado era necesario hasta que se den las circunstancias adecuadas para su fin ya que en su opinión en tiempos normales, el Estado, sea monárquico o democrático, está por encima de la nación; la historia corre a cargo de los especialistas de este oficio: los monarcas, los ministros, los burócratas, los parlamentarios, los periodistas. Pero en los momentos decisivos, cuando el orden establecido se hace insostenible para las masas, éstas rompen las barreras que las separan de la palestra política, derriban a sus representantes tradicionales y, con su intervención, crean un punto de partida para el nuevo régimen. BORON A, “*La Filosofía Política Moderna*”, op. cit., p. 394 y sgtes.

⁸ PÉREZ ROYO J., “*Curso de Derecho Constitucional*” Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2005, p. 709.

⁹ Es muy acertada la cronología que sobre el tema hace Javier PÉREZ ROYO estableciendo con claridad que antes de la imposición del Estado, en los territorios occidentales europeos el poder político estaba fraccionado en múltiples instancias y en consecuencia no era necesario dividirlo. Opina que el poder político era el correlato de la propiedad privada y fundamentalmente de la propiedad de la tierra por lo que en estos territorios no había un poder político sino múltiples poderes políticos que coexistían de

principio de división de poderes es la exigencia de la seguridad personal del ciudadano frente a la actividad del ente denominado Estado.

Es así que antes de la configuración del Estado, tal y como se conoce hoy, cuando aún primaba la Monarquía en la mayoría de los territorios europeos, Jean BODIN¹⁰ aceptaba de manera expresa que la soberanía del monarca absoluto no excluía la existencia de otros poderes políticos junto al poder del soberano. En este sentido es relevante la frase de Lord ACTON que señalaba que “todo poder corrompe, y el poder absoluto corrompe absolutamente”. En consecuencia, si en la Monarquía absoluta la soberanía existía en el Estado; en el Estado constitucional existe la soberanía del Estado.

Para Georg JELLINEK¹¹ la primera presupone la existencia de poderes que compiten; mientras que la segunda exige el monopolio, es decir la exclusión de toda competencia; ya que el poder del Estado no tolera la existencia de competidores. Afirmación por demás peligrosa si entendemos que al no tolerar el Estado competencia en el control del poder se puede convertir en un instrumento de opresión superior incluso a los sistemas anteriores, dando origen a un gobierno despótico. Entonces si el poder del Estado es único y no existe otro poder que lo frene, su potencial opresivo aumenta de manera extraordinaria. Es justamente de esta divergencia de donde surge lo que hoy conocemos como el principio de separación de poderes.

1.2. Formulación de la Teoría sobre la Separación de Poderes.-

La primera formulación identificable de la teoría de la separación de poderes aparece a finales del siglo XVII en Inglaterra con el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil de John LOCKE. A través del cual MONTESQUIEU¹² generó la doctrina de la separación

manera inestable pero relativamente pacífica. Posteriormente entre los siglos IX y XII surge la afirmación de la Monarquía sobre territorios cada vez más amplios y la evolución de la misma a finales de la Edad Media hacia la Monarquía Absoluta. PÉREZ ROYO J. “*Curso de Derecho Constitucional*” op. cit. p. 707.

¹⁰ ISLAS COLIN A., “*La República según Jean Bodin*”, www.cem.itesm.mx/derecho, consultado el 2 de abril de 2009.

¹¹ JELLINEK G., “*Teoría General del Estado*”, Traducido por Fernando de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002. p. 532.

¹² MONTESQUIEU, “*Del Espíritu de las Leyes*”, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 119.

de poderes con la que consiguió aceptación universal. Es por esto que como bien señala Javier PÉREZ ROYO¹³ posiblemente no hay en la historia de la Teoría Política ningún concepto que aparezca tan inequívocamente vinculado a un nombre propio como la separación de poderes con MONTESQUIEU¹⁴ que distingue “las leyes que forman la libertad política en su relación con la Constitución y las que la forman en su relación con el ciudadano”. Las primeras, que son las que nos interesan en esta investigación, son las que hacen referencia a la ordenación jurídica del Estado y se resumen en una forma de distribución de los tres poderes. Es así que para el citado autor la existencia de estos tres poderes debería ser considerada como una verdad evidente; criterio que desarrolla ampliamente en su libro “*El Espíritu de las Leyes*” en el que establece que en cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo¹⁵, el poder ejecutivo de las cosas que proceden del derecho de gentes¹⁶ y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil¹⁷.

Resulta evidente, entonces, que lo que pretendió MONTESQUIEU¹⁸ fue separar funcionalmente los diferentes poderes del Estado con el objetivo de que no pueda darse una confusión entre los órganos del mismo, o en palabras suyas: “*todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares.*”

¹³ PÉREZ ROYO J., “*Curso de Derecho Constitucional*”, op. cit. p. 708.

¹⁴ MONTESQUIEU, “*Del Espíritu de las Leyes*”, op.cit. p. 123

¹⁵ MONTESQUIEU estableció que el Poder Legislativo debía estar compuesto por dos Cámaras, una Electiva y otra Hereditaria representativa de la nobleza. Ambas debían actuar como cuerpos colegisladores en todas las materias, salvo en las “*lois qui concernent la levée de l'argent*”, en las que únicamente la Cámara Electiva debía tener la facultad de estatuir, en tanto que la Cámara Hereditaria podía ejercer solamente la facultad de anulación (faculté d'empêcher). Sin embargo ambas Cámaras debían vigilar si las leyes que habían dictado habían sido bien ejecutadas.

¹⁶ MONTESQUIEU señala que el poder ejecutivo debe estar en manos de un monarca ya que esta parte del gobierno casi siempre tiene que actuar de manera inmediata por lo que es mejor que este administrado por uno que por varios.

¹⁷ Para MONTESQUIEU el Poder Judicial no debería estar conformado por un senado permanente, sino que debería ser ejercido por personas extraídas del pueblo en ciertas épocas del año en la manera que prescribiera la Ley. Esta es la razón principal para que prescindiera del Poder Judicial en su definición de régimen político.

¹⁸ MONTESQUIEU, “*Del Espíritu de las Leyes*”, op.cit. p. 107.

Sin embargo, para algunos filósofos como Louis ALTHUSSER,¹⁹ la teoría de división de poderes es un mito histórico. El citado autor piensa que de un estudio pormenorizado del *“Espíritu de las Leyes,”* se observa la constante injerencia entre los poderes. En consecuencia opina que más que de una separación de poderes se trata de una combinación, fusión y enlace de los mismos. Es así que considera que la idea de MONTESQUIEU no fue en ningún caso la de separar estrictamente los diferentes poderes, sino más bien, que no resultaba adecuado que dos o cualesquiera de las tres funciones del Estado estuviesen íntegramente reunidas en las mismas manos. En este sentido para Louis ALTHUSSER el verdadero objeto de MONTESQUIEU fue la combinación o enlace de los tres poderes; ya que se trataba de un problema político de relación de fuerzas y no de un problema jurídico que concierne a la definición de la legalidad y sus esferas²⁰.

Al respecto es esclarecedor el pensamiento de André HAURIOU²¹ cuando señala que lo más defectuoso de la teoría de la separación de poderes es el nombre mismo con el que se designa a ésta ya que no expresa toda la realidad que conlleva el pensamiento de MONTESQUIEU quien teorizó una separación de poderes en sentido flexible estructurando un sistema equilibrado de poderes, cuyo juego constituye, para el gobierno del Estado, una vida interior permanente y continuada, al mismo que una garantía de libertad.

En síntesis, si la teoría de la separación de poderes ha sido malentendida por muchos, no se puede dejar de lado la brillantez del pensamiento de MONTESQUIEU en la estructuración de la misma, prueba clara de esta afirmación es el hecho de que la misma se halle unida al nombre del pensador francés y no a la de John LOCKE quien

¹⁹ ALTHUSSER, L. *“Montesquieu: La Política y la Historia”*, Ariel Barcelona, 1974, p. 120-122.

²⁰ Sin embargo, Louis ALTHUSSER, a pesar de reconocer que detrás de la división de poderes se encontraba en realidad una separación entre éstos señalaba que nada mejor que conocer cuales son las injerencias excluidas de un poder sobre otro para llegar a la conclusión de que con la separación de poderes ideada por MONTESQUIEU la única ganadora o beneficiada resulta la nobleza. ALTHUSSER, L. *“Montesquieu: La Política ...”*, op. cit., p. 123. En igual sentido opina Enrique ALVAREZ CONDE cuando señala que la famosa separación de poderes es sólo el reparto ponderado del poder entre potencias determinadas. Coincide con ALTHUSSER que solamente conociendo en beneficio de quien se hace el reparto, sabremos también las preferencias de MONTESQUIEU sobre quien debe caer la fuerza del poder. ALVAREZ CONDE E., *“Curso de Derecho Constitucional Vol. I, El Estado Constitucional, El Sistema de Fuentes, Los Derechos y Libertades.”*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 48-49.

²¹ HAURIOU A., *“Principios de Derecho Público y Constitucional”*, Reus, Madrid, 1927, p. 376-382.

solamente configuró una separación de poderes y no un equilibrio de los mismos como hizo MONTESQUIEU.

Es así que hoy en día no se le puede negar a este gran pensador francés²² el hecho de haber desarrollado la teoría del equilibrio de poderes, a través de un sistema de frenos y contrafrenos con el fin de evitar el abuso del poder y en consecuencia preservar la libertad política de los ciudadanos²³.

I.3. El Principio de Separación de Poderes en el Estado Democrático.-

Como hemos podido evidenciar aunque el principio de los tres poderes no fue concebido de forma específica para el Estado Democrático sino como algo común a todas las formas políticas, lo específico del Estado Democrático, lo que lo diferencia de las otras formas políticas, es precisamente la separación de poderes con un objetivo único: la libertad política²⁴. Dicha libertad tuvo como máxima expresión la Revolución Americana, ya que, fue a través de la Constitución Federal de 1787, que se extendió el principio de separación de poderes. El punto de partida de la misma, sería sin duda, como afirma Javier PÉREZ ROYO,²⁵ la inequívoca afirmación de la soberanía popular y con ella la del poder constituyente.²⁶

²² MONTESQUIEU, “*Del Espíritu de las Leyes*”, op. cit., p. 113.

²³ O como lo dijera él mismo: “*El cuerpo legislativo está compuesto de dos partes, cada una de las cuales tendrá sujeta a la otra por su mutua facultad de impedir y ambas estarán frenadas por el poder ejecutivo que lo estará a su vez por el legislativo. Los tres poderes permanecerían así en reposo o inacción, pero como por el movimiento necesario de las cosas estarán obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo.*” MONTESQUIEU, “*Del Espíritu de las Leyes*”, op. cit., p. 113.

²⁴ Es evidente que el pensamiento político de MONTESQUIEU estuvo impregnado por la búsqueda de la libertad a través del principio de separación de poderes. Al igual que el pensamiento de BOLINGBROKE, que según Carl SCHMITT fue el verdadero autor de la doctrina teórico-constitucional del equilibrio de poderes. SCHMITT C., “*Teoría de la Constitución de la antigüedad a nuestros días*”, Alianza-Universidad, Madrid, 1996, p. 187. o David HUME quien en su Ensayo XVII reprochó que la máxima que aconseja mantener el equilibrio de poderes encuentra tal apoyo en el sentido común y el razonamiento más obvio que es imposible que pudiera escapar por completo a la antigüedad; que en otros aspectos fortalece la penetración y el discernimiento. HUME D., “*Ensayos Políticos*”, Orbis, Barcelona, 1975, p. 151.

²⁵ PÉREZ ROYO J., “*Curso de Derecho Constitucional*”, op.cit. p. 715. En este mismo sentido opinan Jorge DE ESTEBAN y Luis LÓPEZ GUERRA cuando señalan que el Estado de Derecho surge íntimamente ligado con la burguesía y el liberalismo. De tal manera que a su criterio se puede identificar al Estado de Derecho con el Estado Liberal, en la medida en que el primero es la cristalización jurídica de la fórmula teórica que da origen al segundo. DE ESTEBAN J., LÓPEZ GUERRA L., “*El Régimen Constitucional Español*”, Tomo I, Labor Universitaria, Barcelona, 1984, p. 114-115.

En este sentido James MADISON señalaba que era preferible el régimen republicano sobre el democrático llevado a su máxima expresión; por lo que dicho régimen debía reconocer la separación de poderes, pues la acumulación de éstos en las mismas manos constituía la definición misma de la tiranía²⁷. Pero a su vez, para el citado autor, era inconcebible que los diferentes poderes estuvieran aislados el uno del otro, lo cual en su opinión, no implicaba que las atribuciones propias de uno de los poderes pudieran ser administradas completa o indirectamente por uno de los otros. En otras palabras James MADISON²⁸ al igual que MONTESQUIEU postulaba un concreto equilibrio entre los diferentes poderes, de tal suerte que el resultado sea un gobierno limitado conjuntamente; no otra cosa se entiende de la siguiente expresión: *“Con frecuencia los representantes parecen dispuestos a ejercer una intervención imperiosa respecto a los departamentos restantes y como comúnmente tienen al pueblo de su lado, proceden con una impetuosidad tal que la hacen muy difícil a los otros miembros del gobierno mantener el equilibrio de la Constitución”*.

En consecuencia, el poder constituyente que propugnaba James MADISON debería traducirse a través de una norma jurídica llamada Constitución que al ser producto directo del constituyente tenía que afirmarse a partir de ese momento frente a todas las demás que puedan existir en el ordenamiento y que no podrán ser producto sino de poderes constituidos²⁹. Para efectivizar esta superioridad de la Constitución el constituyente americano dotó a su obra de dos garantías jurídicas la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad.

²⁶ Al respecto, Maurizio FIORAVANTI señala que en el ejercicio del poder constituyente estaba contenida una indestructible expresión de soberanía con la que todo un sujeto colectivo pretendía reconstruir una nueva forma política. Era en su opinión lo que el constitucionalismo siempre había temido. Resultando paradójico que estas distintas y opuestas tradiciones tiendan a confluir. FIORAVANTI M., *“La Constitución de la ...”*, op. cit. p.103.

²⁷ VELASCO G., *“Prólogo a AA.VV.: el Federalista”*, FCE. México, 2001, p. 204.

²⁸ En síntesis, James MADISON pensaba que la separación de poderes debía atender a una colaboración entre éstos, pero jamás a una absoluta separación y mucho menos a una sumisión al órgano legislativo por parte de los otros poderes, porque entonces se perdería el equilibrio que debe suponer todo buen gobierno. Ibidem. op. cit. p. 307.

²⁹ PÉREZ ROYO J., *“Curso de Derecho...”*, op. cit., p. 716.

Es la segunda de estas garantías a la que nos referiremos detalladamente no porque la consideremos más importante sino porque es motivo de la presente investigación; sin embargo, es preciso antes incidir en el preludio de lo que fue el control de constitucionalidad de las leyes que nació ciertamente de la idea de un valor normativo superior de la Constitución frente a las leyes.

I.4. El Principio de Supremacía Constitucional.-

Como bien dice Luigi FERRAJOLI³⁰ toda la historia del Estado de derecho puede ser leída como la historia de una progresiva minimización del poder por la vía de su regulación jurídica. Es así que, en el último siglo, uno de los papeles protagónicos de esta historia le corresponde sin duda a la Constitución. Obviamente como señala José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO³¹ el definir la Constitución parece una tarea imposible, ya que según sea la posición ideológica de cada cual será la caracterización que de ella se dé.

Sin embargo, lo que ninguna de las diferentes posturas aún las más antagónicas han podido negar es el gran valor que ejerce la Constitución. Es más hoy en día es un hecho factible que el orden jurídico y político del Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga por igual a todos, los gobernantes y gobernados; de manera que dentro del orden jurídico la Constitución ocupa el primer lugar, constituyéndose en la fuente y fundamento de toda otra norma jurídica, por lo que toda ley, decreto o resolución debe subordinarse a ella y no puede contrariarla. De igual manera en el orden político se constituye en la fuente de legitimación del poder político, pues ella lleva implícita toda una filosofía política que sirve de orientación no sólo a los gobernantes sino a la conducta de los gobernados.

Esta concepción de primacía constitucional que atribuye a la Constitución un valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y determinante de la validez de éstas

³⁰ FERRAJOLI L., “*Jurisdicción y Democracia, Jueces para la Democracia*”, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 3.

³¹ ESTÉVEZ ARAUJO J.A., “*La Constitución como Proceso*”, Trotta, Madrid, 1994, p. 41-48.

es a criterio de Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA³² la más importante creación conjuntamente con el sistema federal, del Constitucionalismo Norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa. Es así que, si bien la Constitución americana no atribuía expresamente al poder judicial el control de constitucionalidad de la ley, Alexander HAMILTON³³ afirmaba que la total independencia de los tribunales de justicia es una característica esencial de una Constitución limitada; entendiéndose como Constitución limitada aquella que contenga ciertas excepciones especificadas frente a la autoridad legislativa; siendo por lo tanto dichas limitaciones preservadas en la práctica a través de los tribunales de justicia cuya obligación consistía en declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución, porque ésta debe ser considerada por los jueces como una ley fundamental; siendo obligación de los mismos determinar su sentido así como el sentido de cualquier ley dictada por el cuerpo legislativo y en caso de existir una contradicción irreconciliable con lo previsto en la Constitución tendría que darse preferencia a lo establecido en esta última³⁴. Al respecto Maurizio FIORAVANTI³⁵ señala que se trata de reconocer que los jueces son instrumentos de la Constitución, la cual se sirve de ellos para reafirmar la superioridad de la ley fundamental sobre las leyes ordinarias del poder originario del pueblo entero sobre el poder derivado del legislador, de las asambleas políticas, de la mayoría en turno.

³² Aunque en ésta no faltaba la idea de un fundamental law, lo cierto es que el principio de la supremacía o soberanía parlamentaria y con éste el principio de la inmunidad judicial de las leyes terminó prevaleciendo en el siglo XVIII en Inglaterra hasta nuestros días. Por esto la idea de un derecho fundamental o más alto “*higher law*” fue reafirmada por los colonos americanos en su lucha contra la Corona Inglesa, a la que reprochaban desconocer sus derechos personales y colectivos. Ese derecho más alto es en el que se funda la rebelión y su afirmación va a estar entre las primeras proclamaciones del nuevo orden. GARCÍA DE ENTERRIA E., “*La Constitución como Norma Jurídica*”, Civitas S.A., Madrid, 1994, p. 51.

³³ ALEXANDER HAMILTON en su obra “*El Federalista*” propondrá ya directamente el tratamiento de la Constitución como fundamental law que impone a los jueces una vinculación más fuerte que la debida a las leyes con la consecuencia de tener que reconocer a los Tribunales la facultad y el deber de inaplicar las leyes del Congreso en contradicción con ella. Es así que la propia Constitución Federal de 1787 incluirá en su art. VI, Sección 2, la cláusula básica que proclama: “*esta Constitución como the supreme law of the land*”, derecho supremo de la tierra, declarando la vinculación directa de los jueces a ella “*no obstante cualquier disposición contraria de las Constituciones o las Leyes*” de los Estados miembros. Es la doctrina de la supremacía constitucional que se expresa en una vinculación más fuerte: “*La Constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución*”. GARCÍA DE ENTERRIA E., “*La Constitución como ...*”, op. cit., p. 54.

³⁴ VELASCO G., “*Prólogo a AA.VV.: el Federalista*”, FCE. México, 2001. p. 332.

³⁵ FIORAVANTI M., “*Constitución. De la Antigüedad ...*”, op. cit. p. 109.

En síntesis, el pensamiento que Alexander HAMILTON plasmó en “*El Federalista*” estableció que la superioridad de la Constitución frente a cualquier otra norma jurídica debe ser reafirmada por los jueces a través del control de constitucionalidad. Es decir que la Constitución tendrá que ser de preferente aplicación que la ley.

Siguiendo el razonamiento anterior la Constitución al determinar el modo y forma en que debe ser organizado el Estado y ejercido el poder político es la Ley Fundamental del ordenamiento jurídico; la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico, por lo que las disposiciones legales ordinarias al derivar de ella no pueden contradecirla ni desconocer los valores, principios, derechos y garantías que ella consagra. De manera que, cualquier norma de menor jerarquía que sea contraria a la Constitución es nula y debe ser retirada del ordenamiento jurídico; pues, como bien dice Jorge CARPIZO³⁶, "dentro del orden jurídico la Constitución es la norma de mayor jerarquía y por tanto una norma contraria a la Constitución no debe ser aplicada.

En el mismo sentido Germán BIDART CAMPOS³⁷ señala que la supremacía de la Constitución supone gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos descendentes. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la Constitución.

La jerarquía normativa, como bien sabemos, consiste en que la estructura jurídica de un Estado se basa en criterios de niveles jerárquicos que se establecen en función de los órganos emisores, su importancia y el sentido funcional. Significa que se constituye una pirámide jurídica³⁸ en la que el primer lugar o la cima esta ocupada por la Constitución

³⁶ CARPIZO J., “*Estudios Constitucionales*”, PORRUA S.A. México, 1994, p. 123.

³⁷ BIDART CAMPOS G., “*Derecho Constitucional*”, EDIAR, Buenos Aires, 1968, p. 77.

³⁸ El criterio de la pirámide normativa surge sin duda de lo establecido por Hans KELSEN que señalaba que “*la norma que determina la creación de otra es superior a esta; la creada de acuerdo con tal regulación, es inferior a la primera*”. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí que se hallen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas se halla constituida por el hecho de que la creación de una norma -la de grado más bajo-, se encuentra determinada por otra -de grado superior-, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: “*Supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional*”.

Política del Estado como principio y fundamento de las demás normas jurídicas; ó como dice Francisco FERNÁNDEZ SEGADO³⁹ implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual, una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide, obviamente, se sitúa la Constitución.

Parece claro que, como señala Ferdinand LASSALLE,⁴⁰ la superioridad de la Constitución sobre la ley no ha sido cuestionada nunca⁴¹; sin embargo, las interminables

³⁹ FERNÁNDEZ SEGADO F., *“El Sistema Constitucional Español”*, Editorial Dykinson, Madrid, 1997, p. 96. Sobre el particular Enrique ÁLVAREZ CONDE piensa que si bien puede afirmarse que la idea de supremacía constitucional esta unida a la idea de Constitución escrita, lo cierto es que la configuración de la misma como norma que regula la creación de normas por parte de los órganos del Estado implica necesariamente que el concepto de Constitución se construye a partir de la jerarquía entre normas. ÁLVAREZ CONDE E., *“Curso de Derecho Constitucional ...”*, op. cit., p. 160-161.

⁴⁰ LASSALLE F., *“Qué es una Constitución”*, ARIEL, Barcelona, 1984, p. 52.

⁴¹ Al respecto, ha surgido el problema de si existe algún límite a la supremacía constitucional. Ello especialmente en Europa donde se ha generado el Derecho Comunitario desde la creación de la Unión Europea donde varias constituciones como la española en su art. 93 permite la transferencia a organizaciones internacionales de competencias estatales. Esta posibilidad para algunos autores puede suponer una cierta limitación al principio de supremacía constitucional, pues el Derecho Comunitario prevalece sobre todo tipo de normas procedentes del Derecho Interno, incluidas las normas constitucionales. Sin embargo a criterio de Enrique ÁLVAREZ CONDE la prevalencia de estas normas comunitarias encuentra también su fundamento en la propia Constitución. ÁLVAREZ CONDE E., *“Curso de Derecho Constitucional ...”*, op. cit., p. 161-162. Desde otro punto de vista Francisco BALAGUER CALLEJÓN refiere que de acuerdo con el sistema kelseniano la Norma Fundamental, aunque presupuesta en cuanto norma, expresa una realidad que es la determinación de quien tiene el poder último para establecer las normas básicas del sistema. En consecuencia piensa que en el Estado constitucional de Derecho esa Norma Fundamental termina identificándose con la propia Constitución democrática en cuanto ésta somete a sus propias reglas jurídicas a todas las fuentes y ordenamientos que existen en su territorio. Sin embargo no ocurre lo mismo en la Unión Europea donde existe una clara divergencia entre la pretensión de someter el ordenamiento a un marco constitucional la “Constitución europea” que se supone ya existente y la Norma Fundamental del sistema, que se sigue basando en el poder de concertación supranacional de los Estados. En resumen señala que mientras la Norma Fundamental y la Constitución no coincidan, no se darán las condiciones propias de un Estado constitucional de Derecho y no podrá hablarse de una auténtica Constitución Europea que permita construir la unidad del sistema. BALAGUER CALLEJÓN F., *“Los Tribunales Constitucionales en el proceso de Integración europea”*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* N° 7, 2007, p. 365. Cabe advertir que este es un tema muy álgido que tiene diversas orientaciones y que no es motivo de nuestra investigación. Sin embargo, diremos que también ha causado un interesante debate en Latino América especialmente después de que la Sala Constitucional de Costa Rica estableciese que los Tratados Internacionales se encuentran sobre la propia Constitución. Sentencia N° 3435-92 y su Aclaración en la Sentencia N° 5759-93: *“En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene una norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores*

disputas surgieron cuando se debió determinar quien debía ser el encargado de ejercer este control ó en otras palabras de velar por esta supremacía constitucional.

I.5. El Guardián de la Constitución. Un debate sobre el Principio de Separación de Poderes.-

En 1931 Carl SCHMITT⁴² publicó “*La Defensa de la Constitución*” cuyo argumento central era sobre el protector o garante de la Constitución, concluyendo que la función de proteger a ésta le correspondía únicamente al Presidente del *Reich* conforme lo estipulado en el art. 48 de la Constitución de Weimar. Posteriormente, con gran claridad, Hans KELSEN⁴³ sostenía que la idea del defensor de la Constitución apuntaba a las garantías que deben establecerse sobre los órganos constitucionales capaces de provocar infracciones, como asimismo, que el órgano que defiende la Constitución no sea el mismo que puede violarla. En tal caso, el garante de la Constitución no debiera ser ninguno de los tres órganos clásicos: gobierno, parlamento o judicatura ordinaria; proponiendo la idea de un nuevo órgano de control denominado Tribunal Constitucional.

No debemos olvidar, sin embargo, las circunstancias históricas en las que se desenvuelve el debate sobre el guardián de la Constitución que son precisamente detalladas por Pedro DE VEGA⁴⁴ quien recuerda que en el siglo XIX debido al pacto entre Monarca y pueblo se vivió un utopismo constitucional mágico, conforme el cual la Constitución no es atacada y por consiguiente no necesita ser defendida. A pesar de ello opina que fue entonces cuando comenzó la confrontación y el distanciamiento entre

derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución”. Sentencia que no sólo amplió el contenido de los derechos fundamentales sino que también cambió la jerarquía que estableció el constituyente originario, al señalar que el artículo 7 de la Constitución de Costa Rica no corre cuando se trata de derechos humanos consagrados en Tratados Internacionales, cuyo valor es igual al constitucional o, si se trata de una mayor cobertura, entonces son derechos que están por encima de la Constitución.

⁴²SCHMITT C., “*La Defensa de la Constitución*”, Alianza-Universidad, Madrid, 1996, p. 116. Para SCHMITT el Presidente del Reich era por sus facultades excepcionales así como por su legitimación plebiscitaria la instancia abocada a defender la unidad política contra las fuerzas disolventes del pluralismo y a extender la mano para el tránsito a un Estado autoritario.

⁴³ KELSEN H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

⁴⁴ DE VEGA P., “Prólogo” a “*La Defensa de la Constitución*”, Alianza-Universidad, Madrid, 1996, p. 16-17.

realidad constitucional y realidad política la cual culminó en los momentos convulsivos que sucedieron a la primera Guerra Mundial, sufriendo el sistema político liberal la crisis más grave de toda su historia. Es recién en este momento, cuando se plantea nuevamente la idea de un guardián de la Constitución.

Volviendo al razonamiento de Hans KELSEN y Carl SCHMITT no es difícil entender porqué difieren sobre quién debe ser el guardián de la Constitución. En primer lugar por lo señalado por Ramón CAMPDERRICH⁴⁵ sobre el diferente significado que cada uno de estos autores tiene sobre lo que ha de entenderse por Constitución y segundo lugar porque lo que cada cual considera que debe defenderse de la Constitución es también distinto.

Es así que para Hans KELSEN⁴⁶ la Constitución es una norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas; por lo que garantizar la Constitución para Hans KELSEN significa garantizar la regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la misma.

En contraposición con este criterio Carl SCHMITT⁴⁷ pensaba en un sentido absoluto de la Constitución. En su opinión la misma se constituía en una situación de unidad y ordenación política de un pueblo determinado basada en una homogeneidad; y sobre esta unidad política consecuentemente se formaba una decisión sobre su concreto modo de ser. Lo anterior queda totalmente claro con la afirmación de Jürgen FIJALKOWSKY⁴⁸ cuando señala que para Carl SCHMITT Estado y pluralismo eran simplemente un contrasentido. Por esta razón Carl SCHMITT⁴⁹ consideraba imperativo

⁴⁵ CAMPDERRICH, R., *“La Palabra de Behemoth. Derecho, Política y Orden Internacional en la Obra de Carl Schmitt”*, Trotta, Madrid, 2005, p. 57.

⁴⁶ KELSEN H., *“La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional), en Escritos sobre la Democracia y el Socialismo”*, Debate, Madrid, 1988, p. 112.

⁴⁷ SCHMITT, C., *“Teoría de la Constitución”*, op. cit., p. 45-50.

⁴⁸ FIJALKOWSKY, J., *“La Trama Ideológica del Totalitarismo. Análisis Crítico de los Componentes Ideológicos en la Filosofía Política de Carl Schmitt”*, Tecnos, Madrid, 1966, p. 235.

⁴⁹ *Ibidem.*, p. 50.

definir una decisión soberana que defendiera la sustancia del Estado, a través del Presidente del *Reich*.

Es así que para Hans KELSEN⁵⁰ el órgano al cual debiese encomendarse el control de constitucionalidad debía ser diferente e independiente, tanto del Parlamento como del Gobierno, o de cualquier otra autoridad estatal, a quien hay que encomendar la anulación de sus actos inconstitucionales. O como ya señalamos antes una jurisdicción o Tribunal Constitucional. A su criterio una regla general sobre la organización jurisdiccional que valga para todas las constituciones es prácticamente imposible. Sin embargo pensaba que se pueden realizar algunas consideraciones de valor y de alcance general.⁵¹

En contraposición Carl SCHMITT⁵² consideraba que en principio ningún tribunal puede ser protector en sentido estricto de la Constitución, de forma que a quien le corresponde defender la Constitución es al Presidente del *Reich*, de acuerdo con el derecho positivo de la Constitución de Weimar. En consecuencia pensaba que de acuerdo al principio de división de poderes sigue teniendo validez el principio de que un Estado sin división efectiva entre legislación, ejecución y justicia carece de Constitución; por lo que es necesario distinguir entre ley y sentencia judicial y por consiguiente entre legislador y juez, a fin de evitar la intromisión de uno sobre otro.

En síntesis para Hans KELSEN⁵³ ni el Parlamento, ni ningún otro órgano constitucional son soberanos, pues la soberanía pertenece únicamente al ordenamiento estatal como tal. Es decir, que tanto el procedimiento legislativo como el procedimiento de los tribunales y de las autoridades administrativas están subordinados a la Constitución. Por

⁵⁰ KELSEN, H., “*La Garantía Jurisdiccional de la Constitución ...*”, op. cit., p. 129-133.

⁵¹ El número de sus miembros no habrá de ser demasiado alto; en relación al método de selección, es preciso que se combine la elección por el Parlamento y el nombramiento por el Gobierno haciendo que los jueces fueran elegidos por el Parlamento a propuesta del Gobierno; quien sabría proponer varios candidatos para cada uno de los puestos a ocupar o a la inversa; preferentemente han de ser juristas los miembros del órgano; y por último la incompatibilidad para ser miembro del Tribunal para aquellos que ya son componentes o bien del Parlamento o del Gobierno.

⁵² SCHMITT C., “*La Defensa de la Constitución*”, op. cit., p. 213-220.

⁵³ KELSEN, H., “*La Garantía Jurisdiccional de la ...*”, op. cit., 129. Para KELSEN anular una ley es dictar una norma general porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con signo negativo y por tanto, una función legislativa. Sin embargo sobre la Teoría del legislador negativo profundizaremos en capítulos posteriores.

ello en su opinión quiénes argumentan una incompatibilidad de la justicia constitucional con la soberanía del legislador es simplemente porque intentan disimular el deseo del poder político que se expresa en el legislativo de no dejarse limitar por las normas de la Constitución.

De esta forma según Hans Kelsen un tribunal que puede anular una ley es también un órgano del poder legislativo; lo que nos permite afirmar que el citado autor recurre al origen histórico del principio de la separación de poderes para, a partir de ese momento, legitimar la actuación del órgano jurisdiccional encargado de anular las leyes que considere anticonstitucionales, bajo el argumento del “legislador negativo”. Por lo que se trataría más de un reparto del poder legislativo entre dos órganos, que de una intrusión dentro del poder legislativo. En definitiva para Hans Kelsen⁵⁴ la institución de la justicia constitucional no está en absoluto en contradicción con el principio de separación de poderes sino que constituye, por el contrario, una afirmación del mismo.

I.6. Orígenes del Control de Constitucionalidad de las Leyes.-

Anteriormente decíamos que la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación del principio de la *judicial review*, que reconoce el poder de los tribunales de declarar nulas a efectos de su inaplicación las leyes que contradigan a la Constitución, surge en Estados Unidos de América primero doctrinalmente en “*El Federalista*” y, posteriormente, tácitamente en la Constitución americana de 1787. Sin embargo, esta doctrina no fue enunciada por el Tribunal Supremo hasta la Sentencia de 1803 en el caso denominado *Marbury vs. Madison*⁵⁵ que reconoció la competencia de los jueces para examinar la constitucionalidad de las leyes federales al establecer:

⁵⁴ Ibidem., p. 130-131.

⁵⁵ El último día de su mandato presidencial, John Adams, del Partido Federalista, designó a 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia, como “*midnight appointment*”, es decir, encargos de medianoche, como son todavía llamados estos nombramientos de último minuto. El objetivo era establecer el mandato de estos jueces, a pesar del tradicional principio del sistema americano, según el cual a la caducidad del mandato presidencial, todos los funcionarios federales que dirigen encargos políticos debían dejar su propio cargo (el llamado “*spoils politics*”), salvo la inamovilidad de los jueces de la Corte Suprema y de las Cortes inferiores.

El Secretario de Estado John Marshall no logró hacer llegar los decretos de nombramiento a todos los nuevos jueces, por lo cual los decretos restantes se quedaron sobre la mesa del nuevo Secretario de Estado, James Madison, que no los tramitó. Habiendo sido declarado nuevo Presidente de Estados Unidos de Norte América Thomas Jefferson, quien no tenía ninguna intención de efectivizar tales nombramientos. Después de algunos meses, cuatro de los jueces a los cuales les había sido negado el nombramiento, entre los cuales se contaba William Marbury, presentaron una instancia a la Corte Suprema para obligar al Secretario de Estado James Madison a

“Si una ley resulta contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a desestimar una u otra, compete a la Corte determinar cual es el derecho aplicable, ya que éste constituye la esencia de la función jurisdiccional⁵⁶”.

Así nació definitivamente lo que hoy conocemos con el nombre de control de constitucionalidad; control que en los diferentes ordenamientos ha tomado distintas modalidades, los cuales analizaremos a la luz de los ordenamientos francés, norteamericano y continental-europeo.⁵⁷

a) El control jurisdiccional de constitucionalidad en los países de régimen administrativo y especialmente Francia.

Hasta las primeras décadas de este siglo el sistema de control de constitucionalidad continental europeo era como el británico,⁵⁸ sobre todo en

notificar las designaciones pendientes, con arreglo a la sección 13 de la *Judician Act* de 1789 que habilitaba a la Corte Suprema a emanar órdenes a la administración.

La cuestión era muy delicada porque cualquiera de las dos soluciones posibles habrían terminado por dañar el prestigio de la Corte Suprema. Si la instancia hubiese sido rechazada, habría prevalecido la tesis republicana que negaba todo poder de la Corte sobre la administración; si en cambio la instancia hubiese sido acogida, el mandato a James Madison de notificar las designaciones de cualquier modo no habría surtido efecto, pues el Secretario de Estado en funciones había hecho notar ya que no las habría acatado.

La solución ideada por el juez John Marshall fue verdaderamente brillante. Después de haber observado que las nóminas eran absolutamente válidas, censurando la omisión de la administración Jefferson, decidió que la Corte Suprema no podía pronunciarse sobre tal vicisitud. No tenía competencia dado que -y he aquí el punto- la sección 13 de la *Judiciag Act* (que habilitaba a la Corte Suprema a emanar órdenes a la administración) contrastaba con el artículo 3 de la Constitución, según el cual la Corte puede emanar mandatos y ejercer jurisdicción sólo en segunda instancia, como juez de apelación. De tal modo, la Corte Suprema, negándose a sí misma una competencia menor, como la de impartir órdenes a la administración, se atribuía un poder mucho mayor: El control de conformidad de las leyes a la Constitución, no previsto expresamente en la Constitución americana de 1787.

⁵⁶ MADISON J., HAMILTON A., y JAY J., “*El Federalista*”, Traducción y Prólogo VELASCO G.R., Fondo Cultural Económico, México D.F., 1957, p. 44.

⁵⁷ ZAGREBELSKY G., “*El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*”, Tecnos, Madrid, 1995, p. 65., señala que para analizar las diferencias entre los diversos sistemas de control de constitucionalidad se debe tomar en consideración la diferente relación entre ley y derechos originariamente instituidas en las constituciones norteamericana y francesa, ya que a su criterio en el fondo de esta divergencia se encontrará una concepción antitética de la Constitución.

⁵⁸ El sistema de control de constitucionalidad inglés al igual que el sistema holandés y los sistemas escandinavos se caracteriza por no poseer ningún tipo de control judicial de constitucionalidad; por lo que los jueces no pueden descalificar una ley dictada por el Parlamento por ser presuntamente contraria a la Constitución, la cual en el caso de Gran Bretaña es consuetudinaria y no documentada. Ello se funda en el principio de absoluta soberanía del Parlamento, aún en materia de derechos individuales. Por lo tanto el Parlamento es al mismo tiempo una Asamblea Legislativa y Constituyente como ya señaló en su día Alexis DE TOCQUEVILLE o como estableció COKE tiene autoridad soberana e incontrolable y puede hacer cualquier cosa. VITURRO P., “*Sobre el Origen y el...*”; op.cit. p. 25.

Francia, donde regía el principio fundamental de la Revolución que proclamaba la soberanía de la Asamblea y establecía la sujeción de los jueces a la ley dictada por el Poder Legislativo. La proclamación francesa de los derechos operó así como legitimación de una potestad legislativa que era soberana, es decir capaz de vencer todos los obstáculos del pasado que hubieran podido impedir o debilitar su obra innovadora⁵⁹.

El fundamento estaba dado por la teoría de separación de poderes formulada por MONTESQUIEU y por el pensamiento de Juan Jacobo ROUSSEAU⁶⁰ que estableció que la legislatura siempre actuaba como protectora natural de los derechos de los individuos y era infalible en la defensa de tales derechos ya que, para ROUSSEAU la única libertad posible del individuo se lograba a través de una completa subordinación a la voluntad general. Es así que las ideas de este momento histórico surgieron por oposición al “*Ancien Régime*”, durante el cual y desde la época de los Luises funcionaban ciertos tribunales judiciales superiores (parlamentos) que poseían tres funciones importantes: 1) registrar o no las ordenanzas reales, potestad que equivalía a impedir su promulgación; 2) dictar resoluciones reglamentarias que eran verdaderas normas interpretativas de la ley y 3) dirigir requerimientos a los particulares y órganos estatales destinados a hacer obedecer o eximir el cumplimiento de la ley, para lo cual habitualmente invocaban principios no escritos como principal fuente de autoridad⁶¹.

Todo este sistema fue suprimido por la legislación revolucionaria porque la promulgación y publicación de las leyes se atribuyó a la competencia del Poder Ejecutivo; los reglamentos para la aplicación de las leyes y de modo análogo las

⁵⁹ Para Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA resulta sorprendente que el constitucionalismo europeo quedase totalmente al margen de la construcción del constitucionalismo americano, lo cual a su criterio sólo puede explicarse por la degradación de la idea constitucional que supuso la prevalencia del “principio monárquico, como fuente formal y exclusiva de la Constitución que implica reducirla a un simple código formal de articulación de poderes del Estado, sin otra trascendencia general.” GARCÍA DE ENTERRIA E., “*La Constitución como norma...*”, op. cit., p. 55.

⁶⁰ Duso G, Ricciardi M, Scattola M, Mattoni S, Visentin S, Traducido por Mattoni S., “*El poder: para una historia de la filosofía política moderna*”, Siglo XXI, México D.F., 2005, p. 243 y ss.

⁶¹ SAGÜES N., “*Recurso Extraordinario*”, ASTREA, Buenos Aires, 1989, p. 56.

resoluciones reglamentarias de los tribunales fueron prohibidos por el art. 5 del Código Civil francés y por último el derecho de requerir a los funcionarios públicos se suprimió por las leyes de 16-24 de agosto de 1790.

En este sentido Pietro BARCELLONA⁶² refiere que con el Estado de derecho el poder se despersonaliza y el gobierno de los hombres es sustituido por el gobierno de las leyes. La esfera política se separa de la esfera económica y se transforma en un ámbito autónomo y limitado que se confronta con la sociedad civil y los derechos de los ciudadanos. En su opinión la afirmación de la igualdad formal representa el gran recurso o el gran artificio con el cual la burguesía renuncia a una toma directa del poder después de haber vencido a la revolución.

En fin como señala Maurice HAURIOU⁶³ la misma interpretación contenciosa de las leyes se les limitó minuciosamente y la concepción revolucionaria primitiva afirmó que la interpretación de las leyes dudosas debía reservarse al mismo legislador por medio de un recurso especial ante el poder legislativo de tal suerte que el juez no tuviera otra función que la de aplicar mecánicamente textos de una significación cierta. En consecuencia para Maurice HAURIOU el resultado de esta concepción y de disposiciones semejantes fue exaltar la ley y abatir al juez.

Por lo anterior, Gustavo ZAGREBELSKY⁶⁴ señala que resulta paradójico, que el país cuya principal contribución al desarrollo de las concepciones constitucionales fue la noción de derechos humanos, no hubiera podido someter la ley al control de los derechos sino que por el contrario estableció el control de legalidad de los derechos por medio del Código Civil denominado con frecuencia la “Constitución de la burguesía liberal⁶⁵”.

⁶² BARCELLONA P., “*Democracia y Justicia*” N° 28, Riuniti, Milan, 1993, p. 40.

⁶³ HAURIOU M., Traducido por RUIZ DEL CASTILLO C., “*Derecho Público y Constitucional*”, COMARES, GRANADA, 2003, p. 381 y ss.

⁶⁴ ZAGREBELSKY G., “*El Derecho dúctil ...*” op. cit., p. 53 y ss.

⁶⁵ Sobre el tema ENRIQUE M., “*La Interpretación de la Ley, Análisis Histórico de la Escuela Exegética y su nexa con el Proceso Codificador de la Modernidad*” en “*Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*”, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 223-293.

Este Estado de derecho puramente legal reinó en Francia durante más de un siglo; ya que fue recién en 1899 que se planteó con amplitud el problema de la extensión de los poderes de la doctrina y de la jurisprudencia respecto a la ley; ello se debió, a criterio de Maurice HAURIOU,⁶⁶ al libro de Francois GÉNY “*Méthode d’interprétation et les sources en Droit privé*” que con extremadas precauciones llegó a concluir que la soberanía del poder regulador de la Corte de Casación francesa en toda la esfera jurídica (con excepción del dominio administrativo) reposa en una costumbre que debe ser inquebrantable. Sin embargo, advierte que no debe interpretarse esta amplitud del poder regulador de la Corte de Casación francesa en el sentido de que ésta se encuentre por encima de la ley, porque, si bien el juez ha conquistado poderes pretorianos cuando juzga cada causa con más libertad, carece del poder pretoriano de crear reglas generales y su jurisprudencia por más persistente que sea, no crea costumbre general obligatoria.

Por estas razones en Francia y en los países que se remiten a los desarrollos constitucionales franceses se atribuyó históricamente a la magistratura la posición de servicio pasivo a la ley convirtiendo de esta forma al juez en un funcionario estatal cuya función estaba sometida por completo al poder del Parlamento y restringida a la aplicación exegetica de la ley, creándose a su vez la casación como forma de corregir a los jueces que se apartaban de la letra de lo que dice la ley⁶⁷.

En resumen, como establece Maurice HAURIOU,⁶⁸ el juez francés esta encerrado a perpetuidad en lo contencioso, es decir, en la solución de litigios determinados y no hay ninguna probabilidad de que se exalte su poder hasta una altura desde la que cree reglas generales obligatorias. Esto es aplicable tanto al

⁶⁶ HAURIOU M., “*Derecho Público y...*”, op. cit., p. 382-383.

⁶⁷ FERRAJOLI L., “*Jurisdicción y ...*”, op. cit., p. 3.

⁶⁸ HAURIOU M., “*Derecho Público y ...*”, op. cit. p. 382.

juez administrativo como al judicial, a pesar de la libertad de movimientos del Consejo de Estado.

b) El Sistema Norteamericano o Difuso.

El origen de este sistema se remonta al periodo constituyente norteamericano en el que se sentaron las bases que dieron lugar al sistema que conocemos actualmente. Es importante señalar que la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 establecía de manera tácita la relación entre derechos y ley⁶⁹. Esta es según Gustavo ZAGREBELSKY⁷⁰ la diferencia principal entre la concepción revolucionaria francesa y toda la tradición de derecho público con la tradición norteamericana.

Anteriormente ya decíamos que la Constitución de los Estados Unidos de Norte America nada dice en relación al control de constitucionalidad. Tanto es así que, en una primera etapa del desarrollo constitucional de los Estados Unidos, la Corte Suprema tuvo dudas para reconocer a los órganos jurisdiccionales ordinarios el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes. Ya que fue como señalamos páginas atrás recién en el año 1803 en el caso *Marbury vs. Madison*, en la que la Corte Suprema se definió a sí misma como al resto de los tribunales federales norteamericanos como intérprete y defensora de la Carta Fundamental, con las consiguientes consecuencias políticas de sus fallos.

Esta facultad de interpretación constitucional que se otorgó a la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, llevó a señalar al Presidente de la misma en 1908, “*que el derecho en los Estados Unidos es lo que los nueve jueces de la Corte Suprema dicen que es*”. En función de ello diversos analistas

⁶⁹ Prevalece la idea de que los derechos eran patrimonio subjetivo existente por si mismo y que en esta condición debía permanecer inalterado y protegido de todas las posibles amenazas, sean estas de origen externo, como el Parlamento inglés, o interno, como un legislador omnipotente. Se trataba de una concepción individualista de los derechos como patrimonio natural que entendía a la ley como un mal potencial que había que neutralizar por medio de un *balanced constitution* que instituyera un sistema de gobierno republicano (no democrático) y que favoreciera el mantenimiento de los derechos por un mecanismo de *checks and balances*. VITURRO P., “*Sobre el Origen y el Fundamento de los ...*”, op. cit. p. 46-47.

⁷⁰ ZAGREBELSKY G., “*El Derecho dúctil*”, op. cit., p. 55.

norteamericanos sostienen que en los Estados Unidos existe un gobierno de los jueces.⁷¹

El motivo principal para la anterior afirmación parece encontrarse en el tipo de sistema de control judicial de constitucionalidad norteamericano que se caracteriza por ser difuso, desconcentrado o descentralizado, es decir que puede ser ejercido por cualquier juez ya sea local o federal y sin distinción de grados por ser *a posteriori*, es decir una vez promulgada la ley; y por tener carácter vinculante a través de la regla de *stare decisis*⁷² que conlleva la obligación de los órganos jurisdiccionales inferiores de seguir la decisión sobre un determinado punto de derecho adoptada por las jurisdicciones de rango superior. Sin embargo, esta consecuencia negativa que caracteriza al sistema difuso, ha sido atenuada de alguna forma por la acción de la Corte Suprema precisamente a través del referido principio de *stare decisis*.

A ello cabe agregar que para contener sus propias extralimitaciones la Corte Suprema ha desarrollado el principio de autolimitación “*self-restraint*”, en virtud del cual evita entrometerse en las facultades de otros órganos; además, usa la excepción de no entrar a conocer materias que considera cuestiones políticas.

⁷¹ LAMBERT E., “*Le Gouvernement des Juges*” citado por NOGUEIRA ALCALÁ H., “*Consideraciones sobre la Jurisdicción Constitucional en ...*”, op. cit., p. 263.

⁷² Al respecto Francisco RUBIO LLORENTE señala que la eficacia *erga omnes* de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos no es producto de ningún precepto constitucional sino consecuencia necesaria de una concepción del Derecho para lo cual éste no es tanto un sistema cerrado de normas abstractas que sirven para orientar la conducta de los ciudadanos y que el Juez debe integrar e interpretar para dar solución al litigio como un conjunto abierto de reglas concretas que dan directamente la solución a litigios definidos. La *legal rule* es en consecuencia obra del juez al razonar su decisión y por eso la certeza del Derecho, la seguridad jurídica, exigen que éste quede vinculado hacia el futuro por la regla que el mismo creó. Para el citado autor no basta sólo con ello pues no habría orden jurídico único sino tantos como jueces creadores de Derecho, si el principio *stare decisis* actuase únicamente como vinculación de cada juez a sus precedentes. Por lo que en su opinión es indispensable que la jurisdicción sea concebida como actuación de un poder único cuyos distintos portadores se vinculan recíprocamente; de manera tal que cada juez está obligado a respetar no solamente los precedentes sentados por él, sino también los establecidos por otros tribunales del mismo grado al resolver asuntos similares. RUBIO LLORENTE F., “*La Forma del Poder...*”, op. cit., p. 500-501.

En este contexto, resulta interesante la comparación que desarrolla Francisco RUBIO LLORENTE⁷³ al establecer que el juez de la Europa Continental está sujeto solamente a la ley, la cual puede interpretar con libertad; cuando su interpretación parte de la establecida por el Tribunal Supremo su sentencia podrá ser revocada por éste, pero no deja de ser por ello una aplicación del Derecho vigente. Por el contrario la vinculación del juez norteamericano a las decisiones de la Corte Suprema no es simple consecuencia de la probabilidad de que, resolviendo de otro modo su sentencia sea revocada, sino exigencia esencial de la función jurisdiccional, pues el apartarse de esas decisiones es lisa y llanamente apartarse del Derecho vigente.

c) El Modelo Europeo-Continental de Control de Constitucionalidad o Sistema Concentrado.

Después de la Segunda Guerra Mundial el enfoque continental europeo fue cambiando con el establecimiento de tribunales *ad hoc*, especialmente encargados de revisar la constitucionalidad de las leyes.⁷⁴ Sin embargo fue recién finalizada la Segunda Guerra Mundial, derrotado el nazi-fascismo y realizado el descubrimiento de que, el consenso popular sobre el que se basaron los sistemas totalitarios no garantizaba la calidad de la democracia frente a las degeneraciones del poder político, que la idea de control judicial de constitucionalidad retornó al continente europeo. Gustavo ZAGREBELSKY⁷⁵ señala que esta nueva dimensión esencial de la constitucionalidad de las leyes vino dada por la ampliación que se produjo como consecuencia del abandono de una concepción rígidamente formalista del orden constitucional para remontarse a un orden de valores subyacente en la Constitución que vincula a todos los poderes del Estado y hacia los que éste debe orientar su potestad normativa.

⁷³ RUBIO LLORENTE F., “*La Forma del Poder...*”, op. cit., p. 501.

⁷⁴ Las Constituciones de Austria y Checoslovaquia, dictadas en 1920, fueron las primeras en establecer Consejos o Tribunales Constitucionales.

⁷⁵ ZAGREBELSKY G., “*El Derecho Dúctil...*”, op. cit. p. 113-114.

De esta manera, dice Luigi FERRAJOLI⁷⁶ los tres poderes del Estado quedaron subordinados al derecho, o más precisamente a la Constitución, no sólo en lo concerniente a las formas y procedimientos de formación de las leyes sino también en el plano de los contenidos. En consecuencia, el rol del juez se transformó pasando a ser garante de los derechos fundamentales también frente al legislador por medio de la censura de leyes y demás actos del poder político que pudieran violar aquellos derechos.

Sin embargo, el aporte teórico fundamental para constituir este nuevo sistema de control de constitucionalidad lo realizó Hans KELSEN⁷⁷ quien estableció que era esencial mantener la supremacía de la Constitución no sólo como regla procedimental sino también como norma sustantiva. La seguridad de la Constitución a su criterio reposaba sobre dos mecanismos: un procedimiento de reforma agravada y la posibilidad de declarar nulos los actos que le son contrarios por parte de un órgano encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes. Estableciendo que tal poder de nulidad no podía ser atribuido al mismo órgano creador de la ley porque en tal caso el legislador se consideraría a sí mismo como un ente de creación libre de derecho y no un órgano de aplicación del mismo. Por esto planteó la necesidad de un órgano independiente de aquel que hubiese dictado la ley para ejercer lo que el denominaba “defensa de la Constitución”.

Para Hans KELSEN,⁷⁸ este órgano llamado Tribunal Constitucional, se limitaría a controlar la compatibilidad de dos normas abstractas de jerarquía normativa diferente: la Constitución y la ley. Esta concepción, siguiendo a Humberto NOGUEIRA ALCALÁ,⁷⁹ tiene como consecuencia que las decisiones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional tengan un valor constitutivo y

⁷⁶ FERRAJOLI L., “*Jurisdicción y ...*”, op. cit., p. 4.

⁷⁷ KELSEN H., Traducido por NILVE M., “*Teoría Pura del Derecho*”, EUDEBA, Buenos Aires, 1970, Cap. IX.

⁷⁸ KELSEN H., “*La garanzia giurisdizionale delle costituzione*” en la “*Giustizia Costituzionale*,” GIUFFRÉ, Milán, 1981, p. 174.

⁷⁹ NOGUEIRA ALCALÁ H., “*Consideraciones sobre la Jurisdicción Constitucional en América y Europa*” en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 4, Editorial PORRUA, México D.F., 2004, p. 267.

no declarativo por lo que sólo producen efectos para el futuro, ya que el precepto legal es válido mientras no sea declarada su inconstitucionalidad y eficaz mientras el Tribunal Constitucional no lo anule; lo que una vez concretado produce el efecto de que la ley pierda validez, teniendo así el fallo efectos generales o fuerza de ley.

Este modelo germano austriaco, además de concretarse en Austria, se desarrolló prácticamente de forma simultánea en Checoslovaquia (1920) y fue asumido por la Constitución española de 1931; más tarde se generalizó, después de la Segunda Guerra Mundial, en Austria, Italia, Alemania, España, Portugal, Rusia, Egipto, Polonia, Hungría, Turquía, Colombia, Guatemala, Perú, Ecuador, Bolivia, Sudáfrica, Rumania, Estonia, Bulgaria, Croacia, República Checa, Macedonia, entre otros.

De esta manera, es como en nuestra opinión, asistimos a una separación de poderes racionalizada en la que es un órgano ajeno a los demás poderes del Estado el que ejerce un verdadero y efectivo control del poder. Pero este control sólo podrá lograrse con el sometimiento no sólo de los ciudadanos sino del propio Estado a las disposiciones establecidas en la Constitución. Es decir sometiendo tanto al poder como a los ciudadanos a un verdadero Estado de Derecho Constitucional⁸⁰. Es por esto precisamente que consideramos más que acertadas las palabras de Francisco RUBIO LLORENTE⁸¹ cuando afirma que la introducción de la justicia constitucional no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución.

I.7. Justicia Constitucional Difusa o Concentrada: La Posible Solución de las Discrepancias.-

⁸⁰ Sin embargo, no es menos cierto que las cuestiones sobre la legitimidad, funcionalidad y coherencia de la justicia constitucional constituyen aún hoy un centro de acalorado debate. Debate sobre el que volveremos al momento de tratar el rol de los jueces constitucionales.

⁸¹ RUBIO LLORENTE F., *“La Forma del Poder, Estudios sobre la Constitución”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 507.

El desarrollo de la justicia constitucional, como dice Louis FAVOREU,⁸² es ciertamente el acontecimiento más destacado del Derecho Constitucional de la segunda mitad del siglo XX.

El problema, como dijimos antes, está en determinar quien se encargará de ejercer este control; diferenciándose dos tendencias que toman como fuente ya sea el Sistema Norteamericano o el Sistema Kelseniano-europeo. Al respecto es de gran ayuda la caracterización de Piero CALAMANDREI⁸³: Sistema Judicial Difuso (*judicial review of Legislation*) y Sistema Autónomo o Concentrado (La *Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana*).

Como es lógico entre ambos sistemas existen diferencias y por tanto infinidad de posturas respecto a la conveniencia del uno sobre el otro⁸⁴. Cabe aclarar que si bien no es materia de esta investigación dilucidar esta controversia es necesario abordar de manera general los tipos de jurisdicción constitucional existentes hoy en día atendiendo precisamente a los dos grandes sistemas de control judicial de las leyes que en su inserción han adoptado modalidades .originales, mixtas y dualistas; así para Manuel GARCÍA PELAYO⁸⁵ se pueden diferenciar:

a) Jurisdicción descentralizada y no especializada.

Esta estructura existe en el caso de los países donde la jurisdicción constitucional es desarrollada por todos los tribunales ordinarios de justicia. Es el Sistema Difuso, propiamente dicho, donde todos los órganos judiciales

⁸² FAVOREU L., “*Los Tribunales Constitucionales*”, Ariel, Barcelona, 1994, p. 13.

⁸³ CALAMANDREI, P., “*La Ilegitimidad Constitucional de las Leyes en el Proceso Civil*”, en “*Instituciones de Derecho Procesal Civil (Estudios Sobre el Proceso Civil)*”, Traducido por SENTÍS MELENDO S., El Foro, Buenos Aires, 1996 Vol. III, p. 30-33.

⁸⁴ Sobre el tema consultar FERNÁNDEZ SEGADO F., “*La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la (UNAM), México, 2004; PÉREZ TREMP S P., “*Tribunal Constitucional y Poder Judicial*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; GARCÍA DE ENTERRÍA E., “*La Constitución como Norma y el ...*”, op. cit.; FIX-ZAMUDIO H., “*Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional (1940-1965)*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la (UNAM), México, 1968; FAVOREAU L., “*Los Tribunales Constitucionales*”, op. cit.; PÉREZ ROYO J., “*Tribunal Constitucional y División de Poderes*”, Tecnos, Madrid, 1988; entre otros.

⁸⁵ GARCÍA PELAYO M., “*Derecho Constitucional Comparado*”, Alianza, Madrid, 1987, p. 285 y sgtes.

pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. Como ya señalamos precedentemente este sistema nace en Estados Unidos de Norteamérica con la Sentencia *Marbury vs. Madison* y ha sido desarrollado por algunos países de Latinoamérica como Argentina y Honduras.

b) Jurisdicción descentralizada y especializada.

Este es el caso de órganos creados con el único objeto de concretar la defensa de la Constitución y su supremacía formal y material, existiendo una serie de órganos distribuidos a través del territorio nacional. Es el caso de la Corte Constitucional Federal de Alemania y las Cortes Constitucionales Estaduales alemanas.

c) Jurisdicción centralizada y no especializada.

Este sistema se da cuando la jurisdicción constitucional se concentra en un sólo órgano que constituye la cúspide de la pirámide de la judicatura ordinaria. Este fue el caso de Bolivia, Chile y Uruguay, entre otros. Hasta la relativamente reciente incorporación de la justicia constitucional en estos países.

d) Jurisdicción centralizada y relativamente especializada.

Se da en los países en que el control de la defensa y supremacía constitucional se ha encargado a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia. En el ámbito Latinoamericano el caso más destacado es el de la Sala Constitucional de Costa Rica.

e) Jurisdicción centralizada y especializada en un Tribunal único.

Corresponde a este sistema el modelo austriaco o concentrado que crea un Tribunal Constitucional, el cual de acuerdo a la Constitución concentra la competencia de defensa del orden constitucional. En este sistema un órgano *ad hoc* especializado es el encargado de llevar a cabo el control de constitucionalidad.

Al término de la Segunda Guerra Mundial este modelo se ha expandido por toda Europa: España, Portugal, Italia, Polonia, Andorra, entre otros. Este modelo de

constitucionalidad esta vigente en la actualidad en Bolivia sin embargo se trata de un caso *sui generis* ya que a pesar de haber adoptado en gran parte el sistema concentrado europeo conserva ciertos rasgos del sistema norteamericano; pero nos ocuparemos de estudiar detenidamente las particularidades del Sistema Constitucional boliviano más adelante.

Como hemos podido evidenciar, más allá de las diferentes raíces que tuvieron los sistemas mencionados; es importante recalcar que todos disponen de algún órgano jurisdiccional con competencia para ejercer el control judicial de constitucionalidad. Es así que, no obstante las particularidades que con el paso del tiempo han venido adoptando los diferentes Estados en sus formas de control de constitucionalidad, en las últimas décadas las divergencias se han ido suavizando.

En este sentido, Alessandro PIZZORUSSO⁸⁶ señala que la doctrina cada vez se muestra más proclive al reconocimiento de la superación de la alternativa Sistema Difuso-Sistema Concentrado combinando ambos sistemas y evolucionando hacia un sistema común. De igual forma Roberto GARGARELLA⁸⁷ refiere que actualmente los tribunales supremos de los países que adoptaron el sistema norteamericano son quienes en la práctica terminan decidiendo las grandes cuestiones en las que la constitucionalidad está en juego, cumpliendo consecuentemente un rol semejante al de los tribunales constitucionales europeos.

Por otro lado, con referencia al sistema concentrado de control de constitucionalidad, la mayor diferencia entre éste y el sistema difuso para varios sectores doctrinales se configuraba en la acción directa de inconstitucionalidad y el efecto *erga omnes*⁸⁸ de las

⁸⁶ PIZZORUSSO A., “*El Tribunal Constitucional Italiano*”, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 233 y sgtes.

⁸⁷ GARGARELLA R., “*La Justicia frente al Gobierno*”, Ariel, Barcelona, 1996, p. 12-13.

⁸⁸ Si bien posteriormente profundizaremos sobre el papel de legislador negativo con que algunos sectores doctrinales identifican a los tribunales constitucionales es pertinente por ahora señalar que en la caracterización del Tribunal Constitucional como “*legislador negativo*” no existe un componente político más por el contrario KELSEN intentó asimilar la función legislativa, con vistas, al otorgamiento del efecto *erga omnes* al pronunciamiento del juez constitucional y a la exclusión de la fuerza retroactiva de la resolución judicial; ya que consideró que difícilmente podía justificarse tal fuerza retroactiva. Sobre la evolución en los Tribunales europeos de los efectos *ex nunc*, es interesante el criterio expresado por ALBRECHT WEBER., “*Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa*

sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una ley⁸⁹ que han servido como una idea-fuerza para validar el modelo kelseniano del Tribunal Constitucional como “*legislador negativo*”. Hoy en día, como claramente señala Francisco FERNÁNDEZ SEGADO,⁹⁰ no cabe duda que tal idea ha sido superada principalmente por la nueva concepción de los tribunales constitucionales como verdaderas jurisdicciones. Es así que considera que el profundo quebrantamiento de la concepción kelseniana del

actual” Ariel , Barcelona, 1998, p. 75; ROMBOLI R., “*Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional ...*”, op. cit., 118; GIMENO CAMPO J., “*Las Tensiones del Tribunal Constitucional y ...*”, op. cit., p. 181-188.) no sólo por las consecuencias criticables de todo efecto retroactivo, sino especialmente porque la decisión concernía a un acto del legislador y éste también estaba autorizado para interpretar la Constitución, sin importar que sus actos en este aspecto también estuviesen sometidos al control del Tribunal Constitucional. En definitiva para KELSEN mientras el juez constitucional no declarase inconstitucional una ley, la opinión del legislador, expresada mediante un acto legislativo, tenía que ser respetada. KELSEN H., “*El Control de Constitucionalidad de las Leyes ...*”, op. cit., p. 18-19. Por otra parte Mauro CAPELLETTI señala que la base de todo el derecho de creación judicial, característico de los sistemas de *common law* se encuentra en la regla del precedente “*the rule of precedent*” que fundamenta la obligación que tiene el juez de atenerse en sus fallos a los precedentes judiciales o normas elaboradas por los órganos jurisdiccionales con anterioridad. De esta forma para el autor en análisis, si bien los efectos se circunscriben a las partes de la litis, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a afectar notablemente este rasgo. En su opinión la vinculación del precedente se acentúa aún más con relación a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores. Así la existencia de un Tribunal Supremo único y la obligatoriedad de seguir los precedentes establecidos por los tribunales jerárquicamente superiores otorga al sistema norteamericano una operatividad semejante a la de un control en vía principal, terminando indirectamente por desencadenar en una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la ley, diferente a la de una mera desaplicación de una ley en un caso singular pero con la posibilidad de que en otros supuestos la ley pueda ser nuevamente aplicada. En definitiva si una ley es inaplicada por el Tribunal Supremo norteamericano por considerarla inconstitucional la ley formalmente continuará formando parte del ordenamiento jurídico pero la regla del *stare decisis* la convertirá en letra muerta; es decir la inaplicación se convertirá realmente en anulación. CAPELLETTI M., “*El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*”, Editorial Giuffrè, Milán, 1978, p. 200-203.

⁸⁹ Esta puede ser una de las diferencias más relevantes entre ambos sistemas ya que atañe a la naturaleza de los efectos de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de la norma impugnada. En el modelo americano, en sentido estricto el juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que se limita a inaplicar la ley que considera contradictoria con la Constitución (sentencia declarativa). En sintonía con ello los efectos de la declaración son retroactivos y dado el carácter de la demanda se limitan al caso concreto ósea son *inter partes*. CALAMANDREI P., “*La Ilegitimidad Constitucional de las Leyes ...*”, op. cit., p. 65. En la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales no ejerce propiamente una verdadera función jurisdiccional, aunque tenga, por la independencia de sus miembros, la organización de un tribunal. FERNÁNDEZ SEGADO F., “*La Justicia Constitucional ante el siglo XXI ...*”, op. cit., 41. En el pensamiento de KELSEN lo anterior quedó claramente establecido para poder diferenciar lo que se considera función jurisdiccional y función legislativa; dando al Tribunal Constitucional el carácter de “*legislador negativo*” al afirmar que éste no genera sino destruye una norma general, es decir que la decisión del Tribunal Constitucional al anular una ley tiene el mismo carácter que una ley abrogatoria de otra norma legal. En definitiva es un acto de legislación negativa. KELSEN H., “*El Control de Constitucionalidad de las Leyes...*”, op. cit., p. 17-20.

⁹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO F., “*La Justicia Constitucional ante el siglo XXI...*”, op. cit., p. 90.

“*legislador negativo*,” pese a los rescoldos que de tal idea puedan subsistir,⁹¹ no puede dejar de incidir en un proceso de degradación de las diferencias antagónicas que antaño contraponían a los dos tradicionales sistemas de control judicial de constitucionalidad.

En resumen, como acertadamente razonaba Rudolf SMEND⁹² el Tribunal Constitucional cumple una triple tarea. Por una parte crea orden en el amplio espacio de las cuestiones jurídico-constitucionales, en las que sólo puede crear un orden auténtico una justicia constitucional independiente del más alto rango. En segundo lugar, fortalece las bases de nuestra existencia política, en las que nos permite a los ciudadanos experimentar la vivencia de la condición de Estado de Derecho de nuestra comunidad y de la dignidad garantizada de ciudadanos libres. Finalmente, lucha por el imperio de todos los derechos y de los bienes al tomar como motivación expresa de sus decisiones estos más altos valores de la tierra. A este último punto nos referiremos con especial atención a continuación.

I.8. Breve referencia a la Justicia Constitucional en su papel de protectora de los Derechos Fundamentales.-

La protección de los derechos fundamentales en sede constitucional es sin lugar a dudas la atribución del Tribunal Constitucional que más posiciones enfrentadas ha venido ocasionando, ya no sólo de los poderes Ejecutivo y Legislativo; sino principalmente del Poder Judicial. Llegando a afirmarse que hemos pasado de un Estado de las leyes a un Estado de los derechos⁹³ o la clásica frase acerca del “gobierno de los jueces”, “judiciocracia” o “gobierno judicial”⁹⁴; Al respecto, si bien, como señalamos

⁹¹ Al respecto FERNÁNDEZ SEGADO F., “*La Justicia Constitucional ante el siglo XXI ...*”, op. cit., p. 85, señala que la virtualidad de la concepción kelseniana ha sido tan grande, ha impactado tanto, que ni la ambigüedad de la expresión, ni el notabilísimo influjo de la recepción del concepto norteamericano de constitución en el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, ni el escepticismo que la realidad o experiencia práctica puede arrojar sobre su validez, han logrado en opinión del citado autor, desvirtuar por completo el sentido limitador de la máxima de “*legislador negativo*”.

⁹² SMEND R., citado por GARCÍA DE ENTERRIA E., “*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*”, op. cit., p. 195.

⁹³ Así DÍEZ PICAZO, L.M., “*Dificultades Prácticas y Significado Constitucional del Recurso de Amparo*”, en Revista Española de Derecho Constitucional Nº 40, p. 37.

⁹⁴ Entre otros, Karl LOEWENSTEIN señalaba los inconvenientes que podían presentarse por la intervención de los tribunales en las decisiones políticas del gobierno y del Parlamento. Para este autor si

anteriormente la mayoría de constitucionalistas han dado como válida la idea del control de constitucionalidad y también gran parte de ellos han concordado en la existencia de una jurisdicción constitucional ejercida, ya sea por la pluralidad de jueces que conforman un sistema judicial o exclusivamente por un órgano *ad hoc* creado para el efecto, la divergencia viene dada cuando se trata de abordar la función de garante último de los derechos fundamentales que tiene el Tribunal Constitucional; atribución que en gran parte de legislaciones como es el caso de España y Bolivia es resguardada a través del recurso de amparo constitucional que para muchos autores no puede ser considerado parte del control de constitucionalidad⁹⁵.

Esta concepción no es del todo novedosa ya que, fue precisamente Carl SCHMITT⁹⁶ quien señaló que, una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en jurisdicción sino por el contrario a los tribunales en instancias políticas lo que ocasiona que la justicia se politice. Para este autor, cuando el Tribunal Constitucional conoce de lo que en nuestro sistema (tanto el español como el boliviano) se llaman recursos de amparo, su función es la de una mera actuación de justicia administrativa que no tiene nada de jurisdicción sino que es materialmente legislación bajo la forma de un procedimiento judicializado. Al respecto Francisco RUBIO LLORENTE⁹⁷ señala que el sostener, ya sea de forma implícita o explícita, la tesis de que el control de constitucionalidad de la ley es una función al margen del recurso de amparo, es reservar

se otorgase el derecho a los tribunales de frustrar una decisión política del gobierno y del Parlamento, se corría el peligro de que la decisión del Tribunal no sea respetada con el consecuente perjuicio para el Estado de Derecho o que la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto judicial que, aunque revestido jurídico-constitucionalmente, no es sino un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esa función. LOEWENSTEIN K., *“Teoría de la Constitución”* Ariel Demos, Barcelona, 1982, p. 324-325.

⁹⁵ Jorge DE ESTEBAN y Luis LÓPEZ GUERRA señalan que si bien es cierto que no ha habido una oposición clara a la existencia del recurso de amparo, el criterio de atribuir su conocimiento a la justicia constitucional no fue unánime. El argumento básico de quienes cuestionan tal competencia es el de la inconveniencia de que el Tribunal Constitucional entre a conocer de cuestiones de carácter particular, como son las que tienen por objeto los recursos de amparo, estimando que hubiera sido más conveniente dejar este tipo de procesos en manos de la justicia ordinaria. Por otro lado, hay quienes consideran que es conveniente que sea el Tribunal Constitucional en su condición de órgano máximo encargado de garantizar la Constitución el que conozca de todas las violaciones, generales y particulares que ésta sufra; criterio que ha primado en la mayor parte de legislaciones.

⁹⁶ SCHMITT C., *“Teoría de la Constitución”*, op. cit., p. 76-78.

⁹⁷ RUBIO LLORENTE F., *“El Recurso de Amparo”*, en *“Estudios sobre Jurisdicción Constitucional”*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 53.

la activación de esta garantía a los órganos del Estado, sustrayéndosela a los ciudadanos, en cuyas manos ha de estar sobre todo cualquier concepción respetuosa de los derechos.

Ahora bien, nos parece que hoy en día no es posible afirmar que el control de constitucionalidad únicamente puede ser ejercido por el Tribunal Constitucional cuando se trata de preservar la sujeción del legislador a la Constitución y no cuando se trate de tutelar derechos fundamentales. De igual manera, como decíamos al principio de este punto, la tramitación del recurso de amparo constitucional ha generado una diversidad de contraposiciones entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional; más aún en los casos de España y Bolivia donde la tramitación de este recurso es atribución tanto de la judicatura ordinaria como del Tribunal Constitucional, lo que ha supuesto una colaboración entre ambas jurisdicciones. El caso de Bolivia es más complicado todavía porque el Tribunal Constitucional es parte del Poder Judicial, lo cual ha generado una confrontación que aún hoy no está definitivamente resuelta; sin embargo este punto lo analizaremos detenidamente en el momento de desarrollar el control de constitucionalidad en Bolivia.

Decíamos entonces que el recurso de amparo constitucional tanto en España como en Bolivia supone la necesaria interrelación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional en lo que toca a la función de ambas de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales. Con lo que la dificultad a la hora de interrelacionar ambas funciones se debe en gran medida a la equivocada concepción que gran parte de los jueces ordinarios tienen del amparo constitucional al considerarlo un recurso casacional o una tercera instancia procesal cuando éste se invoca contra actos del Poder Judicial⁹⁸;

⁹⁸ Al respecto Pablo PÉREZ TREMPs, entre otros, señala que se debe diferenciar el amparo contra los actos de los órganos ejecutivos y contra los actos de los órganos judiciales; ya que en el primer caso, el recurso de amparo constitucional viene a configurarse como un recurso subsidiario, ya que dicho precepto exige el haber agotado la vía judicial. Es por esto que en su opinión este es el único caso en el que el recurso de amparo se convierte en un recurso subsidiario; ya que la pretensión del recurso de amparo en estos casos es idéntica a la formulación ante los tribunales ordinarios y se repite ante el Tribunal Constitucional al haber quedado insatisfecha por aquéllos. No sucede lo mismo, en su opinión, cuando se trata de un recurso de amparo contra la actuación de los órganos del Poder Judicial porque el objeto del recurso de amparo en estos es distinto ya que la presunta violación del derecho invocado es el hilo conductor del procedimiento. Es así que para el autor en estos casos el recurso de amparo constitucional deja de ser subsidiario por la sencilla razón de que su procedimiento es diferente y su fundamento también. PÉREZ TREMPs P., *“Tribunal Constitucional y Poder Judicial”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 221-222.

criterio que no compartimos principalmente porque el recurso de amparo, es de naturaleza subsidiaria, pues sólo puede plantearse si previamente se ha hecho uso de los mecanismos ordinarios o extraordinarios que el ordenamiento jurídico otorga y al tener un carácter llamémosle “universal” o como señala Eduardo FERRER MAC-GREGOR⁹⁹ ser un “fenómeno globalizado” con independencia de la denominación que cada país le ha otorgado, este instrumento comparte la misma naturaleza jurídica, convirtiéndose en el mecanismo de mayor amplitud en la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales en los países latinoamericanos, expandiéndose de manera progresiva a Europa. Es así que, consideramos que el carácter subsidiario del recurso de amparo no depende del tipo de actos que se impugnen a través de él, ya que si fuera así sería una suerte de comodín que podría adecuarse a las necesidades de los litigantes y lo que es peor a la conveniencia de los jueces.

Cuestión muy distinta es, a nuestro criterio, entender el alcance¹⁰⁰ que tiene esta garantía constitucional que está destinada a proteger y garantizar la vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución cuya finalidad es reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de haberse producido la violación o amenaza que lo motivaron.

En ese orden de ideas, Faustino CORDÓN MORENO¹⁰¹ señala que el recurso de amparo se configura con carácter general como un medio último y subsidiario de

⁹⁹ FERRER MAC-GREGOR E., *Breves Notas sobre el Amparo Iberoamericano (Desde el Derecho Procesal Constitucional Comparado)*, en *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Porrúa, México DF, 2006, p. 12.

¹⁰⁰ Pablo PÉREZ TREMPs señala que en las sentencias que otorguen el amparo frente a violaciones de derechos y libertades procedentes de los órganos judiciales el Tribunal Constitucional debe limitarse a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y ha preservar o restablecer estos derechos y libertades absteniéndose de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales. PÉREZ TREMPs P., “*Tribunal Constitucional y ...*”, op. cit., p. 222. Criterio que en nuestra opinión no tiene nada que ver con el principio de subsidiariedad atinente al recurso de amparo constitucional ya que este recurso no ha sido concebido como una instancia valorativa ni definitiva de un derecho o controversia por el contrario su finalidad es la preservación de los derechos y libertades de las personas. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional español en su uniforme jurisprudencia repitiendo con cierta frecuencia que “... *el recurso de amparo constitucional no es una segunda instancia, ni una instancia de revisión del derecho aplicado por Jueces y Tribunales ordinarios, y que tan ni siquiera tiene los caracteres de la casación...*”. Entre otros, ATC. 60/1981 de 1 de julio.

¹⁰¹ CORDÓN MORENO F., “*El Proceso de Amparo Constitucional*”, Edilex, Madrid, 1987, p. 33.

garantía para cuando no se consiga la protección de aquellos derechos y libertades por las vías jurisdiccionales ordinarias previstas con carácter previo. De igual manera piensa Luis PRIETO SANCHIS,¹⁰² al afirmar que el amparo constitucional no es propiamente un recurso, sino un proceso diferenciado y distinto destinado exclusivamente a depurar la violación de derechos fundamentales producida por poderes públicos, o al menos la violación de derechos no remediada por los órganos encargados de hacerlo. En consecuencia opina que el amparo presenta un alcance revisor de los actos u omisiones de estos poderes pero circunscrito al restablecimiento o preservación de los derechos sin que pueda extender sus facultades correctoras a la interpretación o aplicación del derecho efectuada por la administración o por los jueces.

De tal suerte que si bien es cierto que el Tribunal Constitucional al resolver un recurso de amparo no puede efectuar una valoración de la actuación de los tribunales ordinarios dentro de un proceso que dio lugar al recurso de amparo, si tiene la potestad de reinterpretar de acuerdo a lo previsto en la Constitución la actuación judicial que produjo la violación, obligando de esta forma al órgano judicial a subsanar el vicio de acuerdo a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional que tiene carácter vinculante y obligatorio para todos los poderes públicos.¹⁰³

Por otro lado, resulta evidente también que el Tribunal Constitucional ocupa una posición diferente a los órganos de justicia ordinaria; situación que como hemos venido diciendo a lo largo de estas páginas viene dada por el principio de supremacía constitucional que impregna todas las decisiones de este órgano; más aún cuando se

¹⁰² PRIETO SANCHIS L., “*Estudios sobre Derechos...*”, op. cit., p. 236.

¹⁰³ Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional español, entre otras, en las SSTC. 78/1982 y 80/1982. Sin embargo, sobre la vinculatoriedad de los fallos en los recursos de amparo constitucional es interesante la posición de Manuel ALONSO OLEA para quien existe una diferencia de fondo y talante notable entre las sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y las resolutorias de recursos de amparo; señala que, en contraste con los efectos jurídicos derivados de las primeras, las sentencias de amparo tienen una aparente relevancia menor, entre otras cosas por la necesidad de esperar a la reiteración de su doctrina, si ésta se produce; es por esto, que en su opinión la formación de los criterios jurisprudenciales sea en el amparo más lenta que en la revisión formal de la constitucionalidad de la ley. El citado autor efectúa un profundo análisis sobre los tipos de amparo en España y los efectos que las sentencias en cada uno de éstos concluyendo que todas los fallos que resuelven amparos en España solo tienen efecto inter-partes y en ningún caso *erga omnes*; en consecuencia estas sentencias no son vinculantes a los Poderes Públicos. Es más opina que las sentencias dictadas en amparo ni siquiera pueden fijar doctrina constitucional porque de acuerdo al art. 40.2 de la LOTC esta permisión solo se aplica a las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. ALONSO OLEA M., “*La Jurisprudencia Lenta y Suave del Tribunal Constitucional*”, en Revista de Administración Pública N° 100, Vol. I enero-diciembre de 1983, p. 24-26.

trata de tutelar derechos fundamentales a través de mecanismos constitucionales como el recurso de amparo constitucional.

Dicha posición de supremacía, de acuerdo con la opinión de Pablo PÉREZ TREMP¹⁰⁴ no supone solamente una ubicación especial de la jurisdicción constitucional en relación a los tribunales con los que comparte esta función de garante, sino que a pesar de no existir formalmente una relación jerárquica entre las dos jurisdicciones,¹⁰⁵ la estructuración del recurso de amparo constitucional confirma la superioridad de la judicatura constitucional sobre la ordinaria similar a la que se da dentro del propio Poder Judicial. La razón en su opinión es el efecto revisor que tienen las decisiones del Tribunal Constitucional sobre las de los órganos judiciales integrados en el Poder Judicial, efecto que se produce tanto en el supuesto de violaciones de derechos por actos de órganos ejecutivos, como última instancia en el supuesto de violaciones de derechos por órganos judiciales.

Dicha potestad revisora, como era de esperar ha provocado los consiguientes conflictos entre ambas jurisdicciones. Situación que se debe a criterio de Pedro José GONZÁLEZ- TREVIJANO¹⁰⁶ al hecho de que el recurso de amparo es el mecanismo principal por el que el Tribunal Constitucional controla tanto el sistema de fuentes como la aplicación e interpretación que realizan los órganos judiciales de los derechos y libertades.

¹⁰⁴ PÉREZ TREMP P., “*Tribunal Constitucional y ...*”, op. cit., p. 236-237. Sin embargo este es un tema controvertido para los distintos sectores doctrinales. Así que para CAAMAÑO DOMÍNGUEZ Francisco, es indiscutible que también la doctrina sentada en las sentencias de amparo vincula a todos los Poderes Públicos. GÓMEZ MONTORO A.; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ F., y MEDINA GUERRERO M., “*Jurisdicción y Procesos Constitucionales*”, Mc-Graw Hill, Madrid, 2000, p. 78. Sobre el particular ni el propio Tribunal Constitucional español ha dado una solución real a este conflicto ya que no es uniforme el criterio de su jurisprudencia a la hora de dar vinculatoriedad a las sentencias de amparo constitucional así: STC 305/1993; STC Del Pleno 111/1993 y STC. 90/1995. Si bien es cierto que este es un tema que tiene contrapuestas opiniones y que las mismas no son objeto de esta investigación, es importante señalar por la relevancia que tiene la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional que en Bolivia las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional dentro de recursos de amparo constitucional vinculan a todos los Poderes Públicos es decir son vinculantes y obligatorias.

¹⁰⁵ Ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional españolas han configurado a éste como un órgano situado en la cúspide de una organización jerárquica. Como tampoco lo ha establecido la Constitución boliviana ni la Ley del Tribunal Constitucional.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ-TREVIJANO P.J., “*El Tribunal Constitucional*”, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 150-160.

Evidentemente, como ya señalamos antes, parece ser que el recurso de amparo constitucional es la causa principal de los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional; situación que no parece encontrar una solución definitiva, más aún hoy, con la constitucionalización de nuevos derechos, o con la interpretación de las cláusulas abiertas que diversas constituciones prevén como vía para tutelar los derechos previstos en Pactos Internacionales. Lo que ha generado toda una corriente activista o activismo judicial por parte de varios tribunales constitucionales en la preservación o tutela de los derechos fundamentales; menoscabando con ello, en opinión de algunos autores, la función del juez ordinario, fenómeno sobre el cual profundizaremos en las páginas que siguen. Coincidiendo, por el momento, plenamente con Enrique ÁLVAREZ CONDE¹⁰⁷ cuando afirma que si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional ha condicionado a la ordinaria en materia de derechos fundamentales, no es menos cierto que tampoco se puede negar que sin dicha jurisprudencia difícilmente los derechos fundamentales y libertades públicas hoy en día habrían alcanzado su actual desarrollo.

Cabe advertir que el presente capítulo es una introducción a nuestro tema de investigación y que estas son algunas de las ideas y reflexiones que estarán presentes a lo largo de este trabajo, lo que explica nuestra intención primordial de disipar una a una en la medida de nuestras posibilidades estas incógnitas. Sin embargo consideramos oportuno afirmar que la existencia de una justicia constitucional especializada no busca de forma alguna el descrédito de la justicia ordinaria. Aún más, como bien señala Cristina GARCÍA PASCUAL,¹⁰⁸ fue la propia justicia constitucional la que demostró que no se podía excluir al juez ordinario de la adecuación de las leyes a las disposiciones de la norma suprema. La prueba más evidente de ello es precisamente el recurso de amparo constitucional en el que ambas jurisdicciones deben cumplir el mandato constitucional de protección y defensa de los derechos fundamentales.

¹⁰⁷ ÁLVAREZ CONDE E., “Curso de Derecho Constitucional...”, op. cit., p. 617.

¹⁰⁸ GARCÍA PASCUAL C., “Legitimidad Democrática y Poder Judicial”, Alfons el Magnanim, Valencia, 1997, p. 165.

CAPÍTULO II

EL ACTIVISMO JUDICIAL: UNA OPCIÓN ADECUADA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

II.1. De la Interpretación Jurídica a la Interpretación Constitucional.-

La elaboración de una teoría universalmente válida sobre la interpretación jurídica es sin duda una de las áreas a las que más horas de estudio han dedicado varios filósofos del Derecho, abordando, cada uno de ellos, diferentes perspectivas y como es de suponer obteniendo resultados dispares. Sin embargo no es objeto de esta investigación analizar el tema de la interpretación, sino en cuanto está estrictamente referida a la interpretación constitucional como base del activismo judicial, desarrollado actualmente por gran parte de los órganos de justicia constitucional del mundo. Consideramos necesario hacer esta precisión, porque el estudio de la interpretación jurídica en general debe tocar temas como el de la Analogía, los Principios Generales y las Fuentes del Derecho que repetimos no son materia de nuestro trabajo.

Una vez precisado lo anterior, empezaremos señalando que las normas jurídicas en las que el Derecho vigente se encuentra plasmado, se expresan mediante el lenguaje, pero éste, al prescribir una norma, puede ser poco claro, tener un trasfondo doctrinario y/o un sentido técnico; en fin, puede en una primera impresión expresar no precisamente la voluntad del legislador y probablemente hasta ni siquiera cercanamente podría contener la intención que éste tuvo para sancionar la norma que se ha puesto en vigencia, o dicha norma puede incluso ser reproducción cercana o fiel de una norma extranjera, en cuyo caso es posible que ni el legislador supiera el sentido exacto y cabal de la norma que habría dado a la luz. Los hechos, a su vez, pueden ser tan variados y diversos que no se dejan prever total e inequívocamente por las normas jurídicas¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Así para Claude DU PASQUIER solamente los profanos pueden reprochar a los juristas, las discusiones que provoca la interpretación del Derecho; sorprendiéndose de que los redactores de leyes no hayan logrado elaborar textos suficientemente claros para que su manejo esté exento de incertidumbre; estas críticas demuestran, en su opinión, el desconocimiento de la infinita diversidad de los hechos reales ya que éstos no se dejan reducir a fórmulas indelebles y escapan a todas las previsiones. Consecuentemente señala que no es necesario mucho tiempo de práctica judicial para constatar cuán

En este sentido, si bien es obvio que así como el lenguaje muchas veces puede no ser claro, las normas jurídicas, por tener que valerse del elemento lingüístico para expresarse, no escapan a esta posibilidad. Sin embargo para gran parte de la doctrina la interpretación jurídica no se da únicamente ante la falta de claridad en el texto de la norma, puesto que la interpretación de las normas siempre está presente en el momento de aplicar el derecho; por más que la norma que va a ser objeto de interpretación no revista mayor complicación para desentrañar su significación y sentido¹¹⁰. Por lo que cabría, hablar de mayor o menor grado de dificultad para interpretar una norma jurídica, pero nunca de la posibilidad de prescindir de hacerlo. De este modo llegamos al primer punto en común el cual es la ineludible necesidad de la interpretación de la norma jurídica o como señala Luis RECASENS SICHES¹¹¹ el estudio de la interpretación de las normas jurídicas es un tema esencial lo mismo en la teoría que en la práctica del Derecho. No puede existir ningún orden jurídico sin función interpretativa, porque las normas están destinadas a ser cumplidas y, en su caso, aplicadas¹¹².

frecuentes son los casos extraordinarios e imprevisibles que surgen en las fronteras o aun fuera de las categorías comprendidas en las reglas legales. DU PASQUIER, C., *“Introducción al Derecho”*. Editorial Jurídica Portocarrero S.R.L. Traducción AYASTA GONZÁLES J., Lima, 1994, p. 144 y 145.

¹¹⁰ En este sentido Emilio BETTI señala que la interpretación que interesa al Derecho es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a formas representativas, en la órbita del orden jurídico, que son fuente de valoraciones jurídicas, o que constituyen el objeto de semejantes valoraciones. Fuentes de valoración jurídica son normas jurídicas o preceptos a aquéllas subordinados, puestos en vigor en virtud de una determinada competencia normativa. En consecuencia objeto de valoraciones jurídicas pueden ser declaraciones o comportamientos que se desarrollan en el círculo social disciplinado por el Derecho, en cuanto tengan relevancia jurídica según las normas y los preceptos en aquél contenidos y que tengan a su vez contenido y carácter preceptivo, como destinados a determinar una ulterior línea de conducta. BETTI, E., *“Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos”*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 95. En igual forma Francesco MESSINEO señalaba que la sola aprehensión de una norma y el ineludible trabajo de meditación que ella exige para ser entendida, son ya obra de la interpretación. MESSINEO, F., *“Manual de Derecho Civil y Comercial”*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 95.

¹¹¹ RECASENS SICHES L., *“Tratado General de Filosofía del Derecho”* Editorial Porrúa S.A, México D.F., 1983, p. 627-630.

¹¹² Al respecto es importante señalar que la presunción que subyace a la idea de interpretación judicial es la de que el Derecho está compuesto fundamentalmente por reglas identificables por los jueces y operadores jurídicos en general, mediante algún criterio de identificación o reconocimiento. Para MAC CORMICK este es el problema central de la teoría del Derecho ya que todo sistema jurídico está compuesto, o al menos incluye, un conjunto de reglas identificables por referencia a criterios comunes de reconocimiento; y lo que hace que estos criterios sean criterios de reconocimiento para un sistema jurídico es la aceptación compartida por los jueces de ese sistema, que su deber consiste en aplicar las reglas identificadas por aquéllos. Citado por PÁRAMO ARGÜELLES JUAN RAMÓN, *“Razonamiento Jurídico e Interpretación Constitucional”*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8. Núm. 22. Enero-Abril, 1988, p. 112.

Ahora bien, para el citado autor, las normas generales hablan en términos relativamente generales y abstractos. En cambio, en la vida humana, en las realidades sociales en las cuales se deben cumplir y, en su caso, aplicar las leyes, son siempre particulares y concretas. Por consiguiente, opina, que para cumplir o aplicar una ley o un reglamento es ineludiblemente necesario convertir la regla general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos en preceptos concretos. Y esto es precisamente lo que a su criterio se denomina interpretación jurídica.

Desde otra perspectiva, Gustavo ZAGREBELSKY¹¹³ señala que la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento. El citado autor pone de relieve el carácter bipolar de la interpretación ya que conjuga las dos vertientes hasta hacerlas coincidir en un resultado satisfactorio para ambas. De esta manera el intérprete no está al servicio exclusivo ni de una ni de otra, sino en todo caso, de las dos a la vez, manifestando así una cierta autonomía frente a cada una de ellas. Autonomía que deriva del vínculo que lo hace depender de la otra norma.

Con relación a los métodos de interpretación jurídica muchos autores opinan que existen múltiples métodos de interpretación y otros en cambio piensan que el método de interpretación jurídica es único. Sin embargo, este es un debate que se aleja del marco teórico de esta investigación por lo que simplemente señalemos que coincidimos con el pensamiento de Luis RECASENS SICHES¹¹⁴ que destaca que lo primordial no es determinar si existen pluralidad de métodos de interpretación o solamente uno; el problema es encontrar un método acertado de interpretación, porque el hecho mismo de que sean varios los propuestos muestra que ninguno de ellos es el método más correcto o adecuado. Es así que pensamos que el buen intérprete es el que aprovecha todos los métodos que cabe utilizar y elige como interpretación válida aquella en la que confluyen todos o la mayoría de los métodos aplicados y a su vez debe ser consciente de que si métodos distintos le llevan a interpretaciones diversas, tiene que tomar en cuenta la disyuntiva y no puede, simplemente, acallar uno de ellos para elegir el otro sin mayor fundamentación.

¹¹³ ZAGREBELSKY G., *"Derecho Dúctil"*, Traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2003, p.156.

¹¹⁴ RECASENS SICHES L., *"Tratado General de Filosofía del Derecho"* Editorial Porrúa S.A, México D.F., 1983, p. 627-630.

En este orden de cosas está claro que la función del juez es una pieza esencial e indispensable del orden jurídico positivo, por cuanto éste no sólo consta de leyes sino también le es imprescindible la función jurisdiccional. De manera tal que el juez está sometido a las prescripciones jurídicas, pero las leyes no pueden operar por sí solas, sino únicamente a través de la interpretación que el operador judicial les de.

Ahora bien, como dijimos al empezar este capítulo el tema de la interpretación jurídica nos concierne específicamente en lo referido a la interpretación constitucional; es por esto que sin pretender agotar ni constituir una exposición exhaustiva del tema nos referiremos al debate en torno a si realmente existen diferencias entre interpretación jurídica ordinaria y la interpretación constitucional. Lo que a su vez nos llevará a considerar la diferencia entre principio de constitucionalidad y principio de legalidad y fundamentalmente entre Constitución y ley.

Efectivamente como señala María del Carmen BARRANCO AVILÉS¹¹⁵ la aparición del Estado constitucional diferente al Estado liberal de derecho supone la consideración del principio de constitucionalidad diferente al principio de legalidad; lo que obviamente nos induce a diferenciar Constitución de ley y consecuentemente reclama una distinta teoría del derecho desde la que se construya una también distinta teoría de la interpretación. Este proceso a través del cual el Derecho Constitucional adquiere primacía sobre el Derecho Privado tiene lugar en Alemania y es a partir del mismo que surgen las diversas teorías que afirman o refutan las diferencias entre la interpretación legal y la interpretación constitucional.

Empecemos, citando a Ernst FORSTHOFF¹¹⁶ quien promovió el método hermenéutico clásico de interpretación afirmando que la Constitución, al ser una ley debía sujetarse a las mismas reglas de interpretación aplicables a las leyes¹¹⁷. En su opinión el hecho de

¹¹⁵ BARRANCO AVILÉS M.C., “*La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*”, DYKINSON, Madrid, 2000, p. 153.

¹¹⁶ FORSTHOFF E., “*Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho, El Estado Social*”, Traducido por PUENTE J., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 43-68.

¹¹⁷ Estas reglas serían, en lo esencial, las trazadas por SAVIGNY y que han sido asumidas por el Tribunal Constitucional Federal alemán de modo natural. Así, habla de la necesidad de tener en cuenta, para la interpretación de la Constitución: la colocación sistemática del precepto (*Zusammenschau*, literalmente,

recurrir a otros criterios interpretativos implicaría la adopción de métodos no jurídicos y llevaría a la disolución de la Constitución como norma. De forma diametralmente inversa pensaba Rudolf SMEND¹¹⁸ para quien la Constitución no podía ser comprendida sólo como un estatuto de organización que estructura el Estado y que faculta e impone ciertas actividades al mismo, sino a la vez, como una forma vital de los ciudadanos que participan en la vida del Estado. En su opinión los valores comunes expresados por la Constitución operan, como valores de integración colectiva de los ciudadanos y es así como deben ser comprendidos y aplicados¹¹⁹.

Por otro parte, para Konrad HESSE¹²⁰ fue recién a través de la Ley Fundamental de Bonn cuando el Derecho Constitucional invadió el terreno reservado hasta entonces al Derecho Privado debido a las innovaciones considerables que introduce la referida Ley y que afectan a la garantía e imposición de la primacía de la Constitución. En lo que concierne a los derechos fundamentales, opina, que éstos se convierten en principios objetivos del ordenamiento constitucional, pero con la nueva situación de éste, también lo serán del ordenamiento jurídico en su conjunto. Para el citado autor de esta forma los derechos fundamentales se convierten en un orden de valores que debe ser vinculante en todos los ámbitos del Derecho, la legislación y la administración; por ello todos estos campos deben tener en cuenta la influencia de los derechos fundamentales en la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

vista conjunta del precepto en relación con los demás preceptos), el tenor literal, el origen histórico y el objetivo o fin del legislador. *BVerfGE* 50, 177(194), Resolución de 17 enero 1979 (Sala Primera). Aunque no podemos ahondar en el pensamiento de FORTSTHOFF y el Método Hermenéutico Clásico de Interpretación es preciso señalar una de las críticas más contundentes que esa postura ha recibido. Así, E. W. BÖCKENFÖRDE considera dicha igualdad estructural de la Constitución y la ley, bajo el aspecto metodológico interpretativo, como pura ficción. BÖCKENFÖRDE E.W., Traducido por REQUEJO PAGÉS J.L., y VILLAVERDE MENÉNDEZ I., “*Escritos sobre Derechos Fundamentales*”, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 18-20.

¹¹⁸ SMEND R., “*Constitución y Derecho Constitucional*”, Traducido por BENEYTO J.M., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

¹¹⁹ De estas afirmaciones surge el debate que hoy en día aún se encuentra presente en Alemania que ha contrapuesto la opinión de FORSTHOFF y SMEND y ha contrastado una interpretación iusnaturalista de los valores de la Constitución con otra con “ohne Naturrecht” denominada por Peter HABERLE como “Sin Derecho Natural”. GARCÍA DE ENTERRIA E., “*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*”, CIVITAS SA., Madrid, 1994, p. 100-101.

¹²⁰ HESSE K., “*Derecho Constitucional y Derecho Privado*”, Traducido por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ I., CIVITAS, Madrid, 1995, p. 58.

De igual manera, pero desde otro punto de vista Klaus STERN¹²¹ pensaba que la interpretación de las normas contenidas en la Constitución no podía equipararse de modo sencillo a la interpretación de las otras previsiones legales ya que se impone desde esta perspectiva, estudiar las condiciones requeridas para que se pueda hablar de la existencia de reglas interpretativas propias y analizar la virtualidad de las mismas.

En fin, como podemos ver existen diferentes opiniones sobre el tema y no consideramos pertinente, en este momento, entrar a profundizar más sobre alguna de ellas. Sin embargo queda claro que las particularidades de la interpretación constitucional vienen dadas justamente por las formas y el sentido que se dé a la propia interpretación. Así como ya hemos visto, para algunos juristas la Constitución es distinta de la ley porque su aplicación no es un problema jurídico sino político, para otros la Constitución es distinta de la ley y superior porque es también superior su jerarquía en el sistema de fuentes y para los más la Constitución es distinta de la ley y superior a ésta en un sentido distinto del jurídico¹²².

Efectivamente como señala Francisco RUBIO LLORENTE¹²³ el problema de la interpretación es hoy en día el problema central de la teoría de la Constitución. La búsqueda de esquemas interpretativos que maximicen la capacidad prestacional de las normas constitucionales es sin duda uno de los empeños que mayor dificultad ofrece en la actualidad a los constitucionalistas de fin de siglo debido en gran parte a que el constitucionalismo moderno ha venido a romper con la llamada tesis de la subsunción¹²⁴

¹²¹ DE BORJA LOPEZ-JURADO ESCRIBANO F., “*La Formulación de Criterios de Interpretación de la Constitución en la Doctrina Alemana: Parámetros de Admisibilidad*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12. Núm. 34, Enero-Abril, 1992, p. 106-107.

¹²² Dicha distinción se produce por razón de grado puesto que la Constitución es la norma suprema del sistema jurídico-político, pero sobre todo por razón de la cualidad de la norma constitucional. ARAGÓN REYES M., “*El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad*”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, Num. 1, 1997, p. 184. Esta idea se encuentra presente también en autores como PULIDO BERNAL C., “*El Derecho de los Derechos*”, Universidad de Externado, Externado, 2005, p. 125 y sgtes.

¹²³ RUBIO LLORENTE F., “*La Constitución como fuente del Derecho*”, en *la Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 605.

¹²⁴ Un planteamiento introductorio a las particularidades de la interpretación constitucional puede verse en GUASTINI R., “*Specificità dell interpretazione costituzionale*”, en *Analisi e Diritto* 1996, Turin, 1996 p. 169-186.

según la cual toda solución jurídica es directamente deducible de las premisas que ofrecen los hechos, por una parte, y la norma jurídica aplicable, por la otra, el constitucionalismo cambia esa forma de interpretación por la de la ponderación. Está última idea, nos dice María del Carmen BARRANCO AVILÉS¹²⁵ se defiende sobre todo en relación con los derechos fundamentales y tiene consecuencias para la concepción de sus funciones en el punto de vista interno. Los derechos desempeñan una función objetiva en la que se pone de manifiesto este carácter de Derecho Constitucional como Derecho que no se identifica por su origen sino por su contenido y que precisamente, en virtud de este contenido es un Derecho superior.

Como resultado de lo señalado y siguiendo a Luis PRIETO SANCHIS¹²⁶ se produce la contraposición entre Constitucionalismo y Positivismo y se origina lo que Gustavo ZAGREBELSKY¹²⁷ denomina la superación del Estado de Derecho por parte del Estado Constitucional, sustituyéndose el principio de legalidad por el principio de constitucionalidad; principalmente porque se atribuye a las normas constitucionales un carácter diferente al de las normas legales. Para el citado autor queda claro entonces que si el Derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios y por esto distinguir los principios y las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir entre Constitución y leyes.

Sin embargo, el mayor problema parece darse a la hora de establecer las diferencias entre valores, principios y reglas; y aunque un análisis detenido de las distintas teorías al respecto excedería del objeto de este trabajo, nos parece conveniente hacer mención de algunas ideas sobre el tema que tienen relación con nuestra investigación¹²⁸. En este

¹²⁵ BARRANCO AVILÉS M.C., “*La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*”, DYKINSON, Madrid, 2000, p. 133.

¹²⁶ PRIETO SANCHIS L., “*La Doctrina del Derecho Natural*”, en J. BETEGÓN, M. GASCÓN J., R. DE PÁRAMO R., y PRIETO SANCHIS L., en “*Lecciones de Teoría del Derecho*”, Mac Graw-Hill, Madrid, p. 31-66.

¹²⁷ ZAGREBELSKY G., “*El Derecho Dúctil...*”, op. cit., p. 109-110.

¹²⁸ Los principios, en cuanto instituciones jurídicas con proyección normativa, cumplen con una función informadora de todo el ordenamiento. Esta función es más concreta que la realizada por los valores (de ahí su diferencia funcional con los mismos), ya que a partir de su mayor grado de precisión (pues, aun cuando son indeterminados, son predictibles), los principios ofrecen mayores argumentos para decidir el

sentido Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA¹²⁹ piensa que los principios constitucionales, una vez determinados, adquieren proyección normativa y, al igual que los valores, son instituciones jurídicas vinculantes para los poderes públicos. Opina dicho autor que ya desde SAVIGNY, los principios jurídicos se configuraban como instituciones con valor normativo, admitiéndose que en el Derecho, además de reglas y de valores, existen también principios que precisamente identifican a cada ordenamiento concreto.

Sin embargo, la dificultad que plantean los principios, como dice Manuel ARAGÓN REYES¹³⁰ no es la de su aceptación, sino la de su conformación. Pues si bien los principios son importantes en la interpretación jurídica, mucho más lo van a ser en el campo de la interpretación constitucional, ya que su objeto está materializado en las constituciones, sobre todo en aquellas aprobadas como constituciones de integración o de consenso a partir de la segunda posguerra, principalmente porque estos textos constitucionales incluyen una serie de principios que son básicos para fundamentar la interpretación e interrelación adecuada entre los valores y las reglas constitucionales. La determinación de la estructura jurídica y la función constitucional de los principios facilitará la interpretación y aplicación que de los mismos deba realizar el intérprete constitucional.

Efectivamente, los textos constitucionales más modernos están llenos de principios, no de reglas; ante la presencia de principios y valores constitucionales que entran en

significado concreto de una regla. Así, también, de los principios se extraen reglas aplicables a los casos concretos, y la posible transmutación de los principios en reglas supone el ejercicio de diferentes opciones de política legislativa. Corresponde, pues, al legislador concretar los principios constitucionales en reglas y al intérprete jurisdiccional aplicar las reglas inferidas de los mismos, pero con menor grado de discrecionalidad que el legislador, ya que el contenido material de los principios determinará el sentido de las reglas durante el proceso de interpretación. Los principios han de deducirse de las reglas constitucionales. En los Estados actuales se proyectan, al mismo tiempo, principios cuya fundamentación puede obtenerse de reglas portadoras de valores subyacentes distintos cuando no aparentemente contradictorios. Sobre este tema, véase ALEXY R., *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 139 y ss. y/o HABERMAS J., *“Facticidad y Validez”*, Trotta, Madrid, 1998, p. 328 y ss.

¹²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA E., *“Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho”*, en Revista de Administración Pública Nº 40, Madrid, 1963 p. 189-224.

¹³⁰ ARAGÓN REYES M., *“Constitución, Democracia y Control”*, UNAM, México D.F., 2002, p. 161.

conflicto, para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA¹³¹ la subsunción se rebela como un método interpretativo absolutamente superado ya que desde el momento en que ha quedado claro que hay que operar directamente con valores, la operación aplicativa es todo menos mecánica y lo que se exige es la ponderación¹³² y la razonabilidad¹³³, en la que ninguna de las normas en conflicto pierde su validez, sino que, a la luz del caso concreto, el juez constitucional pondera los bienes en tensión y trata de potenciar o maximizar hasta donde sea razonable ambos, procurando no llegar a sacrificar

¹³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA E., “*La Democracia y el lugar de la Ley*”, en Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Nº 92, octubre-diciembre de 1996, p. 619-620.

¹³² Al respecto Carlos BERNAL PULIDO señala que la ponderación no es un proceso algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Por el contrario opina que tiene diversos límites de razonabilidad que deparan al intérprete un irreductible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones. Sin embargo, el hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites, no le enajena su valor metodológico, así como la circunstancia de que el silogismo no garantice la verdad de las premisas mayor y menor, tampoco le resta por completo su utilidad. A su criterio es por esto que la ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites, ya que si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella si puede fijarse cuál es el espacio donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. En síntesis según Carlos BERNAL PULIDO la ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden rehuir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación; por lo que la graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas junto con la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad. BERNAL PULIDO C., “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 757. Ver también ALEXY R., “*Tres Escritos sobre Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*”, Universidad de Externado, Externado, 2005, p. 85 y sgtes., “*Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad: Una respuesta a Gloria Lopera*”, en Revista española de Derecho Constitucional, Año 25, Nº 74, 2005, p. 417.444. Un ejemplo lo podemos encontrar en la formulación del principio democrático, que comprende los valores de libertad y pluralismo político conjuntamente con el principio social portador de los valores de igualdad y justicia. Esta colisión entre principios debe ser resuelta superando las contradicciones a través del *balancing* o equilibrio que exige el efecto integrador buscado por las normas constitucionales. En consecuencia, dado el valor normativo de los principios constitucionales, podemos afirmar también que estos principios, como parte integrante de la Constitución, tienen en primer lugar una función positiva a través de su categoría informadora del ordenamiento y, en segundo término, una función negativa que se concreta mediante la fuerza derogatoria de la Constitución y, por tanto, depuran el ordenamiento garantizando que el contenido material de las normas jurídicas se ajuste al previsto constitucionalmente. ARAGÓN REYES M., “*Constitución, Democracia y Control ...*” op. cit., p. 163.

¹³³ La razonabilidad, dice Luis PRIETO SANCHIS, podría ser el lema de la justicia constitucional tanto en su tarea de control de la ley como de protección de los derechos fundamentales. Opina que en el principio de igualdad, no puede haber subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional; o en el derecho al honor y la libertad de expresión. Cuando se da un conflicto entre los respectivos límites tutelados, no solamente puede imponerse definitivamente ninguno de ellos sino que el juez esta obligado a preservar ambos hasta donde sea posible. PRIETO SANCHIS L., “*Constitucionalismo y Positivismo ...*”, op. cit., p. 38-41. Ver también BERNAL PULIDO C., “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 757.

totalmente uno de ellos excepto, claro está, en casos límite. Sin embargo, en opinión de positivistas como Ronald DWORKIN¹³⁴ la función del juez no es creadora sino garantizadora porque el juez cuando en la solución del caso no tenga norma aplicable debe acudir a los principios jurídicos, pero tales principios le corresponde extraerlos del propio Derecho y no de las reglas sociales o de las ideas políticas y esa extracción es posible en la medida en que no se separe la teoría del derecho de la aplicación del mismo.

Por todo ello, consideramos que la interpretación de los valores y principios constitucionales ha de seguir, evidentemente, las reglas generales de la interpretación jurídica. Sin embargo, si bien es cierto que hoy en día la interpretación de la Constitución es una de las cuestiones fundamentales del Derecho Constitucional tal como señala Manuel ARAGÓN REYES¹³⁵ a esa afirmación podría añadirse también que la Teoría de la Constitución es la base firme de ese Derecho Constitucional y en consecuencia, el conocimiento o saber imprescindible para abordar con seriedad y rigor sus problemas y entre ellos el fundamental que es precisamente la interpretación constitucional¹³⁶.

¹³⁴ DWORKIN R., *“Los Derechos en Serio”*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 116. En definitiva el autor postula una ciencia del Derecho prescriptiva y descriptiva al mismo tiempo y es dentro de esa ciencia del Derecho donde hay que dar respuesta al problema de la valoración. La distinción entre “principios” y “directrices” y entre “principios” y “normas” o entre “conceptos constitucionales” y “concepciones constitucionales” está dirigida a articular una teoría de la interpretación jurídica que, precisamente por ser jurídica, no salga de los límites de la teoría del Derecho a la que no es ajena la filosofía moral, pero sin que ésta venga a suplantar las categorías jurídicas.

¹³⁵ ARAGÓN REYES M., *“Constitución, Democracia y Control ...”*, op. cit., p. 164.

¹³⁶ Sin afán de profundizar en el tema es preciso referirnos al criterio de Manuel ARAGÓN REYES que en concordancia con Ignacio DE OTTO refiere que las deficiencias de la interpretación valorativa o principalista no pueden ser suplidas por otro método de interpretación, sino ante todo por una teoría de la Constitución que sirva como criterio de interpretación, que proporcione puntos de vista orientadores y estructuras dogmáticas. Mientras falte tal construcción teórica los diversos métodos de interpretación seguirán siendo otros tantos elementos de indeterminación de la norma. Al respecto Konrad HESSE señala que interpretar es concretizar, para lo que es preciso comprender la norma dentro de un sistema no sólo normativo sino también de categorías teóricas que le dan significado, que le prestan coherencia. Para el citado autor no es posible interpretar la norma constitucional sin una previa teoría de la Constitución. Opina que está claro que el intérprete, necesariamente, ha de contar con el bagaje teórico que le facilite la tarea de extraer del precepto jurídico su significado constitucionalmente adecuado o de convertir en principios jurídicos los valores enunciados por la norma o de establecer las conexiones pertinentes entre unos y otros principios que concurren en el caso concreto de aplicación. Y esa teoría de la Constitución, tan relevante para la interpretación, no puede ser otra que la que descansa en un concepto de Constitución auténtica, esto es, de Constitución democrática, concepto que no puede ser invalidado por el fácil expediente de tacharlo de “político”. En el marco de esa teoría encuentra su “objetivación” la tarea interpretadora, justamente porque ahí se encuentran las categorías “contrastables” para su ejercicio y los

Por otro lado, pero en íntima relación con lo anterior, debemos referirnos al cambio que ha sufrido el paradigma interpretativo positivista a partir del denominado constitucionalismo moderno y que consiste en la nueva consideración de la labor del juez, sobre todo del juez constitucional. Mientras para el positivismo, como consecuencia obvia de la tesis de la subsunción, el juez no hacía más que aplicar automáticamente la ley, hoy se acepta que las decisiones judiciales tienen siempre un componente valorativo¹³⁷.

Al respecto mucho se ha especulado sobre un supuesto gobierno de los jueces. Sin embargo para Albert CALSAMIGLIA¹³⁸ es evidente que los jueces no disponen de poder político; es más, no tienen libertad para inventarse derechos e interpretaciones. Opina que es de conocimiento público que a la doctrina de los tribunales se le exige coherencia y adhesión y, en realidad, la función creadora de derecho de los jueces es bastante limitada. Sin embargo, para autores como Manuel ARAGÓN REYES¹³⁹ la política no se separa tan fácilmente de la justicia lo que acrecienta los peligros del llamado activismo judicial, frente a lo cual considera que es preciso limitar el papel de los jueces y en especial de los jueces constitucionales ya que precisamente constitucionalismo en sus palabras significa: “*limitar todos los poderes*”, no restándoles ámbitos de control, sino reduciendo su papel de creadores de normas para impedir que sean los dueños del Derecho en lugar de sus servidores.¹⁴⁰

límites jurídicos que impiden la libertad política de “valoración”. ARAGÓN REYES M., “*Constitución, Democracia y Control...*”, op. cit., p. 164-166.

¹³⁷ Al respecto si bien esta claro que el Tribunal Constitucional debe sopesar las consecuencias político-constitucionales de sus resoluciones, pero ello no tiene por qué conducirlo, necesariamente (en el límite, claro está), a una solución política (como opina LERCHE) ya que la teoría ofrece medios (la «ponderación imparcial», «el interés más fundamental», KRIELE, el «principio de mayor convicción», DWORKIN, los criterios de «racionalidad-razonabilidad», BICE; etc.) para que esa solución se adopte de manera que no quiebren la certeza y la previsibilidad, es decir, de manera jurídica. BACHOF ya lo había expuesto con suma claridad: Las consecuencias políticas de una decisión judicial no pueden ser ignoradas en absoluto a la hora de tomar una decisión, pero la búsqueda de las 'medidas correctoras de esas consecuencias no deben salirse de las fuentes que el propio ordenamiento ofrece. ARAGÓN M., “*Constitución, Democracia y Control ...*”, op. cit., p. 166.

¹³⁸ Citado por ARAGÓN REYES M., Prólogo a “*Los Derechos en Serio*” de DWORKIN R. ARAGÓN REYES M., “*Constitución, Democracia y Control...*”, op. cit., p. 165.

¹³⁹ ARAGÓN REYES M., “*Constitución, Democracia y Control...*”, op. cit., p. 165.

¹⁴⁰ ARAGÓN REYES M., “*Estado de Derecho y Democracia*”, Comentario a “*Democracia, Jueces y Control de la Administración*” de Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA, Civitas, Madrid, 1995, Publicado en Revista Española de Derecho Constitucional, Año N° 16, Num. 47, mayo-agosto, 1996, p. 365.

Como se puede apreciar hemos llegado al punto álgido de nuestra investigación porque mucho se ha debatido sobre el activismo judicial en especial en la judicatura constitucional, a causa de la supuesta intención de ésta de destronar al legislador a través justamente del control de constitucionalidad; habiéndose originado, como es lógico, un encendido debate con posturas a favor y en contra de este movimiento sobre el que profundizaremos en las páginas que siguen.

Ahora bien, volviendo a la evolución de la interpretación constitucional, si asumimos la idea de que la interpretación supone al propio tiempo un acto de creación jurídica no predeterminado por la norma en todos sus extremos, como afirmaba ya reflexivamente Hans Kelsen¹⁴¹ en su *“Teoría Pura del Derecho”*, tendremos que concordar entonces en que el acto de voluntad tanto del juez ordinario como del juez constitucional tiene que cristalizarse en una decisión responsable o dicho de otra forma es justamente la responsabilidad que reviste a la decisión judicial la que permite paliar la llamada pérdida de legitimidad de la jurisdicción en el Estado democrático¹⁴².

Como vemos el principal problema de la interpretación constitucional parece estar en la labor del Poder Legislativo y la jurisdicción constitucional a la hora de abordar el control de constitucionalidad. Esta es sin duda la zona gris en la que confluyen los poderes de uno y de otro y en los que como señala Valentín Thury Cornejo¹⁴³ es necesaria una delimitación de competencias que se escapa por el hilo conductor existente entre una y otra función y los límites necesariamente difusos que las separan.

¹⁴¹ Kelsen H., *“Teoría Pura del Derecho”*, Porrúa, México, D.F., 1981, p. 240 y ss.

¹⁴² En este sentido Miguel Revenga Sánchez señala que lo anterior se concreta en el caso del juez ordinario pero sobre todo en el caso del juez constitucional, porque éste último al decidir se apodera de la Constitución, por lo menos provisionalmente, en la medida en que a él le corresponde establecer, con carácter vinculante, y sin ulterior recurso, el significado de la misma. Revenga Sánchez M., *“Notas sobre Justicia Constitucional e Interpretación de la Constitución (o en Defensa de la Interpretación como Diálogo)”*, disponible en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, pp. 141-158.

¹⁴³ Thury Cornejo V., *“Juez y División de Poderes Hoy”*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, Madrid, 2002, p. 228.

En este momento de nuestro análisis parece imposible continuar sin referimos a “*La Sociedad abierta de los Intérpretes Constitucionales*” ideada por Peter HÄBERLE¹⁴⁴ en la que el constitucionalista alemán pretende sumar a la teoría de la interpretación constitucional una nueva dimensión; añadiendo a la preocupación por las funciones de tal interpretación y la discusión de sus métodos, la gran cuestión de sus autores, en el convencimiento de que esa interpretación es obra no sólo de los jueces, sino de todos los órganos estatales y de todos los ciudadanos.

Francisco RUBIO LLORENTE,¹⁴⁵ en un análisis de la obra de Peter HÄBERLE, señala que éste último no ignora que la distinta naturaleza de los intérpretes se proyecta también sobre la naturaleza de la interpretación misma, que hay un concepto estricto y otro amplio de la interpretación, pero que entre ambas formas existe una relación dialéctica a través de la cual ambas se condicionan recíprocamente. Esta común participación de todos los componentes de la comunidad política en la tarea interpretativa indujo a Peter HÄBERLE a preconizar la conveniencia de establecer un paralelismo entre el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Parlamentario y, sobre todo, a reclamar la necesidad de que la Teoría de la Constitución, como ciencia empírica, incluya el análisis del pueblo, como portador de la opinión pública¹⁴⁶.

En ese orden de ideas para Peter HÄBERLE,¹⁴⁷ en los procesos de la interpretación constitucional deben insertarse potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. Opina que la interpretación constitucional es un proceso consciente, aunque reconoce que si bien es cierto que hasta ahora, muchas veces, ha sido una “sociedad cerrada de los intérpretes jurídicos agremiados de la Constitución y de los participantes formales en el proceso

¹⁴⁴ HÄBERLE P., “*Retos Actuales del Estado Constitucional*”, Oñati, Vitoria, 1996, p. 17 y ss.

¹⁴⁵ RUBIO LLORENTE F., Comentario a la obra de HÄBERLE P., “*Retos Actuales del Estado Constitucional*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 17. Núm. 49. Enero-Abril 1997, p. 333.

¹⁴⁶ Sobre el tema es interesante la concepción de HÄBERLE cuando asume que el pueblo no debe ser concebido al modo rousseauniano, como ente absoluto y cuasi divino, sino como simple asociación de ciudadanos movidos por intereses y orientados por valores distintos. No como portador de una voluntad unificada que ha venido a sustituir al monarca absoluto, sino como realidad heterogénea, cuya heterogeneidad está asegurada justamente por la vigencia de los derechos fundamentales. “*Retos Actuales del Estado Constitucional*”, op. cit., p. 34 y ss.

¹⁴⁷ HÄBERLE P., “*Retos Actuales del Estado Constitucional*”, op. cit., p. 18.

constitucional”; no debe olvidarse que en realidad la interpretación constitucional es una cuestión de la sociedad abierta porque contribuye a la Constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella.

En resumidas cuentas consideramos que actualmente es posible afirmar que la interpretación constitucional ocupa un lugar central en todo sistema constitucional y en cualquier teoría de la Constitución de nuestros días¹⁴⁸. Esto responde sin duda a un cambio importante en el valor y eficacia de la Constitución, y en su concepción en los tiempos en que vivimos. Sin embargo, como bien dice Peter HÄBERLE,¹⁴⁹ aunque la interpretación del juez constitucional pueda volverse a medida que transcurra el tiempo correlativamente elástica y expansiva, ello no significa que tenga que llegar a una identidad con el legislador.

Finalmente cabe advertir que, si bien está claro, que hoy en día la teoría de la interpretación constitucional está lejos todavía de tener un desarrollo consolidado, debemos comenzar este camino por admitir que la justicia constitucional no disuelve el Estado en jurisdicción, no elimina la política ni la democracia, antes bien acentúa su sentido y las reconduce a su cauce propio; además, lejos de provocar situaciones críticas, contribuye poderosamente a la pacificación de situaciones de tensión. Es un instrumento incomparable de paz jurídica y de renovación de los consensos fundamentales contenidos en la Constitución¹⁵⁰; estas son las razones por las que nos planteamos temas como el activismo judicial.

II.2. El Activismo Judicial a la hora de interpretar la Constitución.-

¹⁴⁸ BRAGE CAMAZANO Joaquín, en su análisis a la obra de FERRER MAC-GREGOR E., *“Interpretación Constitucional”*, señala que buena cuenta de la importancia de la interpretación constitucional se puede observar en el hecho de que, en Alemania, pueda afirmarse que la Constitución está compuesta por las páginas de la Ley Fundamental de Bonn (1949) y por el algo más de un centenar de volúmenes de jurisprudencia constitucional, lo que también podría decirse en el caso de España o tantos otros países, por no hablar ya de los Estados Unidos, donde cierto constitucionalista, según dice el citado autor, se dirigía a sus alumnos de primer curso diciéndoles esta frase u otra similar: *“No lean ustedes la Constitución. Puede darles una idea equivocada de nuestro sistema constitucional de gobierno”*. En *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 14, Universidad Autónoma de México (UNAM), 2009, Reseñas Bibliográficas II.

¹⁴⁹ HÄBERLE P., *“El Estado Constitucional”*, Universidad Autónoma de México (UNAM) y Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2003, p. 161.

¹⁵⁰ STERN K., *“Derecho del Estado de la República Federal Alemana”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 67.

Como ya lo señalara en su día Hans KELSEN,¹⁵¹ el juez no es solamente un intérprete o un simple aplicador de Derecho; ante todo, es un creador del mismo. Es más, jueces y magistrados, si se quiere, serían operadores jurídicos superiores a los mismos legisladores, o, en palabras de Gustavo ZAGREBELSKY¹⁵² serían los auténticos señores del derecho. Incluso podemos afirmar que es justamente esta tarea la que distingue la actividad del juez del resto de los poderes constituidos. Algo que Hans KELSEN¹⁵³ ya había pensado cuando decía que no había una disensión entre producción y aplicación del Derecho ya que ambos conceptos no expresaban, como supone la teoría tradicional, una oposición absoluta.

En consecuencia, es erróneo distinguir entre actos de producción y actos de aplicación de derecho ya que todo acto jurídico es simultáneamente la aplicación de una norma superior y la producción, determinada por aquélla de una norma inferior. En el mismo sentido Maurice DUVERGER¹⁵⁴ afirmaba que el poder jurisdiccional consistía esencialmente en definir el Derecho. Opinaba, en síntesis que es en los tribunales donde se precisa el sentido de las normas jurídicas vigentes, su alcance y su aplicación, mediante la interpretación de los textos jurídicos al fijarse el sentido oficial en que deben ser entendidas las normas. Pero, su labor no se limita a la aplicación, sino, que está revestido de poder de decisión, ejecutorio; algo que obliga no sólo a los particulares sino incluso al mismo Estado, a sus órganos de poder, que deben no sólo limitarse a respetar la decisión judicial sino a acatarla.

¹⁵¹ KELSEN, H., *“Teoría Pura del Derecho”*, op. cit., p. 242.

¹⁵² ZAGREBELSKY, G. *“El Derecho Dúctil”*, op. cit., p. 150

¹⁵³ KELSEN H., *“Teoría Pura del Derecho”*, op. cit. p. 244.

¹⁵⁴ Para DUVERGER M., el juez al aplicar el Derecho lo que hace, en ocasiones excepcionales, es crearlo, al precisarlo, ya que los textos no lo reglamentan todo o en algunos casos tienen muchas lagunas, no observan todos los problemas. Ahora bien, los jueces deben siempre resolver cuando se les presenta una petición con este motivo; no pueden refugiarse tras el silencio de los textos para negarse a juzgar. Por lo tanto, cuando los textos guardan silencio, los jueces están obligados a elaborar ellos mismos la solución jurídica ilustrándose en las tradiciones, en los trabajos preparatorios de los textos, y sobre todo en los principios generales del mismo. De esta manera su jurisprudencia participa en la creación del Derecho, es decir, en la toma de decisiones: no es solamente una interpretación. DUVERGER M., *“El Control Jurisdiccional de los Gobernantes”*, en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N° 319, Octubre de 2001, Santa Fe de Bogotá, p. 158.

Por otra parte, la labor del juez constitucional cambia de acuerdo al sistema de constitucionalidad imperante en cada uno de los diferentes Estados; así en los países que hayan adoptado el sistema del control difuso de constitucionalidad, al estilo de los Estados Unidos de Norte América, donde todo juez, en cualquier pleito, está obligado a resolver los temas constitucionales planteados por las partes, la figura del juez constitucional como señala Néstor Pedro SAGÜÉS¹⁵⁵ toma la forma de juez operador de la Constitución, en el sentido de intérprete y aplicador de ella y en los supuestos de vacíos o lagunas constitucionales además de las anteriores adopta también el sentido de integrador de la Constitución.

Por el contrario, en aquellos Estados donde el control de constitucionalidad se encuentra concentrado en un Tribunal o Corte Constitucional, el panorama es diferente porque el control de constitucionalidad tiende a transferirse al citado órgano especializado, y por tanto parecería que el juez ordinario no tendría que asumir el perfil de juez constitucional, bastándole el de juez legal. Pero el panorama no es tan simple, ya que como dice el propio Néstor Pedro SAGÜÉS¹⁵⁶, aún en ese ambiente, el juez ordinario tendrá opciones para aplicar la Constitución, por ejemplo cuando interpreta la ley común en consonancia o no con la ley suprema, o cuando debe definir conflictos de derechos para cuya resolución tiene necesariamente que remontarse a principios constitucionales. Opina, creemos que acertadamente, que en alguna medida, también en esos estados el juez ordinario tiene o debería tener alguna dimensión de juez constitucional. Más aún hoy en día que como bien señala Luis Ociel CASTAÑO¹⁵⁷ se ha pasado del Estado Legal de Derecho, que gravitaba en torno a la idea del imperio de la ley, al actual Estado Constitucional o Estado Social, Democrático y de Derecho que lo hace es en torno al carácter normativo de la Constitución.

¹⁵⁵ SAGÜÉS N.P., “*Del Juez Legal al Juez Constitucional*”, Ponencia realizada dentro del marco de actividades del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina, 2002. p. 337-338.

¹⁵⁶ SAGÜÉS N.P., “*Del Juez Legal al Juez Constitucional*”, op. cit., p. 337.

¹⁵⁷ CASTAÑO L.O., “*El Juez Constitucional y el llamado nuevo Derecho*” en Control Judicial de Constitucionalidad: garantía de los derechos fundamentales en la democracia moderna. Una visión de conjunto, desde el derecho comparado, del ordenamiento jurídico colombiano, en Revista Criterio Jurídico, Santiago de Cali, Colombia, 2007, p. 185-206.

En Latinoamérica esta concepción tiene una mayor aceptación porque como bien dice Néstor Pedro SAGÜÉS¹⁵⁸ está bastante divulgada la idea de que las cláusulas de la Constitución son normas de Derecho, y por ende reguladoras, aunque no sea más que en grado de tentativa, del proceso político y de la vida social. En otras latitudes el asunto es más complejo quizás por el hecho de que como bien señala Gustavo ZAGREBELSKY¹⁵⁹ el Estado de derecho no es siempre la misma cosa que “*État de droit*”, “*Rechtsstaat*” o “*Rule of law*”.

En consecuencia, el Estado constitucional no coincide en todas partes ya que la propia Constitución no es norma suprema en la misma medida, cuando cambian las relaciones entre cortes y poderes legislativos¹⁶⁰. Pero justamente por esto es que se debe insistir en que el papel que debe asumir el juez del siglo XXI es el de dotar de eficacia a la Constitución misma, o como afirma Francisco RUBIO LLORENTE¹⁶¹ la Constitución será una realidad viva solamente cuando todos la hagamos eficaz y a los jueces corresponde sobre todo la noble tarea de dotarla de eficacia y a ellos incumbe su interpretación.

Lo anterior tiene estrecha relación con el ya abordado principio de supremacía constitucional. Entendiendo, en este caso, que la supremacía de la Constitución no es únicamente superioridad normativa, sino también ideológica. En palabras de Néstor Pedro SAGÜÉS¹⁶² no se trata solamente de hacer prevalecer las reglas jurídicas de la Constitución, sino también el espíritu político que las anima, esto es, el techo ideológico de la Constitución. Por tanto, es tan inconstitucional una sentencia que se aparta de la letra de la Constitución, como la que decide una litis en contravención a la ideología de la misma.

¹⁵⁸ SAGÜÉS N.P., “*Del Juez Legal al Juez Constitucional*”, op. cit., p. 339.

¹⁵⁹ ZAGREBELSKY G., “*Jueces Constitucionales*”, en Boletín Comparado de Derecho Mexicano N° 117, México D.F., septiembre-diciembre de 2006, p. 1136.

¹⁶⁰ Aunque este no es en sí el tema de nuestra investigación son muy interesantes los criterios por ejemplo: de GARCÍA DE ENTERRÍA E., “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”, op. cit. y/o BIDART CAMPOS G., “*El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*”, EDIAR, Buenos Aires, 1995.

¹⁶¹ RUBIO LLORENTE F., “*La Forma del Poder: Estudios sobre la Constitución*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 62.

¹⁶² SAGÜÉS N.P., “*Del Juez Legal al Juez Constitucional*”, op. cit., p. 337-338.

Si esto es así, como en efecto lo es, debemos concordar con Pedro DE VEGA GARCÍA¹⁶³ cuando señala que si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema, en sentido político y jurídico sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica; proceder de otro modo supondría condenar la teoría constitucional y la labor de los constitucionalistas al más menesteroso y errante de los quehaceres.

Pero como ya señalamos antes, el significado de Constitución normativa no es del todo novedoso porque Hans KELSEN¹⁶⁴ ya había caracterizado al juez como un órgano aplicador del Derecho y a los tribunales como productores del mismo. Esta última enunciación se entiende con claridad meridiana cuando se pone en consonancia con la primera afirmación, que es lo que hace Hans KELSEN cuando sostiene que la creación del Derecho es siempre aplicación del mismo. En consecuencia, el juez es el que aplica e interpreta el Derecho en relación con una situación concreta, lo que conlleva que su función sea creadora desde el punto de vista normativo.

Si bien es cierto, como ya dijimos antes, que dicha función creadora no es exclusiva del juez constitucional porque el juez ordinario en su tarea interpretativa en algún momento siempre tendrá una faceta de juez constitucional en especial como veremos más adelante cuando se trata de la sustanciación de recursos de amparo constitucional. Lo dicho obliga a repensar todo el derecho positivo en clave constitucional, y a decidir los casos primero y no después desde la perspectiva constitucional. O como dice Germán BIDART CAMPOS¹⁶⁵ el juez debe aplicar una receta si bien aceptada por todo el mundo no siempre aplicada con la intensidad que merece: la interpretación armonizante que establece que cuando una regla sub-constitucional admite dos o más exégesis, el operador debe preferir aquella que sea compatible con la Constitución, y no la que se le oponga.

¹⁶³ DE VEGA GARCÍA P., “*Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*”, op. cit., p. 107.

¹⁶⁴ KELSEN H., “*Teoría Pura del Derecho*”, op. cit., p. 263.

¹⁶⁵ GERMÁN BIDART CAMPOS, “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 372.

En otras palabras, el juez tendrá que desechar las interpretaciones posibles de un texto infra-constitucional que colisionen con la Constitución, y elegir como válida solamente la que coincida con la ley suprema. Sin embargo, no se trata como acertadamente manifiesta Pedro DE VEGA GARCÍA¹⁶⁶ tan sólo de desarrollar deductivamente como hizo la práctica judicial norteamericana, la idea de que porque la Constitución es *lex superior*, en caso de conflicto con una norma inferior, su criterio deba prevalecer.

Si no más bien, se trata de definir dos aspectos esenciales que son precisamente la función creadora del juez constitucional, que adopta un tinte diverso respecto a la de los otros órganos aplicadores de Derecho, en la medida en que la misma puede poner en cuestión la capacidad normativa del propio Poder Legislativo hasta el extremo de llegar a anular la ley adoptada por éste y en segundo lugar el reconocer como misión fundamental de la jurisdicción constitucional la de guardiana de la Constitución; lo cual obviamente no es una simple frase y conlleva el adentrarnos en la legitimidad de la justicia constitucional.

Ambos aspectos han generado un debate en el que algunos estiman que los jueces en sus sentencias o decisiones lo que deben seguir es la ley, aplicarla lisa y llanamente, en lugar de interpretarla o de aclararla, de precisar su vaguedad o sus alcances. Quienes participan de esta idea consideran un acto iconoclasta el atreverse a interpretar la norma, por lo que creen que estos jueces deberían ser considerados enemigos de la democracia. Denominando a esta corriente “activismo judicial”.

Para otro sector, sin embargo, es sólo gracias a la interpretación de la Constitución y las leyes que se puede concebir a los tribunales ordinarios en general y al Tribunal Constitucional en especial como el órgano que tiene que decidir en suprema y última instancia en Derecho, ante el pueblo y el Estado, sobre las controversias jurídicas y diferencias de opinión que la Ley Fundamental le somete¹⁶⁷.

¹⁶⁶ DE VEGA GARCÍA P., “*Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*”, op. cit., p. 108-109.

¹⁶⁷ Si bien es cierto que, como bien dice Gerhard LEIBHOLZ, existen otros órganos que pueden reivindicar este mismo título en correspondencia al ejercicio de sus funciones constitucionales. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, el único órgano que está llamado a ser el “supremo guardián de la Constitución” es el Tribunal Constitucional. LEIBHOLZ G., “*Problemas fundamentales de la democracia*”, Madrid, 1971, p. 148.

Evidentemente, si esto ha sucedido es porque irremediamente tenía que suceder. Más aún cuando es la propia jurisdicción constitucional quien al regular la constitucionalidad de la acción estatal, asume la responsabilidad de dar plena existencia al Estado de Derecho y asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos componentes inexcusables en nuestro tiempo del verdadero Estado Constitucional¹⁶⁸.

De manera tal que el reconocimiento de la Constitución como norma suprema directamente aplicable supone que sus mandatos obliguen tanto a los gobernantes como a los gobernados, lo cual significa, como acertadamente afirma Pedro de VEGA GARCÍA¹⁶⁹ que al estar el gobernante obligado a respetar lo establecido en la Constitución, ésta se convierte en el centro de referencia y en la expresión simbólica de la máxima autoridad del Estado; siendo innegable, entonces, que la supremacía constitucional es el elemento que viene a coronar al Estado constitucional democrático.

II.3. Posiciones en torno al Activismo Judicial a la hora de interpretar la Constitución.-

Como decíamos antes, son dos tipos de críticas las que más insistentemente han recaído sobre la interpretación de la Constitución. Desde la primera se ha insistido en que el incremento acentuado del poder de los jueces, con la correlativa y proporcional disminución de la significación del poder legislativo y del poder ejecutivo, terminara dando al traste con la teoría de la división de poderes. De este modo, como ya lo señalará en su día Carl SCHMITT¹⁷⁰ frente al Estado legislativo parlamentario, y frente al Estado administrativo, de lo que habría que comenzar a hablar es del Estado judicial, o de un gobierno de los jueces. La segunda crítica observada también por Carl SCHMITT¹⁷¹ se refiere a la naturaleza y función de la justicia constitucional en lo referente al peligro que conlleva no sólo una judicialización de la política, sino una

¹⁶⁸ GARCÍA PELAYO M., “*El Status del Tribunal Constitucional*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. I. Núm. I. Enero-abril, 1981, p. 15.

¹⁶⁹ DE VEGA GARCÍA P., “*Constitución y Democracia*”, en *la Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1983, p. 53.

¹⁷⁰ SCHMITT C., “*Legalidad y Legitimidad*”, op. cit. En el prólogo de la citada obra.

¹⁷¹ SCHMITT C., “*La Defensa de la Constitución*”, op. cit., p. 33.

politización de la justicia. Si bien es cierto que ambas críticas se han planteado desde puntos de vista diferentes, compartimos la idea de Luis LÓPEZ GUERRA¹⁷² de que ambas están íntimamente relacionadas. Sin embargo intentaremos en la medida de nuestras posibilidades abordarlas de forma independiente aunque consideramos que en nuestras conclusiones ambas convergerán nuevamente.

II.3.1. Sobre la supuesta quiebra del principio de separación de poderes a causa de la interpretación del juez constitucional.

Comencemos este punto con una afirmación digamos, de aceptación general, por su carácter evidente cual es que, con la creación de la justicia constitucional, la estructura del Estado liberal sufre un cambio radical dando paso al Estado de derecho que como afirma Manuel GARCÍA PELAYO¹⁷³ ha sido una construcción de los juristas que sólo en nuestro tiempo ha encontrado reconocimiento expreso en el Derecho positivo y cuya consecuencia lógica ha sido que sean las propias constituciones de los diferentes Estados las que hayan establecido y estructurado directamente los diversos órganos de justicia constitucional como troncales para la configuración del Estado de Derecho¹⁷⁴.

¹⁷² LÓPEZ GUERRA L., “*La Paradoja del Poder Judicial. Algunas consideraciones respecto del caso español*”, disponible en: <http://www.en.us.es/cidc/Ponencias/judicial/lopezGUERRA.pdf>. Consultado el 14 de noviembre de 2009. Al respecto opina que en el ámbito del Derecho Constitucional, no se han deducido, en la medida que el tema merece, las consecuencias lógicas que derivan de la admisión del papel del juez como algo más que un aplicador mecánico de la ley. Si se admite que el juez, de alguna forma y en alguna extensión, “crea” Derecho, no dejan de plantearse problemas relacionados, por una parte, con la justificación de ese poder de creación desde una perspectiva democrática, y por otra, con la misma posición del juez como órgano imparcial de aplicación del Derecho.

¹⁷³ GARCÍA PELAYO M., “*El Status del Tribunal Constitucional*”, op. cit., p. 15-16.

¹⁷⁴ Como ya desarrollamos en el Primer Capítulo de este trabajo el concepto de Estado de Derecho debe determinarse en cada caso en el marco de la Constitución en que esté inserto, es decir, que sin perjuicio de la validez que puedan tener sus definiciones abstractas, lo que sea en concreto el Estado de derecho ha de precisarse de acuerdo con el sistema constitucional concreto al que se articula. De igual forma cada Estado tiene sus peculiares órganos constitucionales de acuerdo con los principios, valores y criterios organizativos que lo inspiran, cada estructura constitucional tiene unos órganos que le son propios y necesarios cuya desaparición afectaría a la substancialidad y, con ello, a la globalidad del sistema constitucional, ya que como dice GARCÍA PELAYO un sistema está integrado por unos componentes (que en la teoría del Estado suelen designarse como órganos) y por un conjunto de relaciones fundamentales entre ellos, de tal manera que un cambio significativo en uno de los términos (órganos y/o relaciones fundamentales) produce un cambio en el sistema. GARCÍA PELAYO M., “*El Status del Tribunal Constitucional*”, op. cit., p. 15.

A esta clase de órganos pertenece el Tribunal Constitucional que en su condición de regulador de la constitucionalidad de la acción estatal, está destinado a dar plena existencia al Estado de Derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos componentes inexcusables en nuestro tiempo del verdadero Estado de Derecho Constitucional, que no implica un desconocimiento del Estado de Derecho sino un perfeccionamiento del mismo¹⁷⁵.

Sin embargo, debemos recordar que como dice Louis FAVOREU¹⁷⁶ la mayor parte de los países que hoy cuentan con un Tribunal Constitucional, en un momento estuvieron tentados a adoptar el sistema americano de la *judicial review*, pero finalmente lo rechazaron, si no de manera tajante, si al menos implícitamente, entre otras razones por la fuerte influencia que Hans KELSEN¹⁷⁷ tenía en todo el ámbito europeo al haber establecido que el Tribunal Constitucional constituía una autoridad suprema, facultada para anular las normas que entrasen en contradicción con la Constitución.

Efectivamente, Hans KELSEN pensaba que el Tribunal Constitucional era necesario porque de otra forma sería imposible garantizar la supremacía de la constitución ya que sería una ingenuidad política pensar que el Parlamento anularía una ley que él mismo había votado porque otro órgano la haya declarado inconstitucional. En este sentido consideraba que sólo el Tribunal Constitucional podía garantizar la vigencia de la Constitución

¹⁷⁵ De igual forma en el anterior Capítulo profundizamos sobre el aspecto de que la Constitución, en su condición de norma fundamental positiva es la que vincula a todos los poderes públicos y por lo tanto la ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios de que éstos arrancan o que se infieren de ellos, y a los valores a cuya realización aspira. Tal es la distinción entre la esencia del Estado constitucional de Derecho frente al mero Estado legal de derecho. Konrad HESSE al respecto señala que el Estado constitucional de derecho es aquel en el cual la primacía del Derecho se configura: en la primacía de la Constitución con respecto a la ley y a otras decisiones de los poderes públicos, y en la primacía de la ley sobre los actos de los poderes públicos regulados por ella, es decir, reservados a la ley. HESSE K., “*Escritos de Derecho Constitucional*”, Traducido por CRUZ VILLALÓN P., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 81.

¹⁷⁶ FAVOREU L., “*Los Tribunales Constitucionales*”, Ariel, Barcelona, 1994, p. 16.

¹⁷⁷ KELSEN H., “*Teoría Pura del Derecho*”, op. cit. p. 247.

independientemente de la voluntad y de las características del órgano que produce las leyes.

No obstante y como bien opinan autores de la talla de Francisco RUBIO LLORENTE¹⁷⁸ no se puede olvidar que la fascinación por la justicia constitucional induce también a cierta desmesura cuando, hablando en términos generales, se hace de ella una exigencia ineluctable para la salvaguarda de la supremacía constitucional y aún de la propia democracia. Se olvida así, en su opinión, que la jurisdicción constitucional fue un expediente introducido en Europa en circunstancias bien concretas, las de unas democracias amenazadas, y en las que la defensa de la Constitución se planteó como un problema acuciante ya que en Europa la quiebra de la democracia ha actuado históricamente como un acicate para la incorporación y difusión de la justicia constitucional.

De igual manera Javier PÉREZ ROYO¹⁷⁹ afirma que la existencia de tribunales constitucionales no es un síntoma de buena salud constitucional sino todo lo contrario, dichos órganos son a su criterio producto de la falta de respeto a la constitución por parte de los poderes clásicos en ciertos momentos históricos del Estado. Sin afán de profundizar en el tema es justo reconocer que si bien es cierto que la justicia constitucional se originó como un impresionante desafío histórico a una crisis generalizada del concepto de Constitución no es menos evidente que la primacía de la Constitución, como la de cualquier otra norma jurídica, es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no son enjuiciables por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores.

De manera que, el Tribunal Constitucional se presenta así como última garantía de la división de poderes y como salvaguarda final de los derechos

¹⁷⁸ RUBIO LLORENTE F., “*Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 35, 1992, p. 9 y ss.

¹⁷⁹ PÉREZ ROYO J., “*Curso de Derecho Constitucional*”, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 574-577.

y libertades, pues viene a ser el órgano constitucional encargado de afirmar la primacía de la Constitución y realiza junto con ella la decisiva función integradora que se muestra en la afirmación de unos valores que sustentan y orientan el proceso integrador¹⁸⁰.

En este entendido consideramos que hoy en día es posible afirmar que la jurisdicción constitucional ejerce una función absolutamente necesaria en un Estado de derecho y que el órgano constitucional es, así, la garantía jurisdiccional sin la que no hay un verdadero Estado constitucional de derecho. Si continuamos con el razonamiento anterior estaremos frente al moderno e indiscutible guardián de la constitución que no es otro que el Tribunal Constitucional, lo cual nos lleva incontestablemente a un nuevo problema que viene dado por la aparición de la justicia constitucional y su relación con el principio de separación de poderes.

Efectivamente Jurgèn HABERMAS¹⁸¹ resalta los riesgos que para la certeza del Derecho, se derivan del excesivo peso de una jurisprudencia creadora y dimanante de un Tribunal que tiende a ocupar el puesto reservado, según la lógica de la división de poderes, al legislador democrático.

Pero estas críticas no son del todo contemporáneas ya que el propio Hans KELSEN¹⁸² en su momento se dio cuenta de los peligros que el control de

¹⁸⁰ Al respecto encontramos las opiniones, entre otros, DE VEGA GARCÍA P., “*Constitución y Democracia*”, op. cit., p. 66. GARCÍA PELAYO M., “*El Status Del Tribunal Constitucional*”, op. cit., p. 45.

¹⁸¹ Para el autor si se acepta la idea de que un derecho por principio conlleva elevadas dosis de creación en el momento de ser interpretado, entonces el responsable de la interpretación necesita una justificación externa. Ahora bien, decidir cuál sea esa justificación y enunciar, sobre la base de ella, unos determinados modelos de comportamiento, ya es cosa que entra en el terreno de la prescripción, por más que el pretexto de la misma sea uno de tanto peso como la defensa del legislador democrático. HABERMAS J., “¿Qué significa política deliberativa?», en Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*”, Paidós, Barcelona, 1999, p. 53-65. En igual sentido John RAWLS señala que la Constitución no es lo que el Tribunal dice que es, sino aquello que, sobre ella, le permiten decir quienes actúan de conformidad con la Constitución en las otras ramas del Gobierno. J. RAWLS, “*Political Liberalism*”, Nueva York, Columbia University Press, 1993, p. 231 y 237.

¹⁸² KELSEN H., “*Teoría Pura del Derecho*”, op. cit. p. 244-250.

constitucionalidad podría suponer para el principio de separación de poderes. Estableciendo que el Tribunal Constitucional no pertenecía al Poder Judicial ya que el órgano de control constitucional realiza una función legislativa en sentido negativo porque anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo que no contradice la separación de poderes; además, consideraba que los poderes de este legislador negativo se encontraban estrictamente limitados por la propia Constitución.

Sin embargo, como diría Thomas HOBBS,¹⁸³ el órgano que tiene la última palabra es el verdadero soberano por lo que como señala Pedro DE VEGA GARCÍA¹⁸⁴ se comprende que no hayan faltado las voces que vean en el creciente aumento de competencias, y en el amplio margen de interpretación que corresponde a la justicia constitucional, al peligroso y temible Leviathan de los tiempos modernos.

Estemos o no de acuerdo con ellos, lo cierto es que cuando Benjamín RANKE¹⁸⁵ sostenía que la teoría de separación de poderes de MONTESQUIEU era una abstracción del pasado, un ideal del presente al tiempo que un programa para el futuro, apuntaba directamente hacia la suerte que habría de correr dicha fórmula política ya que, si bien es cierto que, para muchos autores, entre ellos Karl LOEWENSTEIN,¹⁸⁶ el principio de separación de poderes es una teoría anticuada y pese a lo enraizada que se encuentra debe ser entendida de una manera meramente figurativa; no es menos evidente que a pesar de los cambios que ha sufrido

¹⁸³ HOBBS T., “*El Leviatán*”, Alianza, Madrid, 1993, p. 216.

¹⁸⁴ DE VEGA GARCÍA P., “*Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*”, op. cit., p. 117.

¹⁸⁵ Citado por GARCÍA PELAYO M., “*La División de Poderes y su Control Jurisdiccional*”, en *Revista de Derecho Constitucional*, Nº 1, 1983, p. 10.

¹⁸⁶ LOEWENSTEIN K., “*Teoría de la Constitución*”, Ariel, Barcelona, 1982, p. 54.

el Estado desde que MONTESQUIEU formulara este principio esto no quiere decir de ninguna forma que el mismo haya fracasado.

Efectivamente, el principio de separación de poderes es un elemento clave dentro del constitucionalismo moderno y prueba clara de ello podemos encontrarla en el reconocimiento, expreso o no, que impregna los textos constitucionales de cualquier democracia actual. De esta manera, como ya lo expusiera Werner KÂGI,¹⁸⁷ la idea de la división de poderes en tanto que idea ordenadora de la comunidad libre de hombres libres, puede asegurar la libertad del individuo dentro del Estado, a través de un sistema de separación y de frenos y controles recíprocos entre los tres poderes. Lo contrario y concordamos con Nicolás PÉREZ SERRANO¹⁸⁸ implicaría llegar de nueva cuenta al absolutismo de Estado.

En definitiva y retomando el tema que nos ocupa recogemos la opinión de Pedro DE VEGA GARCÍA¹⁸⁹ quien señala que de ningún modo el carácter de reliquia histórica que algunos autores le dan al principio de separación de poderes ha sido impuesta por la presencia omnipotente del Poder Judicial, sino por la existencia de otros factores que le son completamente ajenos y que éste no es el momento para tratar¹⁹⁰. Por lo que consideramos que condenar, en nombre del principio de separación de poderes la cada vez más creciente significación no sólo del Poder Judicial sino de la propia justicia constitucional supone establecer una condena que no tiene base histórica, ni cimentación lógica ninguna.

¹⁸⁷ KÂGI W., *“La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado, Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el Moderno Derecho Constitucional”*, DYKINSON, Madrid, 2005, p. 81.

¹⁸⁸ PÉREZ SERRANO N., *“El Principio de Separación de Poderes: Antecedentes del Problema”*, en *Escritos de Derecho Político*, Tomo II, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, p. 658.

¹⁸⁹ DE VEGA GARCÍA P., *“Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución”*, op. cit., p. 113.

¹⁹⁰ Un desarrollo más completo del tema puede verse en DE VEGA GARCÍA P., *“Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución”*, op. cit., p. 113 y ss. Entre ellos, el aumento de la importancia del poder ejecutivo en el moderno Estado administrador, o en el no menos decisivo fenómeno de la partitocracia.

De esta forma pensamos que es imposible negar el papel preponderante que en la actualidad desempeña el Poder Judicial, o los jueces sin más, en el esquema de distribución de los poderes constitucionales, es uno de los temas más polémicos de la teoría constitucional actual. Tanto es así que la mayoría de los estudios referentes al papel del Poder Judicial parecen partir de una visión normativa del problema según la cual se intenta delimitar el papel del juez de acuerdo a la concepción de democracia que se adopta como uniforme en la actualidad. Por ello para muchos autores juristas el papel del juez se encuentra justo en el medio de los dos elementos claves del cualquier sistema democrático que son, por un lado: el Poder Constituyente y por otro el Poder Legislativo.

En efecto, la facultad de unión entre estos dos espacios le viene otorgada al juez, en la medida que sobre ellos recae el control final de las leyes respecto del valor superior de la Constitución, lo que conlleva a que el juez se coloque por lo tanto en una posición central del sistema institucional con lo que como dice Eliseo AJA¹⁹¹ las tensiones entre el legislador y la jurisdicción constitucional se convierten en un componente inevitable de nuestras democracias, un fenómeno inherente a las mismas y frente al cual la marcha atrás parece imposible.

Entonces la única opción lógica es la de asumir que las dimensiones cobradas por la justicia constitucional otorgan al constitucionalismo de nuestros días un sesgo por completo inédito. La imagen kelseniana del legislador negativo resulta inadecuada para dar cuenta de una realidad en la que la jurisprudencia constitucional se ha convertido en fuente positiva de criterios interpretativos de alcance general y vinculante.

¹⁹¹ AJA E., en Conclusiones generales, de la obra colectiva, “*Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*”, Barcelona, Ariel, 1998, p. 288.

Sobre el tema Miguel REVENGA SÁNCHEZ¹⁹² señala que lo que ha cambiado, quizá, no es tanto la función de la justicia constitucional, que continúa siendo, como en el debate clásico, defensiva de la Constitución, como la manera en que tal defensa se realiza, así como la transformación de lo que la misma exige. Es así que hoy en día como advierte Luis AGUIAR DE LUQUE¹⁹³ los tribunales constitucionales han dejado de ser meros legisladores negativos transformándose en verdaderos co-legisladores o legisladores positivos.

Similar criterio mantiene Ángela FIGUERUELO BURRIEZA¹⁹⁴ cuando sostiene que en los modelos contemporáneos de tribunales constitucionales europeos cada vez son más abundantes los casos en los que el Tribunal Constitucional amplía el ámbito de sus funciones, incidiendo positivamente en la tarea del legislador, ya sea actuando como co-legislador o introduciendo en su jurisprudencia controles de mérito u oportunidad.

Más contundente aún se muestra Francisco RUBIO LLORENTE¹⁹⁵ cuando señala que tanto el legislador positivo como el negativo están sujetos de distinto modo a la Constitución, y este distinto modo permite considerar como órgano jurisdiccional al Tribunal Constitucional cuando su función es sin lugar a dudas legislativa porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter general que la promulgación de la misma¹⁹⁶. Por lo que

¹⁹² REVENGA SÁNCHEZ M., “*Notas sobre Justicia Constitucional e Interpretación de la Constitución (o en Defensa de la Interpretación como Diálogo)*”, op. cit., p. 23.

¹⁹³ AGUIAR DE LUQUE L., “*El Tribunal Constitucional y la Función Legislativa: El Control del Procedimiento Legislativo y de la Inconstitucionalidad por Omisión*” en *Revista de Derecho Político* N° 24, Madrid, 1987, p. 12.

¹⁹⁴ FIGUERUELO BURRIEZA Á., “*Incidencia Positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*”, en *Revista de Estudios Políticos* N° 81, Madrid, 1993, p. 50.

¹⁹⁵ RUBIO LLORENTE F., “*La Jurisdicción Constitucional como forma de creación de Derecho*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8 N° 22. Enero-Abril, 1988, p. 23 y 50.

¹⁹⁶ RUBIO LLORENTE F., refiere que fue el propio KELSEN quien afirmó que la anulación es sólo una promulgación precedida de un signo de negación. “*La Jurisdicción Constitucional como forma de creación de Derecho*”, op. cit., p. 23

considera que en la actualidad los tribunales constitucionales europeos están creando un Derecho que se aparta radicalmente del modelo que hasta ahora era el usual. Opina que si la anulación del enunciado legal, en su totalidad o en parte no significa otra cosa que la actuación, junto al legislador positivo, de un legislador negativo “*en la manipulación vergonzantemente positivo también*”, la invalidación de normas que las reglas habituales de interpretación e integración permiten deducir de disposiciones legales cuya validez, sin embargo, se mantiene, establece una separación total entre las leyes y los contenidos normativos efectivamente vigentes¹⁹⁷.

En resumen como hemos podido observar la idea del legislador negativo ha sido, y es, tan fuerte que constituye el eje central de las regulaciones que las constituciones dedican a los respectivos tribunales constitucionales. Sin embargo como establece Eliseo AJA¹⁹⁸ hace tiempo que los tribunales constitucionales han abandonado en gran medida la función del legislador negativo, asumiendo tareas claramente positivas, de creación de normas¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Opina que esta disociación llega, como es evidente, al máximo en el uso frecuente de las sentencias interpretativas desestimatorias, con independencia de que en el fallo de ellas se haga o no referencia a las normas que lo fundamentan. “*La Jurisdicción Constitucional como forma de creación de Derecho*”, op. cit., p. 50. Sobre el tema son muy interesantes las conclusiones de la obra colectiva “*Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*”, en las que Eliseo AJA y Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, Coordinadores de la citada obra, admiten que es lógico que la anulación de una ley que modifique el ordenamiento, y por tanto las sentencias constitucionales tienen también consecuencias activas modificadoras del mismo. De igual forma señalan que está claro que las sentencias concretizan la constitución, mediante la interpretación, a través de la formulación de normas sub-constitucionales. Pero, consideran, que estos son efectos positivos de una función esencialmente negativa de los Tribunales constitucionales. Así el Parlamento elabora y aprueba las leyes y el Tribunal Constitucional se limita a anular los preceptos que sean contrarios a la Constitución. “*Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*”, op. cit., p. 258.

¹⁹⁸ AJA E., y GONZÁLEZ BEILFUSS M., en Conclusiones generales, de la obra colectiva, “*Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*”, op. cit., p. 258.

¹⁹⁹ Este es, sin duda, otro problema que afronta la justicia constitucional ya que en todos los países, cuando los tribunales constitucionales con su interpretación crean una norma nueva no prevista en la ley, se suele afirmar que el tribunal constitucional no es sólo defensor de la Constitución sino de la ley y por eso la conservan y no la anulan cambiando su sentido, frase que se ha utilizado de forma lapidaria, para evitar la contestación obvia de que el tribunal constitucional que manipula una ley no está defendiendo la norma aprobada por el legislador sino creando una nueva. AJA E., y GONZÁLEZ BEILFUSS M., en Conclusiones generales, de la obra colectiva, “*Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*”, op. cit., p. 262-263.

En este sentido consideramos que mientras no se elabore una teoría más adecuada a la realidad de la justicia constitucional se debería lograr una colaboración mayor entre el legislador y el Tribunal Constitucional sustituyéndose, como bien dice Eliseo AJA,²⁰⁰ la mayoría de sentencias constitucionales con efectos positivos por una doble intervención, la del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de la norma y la del legislador aprobando la nueva norma. Pues, está claro que como afirma Ángela FIGUERUELO BURRIEZA²⁰¹ el control de la potestad legislativa²⁰² puede ser material o formal según se controle el contenido de la norma a la luz de los postulados constitucionales o la corrección de su procedimiento de elaboración también a tenor de lo preceptuado por la

²⁰⁰ AJA E., y GONZÁLEZ BEILFUSS M., en Conclusiones generales, de la obra colectiva, “*Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*”, op. cit., p. 263.

²⁰¹ FIGUERUELO BURRIEZA Á., “*El Control de la Constitucionalidad de los Actos Parlamentarios*”, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/1/cle/cle15.pdf>, consultado en octubre de 2009, p. 212.

²⁰² Si bien este no es tema propio de nuestra investigación nos parece importante destacar que uno de los problemas más polémicos al respecto se da cuando se habla del control en sede constitucional de las omisiones del legislador. Sobre el tema entre otros, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA señala que si la función por excelencia del órgano de justicia constitucional consiste en controlar regularidades de la actuación de los poderes públicos, y sobre todo del legislador, tan inconstitucional será una actuación positiva del legislador que vulnere el orden constitucional como su no actuación cuando ésta está constitucionalmente prevista. No obstante, y a pesar del aserto previo, el establecimiento de un control semejante ante el Tribunal Constitucional entraña serias dificultades no sólo de naturaleza sustantiva, sino también de carácter procedimental. Desde un planteamiento teórico general es preciso recordar que es el legislador quien tiene constitucionalmente asignada la función de innovar el ordenamiento jurídico, existiendo la posibilidad de que en esa potestad se contemple condicionalmente un comportamiento omisivo. Opina que, además, desde una perspectiva constitucional, los mandatos al legislador suelen adoptar la forma de “reserva de ley”, lo que hace técnicamente más difícil la intervención del Tribunal Constitucional. En este sentido considera que, si bien es cierto que el legislador, en el constitucionalismo actual, ha perdido gran parte de la supremacía que gozaba en épocas pasadas, a lo más que ello puede conducir es a reafirmar la obligación constitucional del legislativo de regular ciertos temas y el mantenimiento de la competencia del Alto Tribunal para constatar la regularidad constitucional de ese desarrollo. Pero siguen existiendo dificultades a la hora de reconocer al Tribunal la posibilidad de arbitrar medidas que controlen una omisión del legislador por el peligro que ello conlleva: la quiebra de los principios del Estado de Derecho y la sustitución lisa y llanamente del poder legislativo por el órgano de justicia constitucional. Señala que las dificultades procesales que una competencia semejante encierran pueden ser solventadas a través del análisis pormenorizado de las distintas atribuciones del Tribunal y la posibilidad que las mismas pudieran brindar ante el supuesto de un comportamiento omisivo del legislador. En fin, como dice Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, siguen existiendo dificultades a la hora de reconocer al Tribunal la posibilidad de arbitrar medidas que controlen una omisión del legislador por el peligro que ello conlleva: la quiebra de los principios del Estado de Derecho y la sustitución lisa y llanamente del poder legislativo por el órgano de justicia constitucional. Para ver más sobre el tema consultar: FIGUERUELO BURRIEZA Á., “*Incidencia Positiva del Tribunal Constitucional*”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 81. Julio-Septiembre 1993, p. 63 y ss. y RUBIO LLORENTE F., en el prólogo al libro de ALONSO GARCIA E., “*La Interpretación de la Constitución*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. xxiv).

constitución. Todo ello en el buen entendimiento, como ya señalara Hans KELSEN, de que el Tribunal Constitucional debe actuar como un legislador negativo, debe decir lo que no son leyes, y evitar, en lo posible, invadir el campo de actuación que es propio del poder legislativo. No se trata, por tanto, de abandonar la teoría del legislador negativo sino de adecuar su versión tradicional a la nueva realidad constitucional, complementando la actividad del Tribunal Constitucional con la propia del legislador.

II.3.2. Sobre el papel interpretativo del juez constitucional.

Apreciamos que la polémica en torno al papel interpretativo de los jueces revela la actualidad y relevancia de dicha función; distinguiéndose, como se ha podido advertir diversos frentes de debate dentro del mismo tema, siendo el más importante, o por lo menos para el sentido de esta investigación, el rol interpretativo del juez que ha dejado de ser como decía MONTESQUIEU “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*” o la boca que pronuncia las palabras de la ley, para pasar a convertirse como afirma Pedro DE VEGA GARCÍA²⁰³ en la última instancia en quien se deposita la confianza para una posible racionalización de la convivencia colectiva. Se habla, en este sentido, de judicialización de la política o de activismo judicial para describir este fenómeno.

Sin embargo, este debate no es del todo novedoso ya que durante la vigencia de la Constitución de Weimar, el Tribunal estatal del Reich declaró que bajo cada litigio constitucional se esconde una cuestión política susceptible de convertirse en un problema de poder²⁰⁴. En este sentido para Gerhard LEIBHOLZ²⁰⁵ parece obvio que las cuestiones

²⁰³ DE VEGA GARCÍA P., “*Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*”, op. cit., p. 113.

²⁰⁴ LEIBHOLZ G., “*Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*”, Madrid, 1966, p. 149.

²⁰⁵ LEIBHOLZ G., “*Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*”, op. cit., p. 149 y ss.

sometidas a la jurisdicción constitucional son, a menudo, de carácter político y por ende contienen repercusiones políticas importantes²⁰⁶.

Con lo que como dice Pedro DE VEGA GARCÍA²⁰⁷ surge el problema de determinar si la justicia constitucional representa un intento sagaz y único de judicialización de la política, o por el contrario, la justicia constitucional lo que implica, en realidad, es una politización de la justicia que equivaldría a decretar su sentencia de muerte, como ya advirtiese CARL SCHMITT²⁰⁸.

Sobre el particular Otto BACHOF²⁰⁹ nos recuerda que no es necesario reiterar que el carácter político de un acto no excluye el conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico.

Para algunos autores tal afirmación implicaría colocar a la actividad jurisdiccional constitucional en el mismo plano que la actividad jurisdiccional ordinaria, lo cual como dice Pedro DE VEGA GARCÍA²¹⁰ no puede ser asumido de manera rigurosa porque, si bien es cierto lo señalado por Otto BACHOF,²¹¹ sobre la superación de la vieja creencia de

²⁰⁶ En este sentido ya Giovanni TARELLO refería que toda objetiva incertidumbre de la ley lleva por necesidad a transferir el poder de crear derecho nuevo o de cambiar el derecho, que es poder político pleno y no nulo, del órgano legislativo al órgano judicial., TARELLO G., “*Chi ci salvará dal governó dei giudici?*”, en *Mondo Operaio* N° 3, Milan, 1984, p. 28. De igual forma opina FORSTHOFF E., para quien a partir de la Ley Fundamental de Bonn es posible hablar de un Estado de Justicia en vista de la relevancia conferida a la jurisdicción. FORSTHOFF E., “ op. cit. p. 245.

²⁰⁷ DE VEGA GARCÍA P., dice que la primera teoría vendría a consumir la tendencia de racionalización del poder de la que hablara Mirkin-GUETZEVITCH y la segunda vendría a avalar el pensamiento de Carl SCHMITT. “*Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*”, op. cit., p. 115.

²⁰⁸ SCHMITT C., “*La defensa de la Constitución*”, op. cit., pág. 33. Para SCHMITT sería más cómodo concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro del Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la justicia a una materia que no es justiciable, sólo perjuicios pueden derivarse para el Poder Judicial. En su opinión tanto para el Derecho Constitucional, como para el Derecho de gentes, la consecuencia sería no una judicialización de la política, sino una politización de la justicia.

²⁰⁹ BACHOF O., “*Jueces y Constitución*”, op. cit., p. 53.

²¹⁰ DE VEGA GARCÍA P., “*Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*”, op. cit., p. 114-115.

²¹¹ BACHOF O., “*Jueces y Constitución*”, op. cit., p. 55.

la falta de lagunas en el ordenamiento ha quedado, como tantas otras, destruida, y la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, que exigen la interpretación del juez, afecta tanto a la justicia constitucional como a la justicia ordinaria. No se puede olvidar que las repercusiones de este cambio son muy distintas en uno y otro caso.

Por esta razón para comprender adecuadamente la interrelación que se produce entre las funciones políticas y jurídicas del juez es necesario recordar que la diferencia entre Estado constitucional y Estado de derecho supone, como ya vimos antes, la consideración del principio de constitucionalidad diferente al principio de legalidad. Efectivamente al dejar la ley de lado su papel de referente racional mediante el cual se expresaba la ciencia del Derecho para pasar a asumir un papel instrumentalizador de los planes de transformación social de las mayorías en el ejercicio del poder, comienza a ser necesario un control para equilibrar a los diferentes poderes para encarar las necesidades de la nueva coyuntura social.

En palabras de Maurizio FIORAVANTI²¹² la misma evolución en sentido mayoritario conduce fatalmente a concebir al Parlamento-autor de la ley, no más como el lugar en el cual se recompone la identidad del pueblo soberano, sino más bien como el lugar en el que se representa la existencia de una mayoría y una minoría y donde se persigue, con la ley, la realización de los intereses políticos prevalentes.

En igual sintonía Pedro DE VEGA GARCÍA²¹³ piensa que es a través de este proceso cuando empieza a resquebrajarse el legicentrismo decimonónico y empieza a hacerse patente la necesidad de una norma superior que condicione al Parlamento y una instancia que haga efectiva esta limitación. De esta manera, en el primer tercio del siglo XX, como

²¹² FIORAVANTI M., “*Per un Nuovo Costituzionalismo*”, en *Democracia e Diritto* N° 1, 1997, p. 267.

²¹³ DE VEGA GARCÍA P., “*Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*”, op. cit., p. 104-105.

vimos anteriormente, se produce la incorporación de los tribunales constitucionales y las teorías que le confieren fuerza normativa a la Constitución dando paso a la jurisdicción constitucional.

Es sólo a partir de este momento, como acertadamente afirma Valentín THURY CORNEJO²¹⁴ que el papel del Poder Judicial ya no puede ser más el de un mero aplicador de la ley, porque en sus manos se encuentra la aplicación de la totalidad del ordenamiento jurídico cuya cúspide es la norma constitucional.

Es pues de esta manera como el juez en general y el constitucional en particular se ve obligado a ponderar entre la fuerza normativa de la Constitución y la mediación legislativa y como consecuencia de esta ponderación asumirá o no un papel más activo dentro del caso. Resurgiendo de esta manera la interrogante de si el tribunal constitucional es un órgano político o por el contrario es un órgano jurisdiccional.

Para Ángel GARRORENA MORALES²¹⁵ la respuesta dependerá de la posición que adoptemos ya que si partimos de la idea de que lo que identifica a la política es que la misma se argumenta y es argumentable desde los fines que persigue, el tribunal constitucional se constituye en una jurisdicción con tentaciones de legislador no precisamente negativo ya que la decisión judicial sólo alcanza legitimidad si la decisión de la adopción obedece no al subjetivo parecer del juzgador, sino a las reglas generales de aplicación, es decir, a reglas aceptadas comúnmente por la conciencia jurídica como válidas²¹⁶.

²¹⁴ THURY CORNEJO V., “*Juez y División de Poderes Hoy*”, op. cit., p. 253.

²¹⁵ GARRORENA MORALES Á., “*La Sentencia Constitucional*”, en *Revista de Derecho Político* Nº 11, 1981, p. 10-11.

²¹⁶ RUBIO LLORENTE F. y ARAGÓN REYES M., “*Enunciados Aparentemente Vacíos en la Regulación Constitucional del Control de Constitucionalidad*”, disponible en www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE007173.pdf, consultado el 23 de octubre de 2009.

En este sentido Enrique GARCÍA ALONSO²¹⁷ señala que en España el Tribunal Constitucional ha expuesto como obligación expresa de los jueces no sólo la motivación, sino la motivación conforme al Derecho con lo cual tanto los tribunales de justicia ordinaria como el propio Tribunal Constitucional al resolver los casos puestos a su conocimiento actúan en Derecho y es en esa medida que su actuación tiene la objetividad que supone la actuación en derecho²¹⁸. O como dice Gregorio PECES-BARBA²¹⁹ el juez constitucional es un órgano jurisdiccional y no político, aunque la materia de la que entiende es política como lo es en realidad todo el ámbito de la acción del derecho en la vida social.

Por todo ello, si bien es cierto que la interpretación constitucional puede tener diferentes tintes o matices, esta no es una razón para considerarla como una transformación de problemas extralegales en problemas legales ya que si bien la interpretación de reglas constitucionales decide más sobre problemas políticamente relevantes que otro tipo de interpretaciones, no es menos cierto que ello no alcanza, ni mucho menos, a los actos de otros poderes constitucionales no dirigidos exclusivamente a dar fuerza normativa a una interpretación de la Constitución, sino que pretenden otros fines distintos, dentro de su legítimo ámbito de competencias, para el desarrollo de los cuales es necesario, como medida instrumental, tener una concepción previa acerca del contenido de la Constitución.

²¹⁷ ALONSO GARCÍA E., “*La Jurisprudencia Constitucional*”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 1 septiembre-diciembre, 1988, p. 182.

²¹⁸ Lo que no quiere decir, como reconoce José Ángel MARÍN que mediante dicha actuación del Derecho no se protejan intereses o, si se prefiere, que éstos, no sean el motor que hace que todos los órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional, cumplan su función. MARÍN J.Á., “*Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*” ARIEL, Barcelona, 1998, p. 99. De igual forma OTTO BACHOFF afirmaba que no debe desconocerse que el juez puede estar vinculado a prejuicios propios de su origen social, de su concepción política o de su visión del mundo ya que en ningún hombre se puede eliminar un último resto de subjetividad. Pero el juez experimentado debe reconocer los peligros del trasfondo emocional e irracional de su actividad y, precisamente, por regla general debe saber eliminarlos. BACHOFF O., “*Jueces y Constitución*”, op. cit., p. 53-54.

²¹⁹ PECES-BARBA G., “*El Tribunal Constitucional*”, en El Tribunal Constitucional p. 2040.

En palabras de Enrique ALONSO GARCÍA²²⁰ la interpretación constitucional es una actividad que en último extremo supone una manera de entender la Constitución que puede resultar de mayor trascendencia que lo que se define en las sentencias judiciales. En mérito a lo cual la interpretación constitucional debe presentarse como una decisión interpretativa apropiadamente justificada²²¹.

En consecuencia, consideramos que no se trata de separar Política y Derecho, sino simplemente reconocer como Gustavo ZAGREBELZKY²²² que las constituciones de nuestros días son documentos pluralistas y dúctiles, y ello en varios sentidos. Primero, porque no representan el fruto exclusivo de una ideología o concepción del mundo, sino que son más bien obra del pacto y del consenso alcanzado por fuerzas distintas a partir de mutuas concesiones; documentos integradores, por tanto, de contenidos materiales tendencialmente contradictorios entre los que no cabe trazar una rigurosa jerarquía, sino que han de ser preservados en su conjunto, dejando un ancho margen a la configuración legislativa, pero también a la ponderación judicial. Y segundo, porque como ya dijimos antes, una Constitución de este tipo ya no permite concebir las relaciones entre legislador y juez, entre política y justicia, en los términos estrictos y formalmente escalonados propios del Estado de Derecho decimonónico, sino que obliga a una concepción más compleja y, si se quiere, más cooperativa de las fuentes del Derecho, donde un principio de equilibrio y flexibilidad venga a moderar la antaño rígida subordinación.

En ese orden de cosas coincidimos con las ideas de Ángela FIGUERUELO BURRIEZA²²³ cuando señala que es la propia versatilidad del juez

²²⁰ ALONSO GARCÍA E., “*La Jurisprudencia Constitucional*”, op. cit., p. 180.

²²¹ WRÓBLEWSKI J., “*Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*” Traducido por AZURRA A., Civitas, Madrid, 2001, p. 114.

²²² ZAGREBELZKY G., “*El Derecho Dúctil*”, op. cit., p. 123.

²²³ FIGUERUELO BURRIEZA Á., “*La Incidencia Positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*”, op. cit., p. 47.

constitucional, reconocida a éste por la propia Constitución, la que le coloca como órgano intermedio entre el Parlamento y los jueces ordinarios y lo dota combinadamente de las características más emblemáticas de cada uno de dichos poderes: la politicidad del Parlamento y la jurisdiccionalidad del Poder Judicial.

En fin, a modo de recapitulación recordemos que al empezar este punto de nuestro estudio habíamos hablado de la controversia que se había originado a la hora de determinar si la justicia constitucional representa un intento sagaz y único de judicialización de la política, o por el contrario, implica una politización de la justicia. Hasta el momento hemos abordado únicamente el primero de estos temas en el que hemos concluido que la labor de la jurisdicción constitucional es en realidad el punto de equilibrio entre la política y la justicia, resultando de este equilibrio el Estado de derecho constitucional en el que tanto el principio de separación de poderes como el reconocimiento de los derechos de individuo están debidamente garantizados en el texto constitucional lo que hace de la Constitución en palabras de Manuel ARAGÓN REYES²²⁴, la norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste no se imponga de manera inexorable sobre la condición libre de los ciudadanos.

Ahora bien, nada hemos dicho aún sobre el papel del juez en la configuración del sistema político y en la determinación de las políticas públicas que viene marcado lógicamente por el reconocimiento de los derechos individuales y su eficacia vinculante.

Desde este punto de vista la labor del juez ha tomado nuevas repercusiones que han significado una revolución en la que hemos pasado de una concepción tradicional del Derecho, en la que sólo se tomaba en cuenta la perspectiva de los productores y su producto (el legislador y la ley, la

²²⁴ ARAGÓN REYES M., “*La Constitución como Paradigma*”, en el Significado Actual de la Constitución, en Memoria del Simposio Internacional, México, UNAM, 1998, p.23.

Administración Pública y el acto administrativo, el Juez y la sentencia) a otra que le da el puesto de honor a la perspectiva del consumidor del derecho y de la justicia²²⁵. En este entendido veremos a continuación si el activismo judicial es una posición adecuada para la protección de los derechos fundamentales.

II.4. El Activismo Judicial y la protección de los Derechos Fundamentales.-

La evolución de la cultura jurídica de una sociedad, como bien señala Luis LÓPEZ GUERRA,²²⁶ se traduce en la correspondiente evolución de la interpretación del Derecho por los jueces. Ahora bien, como hemos visto, el proceso no es del todo simple. Entre otras cosas cuestiones porque esa evolución cultural no se produce en forma homogénea e indiscutida, si no en todos, si se da en muchos de los casos, como resultado de contraposiciones entre posturas encontradas, y de un debate intelectual y político de mayor o menor intensidad. Siendo, como reconoce Gustavo ZAGREBELZKY,²²⁷ el terreno sobre el que más naturalmente se desarrolla la discusión el de los derechos fundamentales o mejor dicho, sobre aspectos esenciales de los derechos fundamentales. Es a partir de problemas como éstos que la discusión ha tomado altura, y es justamente en el ámbito de protección de los derechos fundamentales donde más se ha cuestionado la labor interpretativa del juez constitucional.

Sin embargo, como ya vimos antes el carácter normativo de la Constitución siempre ha sido motivo de continuos debates, lo cual no es ninguna novedad porque aunque Hans

²²⁵ CAPPELLETTI M., “*Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*”, Editorial Porrúa, México D.F., 1993, p. 112.

²²⁶ LÓPEZ GUERRA L., “*La Paradoja del Poder Judicial. Algunas Consideraciones respecto del caso español*”, disponible en <http://www-en.us.es/cidc/Ponencias/judicial/lopezGUERRA.pdf>, consultado el 4 de noviembre de 2009.

²²⁷ ZAGREBELZKY G., “*¿Qué es ser Juez Constitucional?*”, Traducido por CARBONELL MIGUEL, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2006, p. 160.

KELSEN²²⁸ ya había señalado que la Constitución debía ser objeto de protección porque representaba la estabilidad del Estado no dijo nada acerca de su contenido normativo. De hecho, en principio, la propuesta kelseniana no estaba dirigida a la protección de los derechos fundamentales. Así, para Hans KELSEN la Constitución podía perfectamente no contemplar estos derechos y seguir siendo la norma suprema del ordenamiento²²⁹.

Efectivamente como dice Pedro SALAZAR UGARTE²³⁰ para Hans KELSEN, la constitucionalidad material de una norma dependía del contenido eventual de la Constitución y no de la existencia de algunos bienes constitucionalmente protegidos por su importancia particular. Los derechos fundamentales existen únicamente cuando la Constitución los establece como tales; siendo valedera la misma regla para los principios constitucionales como la justicia, la libertad, la igualdad, que sólo adquirirían significado cuando la Constitución los contemplaba pero, incluso en este caso para Hans KELSEN no añadían nada a la realidad efectiva del Derecho.

Por fortuna, mucho han cambiado las cosas desde que Hans KELSEN realizase estas consideraciones pues en la actualidad, como hemos manifestado repetidamente, el juez constitucional ya no es sólo un vigilante del cumplimiento de la ley, sino que, además, se ha convertido en el encargado de hacer cumplir a los órganos del Estado y a los ciudadanos el orden fundamental de valores insitos en la Constitución. Para Pedro DE VEGA GARCÍA son muchas razones las que avalan suficientemente esta circunstancia; entre ellas está el hecho de que la mayoría de las constituciones modernas incluyen en su articulado referencias precisas a la dignidad e inviolabilidad de la persona humana, a los derechos naturales, a los valores de la democracia y de la libertad.

²²⁸ KELSEN H., “*La Garantía Jurisdiccional de la Constitución La Justicia Constitucional*” en “*Escritos sobre Democracia y el Socialismo*”, Editorial Debate, Madrid, 1988, p. 109-115.

²²⁹ Hans KELSEN no desconocía (ni objetaba) que algunas constituciones modernas “contienen no solamente reglas sobre los órganos y procedimientos de la legislación, sino también un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales” y aceptaba que, en esos casos, la constitución trazaba “límites de contenido a las leyes futuras”, por lo que la inconstitucionalidad podía declararse por razones de contenido. SALAZAR UGARTE P., “*Nota sobre Democracia y Constitución en la obra de Hans Kelsen*”, en “*La democracia constitucional. Una radiografía teórica*”, FCE-UNAM, México, 2006, Capítulo III.

²³⁰ SALAZAR UGARTE P., “*Nota sobre Democracia y Constitución en la obra de Hans Kelsen*”, en “*La democracia constitucional. Una radiografía teórica*”, op. cit., p. 189-190.

De ahí que tanto en España como en Bolivia los derechos fundamentales estén plenamente salvaguardados por un Tribunal Constitucional que como dice Pedro DE VEGA GARCÍA se presenta como última garantía de la división de poderes y como salvaguarda final de los derechos y libertades, pues viene a ser el órgano constitucional encargado de afirmar la primacía de la Constitución y realiza junto con ella la decisiva función integradora que se muestra en la afirmación de unos valores que sustentan y orientan el proceso integrador.

Por otro lado es importante señalar que si bien está claro como señala Gustavo ZAGREBELZKY²³¹ que existen principios que deben informar al Derecho positivo; siendo universales y de carácter general no es menos cierto que los principios y valores subyacentes en toda sociedad y en su cultura evolucionan, y eso forzosamente ha de repercutir en las ideas que se tengan sobre el derecho y el significado de los textos legales para los jueces. O como nos dice Luis LÓPEZ GUERRA,²³² si los jueces no quieren permanecer en un mundo de ficciones deben emplear los conceptos en el sentido que van adquiriendo en la vida social de cada momento; sólo así las leyes y las constituciones se mantendrán vivas, evolucionando en su aplicación aunque no se altere esencialmente su literalidad, lo que no quiere decir de ninguna manera que la ley se vea sustituida por la “conciencia popular” del Derecho.

Queda claro entonces que lo importante de la anterior afirmación es la denominada “Constitución viviente”²³³ que como dice Gustavo ZAGREBELZKY²³⁴ si bien es cierto

²³¹ ZAGREBELSKY G., “¿Qué es ser Juez Constitucional?”, op. cit., p. 163.

²³² LÓPEZ GUERRA L., “La Paradoja del Poder Judicial. Algunas Consideraciones respecto del caso español”, op. cit., p. 4.

²³³ La llamada Constitución viviente ha sido objeto de una acalorada discusión; manteniendo vigencia a través del movimiento denominado Originalismo que propugna la teoría de la interpretación constitucional vinculada al significado del texto, al momento de su hechura (textualismo) y según la intención de los fundadores (intencionalismo). Para este movimiento obviamente su bestia negra es la “constitución viviente”, sensible a las exigencias constitucionales del tiempo que cambia. ZAGREBELZKY opina que contra la “constitución viviente” se centran en los peligros de la jurisprudencia creativa, hecha posible por la interpretación evolutiva. Separarse de los orígenes, según esta corriente, significa aumentar la discrecionalidad; discrecionalidad equivale a politización; la politización es incompatible con el carácter judicial de la justicia constitucional y ofende la separación de poderes haciendo daño al legislativo; la ofensa a la separación de poderes, a su vez, mina la legitimidad de la justicia constitucional. No sólo para mantener la separación de poderes; no sólo para preservar el carácter judicial de la justicia constitucional, sino también para salvaguardar las razones de su

que los tiempos pueden cambiar y la reinterpretación puede ser invocada para limitar derechos, y viceversa. Pero, lo trascendente es que éste no es un tema de política judicial y menos de derechas e izquierdas; se trata de un problema que atañe a la teoría de la interpretación constitucional. Por ello, como afirma Juan Bautista BARDELLI LARTIRIGOYEN²³⁵ el juez constitucional, en mayor medida que otros jueces, no puede perder de vista las consecuencias de su sentencia; debe vislumbrar los efectos que ésta tendrá no sólo en el contexto jurídico, sino también en el político, económico y social.

En efecto desde que las constituciones introducen en su horizonte normativo referencias precisas al orden de valores, en donde encuentran su inspiración, la perspectiva en que se sitúa la concepción de los derechos fundamentales, y de los principios inspiradores del orden político, cambia completamente de sesgo. Es decir si antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos humanos²³⁶. De esta forma como las constituciones formales y procedimentales han cedido paso a las constituciones que Luis PRIETO SANCHIS²³⁷ llama “rematerializadas”, llenas de valores, principios y directrices.

Como es lógico las consecuencias de esta transformación para la justicia constitucional, no pueden ser más trascendentales. Así Otto BACHOFF²³⁸ refiere que mientras las reglas del control judicial estuvieron vagamente formuladas, sujetas a dudas en cuanto a su obligatoriedad, y entregadas a la discreción del legislador en cuanto a su vigencia en el tiempo, el control judicial tuvo que seguir siendo un arma sin filo e ir a parar

legitimidad, es necesario rechazar la doctrina de la constitución viviente, aunque se haya impuesto con la fuerza de los hechos en la práctica de las cortes. ZAGREBELZKY G., “¿Qué es ser Juez Constitucional?”, op. cit., p. 163.

²³⁴ ZAGREBELZKY G., “¿Qué es ser Juez Constitucional?”, op. cit., p. 165.

²³⁵ BARDELLI LARTIRIGOYEN J.B., “*El Juez Constitucional*”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, N° 14, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Montevideo, 2008, p. 19.

²³⁶ KRÜGER H., Citado por DE VEGA GARCÍA P., “*Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*” op. cit., p. 111.

²³⁷ PRIETO SANCHIS L., “*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*”, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 165.

²³⁸ BACHOFF O., “*Jueces y Constitución*”, op. cit., p. 55-59.

finalmente al vacío. Hoy en día el juez constitucional conoce que existe un orden fundamental de valores, que ni el propio legislador constituyente puede alterar, y conforme al cual debe, en los casos oportunos, razonar sus sentencias. En ese orden, se establecen principios tales como la democracia, la forma parlamentaria de gobierno o la división de poderes. Por lo que opina que negar que la justicia constitucional es el auténtico guardián de la Constitución, significaría simplemente negar la evidencia.

No cabe duda, en efecto, que el mayor problema de la justicia constitucional como dice Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA,²³⁹ se halla en el reconocimiento que se haga de la Constitución como norma jurídica. Sólo así la Constitución será considerada no ya como un simple mecanismo de articulación más o menos ocasional de grupos políticos, sino como un estatuto básico de la vida común. Por el contrario negar el carácter normativo de la Constitución ocasionaría entre otros una fractura del Estado Constitucional de Derecho. Esto último aunque parece totalmente superado en países europeos, en naciones latinoamericanas como Bolivia no se encuentra plenamente afianzado como veremos más adelante a la hora de abordar la crisis constitucional que atraviesa este país.

Sin embargo, volviendo a nuestro tema y siguiendo las opiniones de Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA²⁴⁰ diremos que la Constitución no es un orden formal por el simple orden, sino un orden en servicio de la justicia y de la dignidad de los hombres y sólo partiendo de este supuesto puede llegar a ser correctamente comprendida y aplicada.

En este sentido nos hallamos ante un indudable desafío como es el reconocer que la garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales representa una exigencia insoslayable derivada del principio de supremacía y del concepto de Constitución normativa. Es así que concordamos con Luis PRIETO SANCHIS²⁴¹ cuando dice que sólo si reconocemos lo anterior concederemos un espacio a la actuación de los jueces

²³⁹ GARCÍA DE ENTERRIA E., “*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*”, op. cit., p. 175-176.

²⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRIA E., “*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*”, op. cit., p. 195.

²⁴¹ PRIETO SANCHIS L., “*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*”, op. cit., p. 166-67.

que son, no ya los garantes de las libertades en abstracto, sino necesariamente los únicos garantes de nuestros derechos en concreto.

En este sentido la función protectora del Tribunal Constitucional es el único instrumento eficaz frente a cualquier atentado contra los derechos fundamentales. Esta situación genera que el juez, ante los ciudadanos, comience a gozar de una legitimidad propia en la medida en que resuelve los problemas que se le presentan. Ello, como bien dice Valentín THURY CORNEJO,²⁴² no quiere decir que necesariamente la obtenga, pero si que existe la potenciabilidad de que ocurra así. De esta forma el juez deja de ser un mero aplicador de las normas legales y se transforma como afirma Joaquín GARCÍA MORILLO²⁴³ en una instancia directa frente al ciudadano, en una representación inmediata del poder estatal ante el cual puede acudir.

Lo dicho se ve claramente expuesto cuando los jueces tutelan los llamados derechos económicos, sociales y culturales caracterizados por la defensa frente a los poderes públicos y a los poderes privados de bienes colectivos de la comunidad. Al respecto es importante que hoy en día el catálogo de los derechos fundamentales no se agote en la enunciación de los llamados derechos civiles y políticos ya que como dice Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA²⁴⁴ toda la significación de este sentido de los derechos fundamentales está en dirigirse contra posibles abusos mayoritarios y es el Tribunal Constitucional quien podrá ofrecer garantías eficaces frente al riesgo notorio de un aplastamiento de las minorías y de una destrucción de estos derechos, en los que radica la posibilidad misma de la democracia.

Como es lógico el tema de la fundamentalidad de los derechos económicos, sociales y culturales escapa a nuestra investigación. Sin embargo lo abordaremos de forma breve por dos razones principales: la primera porque consideramos que el verdadero activismo de la justicia constitucional frente a los derechos debe darse justamente en el caso de

²⁴² THURY CORNEJO V., “*Juez y División de Poderes Hoy*”, op. cit., p. 258.

²⁴³ GARCÍA MORILLO J., “*El Parlamento en la era Global*”, en Cuadernos de Derecho Público Nº 1, 1997, p. 90-95.

²⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRIA E., “*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*”, op. cit., p. 191.

este tipo de derechos que no cuentan con las suficientes garantías constitucionales para su desarrollo, por lo que muchos tribunales constitucionales no han llegado a tutelarlos. Y en segundo lugar porque, si bien es cierto que hemos reconocido que el Tribunal Constitucional es el único guardián de la Constitución, este carácter de órgano único a nuestro criterio pasa a la condición de órgano último y supremo cuando se habla del recurso de amparo constitucional que casualmente es la garantía constitucional más invocada a la hora de solicitar el resguardo de los derechos fundamentales. Pero comencemos viendo en primer lugar si el juez constitucional, a la hora de interpretar los derechos fundamentales, debe considerar como tales a los derechos económicos, sociales y culturales.

II.4.1 El juez constitucional a la hora de tutelar los derechos económicos, sociales y culturales.

Como ya dijimos antes, un análisis sobre los derechos sociales excedería los fines de la presente investigación. Sin embargo intentaremos dar un breve repaso a la conceptualización y fundamentalidad de los mismos por la importancia que reviste su exigibilidad en sede constitucional.

Empecemos señalando que los criterios que se suelen ofrecer para delimitar los perfiles de los derechos sociales son tan variados como heterogéneos, dando lugar cada uno de ellos a listas o elencos diferentes por lo que a efectos de ubicarnos en el tema citemos la conceptualización de derechos sociales que a nuestro criterio mejor se adecua a esta investigación. Así para el jurista italiano Manlio MAZZIOTTI²⁴⁵ los derechos sociales son los derechos generales de cada ciudadano a participar en los beneficios de la vida asociada, los cuales se reflejan en derechos específicos a determinadas prestaciones, directas o indirectas, de parte de los poderes públicos, y son a su vez el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a la práctica su función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales.

²⁴⁵ MAZZIOTTI M. “*Derechos Sociales*”, Voz de la Enciclopedia del Diritto, Vol. XII, Giufre, Milán p. 804.

Se puede observar que la citada definición plantea los derechos sociales desde dos perspectivas diferentes: la objetiva, referida al ciudadano que por un lado es quien ejerce su derecho y la subjetiva, referente al Estado que es quien está obligado a otorgar ese derecho y cuya responsabilidad es garantizarlo. En la primera perspectiva el derecho social es el derecho general de cada ciudadano a participar en los beneficios de la vida asociada, el cual se refleja en derechos específicos a determinadas prestaciones, directas o indirectas, de parte de los poderes públicos, y en la segunda perspectiva, el derecho social es el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a la práctica su función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales.

El entendimiento anterior es muy importante cuando se intenta dejar a un lado la idea de los derechos sociales como derechos netamente prestacionales²⁴⁶ y al respecto es bastante esclarecedor el pensamiento de José Ramón COSSIO DIAZ²⁴⁷ que sostiene que los derechos sociales se resuelven en prestaciones a cargo del Estado encaminadas a satisfacer los llamados “mínimos vitales”. A su criterio más que de derechos sociales se habla de derechos de igualdad cuando se alude a la significación axiológica o teleológica del tema, y de derechos

²⁴⁶ Es muy corriente identificar los derechos sociales con los derechos prestacionales, esto es, con aquellos derechos que en lugar de satisfacerse mediante una abstención del sujeto obligado, requieren por su parte una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio. Así en la actualidad esta conceptualización se ha relativizado notablemente por dos cuestiones fundamentales; de un lado por la Tesis de HÄBERLE sobre el doble carácter de los derechos fundamentales: como garantías de libertad individual y como instituciones que persiguen fines sociales y colectivos constitucionalmente proclamados; de otro lado por la idea de nueva Constitución que se inicia con la Carta de Weimar y que conduce a que las clásicas libertades individuales dejen de concebirse como algo puramente negativo para, al positivizarse como valores, cambiar radicalmente de signo acercándose de esta forma a los otrora distantes derechos prestacionales. COSSIO DÍAZ J.R. “*Estado Social y ...*”, op. cit. 45, CASCAJO J.L., *La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, 67, BÖCKENFÖRDE E.W., (Traducido por REQUEJO PAGÉS J.L.), “*Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, 72-83.

²⁴⁷ COSSIO DIAZ J.R., *Estado Social y Derechos de Prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 46.

prestacionales cuando se hace referencia a su dimensión activa o material²⁴⁸.

De la anterior definición surge lo que ha de llamarse mínimo vital o mínimo básico que es de fundamental trascendencia a la hora de abordar el tema de los derechos sociales; por las implicaciones que tiene a la hora de determinar la fundamentalidad de los mismos. En este sentido Robert ALEXY²⁴⁹ ya reconocía que los derechos sociales en su aspecto mínimo o básico, debían ser incluidos con un grado de garantía mayor al que tienen.

Ese grado de garantía que permite definir la fundamentalidad de un derecho para diversos autores, es su conexión con la dignidad humana. Sin embargo, al respecto se pueden advertir dos problemáticas: la primera referida a que sí en efecto la dignidad humana es el conducto que determina la fundamentalidad de los derechos sociales, o sí por el contrario los derechos sociales son solamente principios programáticos marcados por su carácter prestacional; esto en razón de que los derechos sociales en lugar de satisfacerse mediante una abstención del sujeto obligado, requieren para su materialización una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio.

Comencemos este punto diciendo que en nuestra opinión para ser fundamental un derecho humano no basta que éste se encuentre positivizado sino que debe ser inherente a la dignidad humana y debe ser efectivizado mediante garantías previstas para el efecto. Ahora bien, ambas condiciones han generado un sinnúmero de conflictos a la hora de determinar la fundamentalidad de los derechos económicos, sociales y culturales; ya que muchos autores niegan el carácter

²⁴⁸ Para COSSIO DÍAZ J.R. esta denominación está íntimamente ligada a la fórmula que postula el “Estado Social y Democrático de Derecho”, y más que realizarse a partir de sus calificativos estatales, se efectiviza por los valores que propugna. op. cit., p. 46.

²⁴⁹ ALEXY R., Traducido por GARZÓN E., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 435 y sgtes.

fundamental de los derechos sociales principalmente por su carácter prestacional y por generar obligaciones positivas para el Estado. Pero como dice Cristina MONEREO ATIENZA²⁵⁰ no todos los derechos sociales son prestaciones y no todos los derechos civiles y políticos generan obligaciones de abstención. Por lo que coincidimos con la citada constitucionalista que este fundamento no es el más acertado a la hora de diferenciar unos derechos de otros.

Por otro lado, es pertinente abordar los diversos criterios doctrinales acerca de si la dignidad humana es inherente también a los derechos económicos, sociales y culturales o si a partir de la misma es posible determinar un núcleo mínimo de los derechos sociales que a nuestro juicio debe ser tutelado por la jurisdicción constitucional²⁵¹.

²⁵⁰ MONEREO ATIENZA C. *“Ideologías Jurídicas y Cuestión Social, ...”*, op. cit., 15-18. La autora sostiene que se debe superar la visión de los derechos sociales como derechos meramente prestacionales que necesitan una organización, una red de servicios públicos y procedimientos y sobre todo gravosos recursos económicos que implican decisiones políticas, ya que a su criterio todos los derechos requieren siempre una intervención por parte de los poderes públicos y no existe ningún derecho que tenga realmente “coste cero.” En este entendido el hecho de que los derechos sociales sean costosos no es más que un falso problema desde el momento en que los problemas financieros son un elemento característico de todos los derechos. Para la autora el problema reside en que el órgano competente para fijar el contenido y alcance de los derechos sociales no debe ser el Parlamento porque, los derechos fundamentales conforman un Estado Constitucional donde la política encuentra límites sustanciales. Por lo que, tanto los derechos de libertad como los derechos sociales son vínculos impuestos a la democracia política. De igual manera no se puede olvidar que al momento existen pasos relevantes en el plano internacional para que se adopte un Protocolo Adicional al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establezca un procedimiento de examen por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, otorgándole competencia para comunicaciones o reclamaciones por los Estados y los particulares sobre violaciones a los derechos sociales. Al respecto Fernando MARIÑO señala que se ha admitido progresivamente que el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no sólo obliga a los Estados a dar realización progresiva a los derechos económicos, sociales y culturales dentro de los límites derivados de los recursos disponibles sino que impone obligaciones de efecto inmediato. En una reclamación individual se podría verificar si un Estado cumple o no esas obligaciones, las cuales serían justiciables. MARIÑO F. *Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas*, En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año III, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, N°6, Madrid, febrero, 1998. Por último, es preciso señalar que los propios Pactos Internacionales en sus preámbulos desvirtúan la supuesta diferenciación de los derechos humanos cuando señalan: *“Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.”*

²⁵¹ Este fue el sentido de nuestra investigación para obtener el Grado de Salamanca en la cual abordamos de manera expresa la exigibilidad en sede constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales.

Hecha la anterior advertencia, resaltamos que para María José AÑON ROIG y José GARCÍA AÑON²⁵² en la interpretación de los derechos sociales es predominante la dimensión objetiva de los mismos. En este sentido consideran que la vinculación efectiva de los derechos sociales como normas objetivas se despliega en distintos planos. En primer lugar, para los citados autores los derechos sociales pueden limitar la libertad de configuración del legislador; y en segundo lugar la relevancia objetiva de las normas de derechos sociales se manifiesta en la no admisibilidad de la total inacción de los poderes públicos a la hora de implementar los programas sociales establecidos en la Constitución.

En efecto, si se reconoce la dimensión objetiva de los derechos sociales se entiende que éstos, al igual que los derechos civiles y políticos, son un orden objetivo axiológico que se configura como un sistema de valores que puede ser aplicado en todos los ámbitos del Derecho. En este entendido de lo que se trata es de establecer la fundamentalidad de los mismos ya no solamente por criterios materiales²⁵³ o formales;²⁵⁴ sino por el denominado contenido esencial de los derechos fundamentales o lo que es lo mismo su conexión con la dignidad humana²⁵⁵.

²⁵² AÑON ROIG M.J. y GARCÍA AÑON J., op. cit., p. 68.

²⁵³ Para autores como PÉREZ LUÑO A.E., “*Derechos Humanos, Estado ...*” op. cit., 31. PECES-BARBA G., “*Curso de Derechos Fundamentales ...*”, op. cit., 365, entre otros, la fundamentalidad de los derechos conlleva dos afirmaciones; la primera entendiéndose que todos los derechos fundamentales son derechos humanos; y la segunda que todos los derechos humanos son también derechos fundamentales.

²⁵⁴ Para autores como GARCÍA DE ENTERRIA E., “*La Significación de las Libertades Públicas para el Derecho Administrativo*”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1981, p. 117-118. El criterio de fundamentalidad de los derechos deriva exclusivamente de algunas disposiciones del texto constitucional. En el caso de la Constitución española este criterio de fundamentalidad está dado por el art. 53 de la misma.

²⁵⁵ COSSIO DÍAZ J.R., “*Estado Social y ...*”, op. cit., p. 69. Al respecto José Ramón COSSIO DÍAZ señala que el contenido esencial viene a ser la garantía instaurada por el constituyente a efecto de que la dignidad de la persona se realice a través de las manifestaciones por él elegidas de los valores constitucionales hasta en tanto las mismas no sean modificadas por el llamado poder revisor de la Constitución. En este sentido Robert ALEXANDER incluye a los derechos llamados por él prestaciones “en

Por otra parte, autores como Óscar RODRÍGUEZ OLVERA²⁵⁶ piensan que más importante que contemplar a los principios como mandatos de optimización es el reconocer que entre estos principios siempre se da la posibilidad de colisiones que deben ser resueltas a través de la ponderación. Entonces, en su opinión, se debe procurar señalar cuál de los principios colisionados posee mayor peso específico en el caso concreto. Opina que sin mayores consideraciones es siempre el principio de la dignidad humana el que tiene mayores posibilidades de ser ponderado como el de mayor peso e influencia.

En igual sentido Peter HÄBERLE²⁵⁷ rechaza la posibilidad de la existencia de un núcleo absoluto en cada derecho fundamental que no pueda ser afectado bajo ninguna circunstancia ya que este núcleo debe ser ponderado favorablemente. En su opinión el núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales es determinado por el sistema de ponderación. Es más, para Martín BOROWSKY²⁵⁸ es imposible fijar el núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales sin recurrir a la ponderación.²⁵⁹ En consecuencia piensa que la Teoría de

sentido estricto” como parte de los derechos fundamentales, llamándoles derechos fundamentales sociales; ya que, a su criterio así los primeros estén positivizados como derechos y los segundos como principios ambos son normas porque dicen lo que debe ser. ALEXY R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducido por GARZÓN E., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 435 y sgtes. En relación con la citada afirmación Óscar RODRÍGUEZ OLVERA señala que si toda norma se constituye en una serie de reglas y principios, además de valores, ésta no puede ser conceptualizada como una figura estática. Por lo que para el autor todo lo que forma parte del texto constitucional tiene valor normativo vinculante. Lo que a su criterio no significa dotar a todos los derechos sociales en el máximo grado de protección constitucional, pero sí a algunos de ellos, ya sea por voluntad constituyente, por la actividad legislativa, por la jurisprudencia constitucional, etc. RODRÍGUEZ OLVERA O., “*Teoría de los Derechos Sociales en la ...*”, op. cit., p. 230.

²⁵⁶ Ibidem. p. 230-241.

²⁵⁷ HÄBERLE P., op. cit., p. 81.

²⁵⁸ BOROWSKY M., *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, Traducido por BERNAL PULIDO C., Universidad de Externado Colombia, Bogotá, 2003, p. 100 y sgtes.

²⁵⁹ El autor propone una reconstrucción del fenómeno de la restricción de derechos fundamentales a partir de la Teoría de los Principios desarrollada por Robert Alexy. Este modelo a su criterio permite una comprensión más profunda de la estructura de los derechos fundamentales. Sobre esta base, intenta mostrar que no sólo los derechos de libertad, sino además los derechos de igualdad y los derechos constitucionales prestacionales, constituyen derechos fundamentales limitables. Opina que existe una diferencia lógica entre reglas y principios. Los principios contienen un deber prima facie, las reglas un deber definitivo. Cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A

Principios y con ella la Teoría de los Derechos Limitables es hasta ahora el mejor camino hacia un mayor entendimiento de la estructura de los derechos fundamentales.

Sin embargo, no faltan autores que insisten en resaltar que el contenido esencial de los derechos fundamentales debe ser entendido en relación con los fines objetivamente establecidos en la Constitución y en función de los cuales se reconocen los derechos y libertades fundamentales. Por lo menos eso se puede desprender de la afirmación que realiza Antonio Enrique PÉREZ LUÑO²⁶⁰ sobre el hecho de que la dignidad humana representa el núcleo axiológico de los derechos de la personalidad dirigidos a tutelar su integridad moral así como su integridad física.

Por otra parte para diversos constitucionalistas el problema consiste en darle un nuevo enfoque a la dignidad humana. Así José Ramón COSSIO DÍAZ²⁶¹ señala que hoy en día los derechos subjetivos públicos han dejado de constituirse en el eje de las construcciones del

diferencia de un principio, una regla no puede simplemente retrotraerse en un caso individual. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume. Los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso, los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez. La dimensión de peso propia de los principios le falta a las reglas, que son determinaciones en el campo de lo fáctico y jurídicamente posible. Los principios, en cambio, presentan un objeto de optimización, el cual puede ser realizado en un grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son por ello gradualmente realizables. El grado de realización y la importancia de dicha realización determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión de principios. Entre el carácter principalista de una norma y el principio de proporcionalidad en sentido lato existe una relación de implicación recíproca: el carácter principalista implica el principio de proporcionalidad en sentido lato y viceversa.

²⁶⁰ PÉREZ LUÑO A.E., “*Derechos Humanos...*”, op. cit., p. 316.

²⁶¹ COSSIO DÍAZ J.R., “*Estado Social y ...*”, op. cit., p. 72-76. Así lo entiende también Oscar RODRÍGUEZ OLVERA cuando sostiene que la dignidad humana es un elemento inesquivable de la convivencia social, el centro de gravedad para fundamentar que los derechos sociales requieren una apertura aún mayor en su reconocimiento, establecimiento, promoción y recepción constitucional. RODRÍGUEZ OLVERA O., “*Teoría de los Derechos Sociales en ...*”, op. cit., p. 191. En igual sentido Pedro DE VEGA GARCÍA señala que cuando no existe lo que los alemanes llaman *Verfassungsgefühl* (sentimiento constitucional) la justicia constitucional tampoco resulta necesaria. Por otro lado el citado autor afirma que la justicia constitucional debe ser interpretada y entendida en el contexto social y político en el que emerge; porque es en él donde adquiere su mayor plenitud y mayor coherencia. Es así que a su criterio será el propio ordenamiento constitucionalizado el que asumirá la protección y prosecución de la dignidad de la persona. DE VEGA GARCÍA P., *Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 7, Madrid, enero-febrero de 1979, p. 98-110.

Derecho Constitucional y el criterio de fundamentalidad de los derechos no puede darse sólo por aspectos formales o materiales.

En este entendido para el autor es destacable el nuevo tratamiento que se da a la dignidad de la persona en dos sentidos: por un lado la dignidad se ha integrado en lo material a partir de las interrelaciones entre los valores de igualdad y libertad con lo que, el valor libertad deja de ocupar a su criterio la posición excluyente que venía teniendo. Esta nueva composición llevará a las constituciones a tener un catálogo de nuevas disposiciones relacionadas con lo social y la problemática que representa el otorgamiento de prestaciones desde ella misma. Por otro lado, opina que este nuevo enfoque sobre la dignidad significará un cambio en los modos; ya que si antes se hablaba de una libertad puramente negativa donde el Estado reducía su conducta a abstenerse, en adelante se entenderá necesaria su constante y actuante presencia.

Efectivamente se entiende que la idea de dignidad no es ya una cuestión de tratamiento y desarrollo puramente individualista, sino que es un fin del Estado y de la sociedad.

Ahora bien, retomando el tema de la justicia constitucional y de los derechos sociales; con lo cual volvemos al debate acerca de cuál es el órgano sobre el que debe recaer la función de fijar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Tema que hemos venido y seguiremos abordando a lo largo de toda nuestra investigación y en el que como ya hemos visto están involucradas cuestiones de justicia y de política. Sobre el tema es interesante el criterio de Cristina MONEREO ATIENZA²⁶² para quien el órgano idóneo y legítimo de cara a fijar el alcance de los derechos sociales es el Tribunal Constitucional de cada país; debido a que los derechos sociales tienen un núcleo irreductible e indisponible para el legislador que sólo puede ser determinado por el

²⁶² MONEREO ATIENZA C. “*Ideologías Jurídicas y Cuestión Social, ...*”, op. cit., p. 18.

Tribunal Constitucional sobre la guía de la “conciencia social” en un tiempo y lugar determinados.

Sin embargo, los problemas no terminan aquí puesto que otro sector muy amplio de la doctrina sostiene que la fundamentalidad de un derecho no puede establecerse sólo en base a su relación con la dignidad humana. En este sentido Luis PRIETO SANCHÍS²⁶³ defiende que el núcleo mínimo de fundamentalidad de los derechos está dado por la resistencia de éstos, es decir es que exista una garantía mínima que permita que un derecho sea exigible y por lo tanto fundamental.²⁶⁴

En otras palabras, para el citado autor el núcleo esencial de un derecho fundamental está definido por la faceta subjetiva del mismo, pues no otra cosa entendemos de su concepción sobre la resistencia de los derechos. En igual sentido para Rafael DE ASIS²⁶⁵ los derechos sociales son igualmente auténticos derechos subjetivos que legitiman el poder y dan acogida a las exigencias de dignidad humana.

Es más, Germán BIDART CAMPOS²⁶⁶ afirma que se ha operado un nuevo tránsito, desde los clásicos derechos subjetivos públicos en los que el Estado era el único sujeto pasivo (gravado con un deber de omisión), hasta los derechos que aún en el campo socioeconómico y cultural y siempre perfilados dentro de aquella categoría se han vuelto ambivalentes, porque además del sujeto pasivo (Estado) son oponibles

²⁶³ PRIETO SANCHÍS L., “*Estudios sobre Derechos ...*”, op. cit., p. 103 y sgtes.

²⁶⁴ Para PRIETO SANCHÍS L., no es necesario que estén presentes determinadas técnicas de protección para determinar la fundamentalidad de un derecho, sin embargo es imprescindible una garantía mínima que permita decir que derechos son resistentes. El grado de resistencia para este autor depende además de las técnicas jurídicas de reconocimiento y protección previstas en cada ordenamiento y de la formulación lingüística del derecho en cuestión.

²⁶⁵ DE ASIS R., “*Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder*”, Editorial Debate, Madrid, 1992. Citado por MONEREO ATIENZA C., op. cit., p. 20.

²⁶⁶ BIDART CAMPOS G., “*Teoría General de los Derechos Humanos*”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 1993, p. 332.

a los demás particulares, que quedan situados también como sujetos pasivos, a veces hasta con obligaciones positivas de dar o hacer.

Ahora bien, lo importante de los anteriores razonamientos a nuestro criterio está en observar las consecuencias que tiene para el juez constitucional la consideración de los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos. Para autores como Valentin THURY CORNEJO²⁶⁷ si el Estado deja de lado su carácter abstencionista y asume funciones redistributivas y prestacionales, parece lógico suponer que el juez deberá asumirlas como propias porque la configuración jurídica de la normativa constitucional le compromete a proteger unos derechos y aplicar unos principios y valores que inciden directamente en las funciones estatales.

En otras palabras, el dilema, viene dado porque la estructura interna de los derechos sociales se fusiona como expresión de la asociación de los ámbitos jurídicos y políticos. Con lo cual retornamos al eterno problema sobre el cual venimos insistiendo, cual es la conceptualización de lo jurídico como ámbito propio de la actuación del juez y de los límites de su actuación, terreno en el que la protección de los derechos sociales por los tribunales de justicia ha significado nuevamente el punto de ruptura entre el legislador y el juez; más aún desde la superación del Estado liberal por el Estado social. En palabras de Luis PRIETO SANCHIS²⁶⁸ está claro que la distancia que separa a los derechos civiles de los sociales es la misma que separa al Estado liberal decimonónico del Estado social de nuestros días.

²⁶⁷ THURY CORNEJO V., “*Juez y División de Poderes Hoy*”, op. cit., p. 250. Esta es una idea ampliamente extendida. Por citar sólo un par de ejemplos, Ernst FORSTHOFF decía que el intento de dar vida a derechos sociales “*tenía que fracasar, porque formulaciones de este tipo no son aptas para fundamentar derechos y deberes concretos*”. FORSTHOFF E., “*El Estado de la Sociedad Industrial*”, Traducido por LÓPEZ GUERRA L., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 258. De igual forma opinaba Phillipe BRAUD para quien los derechos-obligaciones positivas no son normas jurídicas, pues carecen de una condición indispensable: la aptitud para la efectividad” y, siendo así, “se sitúan fuera del Derecho. BRAUD P., “*El Jardín de las Delicias Democráticas*”, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1993, p. 103.

²⁶⁸ PRIETO SANCHIS L., “*Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial*”, op. cit., p. 14.

Así las cosas, consideramos que desde la perspectiva de la teoría de los derechos y de los propios retos políticos y jurídicos que hoy plantea la realización del programa constitucional, acaso la discusión deba centrarse como bien dice Luis PRIETO SANCHIS²⁶⁹ en el capítulo de los derechos prestacionales en sentido estricto; más concretamente, en si la caracterización básica de los derechos fundamentales como obligaciones estatales capaces de cimentar posiciones subjetivas aún contra la mayoría, puede hacerse extensiva a los derechos que no generan un deber de abstención o de prestaciones meramente jurídicas, sino deberes positivos de dar bienes o servicios o de realizar actividades que, si se tuvieran medios, podrían obtenerse también en el mercado.

Para lo cual tendría que renunciarse a un modelo de derechos sociales definitivos e indiscutibles; las exigencias prestacionales entran siempre en conflicto con otros principios o derechos, singularmente con la competencia legislativa y con los requerimientos de otras libertades o derechos; por todo ello determinar en cada caso concreto si está justificada una prestación requiere un previo ejercicio de ponderación entre razones tendencialmente contradictorias que siempre concurrirán en mayor o menor medida.

Concretamente, una posición de prestación estará definitivamente garantizada cuando el valor que está detrás de los derechos sociales, la libertad real o efectiva, exija con urgencia la satisfacción de una necesidad y, a su vez, los principios o derechos en pugna se vean afectados de modo reducido.

²⁶⁹ PRIETO SANCHIS L., “*Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial*”, op. cit., p. 23.

En efecto como dice Robert ALEXY²⁷⁰ lo que conlleva a efectuar la distinción entre derechos de prestación en sentido amplio, es decir aquellos que requieren una acción positiva normativa y derechos de prestación en sentido estricto que necesitan de acciones positivas fácticas basadas en normas jurídicas, esta condición se cumple en el caso de los referidos derechos fundamentales sociales mínimos. Éstos últimos, concordamos con Cristina MONEREO ATIENZA²⁷¹ son el objeto propio de los derechos sociales fundamentales. De lo anterior se infiere que el núcleo vital de los derechos sociales no sólo debe establecerse por la dignidad humana, sino por la protección jurídica de la que deben gozar algunos derechos sociales.

Ya para terminar y como hemos venido señalando, a lo largo de estas páginas, el debate es por demás intenso aunque consideramos que hoy en día afortunadamente son pocas las voces que consideran a los derechos sociales meros principios programáticos de carácter prestacional ya que la mayoría coincidimos con Francisco FERNÁNDEZ SEGADO²⁷² cuando señala que la dignidad del ser humano se manifiesta, se proyecta de una u otra forma, con distintos niveles de intensidad, en todos y cada uno de los derechos, bien se presenten bajo el rótulo de auténticos derechos, o bien bajo el de principios rectores. Este debe ser sin duda el camino a seguir más aún cuando es de dominio general que las violaciones más brutales de la dignidad esencial, radical, de todos los seres humanos cada vez se presentan de forma más ostentosa y clamorosa en los llamados derechos sociales cuya conculcación sistemática, revela altísimos niveles de insolidaridad social ante los que los poderes públicos no pueden permanecer impasibles.

²⁷⁰ ALEXY R., “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”, op. cit. p 495.

²⁷¹ MONEREO ATIENZA C. *Ideologías Jurídicas y Cuestión Social, Los Orígenes de los Derechos Sociales en España*, Comares SL., Granada, 2007, p. 10-12.

²⁷² FERNÁNDEZ SEGADO F., “*La Dignidad de la Persona...*”, op. cit., p. 231.

En resumen, consideramos que si nos tomamos en serio a los derechos sociales o como afirma Luis PRIETO SANCHIS,²⁷³ si nos tomamos en serio toda la Constitución, la justicia no puede quedar excluida de ningún capítulo; lo que significa, ni más ni menos, que los derechos sociales han de tener algún núcleo irreductible y que éste representa un contenido intangible cuya configuración, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, sólo puede corresponder en última instancia al Tribunal Constitucional.

II.4.2 Cuando el juez legal asume las funciones de juez constitucional.

Al terminar el anterior acápite habíamos reconocido que el carácter de único guardián de los derechos fundamentales que tiene el Tribunal Constitucional en los sistemas concentrados de control de constitucionalidad pasa a la condición de último. Por lo menos sucede así en los casos de España y Bolivia donde el conocimiento del amparo constitucional es competencia tanto de la judicatura ordinaria como del Tribunal Constitucional, lo que ha supuesto una colaboración entre ambos órdenes jurisdiccionales. El caso de Bolivia es más complicado porque el Tribunal Constitucional es parte del Poder Judicial, lo cual ha generado una confrontación que aún hoy no está definitivamente resuelta; sin embargo este punto lo analizaremos detenidamente en el momento de desarrollar el control de constitucionalidad en Bolivia.

Retomando el tema que nos interesa en este momento es preciso afirmar de nueva cuenta que la mayoría de constitucionalistas han dado como válida la idea del control de constitucionalidad y también gran parte de ellos han concordado en la existencia de una jurisdicción constitucional ejercida, ya sea por la pluralidad de jueces que conforman un sistema judicial o exclusivamente por un órgano *ad hoc*

²⁷³ PRIETO SANCHIS L., “*Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial*”, op. cit., p. 42 y ss.

creado al efecto. Habiendo establecido también que la divergencia de opiniones se da justamente cuando se trata de abordar la función de garante de los derechos fundamentales que tiene el Tribunal Constitucional; atribución que en un elevado número de legislaciones, como es el caso de España y Bolivia es resguardada a través del amparo constitucional garantía de naturaleza jurisdiccional que para muchos autores no debe ser considerada parte del control de constitucionalidad.²⁷⁴

Opinión esta última que intentaremos desmontar señalando que hoy en día los tribunales constitucionales de justicia “concentrada” conservan del modelo Kelseniano sólo el nombre de concentrados, pues en su actuación se aproximan cada vez más al modelo de la *judicial review*.

En palabras de Luis PRIETO SANCHIS²⁷⁵ esto se debe en gran parte a que los tribunales concentrados han asumido competencias inviables en el modelo Kelseniano, como el recurso de amparo, con lo que la Constitución ha dejado de ser un monopolio del Tribunal Constitucional para abrirse al conjunto de los jueces por lo menos en lo que toca a la tramitación de esta garantía constitucional.

Esta idea esta íntimamente relacionada con la nueva concepción normativa del texto jurídico supremo que se impone en la actualidad cuando se habla de interpretar la Constitución. Si bien es cierto que, como ya vimos anteriormente, la Constitución Kelseniana ya era

²⁷⁴ Jorge DE ESTEBAN y Luis LÓPEZ GUERRA señalan que si bien es cierto que no ha habido una oposición clara a la existencia del recurso de amparo, el criterio de atribuir su conocimiento a la justicia constitucional no fue unánime. El argumento básico de quienes cuestionan tal competencia es el de la inconveniencia de que el Tribunal Constitucional entre a conocer de cuestiones de carácter particular, como son las que tienen por objeto los recursos de amparo, estimando que hubiera sido más conveniente dejar este tipo de procesos en manos de la justicia ordinaria. Por otro lado, hay quienes consideran que es conveniente que sea el Tribunal Constitucional en su condición de órgano máximo encargado de garantizar la Constitución el que conozca de todas las violaciones, generales y particulares que ésta sufra; criterio que ha primado en la mayor parte de legislaciones.

²⁷⁵ PRIETO SANCHIS L., “*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*”, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 164.

considerada norma jurídica, tenía el carácter de norma interna a la vida del Estado porque como señala Luis PRIETO SANCHIS²⁷⁶ regulaba las relaciones entre los poderes supremos y de alguna manera estaba decomisada por éstos; pero de ningún modo podía ser aplicada frente a la ley por unos jueces que se definían estrictamente como los siervos de la misma. Sin embargo, en la actualidad como hemos tenido ocasión de advertir, la Constitución es una norma que preside el orden jurídico en su conjunto y cuya virtualidad no puede divorciarse ni sustantiva ni procedimentalmente del resto del orden jurídico.

Ahora bien, advertíamos que el recurso de amparo constitucional tanto en España como en Bolivia supone la necesaria interrelación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional en lo que toca a la función de colaboración que ambas realizan para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales.

El problema, pensamos, viene dado por las diferencias que existen entre positivismo y constitucionalismo y la diferenciación más clara a nuestro criterio nos la da Ralf DREIER²⁷⁷ para quien el constitucionalismo enfatiza el contenido valorativo de la Constitución e intenta hacerla valer con ayuda del Poder Judicial, dado el caso, también frente al Legislativo y al Ejecutivo; en cambio de acuerdo a las posturas modernas del positivismo el legalismo acentúa la autonomía del legislador parlamentario e intenta hacer retroceder la ampliación de competencias del Poder Judicial.

En concreto bajo el constitucionalismo subyace una concepción no positivista del Derecho, mientras que bajo el “legalismo” se encuentra

²⁷⁶ PRIETO SANCHIS L., “*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*”, op. cit., p. 164.

²⁷⁷ DREIER R., Traducido por QUIJANO O., “*Derecho y Justicia*”, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1994, p. 71-77.

una concepción positivista del mismo²⁷⁸, lo cual pocas veces redundará en beneficio de la Constitución ya que existe el riesgo de que el juez se incline a ser legal antes que constitucional.

Debemos señalar al respecto que cuando un juez ordinario conoce un recurso de amparo constitucional su actuación no puede ser equiparada a la del Tribunal Constitucional porque éste último ocupa una posición diferente a los órganos de justicia ordinaria. Esta situación le viene dada por el principio de supremacía constitucional que impregna todas sus decisiones; más aún, cuando se trata de tutelar derechos fundamentales a través de mecanismos constitucionales como el amparo constitucional.

Dicha posición de supremacía, en opinión de Pablo PÉREZ TREMPS²⁷⁹ no supone solamente una ubicación especial de la jurisdicción constitucional en relación a los tribunales con los que

²⁷⁸ Por ejemplo si un juez de la judicatura ordinaria debe atender en cualquier tipo de proceso civil, comercial, laboral, penal, agrario, tributario, etc. La sustanciación de un recurso de amparo en el cual se alegue la vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales, al resolverlos, en la faceta de juez constitucional podría suponerse que eso contribuiría a que vivencie y aplique la Constitución todos los días. Sin embargo, es probable que se produzca un resultado adverso, algo que Néstor Pedro SÁGUES llama la paradoja del control difuso de constitucionalidad y que se refiere a que cuando el juez ordinario deba resolver este tipo de recursos constitucionales probablemente tienda a abordar y a razonar su litis constitucional con la mentalidad legalista con la que cotidianamente opera. Por una especie de casi insalvable deformación profesional, es normal que capte al Derecho Constitucional con los criterios, los enfoques y hábitos mentales, los valores, la metodología, las soluciones y el discurso propio de la especialidad en la que ha sido formado y con la que convive diariamente, del derecho constitucional puede por cierto alguna vez enriquecerlo, pero también, con más frecuencia desnaturalizarlo. SÁGUES N.P., “*Del Juez Legal al Juez Constitucional*”, op. cit., p. 341.

²⁷⁹ PÉREZ TREMPS P., “*Tribunal Constitucional y ...*”, op. cit., p. 236-237. Sin embargo este es un tema discutible en el ámbito de los distintos sectores doctrinales. Así que para CAAMAÑO DOMÍNGUEZ Francisco, es indiscutible que también la doctrina sentada en las sentencias de amparo vincula a todos los Poderes Públicos. GÓMEZ MONTORO A.; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ F., y MEDINA GUERRERO M., “*Jurisdicción y Procesos Constitucionales*”, Mc-Graw Hill, Madrid, 2000, p. 78. Sobre el particular ni el propio Tribunal Constitucional español ha dado una solución real a este conflicto ya que no es uniforme el criterio de su jurisprudencia a la hora de dar vinculatoriedad a las sentencias de amparo constitucional así: STC 305/1993; STC Del Pleno 111/1993 y STC. 90/1995 establecen que las decisiones de los fallos de las sentencias de amparo del Tribunal Constitucional vinculan “inter partes” pero los fundamentos jurídicos que no son “obiter dicta” son siempre vinculantes. Si bien es cierto que este es un tema que tiene contrapuestas opiniones y que las mismas no son objeto de esta investigación, es importante señalar por la relevancia que tiene la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional que en Bolivia las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional dentro de recursos de amparo constitucional vinculan a todos los Poderes Públicos.

comparte esta función de garante, sino que a criterio del citado autor, a pesar de no existir formalmente una relación jerárquica entre las dos jurisdicciones,²⁸⁰ la estructuración del recurso de amparo constitucional confirma la superioridad, similar a la que se da dentro del propio Poder Judicial. La razón en su opinión es el efecto revisor que tienen las decisiones del Tribunal Constitucional sobre las de los órganos judiciales integrados en el Poder Judicial, efecto revisor que se produce tanto en el supuesto de violaciones de derechos por actos de órganos ejecutivos, como última instancia en el supuesto de violaciones de derechos por órganos judiciales.

Con lo que la dificultad a la hora de interrelacionar ambas jurisdicciones se debe en gran medida a la equivocada concepción que gran parte de los jueces ordinarios tienen del amparo constitucional al considerarlo un recurso casacional o una tercera instancia procesal cuando éste se invoca contra actos del Poder Judicial²⁸¹; criterio del cual no participamos porque el recurso de amparo es de naturaleza subsidiaria, puesto que sólo puede plantearse si previamente se ha hecho uso de los mecanismos ordinarios o extraordinarios que el ordenamiento jurídico otorga y porque tiene un carácter llamémosle “universal” válido en todas las legislaciones donde existe esta garantía constitucional.

²⁸⁰ Ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional españolas han configurado a éste como un órgano situado en la cúspide de una organización jerárquica ya que se encuentra fuera del Poder Judicial y es único en su orden. Como tampoco lo ha establecido la Constitución boliviana ni la Ley del Tribunal Constitucional.

²⁸¹ Al respecto Pablo PÉREZ TREMPs, entre otros, señala que se debe diferenciar el amparo contra los actos de los órganos ejecutivos y contra los actos de los órganos judiciales; ya que en el primer caso, el recurso de amparo constitucional viene a configurarse como un recurso subsidiario, ya que dicho precepto exige el haber agotado la vía judicial. Es por esto que en su opinión este es el único caso en el que el recurso de amparo se convierte en un recurso subsidiario; ya que la pretensión del recurso de amparo en estos casos es idéntica a la formulación ante los tribunales ordinarios y se repite ante el Tribunal Constitucional al haber quedado insatisfecha por aquéllos. No sucede lo mismo, en su opinión, cuando se trata de un recurso de amparo contra la actuación de los órganos del Poder Judicial porque el objeto del recurso de amparo en éstos es distinto ya que la presunta violación del derecho invocado es el hilo conductor del procedimiento. Es así que para el autor en estos casos el recurso de amparo constitucional deja de ser subsidiario por la sencilla razón de que su procedimiento es diferente y su fundamento también. PÉREZ TREMPs P., “*Tribunal Constitucional y Poder Judicial*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 221-222.

En este sentido consideramos que la obligación de agotar todos los recursos utilizables antes de recurrir de amparo ante el Tribunal Constitucional justamente tiene por finalidad evitar los enfrentamientos entre los dos órdenes jurisdiccionales, el ordinario y el constitucional, apurando todas las posibilidades para que dentro de la propia jurisdicción ordinaria, que es la protectora natural de todos los derechos, la presunta vulneración sea reparada eficazmente.

Sin embargo, cabe advertir, que si bien es cierto que el Tribunal Constitucional al resolver un recurso de amparo no puede efectuar una valoración de la actuación de los tribunales ordinarios dentro de un proceso que dio lugar al recurso de amparo, si tiene la potestad de reinterpretar de acuerdo a lo previsto en la Constitución la actuación judicial que produjo la violación, obligando de esta forma al órgano judicial a subsanar el vicio de acuerdo a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional. La referida potestad revisora del Tribunal Constitucional como es obvio ha ocasionado un sinfín de roces entre ambas jurisdicciones; más aún porque la revisión efectuada por el Tribunal Constitucional se efectúa sobre casos concretos, hasta el punto de que hoy en día una sentencia no adquiere la calidad de cosa juzgada hasta que no haya transcurrido el plazo para interponer recurso de amparo²⁸².

En ese orden de ideas, destacamos que las decisiones de los órganos de justicia ordinaria, al menos en cierto sentido, han dejado de ser inatacables, y tal circunstancia no podía dejar de ocasionar alguna oposición dentro del estamento judicial; lo cual de ningún modo puede llevarnos a admitir una limitación de la acción de la justicia constitucional o una reformulación de su papel en relación con la Constitución, cuando no sencillamente la eliminación de sus facultades de enjuiciamiento desde parámetros constitucionales porque si esto

²⁸² PÉREZ TREMPES P., *“Tribunal Constitucional y Poder Judicial”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 241.

sucediera nos remontaríamos a la época en la que la Constitución se dirimía sólo en la esfera interna de los órganos estatales y cuya proyección sobre los ciudadanos dependía de diversos factores que muy poco tenían que ver con los principios de igualdad, libertad y dignidad.

Dado que la problemática del amparo constitucional es muy amplia, este es apenas uno de los aspectos que intentamos plantear más adelante, cuando nos ocupemos de este recurso en la jurisdicción boliviana ya que el amparo constitucional ha sido el recurso mediante el cual mayor desarrollo normativo se ha dado a los derechos fundamentales en Bolivia.

De momento, avanzamos la consideración de que actualmente es una verdad evidente que el derecho ordinario se entrecruza hasta extremos inusitados con el derecho constitucional. Es justamente a través del recurso de amparo que el Tribunal Constitucional se convierte en el garante máximo de los poderes públicos.

Esta posición de garante del Tribunal Constitucional esta avalada como dice Raúl BOCANEGRA²⁸³ por la vinculación de los tribunales ordinarios a la doctrina del Tribunal Constitucional que al menos en las legislaciones española y boliviana viene a confirmar la posición de intérprete supremo de la Constitución ocupada por dicho órgano jurisdiccional.

Efectivamente, hoy en día debemos admitir que si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional ha condicionado a la ordinaria en materia de derechos fundamentales, no es menos cierto que sin dicha jurisprudencia difícilmente los derechos fundamentales y libertades públicas hoy en día habrían alcanzado su actual desarrollo, por lo

²⁸³ BOCANEGRA R., “*El Valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN 0211-5743, Año nº 2, Nº 6, 1982 , p. 325.

menos en el caso de Bolivia. Por ello pensamos que el papel de la jurisdicción constitucional fue clave a la hora de desarrollar el carácter normativo de la Constitución.

Por lo tanto, podemos concluir afirmando que la protección que lleva a cabo el Tribunal Constitucional esta íntimamente relacionada con el principio de supremacía constitucional, pues mientras que éste último es el parámetro para que ningún acto de autoridad, ley o tratado pueda contravenir la Constitución; es la jurisdicción constitucional la que se encarga de hacer efectivo el principio de supremacía constitucional, al otorgar los mecanismos efectivos para garantizar la misma. En palabras de Francisco RUBIO LLORENTE²⁸⁴ la jurisdicción constitucional debe ser entendida como aquella que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución; la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder.

Ahora bien, al estar concretado el principio de supremacía constitucional en la fórmula del Estado social y democrático de Derecho se convierte en una directriz fundamental para la interpretación de la Constitución, que como bien dice Francisco RUBIO LLORENTE²⁸⁵ en ningún caso puede pasar el juez por alto y cuyo propio carácter doctrinal dota de una elasticidad profunda a la Constitución, cuyo contenido puede así acomodarse al cambio histórico y social. Este último punto será el que abordemos en las siguientes páginas cuando desarrollemos la jurisdicción constitucional en Bolivia antes y después de la actual reforma constitucional; precisamente porque consideramos que es justamente en este aspecto donde el modelo español muestra sus más notables diferencias con el actual sistema constitucional boliviano.

²⁸⁴ RUBIO LLORENTE F., “*Tendencias Actuales de la Jurisdicción Constitucional en Europa*” en Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional”, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 156.

²⁸⁵ RUBIO LLORENTE F., “*La Constitución como fuente de Derecho*”, en la Constitución española y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1998, p. 96.

CAPÍTULO III

CONFIGURACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL BOLIVIANA

III.1. Breve introducción a la División del Poder Público en Bolivia.-

Anteriormente afirmamos que la mayor diferencia entre la jurisdicción constitucional española y la actual justicia constitucional boliviana residía principalmente en el hecho de que en la primera el principio de supremacía constitucional y en consecuencia la defensa de la Constitución está debidamente garantizada. Situación, esta última, que lamentablemente en Bolivia mucho ha cambiado después de la última reforma constitucional. Sin embargo no nos adelantemos en el tiempo y realicemos un breve repaso a la configuración de la justicia constitucional boliviana desde sus inicios.

El 6 de agosto de 1825 nace la República de Bolívar, aún contra la voluntad del libertador Simón Bolívar, quien tenía la firme intención de crear la “Gran Colombia”, consolidando de esta manera en América del Sur un Estado fuerte, similar a los Estados Unidos de Norte América. Sin embargo pudo más el tesón y astucia de los criollos altoperuanos, quienes decidieron organizar su propio gobierno, rechazando el sometimiento a la oligarquía peruana, rioplatense o colombiana; las contradicciones internas del Nuevo Estado no tardarían en asomar.

A partir de la fundación de la República de Bolívar, llamada posteriormente Bolivia, surge la imperiosa necesidad de contar con directrices normativas para la organización del nuevo orden. Así, el Libertador Simón Bolívar entrega a la nueva República “*la Constitución más liberal del mundo*”²⁸⁶ y desde entonces hasta el día de hoy, muchos de sus postulados se mantienen vigentes. Sin embargo, otro fenómeno que nace con la nueva República y que perduró durante mucho tiempo fue el Caudillismo Militar; este movimiento tuvo como paradigma al propio Libertador Simón Bolívar y a partir de éste: Antonio José de Sucre, Andrés de Santa Cruz, José Ballivián, Manuel Isidoro Belzu, Mariano Melgarejo, Hilarión Daza, entre otros, escribieron algunas de las páginas más

²⁸⁶ Sobre el particular se puede consultar: FINOT. E., “*Nueva Historia de Bolivia*”, Editorial Gisbert, La Paz, 1978, p. 10-12.

sombrías de la historia boliviana. Más adelante se repitió la historia con los gobiernos militares de Germán Bush, Gualberto Villarroel, René Barrientos y Hugo Banzer Suárez. Es por esto que no es extraño que sea precisamente Bolivia el país sudamericano que más golpes de Estado ha soportado.

Este lapso histórico se distinguió por la inestabilidad en un sistema de gobierno autoritario, los constantes levantamientos regionalizados, la pugna material (bélica) por el poder, el enfrentamiento de líderes militares y sus milicias de seguidores. La separación de Poderes se estableció en todas las Constituciones bolivianas, pero la Constitución era nominal; el Órgano Ejecutivo, con nombre y apellido, concentraba y monopolizaba el poder público. El sistema de frenos y contra pesos nunca se aplicó, aunque los órganos de gobierno estuvieron conformados ocasionalmente y el único peso válido era el plomo que llevaban las milicias del caudillo.

Por otra parte, se debe revelar y destacar la transformación social que empezó con el cese de hostilidades entre Bolivia y Paraguay, la misma que dio origen a la conformación de nuevos partidos políticos, concluyendo en la revolución de 1952, con tres grandes conquistas sociales: el voto universal, la nacionalización de las minas y la reforma agraria. Con la segmentación del Movimiento Nacionalista Revolucionario y luego de la oscura etapa de los gobiernos militares en 1983 se instauró finalmente la democracia.

Hoy en día, a casi treinta años de la recuperación de la democracia, el Estado boliviano ha intentado modernizarse, dotándose de la infraestructura institucional que le permita cumplir con todas sus funciones; así, podemos destacar nuevos órganos, como el Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo, que fueron incorporados en la reforma constitucional de 1994 a la estructura del Estado con el propósito de mejorar la calidad de vida de la sociedad boliviana. Sin embargo cuando el clima de calma había llegado a Bolivia, a partir del año 2001, una serie de enfrentamientos departamentales, a la cabeza del entonces dirigente cocalero y hoy Presidente de Bolivia Evo Morales Ayma, intentaron desestabilizar al gobierno; logrando su objetivo el 13 de octubre de 2003, fecha en la que el entonces Presidente boliviano Gonzalo Sánchez de Lozada presentó su dimisión al cargo y abandono el país por la presión de los sectores sociales.

Fue así que, después de un proceso de transición, el 22 de enero de 2006 tomó posesión como Presidente de la República de Bolivia Evo Morales Ayma; nombrándose a sí mismo como el primer “Presidente Indígena de Bolivia”. A lo largo de estos 4 años de gobierno la realidad social, política y económica de Bolivia ha dado un vuelco de 180 grados, pasando de un Estado Democrático a un Estado dictatorial convulsionado por los constantes enfrentamientos regionales y raciales de sus habitantes.

Precisamente en estas circunstancias y después de un irregular proceso constituyente y un cuestionado referéndum que se aprobó la nueva Constitución boliviana el 25 de enero de 2009, que aún después de haber sido promulgada no tiene plena eficacia debido al cambio trascendental que conlleva su aplicación en todos los poderes del Estado, especialmente en el Poder Judicial, es por esto que, hoy en día existen infinidad de incógnitas, falencias y vacíos sobre la aplicación de la misma, especialmente porque el nuevo texto constitucional pretende implementar nuevos órganos de poder desconocidos hasta el momento en Bolivia. Pero, insistimos nuevamente, que este y otros aspectos relacionados al nuevo texto constitucional los abordaremos detalladamente más adelante.

III.2. El Control de Constitucionalidad en Bolivia antes de la creación del Tribunal Constitucional.-

Una revisión de los antecedentes históricos referidos al sistema de control de constitucionalidad demuestra, como bien señala José Antonio RIVERA SANTIVANEZ,²⁸⁷ que Bolivia, a lo largo de su historia republicana, adoptó los dos modelos de control de constitucionalidad.

En efecto, inicialmente adoptó el modelo de control político de constitucionalidad, luego el control jurisdiccional con sus dos variables, el denominado sistema de la revisión judicial o difuso y el sistema especializado o concentrado. Diferenciándose claramente cuatro etapas, antes de la implementación de la justicia constitucional especializada en Bolivia.

²⁸⁷ RIVERA SANTIVANEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional , Procesos Constitucionales en Bolivia*”, Kipus, Cochabamba, 2004, p. 117 y sgtes.

a) Control por el órgano Legislativo.

La primera Constitución que tuvo Bolivia, llamada también “Constitución Bolivariana” en homenaje al Libertador Simón Bolívar o “Constitución Vitalicia” por instaurar un sistema rígido de reforma y un Presidente y una Cámara de Censores vitalicios, estableció un control de constitucionalidad efectuado por la Cámara de Censores, que era parte de Poder Legislativo, pero limitada solamente a los actos del Poder Ejecutivo. Siendo por tanto ejercido el control por el propio órgano Legislativo²⁸⁸. Es así que al nacer a la vida republicana en Bolivia se estableció un sistema de control de constitucionalidad ejercido a través del propio órgano legislativo; lo que, según la doctrina, se podría catalogar como un sistema de control político de constitucionalidad.

La Constitución de 1826 tuvo corta vigencia y prácticamente poco de ella se cumplió. En 1827 el entonces Presidente de Bolivia, Mariscal Antonio José de Sucre, instauró la Corte Suprema de Justicia creada por la Constitución Bolivariana, con diversas atribuciones, entre las que no se mencionaba el control de constitucionalidad²⁸⁹. Posteriormente en mayo de 1829 se hace cargo del Gobierno de la Nación el Mariscal Andrés de Santa Cruz, quien dirigió y administró el país sin Poder Legislativo hasta 1831, en que se sancionó y

²⁸⁸ En efecto, esta Constitución instituyó cuatro poderes Electoral, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El Poder Legislativo consta de tres Cámaras: de Tribunales, de Senadores y de Censores; estableciendo: «1º, *Velar si el Gobierno hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos*; 2º, *Acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo haga de la Constitución en, las leyes y los tratados públicos*; 3º, *pedir al Senado la suspensión del Vicepresidente y Ministros de Estado, si la salud de la República lo demandare con urgencia*» (art. 51). Para Pablo DERMIZAKY PEREDO, Bolivia comenzó adoptando un modelo político inspirado en el Senado conservador de la Constitución francesa del año VIII; es así que a su criterio la Constitución Bolivariana de 1826 instituyó un Poder Legislativo, que a través de una de la Cámara de Censores debía velar por que el gobierno cumpla y haga cumplir la Constitución, las leyes y los Tratados Públicos. Para este autor las Constituciones de 1831 y 1843 encomendaron esa tarea a dos órganos políticos similares el Consejo de Estado y el Consejo Nacional, respectivamente. Posteriormente un Decreto Ley de 31 de diciembre de 1857, sobre organización judicial disponía que la Corte Suprema de Justicia conociera de las causas civiles de puro derecho, cuando su decisión dependa únicamente de la constitucionalidad de las leyes. DERMIZAKY PEREDO P., “*El Control de Constitucionalidad en Bolivia, Balance de un año de ejercicio jurisdiccional*”, en *Derecho Procesal Constitucional Boliviano*, El País, Santa Cruz Bolivia, 2002, p. 109.

²⁸⁹ En igual sentido fue promulgada la Ley de 8 de enero de 1827, Ley sobre Organización Judicial y Procedimientos en la Administración de Justicia. En las atribuciones que dicha Ley confería a la Corte Suprema nada se decía sobre el control de la constitucionalidad seguramente por seguir los lineamientos de la Constitución Bolivariana.

promulgó la segunda Constitución que es el arquetipo y modelo de todas las que siguieron.

b) Control por un organismo especial (1831-1838).

La Constitución de 1831 fue sancionada por la Asamblea General Constituyente y promulgada por el Mariscal Andrés de Santa Cruz el 14 de agosto de 1831. Según esta Constitución el ejercicio de la soberanía estaba delegado a tres poderes: Legislativo²⁹⁰, Ejecutivo²⁹¹ y Judicial²⁹².

La innovación que inserta esta Constitución es la creación del Consejo de Estado, órgano independiente de los otros Poderes y compuesto por siete Consejeros; nombrados por el Congreso, uno por cada Departamento de la Nación, de una lista de diez individuos elegidos por elecciones generales. Son atribuciones del Consejo de Estado de acuerdo al art. 98 de la citada Constitución: Atender las consultas del Ejecutivo; convocar las Cámaras Legislativas; velar sobre la observancia de la Constitución e informar documentalmente al cuerpo Legislativo sobre las infracciones a ella; proponer dignidades y prebendas. Como vemos la Constitución de 1831 encarga el control de constitucionalidad al Consejo de Estado²⁹³.

c) Vacío en el control de constitucionalidad (1839-1851).

²⁹⁰ El Poder Legislativo estaba compuesto de dos Cámaras: de Representantes y de Senadores. Entre sus atribuciones no figuraba el control de la constitucionalidad. Tan sólo para la Cámara de Senadores se menciona la facultad de iniciar las leyes que repriman las infracciones de la Constitución hechas por los magistrados jueces, empleados civiles, eclesiásticos y militares, lo cual es como no decir nada, pues de sobra se sabe que los legisladores pueden proponer leyes.

²⁹¹ El Poder Ejecutivo reside en el Presidente del Estado y tres ministros. El Presidente tiene amplias facultades; pero tiene también restricciones en cuanto a la libertad y derechos de las personas. Está sujeto a responsabilidad durante el ejercicio de sus funciones o un año después. Y aquí viene una disposición que de haberse cumplido habría evitado «golpes de Estado» y «cuartelazos», o por lo menos se hubiera condenado su consolidación, cambiando así nuestra historia: Es el art. 78 que establece que si por una «revolución» o «motín militar» fuere depuesto el Presidente de la República, éste será juzgado conforme a la Constitución y las leyes y las Cámaras no podrán elegir otro sin que aquel sea destituido constitucionalmente.

²⁹² A la cabeza del Poder Judicial se encuentra la Corte Suprema de Justicia, compuesta por un Presidente y seis Ministros. Carece de facultades para ejercer el control de constitucionalidad.

²⁹³ Posteriormente se sanciona la Constitución de 1834 bajo el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz. Que en realidad es la misma Constitución de 1831.

La Constitución de 1839 fue dictada por el Congreso Constituyente de 1839 reunido a la caída del Mariscal Andrés de Santa Cruz (que propició y manejó la Confederación Perú Boliviana), ésta suprimió el Consejo de Estado y no estableció nada sobre el control de constitucionalidad. Posteriormente se sancionó la Constitución de 1843, bajo el Gobierno provisorio de José Ballivián, que en su art. 43, referente a las atribuciones del Poder Ejecutivo determina: *“Disolver las Cámaras constitucionales, en el caso en que manifiesta e indudablemente se excedan de los límites que les prescribe esta Constitución; mas sólo podrá hacer uso de dicha facultad previo dictamen afirmativo del Consejo Nacional y de la Corte Suprema de Justicia, reunidos ambos Cuerpos en Consejo”*.

Esta misma Constitución, en su art. 61, reestablece el funcionamiento del Consejo de Estado, al que denomina “Consejo Nacional”, compuesto de dos senadores, dos representantes, los ministros de Estado, dos ministros de la Corte Suprema un general de ejército, un eclesiástico de dignidad y un jefe de alguna de las oficinas de hacienda. El art. 66 de la misma encomienda al Consejo Nacional la realización de las siguientes tareas: *“1º. Velar sobre la observancia de la Constitución, dando los informes convenientes en los casos de infracción”*. Sin embargo en 1851 se volvió a reformar la Constitución y, en lo que respecta al tema de control de constitucionalidad, se suprimió nuevamente el Consejo Nacional y no se instauró ningún un mecanismo ni institución para desarrollar el control de constitucionalidad encargado al citado órgano.

d) Control difuso de constitucionalidad (1861-1938).

Al Golpe de Estado de enero de 1861 siguió la Asamblea Nacional Constituyente que en julio de ese año sancionó la séptima Constitución promulgada por el Presidente provisorio José María de Achá, en agosto de 1861, la cual estableció una tentativa de gobierno parlamentario²⁹⁴. Esta misma

²⁹⁴ El período de gobierno se redujo a tres años. Según esta Constitución el Poder Legislativo se ejercía por una Asamblea de Diputados y por un Consejo de Estado, elegido por los Diputados de entre ellos mismos, con atribuciones para modificar los códigos, juzgar a los magistrados de la Corte Suprema y recibir las denuncias contra el Presidente de la República y ministros por actos inconstitucionales, llevar la instrucción y someterlas a la Asamblea. Para Pablo DERMIZAKY PEREDO, la Constitución de 1861 determinó que la Corte Suprema conociese los negocios de puro derecho cuya decisión dependía de la

Constitución recoge e incorpora en su texto la atribución conferida a la Corte Suprema por Decreto Ley de 31 de diciembre de 1857 sobre el control de constitucionalidad, en la siguiente forma: “*Art. 65. Son atribuciones de la Corte de Casación: 20 Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión depende de la constitucionalidad de las leyes*”. Posteriormente en la reforma constitucional realizada en 1968 se suprimió el Consejo de Estado; empero en la reforma del año 1971 se restableció nuevamente con modificaciones en su composición y atribuciones; configurándose así en Bolivia un sistema de control de constitucionalidad preventivo y correctivo.

En este sentido el 20 de febrero de 1878 fue promulgada como Ley del Estado la “*Compilación de las Leyes del Procedimiento Civil*” que estaba conformada por la acumulación, ordenamiento y distribución de todos los textos legales vigentes en esa época, los cuales hasta la fecha se encontraban dispersos en publicaciones parciales por ser de distintas fechas, lo cual dificultaba su consulta y aplicación. Esta compilación comprendía dos partes: Ley de Organización Judicial y Código de Procedimiento Civil Boliviano.

En relación al tema del control de la constitucionalidad, la Ley de Organización Judicial en su art. 51 inciso 10 establecía como una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: “*conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones*”.

En lo referente al Código de Procedimiento Civil se debe hacer notar que no contenía disposiciones especiales para regularizar el procedimiento a seguir en estos “asuntos de inconstitucionalidad”, los cuales, por ello, quedaron librados a la sana interpretación de la Corte Suprema de Justicia; cuyos fallos fueron imprescindibles a la hora de invocar jurisprudencia en estos casos. Si bien a partir de la Reforma Constitucional de 1861 se produjeron diversas

constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes. DERMIZAKY PEREDO P., “*El Control de Constitucionalidad en Bolivia, Balance de un año de ejercicio ...*”, op. cit., p. 109.

modificaciones en los textos constitucionales bolivianos,²⁹⁵ no podemos obviar que fue la Constitución de 1861 la que instituyó por una parte el principio de supremacía constitucional al establecer en su art. 86 *“Las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”*; y por otra parte a través de su art. 79 encomendó la labor del control de constitucionalidad, por la vía de la acción concreta, a la Corte Suprema de Justicia, estableciendo: *“son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, además de las que le señalen las leyes: 2º Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes”*.

Fue sobre esta base que se organizó, dice José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ,²⁹⁶ el sistema de control difuso, por el que los jueces y tribunales tenían la atribución y obligación de inaplicar una disposición claramente incompatible con las normas de la Constitución. Pero por otro lado, recuerda, que la Corte Suprema de Justicia en su condición de máximo tribunal de justicia, tenía la facultad y atribución de conocer y tramitar el recurso de inaplicabilidad

²⁹⁵ Entre las reformas constitucionales más importantes podemos citar la de 1880, dictada por el gobierno constitucional de Narciso Campero después de la cohesión patriótica producida por la llamada Guerra del Pacífico. Es paradigma de las demás Constituciones y es la que mayor período de vigencia ha tenido (de 1880 a 1938). En cuanto a organización del Estado, establece los tres poderes clásicos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El Poder Legislativo reside en el Congreso Nacional compuesto de dos cámaras una de Diputados y otra de Senadores. El Poder Ejecutivo se encarga al Presidente de la República y se ejerce por los Ministros. La Justicia se administra por la Corte Suprema, por las Cortes de Distrito y por los demás tribunales y juzgados que las leyes establecen. La Corte Suprema se compone de siete Ministros elegidos por la Cámara de Diputados a propuesta en terna del Senado.

El art. 14 de la referida Constitución consagra un derecho a la resistencia por violación constitucional en materia tributaria y un recurso anulatorio ante la Corte Suprema. Expresa textualmente este artículo: *“... ningún impuesto es obligatorio sino cuando ha sido establecido por el Poder Ejecutivo, conforme a las prescripciones de esta Constitución. Todos pueden intentar el recurso ante la autoridad judicial respectiva contra los impuestos ilegales”*. Añade, en párrafo aparte: *“Los impuestos municipales son obligatorios cuando en su creación se han observado los requisitos señalados por esta Constitución.”*

Posteriormente la reforma constitucional de 1938, que se promulgó una vez concluida la Guerra del Chaco, recoge las reformas constitucionales aprobadas por el Referéndum de 1931 e incorpora conquistas de tipo socialista y de estatismo económico influidas por las doctrinas en boga. Con respecto a la justicia aumenta el número de ministros de la Corte Suprema y establece el llamado “recurso directo de nulidad” contra los actos de funcionarios no judiciales ejercidos sin jurisdicción y competencia. Y en materia de control de constitucionalidad mantiene invariable la redacción del inciso de atribuciones de la Corte Suprema que establece la facultad de conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho que dependen de la constitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones.

²⁹⁶ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A. *“Jurisdicción Constitucional...”*, op. cit., p. 118-119.

por inconstitucionalidad de una disposición legal, cuya decisión tenía un efecto “*inter- partes*”.

Finalmente es necesario señalar que el modelo vigente entre 1938 y 1999²⁹⁷, con relación al explicado anteriormente, tuvo la variante de haber incluido el control tutelar de los derechos fundamentales, inicialmente a través del recurso de hábeas corpus, aprobado mediante el Referéndum Popular de 1931 e incorporado a la Constitución en la Convención Nacional Constituyente de 1938; y posteriormente mediante la adopción del amparo constitucional en la Asamblea Nacional Constituyente de 1967, y la promulgación del Código de Procedimiento Civil (1975) que introdujo el recurso contra resoluciones legislativas y el recurso contra impuestos ilegales. Por lo demás se mantuvieron las demás características ya descritas anteriormente.

III.3. El Control de Constitucionalidad en Bolivia después de la creación del Tribunal Constitucional.-

Es evidente que el control de constitucionalidad en Bolivia tiene un antes y un después de la Reforma Constitucional de 12 de agosto de 1994²⁹⁸ que creó como órgano especializado, encargado del control de constitucionalidad al Tribunal Constitucional boliviano. Por lo que coincidimos con Francisco FERNÁNDEZ SEGADO²⁹⁹ de que se trata sin duda de la innovación más importante que instituyó la referida reforma

²⁹⁷ Debe tenerse presente que, si bien es cierto que el actual modelo de control de constitucionalidad es adoptado mediante la Ley N° 1585 de Reforma a la Constitución Política del Estado de 12 de agosto de 1994, no es menos cierto que recién el 1° junio de 1999 inicia oficialmente sus labores jurisdiccionales el Tribunal Constitucional, de manera que el sistema anterior siguió vigente en forma transitoria hasta esa fecha.

²⁹⁸ Aclaremos que en esta primera parte de nuestro análisis sobre la justicia constitucional boliviana nos referiremos de manera exclusiva a la Constitución de 1994 y las reformas parciales posteriores a la misma. Reservándonos el análisis de la nueva reforma constitucional para la segunda parte de este capítulo; entre otras cosas, principalmente por el hecho de que aún hoy en día la última reforma constitucional no ha podido ser implementada en su totalidad y la justicia constitucional boliviana en lo que se refiere a la jurisprudencia emanada por el Tribunal Constitucional corresponde enteramente a la interpretación de la Constitución de 1994.

²⁹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO F. *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia, La Ley N° 1836, del 1 de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, en Derecho Procesal Constitucional Boliviano, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2002, p. 21.

constitucional ya que si bien incidía sobre diversos aspectos de la Constitución, incorporaba en un título “*ad-hoc*” al Tribunal Constitucional, diseñando de esta forma por primera vez en Bolivia un órgano especializado en el control de constitucionalidad. En el mismo sentido Jaime URCULLO REYES³⁰⁰ refiere que la reforma de mayor significación que introdujo la Ley de Reforma N° 1585 fue la creación del Tribunal Constitucional boliviano.

En efecto, como ya señaló en su día, José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ³⁰¹ nadie puede negar que uno de los mejores logros del régimen democrático boliviano de las últimas décadas del pasado siglo es la creación del Tribunal Constitucional, órgano jurisdiccional que a partir del inicio de sus labores ha contribuido, de manera decisiva, a la vigencia plena de la Constitución como Ley suprema del ordenamiento jurídico del Estado, y con ella a la vigencia del sistema constitucional y el fortalecimiento del régimen democrático de gobierno: así como al resguardo de los derechos fundamentales y garantías constitucionales; constituyéndose en factor esencial del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico del Estado, así como en el proceso de racionalización del ejercicio del poder político al declarar inconstitucionales, por lo tanto anular, las disposiciones legales contrarias a la Constitución, y los actos, decisiones o resoluciones que violan los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Convirtiéndose, de esa forma, en el factor de equilibrio en el ejercicio del poder público del Estado. De igual forma, el Tribunal Constitucional ha contribuido al cambio de visión sobre la forma de ejercer el Derecho provocando una verdadera revolución jurídica en Bolivia.

Como es lógico, la idea de crear el Tribunal Constitucional resultó polémica. Instituciones cívicas, políticas, forenses, académicas y otras representativas de la opinión pública, recibieron con algún escepticismo la iniciativa; inclusive órganos jerárquicos del Poder Judicial sumaron su disidencia y protesta por la creación del

³⁰⁰ URCULLO REYES J, *Proceso Democrático, Situación Jurídica y Reforma Constitucional en Bolivia*, Editorial Urquiza, La Paz, 1993, p. 167.

³⁰¹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución*”, Kipus, Cochabamba, 2006, p. 113.

Tribunal Constitucional³⁰². Si bien es cierto que la repercusión desfavorable incidió en el momento de la creación del Tribunal Constitucional, claro está que imperó el buen criterio de los constitucionalistas a los que debemos la creación de este órgano.

Sin embargo quedó un resabio de oposición por la incorporación del nuevo órgano de control de constitucionalidad, dentro de la desgastada estructura del Poder Judicial, en especial por parte de los miembros de la Corte Suprema de Justicia que habían perdido credibilidad por la falta de motivación de sus fallos y por la excesiva demora en la sustanciación de los procesos sometidos a su conocimiento³⁰³.

³⁰² El 24 de junio de 1990 al término de las Jornadas Judiciales que se realizaron en la ciudad de Sucre (capital constitucional y sede del Poder Judicial en Bolivia), los miembros de la Comisión N° 6 que estudió la Ley de Organización Judicial, presentaron el siguiente informe: *“El Dr. Alcides Alvarado solicitó audiencia para exponer los fundamentos de creación de un Tribunal Constitucional. Se le permitió la lectura de su proyecto y exposición oral complementaria. Antes de finalizar la última reunión se sometió a consideración y votación habiendo merecido PROTESTA Y RECHAZO UNÁNIME”*. El Decano de la facultad de Derecho de la ciudad de Cochabamba, finaliza *“ante la clara trascendencia de esta innovación y los efectos que puede tener para el futuro urge la pronta organización de foros con la participación de representantes de la Asociación de Jueces y Magistrados del Colegio de Abogados y de Profesores de la Facultad de Derecho”*. Alcides Alvarado presentó el proyecto en representación de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés de la ciudad de la Paz. El Ministro, Hugo Salvatierra Oporto, Presidente de la Comisión de la Ley de Organización Judicial, en la segunda sesión plenaria de las Segundas Jornadas Judiciales realizadas en la ciudad de Sucre por la Excm. Corte Suprema de Justicia, informó afirmando que el proyecto de Alvarado fue rechazado por unanimidad.

³⁰³ Para efectuar una valoración objetiva de las bondades del sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad, configurado bajo la marcada influencia del modelo americano, es importante centrar el análisis al modelo vigente a partir de 1967 a 1999. Asimismo resulta necesario realizar un estudio del movimiento de los procesos constitucionales que formaron parte del modelo de control, delimitando temporalmente el estudio a las gestiones que corren entre 1991 a 1998; ello porque a partir del 1° de junio de 1999, ya inició sus labores jurisdiccionales el Tribunal Constitucional en el marco del nuevo modelo de control de constitucionalidad adoptado en la reforma constitucional de 1994. En el ámbito del control normativo, ejercido a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de un estudio del movimiento de causas entre los años 1991 a 1998 se extrae la siguiente información:

En ese lapso de tiempo ingresaron 258 acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las cuales se admitieron 251 causas; de esa cantidad de acciones sólo fueron resueltas en el fondo 119 acciones que representan al 47,4% de causas admitidas; de las restantes 132 acciones 89 concluyeron con declaración de perención; 24 no fueron resueltas, el resto tuvieron un conclusión extraordinaria por desistimiento, retiro de causa o extinción. Con relación a las decisiones de fondo, cabe señalar que 96 acciones, que representan el 38% del total de causas admitidas, fueron declaradas improbadas, en cambio 23, que representan el 9,2% del total de acciones admitidas, fueron declaradas probadas; lo que supone la declaración de la inaplicabilidad de la disposición legal impugnada por inconstitucional, con efecto para el caso concreto. Con relación al plazo corresponde referir que las decisiones de fondo fueron emitidas en un promedio de tres años y medio; pues el menor tiempo empleado fue de dos años y el de mayor tiempo de cinco años.

Con relación a la sustanciación de los recursos directos de nulidad, como vía de control del ejercicio de las competencias asignadas por la Constitución y las leyes, de un estudio del movimiento de causas entre los años 1991 a 1998 se tiene la siguiente información: En ese lapso de tiempo han ingresado un total de 490 causas, de las cuales 321 causas, que representan el 65,51% fueron admitidas para su trámite; en cambio 169 causas, que representan el 34,49% de las causas presentadas, fueron inadmitidas o rechazadas. Del total de recursos admitidos, 58 recursos, que constituyen el 18,06% fueron declarados fundados disponiéndose la nulidad de las resoluciones o actos impugnados; 81 recursos, que representan

Una vez implementado el Tribunal Constitucional boliviano, por la Ley de Reforma de 12 de agosto de 1994, fue recién el 5 de agosto de 1998 cuando se instaló formalmente este nuevo órgano con la posesión de los diez primeros Magistrados; iniciando sus actividades jurisdiccionales el 1 de junio de 1999; luego de su *vacatio legis*, estableciéndose su organización y funcionamiento desde esa fecha al haberse dictado la Ley del Tribunal Constitucional N° 1836 el 1 de abril de 1998.

Como ya señalamos anteriormente, hasta la incorporación del Tribunal Constitucional a la estructura jurisdiccional boliviana la Corte Suprema de Justicia era la encargada de ejercer el control de constitucionalidad en Bolivia desde la Constitución de 1861 (art. 65 inc. 2°). Sin embargo, entonces se tenía solamente una regla general por la que debía darse preferencia a la aplicación de las normas constitucionales, expresada en la Constitución de 1851 que en su art. 82 establecía que el “... *Poder Judicial reside en la Corte Suprema, Cortes Superiores y Juzgados de la República*”. A ellos pertenece privativamente, dice el citado artículo, “... *la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a las demás leyes, y a las leyes con preferencia a otras resoluciones*”.

el 25,23% fueron declarados infundados; en 70 recursos, que constituyen el 21,81% del total, la Corte Suprema de Justicia se declaró incompetente para resolver la causa; 62 recursos, que significan el 19,31% del total de causas admitidas, fueron archivados sin resolución; 21 causas, que constituyen el 6,54% del total de causas admitidas, concluyeron con desistimiento; finalmente 29 recursos, que representan el 9,03% del total de recursos admitidos, no cuentan con resolución. Es importante señalar que, de la revisión de los registros y archivos de la Corte Suprema de Justicia se establece que los recursos directos de nulidad eran resueltos en un plazo promedio de dos años y medio.

En lo referente a las acciones tutelares de hábeas corpus y amparo constitucional, cuya resolución en grado de revisión de oficio formaba parte de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, habrá de señalar que de un estudio de los registros y archivos del referido Tribunal Supremo, se tiene que en el sistema anterior no todos los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional eran remitidos a la Corte Suprema de Justicia en grado de revisión, no obstante que las normas previstas por la Constitución disponían que la remisión se efectúe de oficio. De otro lado, con relación a los recursos de hábeas corpus, éstos eran resueltos en un promedio de un año y medio. Finalmente, sobre los amparos constitucionales, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia asumió la tesis negativa sobre la procedencia de este recurso contra resoluciones judiciales pasadas en aparente calidad de cosa juzgada, de manera que a través de esa vía tutelar no se podían impugnar aquellas decisiones judiciales que eran emergentes de procesos sustanciados con grave vulneración de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de alguna de las partes; además dichos recursos eran resueltos en un promedio de un año y tres meses. RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A. “*El Tribunal Constitucional en el nuevo modelo de Estado*”,

Para René BALDIVIESO GUZMÁN³⁰⁴ el texto del artículo transcrito viene a ser un precedente del principio de jerarquía normativa ya que fue sobre esta base que en Bolivia se instauró el control de constitucionalidad difuso. Una vez producida la Reforma Constitucional de 1994 y creado el Tribunal Constitucional como órgano específico del control de constitucionalidad el constituyente no modificó el referido precepto que quedó igualmente redactado en el art. 228 de la Constitución de 1994³⁰⁵; lo que ha servido como argumento para sostener que en Bolivia se tiene un control de constitucionalidad mixto; criterio por demás debatido en los círculos doctrinales y que analizaremos detalladamente a continuación.

III.4. El Control de Constitucionalidad en Bolivia: Difuso, Concentrado o Mixto.-

No cabe duda, en efecto, que uno de los fundamentos para sostener la tesis de que el sistema de control de constitucionalidad adoptado en Bolivia, es el sistema mixto, se refiere al hecho de que al no haberse modificado el texto del art. 228 de la Constitución, en la reforma constitucional de 1994, se presenta un resabio del sistema de control de constitucionalidad difuso ya que dicho precepto obliga a todos los jueces y tribunales judiciales del país, a momento de resolver un proceso judicial que llega a su conocimiento, en el que se presenta una colisión de una ley con la Constitución, la obligación de aplicar esta última, es decir, de inaplicar la ley que contradice a la Constitución. Lo que importa un control de constitucionalidad y se encuadra en el sistema americano del “*judicial review*” o revisión judicial.

Al respecto han surgido dos tendencias claramente identificables: La primera desarrollada, entre otros, por René BALDIVIESO GUZMÁN³⁰⁶ para quien debe tenerse en cuenta que la creación de un órgano especializado, como es el Tribunal

³⁰⁴ BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Derecho Procesal Constitucional, Tribunal, Jurisprudencia y Procedimientos en Bolivia*”, Industria Gráficas, Sirena, Santa Cruz de la Sierra, 2006, p. 33.

³⁰⁵ Art. 228 CPE 94. “*La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicaran con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones*”.

³⁰⁶ BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Derecho Procesal Constitucional...*”, op. cit. p. 34 y sgtes.

Constitucional, no da lugar a la interpretación de que en Bolivia el sistema de control de constitucionalidad pueda ser mixto, sobre todo si se tiene en cuenta que el art. 228 de la Constitución fue redactado antes de la creación del Tribunal Constitucional. Por otro lado, en su opinión, el art. 116.IV de la Constitución³⁰⁷ genera un nuevo marco para interpretar los alcances del citado art. 228.

En este contexto, para el citado constitucionalista, las atribuciones que le fueron asignadas a la Corte Suprema de Justicia para ejercer el control de constitucionalidad, en los diversos textos constitucionales desde 1861, se referían especialmente a las demandas de inconstitucionalidad de leyes. En años posteriores fueron añadidos los recursos directos de nulidad, la revisión de los fallos en las demandas de hábeas corpus y amparo constitucional, lo que a su criterio, establece claramente que estas y otras atribuciones son ahora potestad del Tribunal Constitucional, de manera que la Corte Suprema aparte de ser la cabeza del Poder Judicial de acuerdo con el art. 116.I de la Constitución³⁰⁸, conserva las facultades que la Norma Fundamental le asigna en su art. 118³⁰⁹ sin abarcar las del área constitucional.

³⁰⁷ Art. 116.IV CPE.94 “*El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional*”.

³⁰⁸ Art. 116.I CPE.94 “*El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, Las Cortes Superiores de Distrito, los tribunales y jueces de instancia y demás tribunales y juzgados que establece la ley. La ley determina la organización y atribuciones de los tribunales y juzgados de la República. El Consejo de la Judicatura forma parte del Poder Judicial*”.

³⁰⁹ Art. 118 CPE.94 “*I. Son atribuciones de la Corte Suprema:*

1ª Representar al Poder Judicial;

2ª Designar, por dos tercios de votos de los miembros de la Sala Plena, a los vocales de las Cortes Superiores de Distrito, de nóminas propuestas por el Consejo de la Judicatura;

3ª Resolver los recursos de nulidad y casación en la jurisdicción ordinaria y administrativa;

4ª Dirimir las competencias que se susciten entre las Cortes Superiores de Distrito;

5ª Fallar en los juicios de responsabilidades contra el Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros de Estado y Prefectos de Departamento por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, a requerimiento del Fiscal General de la República, previa autorización del Congreso Nacional, fundada jurídicamente y concedida por dos tercios de votos del total de sus miembros, en cuyo caso el sumario estará a cargo de la Sala Penal y si ésta se pronuncia por la acusación, el juicio se substanciará por las demás Salas, sin recurso ulterior;

6ª Fallar en única instancia en las causas de responsabilidad penal seguidas, a requerimiento del Fiscal General de la República, previa acusación de la Sala Penal, contra el Contralor General de la República. Vocales de las Cortes Superiores, Defensor del Pueblo, Vocales de la Corte Nacional Electoral y Superintendentes establecidos por ley, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones;

7ª Resolver las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo y de las demandas contencioso-administrativas a las que dieren lugar las resoluciones del mismo.

8ª Decidir las cuestiones de límites que se suscitaren entre los departamentos, provincias, secciones y cantones.

II. La Organización y funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia se establecen por ley”.

En definitiva, para René BALDIVIESO GUZMÁN³¹⁰ desde 1994 varias atribuciones de la Corte Suprema de Justicia han pasado al Tribunal Constitucional, lo que no significa que hayan sido disminuidas las facultades de la Corte Suprema, sino más bien se ha visto la necesidad de asignar el ejercicio de la jurisdicción constitucional a un órgano especializado como ocurre en la mayor parte de países latinoamericanos y de Europa; por lo tanto en Bolivia no se puede hablar de un sistema mixto de control de constitucionalidad, sino más bien de un sistema concentrado³¹¹.

En contraposición, José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ³¹² opina que siendo la Constitución la Ley Fundamental del ordenamiento jurídico del Estado, se entiende que todo funcionario público o autoridad, juez o tribunal, tiene la obligación de aplicarla frente a una ley, decreto o resolución, en los casos en que se presente una contradicción o incompatibilidad de sus normas. Señala que la frase “preferencia”, no debe ser entendida como opcional, que permita al funcionario, autoridad, juez o tribunal, optar entre la Constitución y una ley, decreto o resolución y, en su caso, aplicar las normas legales ordinarias frente a la Constitución. Debe entenderse en el sentido de la prelación, es decir, que la norma constitucional tiene primacía para ser aplicada frente a las otras normas legales ordinarias. Por lo tanto, opina, que siempre está por encima la

³¹⁰ BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Derecho Procesal Constitucional...*”, op. cit. p. 34 y sgtes. Al respecto debemos señalar que muchas han sido las críticas recogidas doctrinalmente respecto al control judicial de constitucionalidad a cargo de las Cortes Supremas. Así Pablo RAMELLA establece que el control de constitucionalidad efectuado por la judicatura ordinaria hace que las leyes se tornen ineficaces, haciendo inútil la actividad legislativa; que en esa forma se transfiere el poder a los jueces que son los que en realidad gobiernan. RAMELLA P., “*Derecho Constitucional*”, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 211.

³¹¹ En igual sentido se ha pronunciado RAÑA ARANA Wálter para quien la reforma constitucional de 1994 con la consecuente creación del Tribunal Constitucional dio luz verde al control de constitucionalidad concentrado en Bolivia. ARANA RAÑA W.A., y NAVARRO BERDECIO M.A., “*El Origen e Importancia del Tribunal Constitucional de Bolivia*” en Revista del Tribunal Constitucional N° 8, Sucre, 2007, pág. 36. De forma más rotunda tal vez se ha pronunciado Willmán Ruperto DURÁN RIBERA al señalar que el art. 228 de la Constitución interpretado en el contexto del nuevo sistema de constitucionalidad (Reforma de 1994), impone a los jueces el deber jurídico, en casos de duda sobre la constitucionalidad de la norma para aplicar al caso concreto, de consultar al Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la misma. A su criterio resultaría incongruente que la Constitución y las normas contenidas en la Ley del Tribunal Constitucional de un lado establezcan que “se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los órganos del Estado hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva y declare su inconstitucionalidad”, y por otro lado, se entienda que los jueces están facultados a inaplicar normas. DURÁN RIBERA W.R., “*El Sistema de Control de Constitucionalidad vigente en Bolivia*”, en el VI Seminario del Tribunal Constitucional, Justicia Constitucional y Estado de Derecho, Memoria N° 7, Sucre, 2003, p. 201.

³¹² RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional ...*”, op. cit., p. 121-122.

Constitución, luego las leyes, conforme al rango que tengan, después los decretos supremos, resoluciones supremas y así sucesivamente.

En consecuencia, piensa que en una determinada situación en la que el juez o tribunal judicial ordinario esté conociendo y tramitando un proceso judicial, si al momento de dictar la sentencia se presenta un caso de incompatibilidad o contradicción de la ley en la que debe fundarse la misma con una norma de la Constitución, deberá aplicar esta última, pues ese es el espíritu de la norma establecida por el art. 228 de la Constitución³¹³.

En síntesis, para José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ³¹⁴ el art. 228 de la Constitución de 1994 establece el sistema de control jurisdiccional difuso, porque al determinar la supremacía legal de la Constitución, establece el orden jerárquico, y por ende instituye la aplicación prelativa de la norma constitucional; implícitamente está facultando a los jueces y tribunales a inaplicar la ley, decreto o resolución cuyas normas sean contrarias a la Constitución. Por consiguiente, opina, que todo juez o tribunal ordinario, que tenga la seguridad de que la norma legal sobre cuya base deberá dictar su resolución o sentencia, es contraria a la Constitución, tiene la obligación de no aplicar dicha norma por inconstitucional, y sólo en aquellos casos en los que tenga duda y no certeza, o pretenda que la disposición legal sea anulada a través de una sentencia constitucional con efecto *erga omnes*, deberá promover un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Sobre el tema, el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia tampoco ha dejado claro a qué sistema pertenece el control de constitucionalidad boliviano ya que si bien por un lado ha establecido que Bolivia, como Estado Democrático de Derecho basado, entre

³¹³ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, opina, que tal circunstancia no presupone que el Tribunal Constitucional sea el único intérprete de la Constitución, la ley N° 1585 de la Reforma de la Constitución no ha modificado el art. 228 de la propia Constitución que, como ya vimos, autoriza a los jueces y tribunales a aplicar la Constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otra resoluciones. Para el autor esta previsión podría permitir que el Poder Judicial en sus diversas instancias, en un caso concreto en que se discuta la validez de una ley, disponga su inaplicación por reputada incompatibilidad con la Constitución; esto es, dice, los órganos jurisdiccionales ordinarios son habilitados para llevar también a cabo un auténtico control de constitucionalidad. FERNÁNDEZ SEGADO F., “*La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. La Ley 1836, de abril de 1998*”, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Santa Cruz de la Sierra, 2002, p. 54.

³¹⁴ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional...*”, op. cit., p. 121-122.

otros, en los principios fundamentales de la soberanía popular, la separación de funciones, la independencia y coordinación de los poderes públicos y la supremacía constitucional, ha adoptado:

“... un sistema constitucional en el que la labor del control concentrado de constitucionalidad está encomendada al Tribunal Constitucional, por lo que éste se convierte en el máximo Tribunal de justicia constitucional e intérprete de la Constitución, guardián de la supremacía e integridad de la Constitución; por lo que el Poder Constituyente, a través de la citada norma constitucional instituyó el principio de la cosa juzgada constitucional, que otorga a las sentencias del Tribunal Constitucional un especialísimo nivel dentro del sistema jurídico”. Entre otras³¹⁵, la SC. 1249/01-R de 23 de noviembre. (Las negrillas son nuestras).

Ha reconocido, también, de forma expresa,³¹⁶ la facultad de los jueces y tribunales ordinarios de aplicar el control de constitucionalidad previsto en el art. 228 de la Constitución. Así la SC. 0001/2007 de 9 de febrero señala que:

“...cuando en la práctica judicial se descubre contradicciones normativas entre normas legales inferiores a la Constitución, y no con ésta, tales antinomias deben ser resueltas en base a los principios previstos por el art. 228 de la CPE por las autoridades pertinentes, acatando la norma de aplicación directa y obligatoria que contiene el citado artículo, que constriñe a todos los tribunales y jueces a vivificar los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, de igual forma existen otros principios generales del derecho consagrados, o no, en leyes de la República; en consecuencia, como ya fue explicado, el art. 228 de la CPE sólo puede ser violentado normativamente cuando sus principios han sido contradichos por una norma que imponga el desconocimiento de los

³¹⁵ En el mismo sentido, la SC. 1712/03-R de 24 de noviembre, SC. 1769/03-R de 5 de diciembre y la 0066/2006-R de 18 de enero establecen que: *“... las autoridades recurridas, en el marco del principio de presunción de constitucionalidad previsto por el art. 2 de la Ley 1836, tienen la obligación de aplicar las disposiciones legales vigentes entretanto el órgano encargado del control de constitucionalidad no declare expresamente la inconstitucionalidad de las mismas; pues en un sistema de control concentrado de constitucionalidad, la potestad de ejercer el control de constitucionalidad y declarar la inconstitucionalidad de una disposición legal le corresponde al Tribunal Constitucional”.*

³¹⁶ De igual forma, entre otras, las SS.CC. 0019/2005, de 7 de marzo y 0022/2006, de 18 de abril.

principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa; más, también puede ser violentado por hechos fácticos, como el incumplimiento del deber de aplicar dichos principios ...” (Las negrillas son nuestras).

Por todo ello, podemos concluir que en Bolivia el sistema de control de constitucionalidad tiene carácter mixto ya que, si bien por un lado encarga el control de constitucionalidad a un órgano *ad hoc*, por otro lado permite a los jueces y tribunales ordinarios de justicia ejercer el control de constitucionalidad a través de la norma prevista en el art. 228 de la Constitución Política del Estado de 1994.

De otra parte, no debemos olvidar que los jueces y tribunales ordinarios ejercen también el control de constitucionalidad, en lo que se refiere al ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, mediante el conocimiento y sustanciación de los recursos extraordinarios de hábeas corpus, hábeas data y amparo constitucional en primera instancia; aspecto sobre el que profundizaremos más adelante.

Por el momento, sin afán de ejemplarizar el sistema de control de constitucionalidad boliviano establecido en la Constitución de 1994. Podemos decir que en el caso de Bolivia se materializa lo señalado por Alessandro PIZZORUSSO³¹⁷ cuando afirma que la doctrina cada vez se muestra más proclive al reconocimiento de la superación de la alternativa Sistema Difuso-Sistema Concentrado combinando ambos sistemas y evolucionando hacia un sistema común.

III.5. Estructura orgánica del Tribunal Constitucional.-

El Tribunal Constitucional boliviano de acuerdo a lo previsto en el art. 119 de la Constitución Política del Estado de 1994 esta compuesto por diez magistrados, cinco titulares y cinco suplentes; de igual forma el Título Segundo, Capítulo Primero de la Ley del Tribunal Constitucional establece en su art. 8 que el Tribunal Constitucional está integrado por cinco magistrados titulares que conforman una sola sala y cinco magistrados suplentes, a éstos últimos les está encomendada la labor de pedagogía

³¹⁷ PIZZORUSSO A., “*El Tribunal Constitucional Italiano*”, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 233 y sgtes.

constitucional y en caso de ausencia justificada de uno de los magistrados titulares el reemplazo del mismo, accediendo a la titularidad entre tanto el Congreso Nacional designe un nuevo magistrado titular³¹⁸.

El Presidente del Tribunal Constitucional de acuerdo a lo previsto en el art. 119.III de la Constitución y el art. 10 de la Ley del Tribunal Constitucional es elegido por dos tercios del total de sus miembros por votación oral y nominal de todos ellos. El Magistrado elegido Presidente, desempeñará este cargo durante cinco años, pudiendo ser reelegido. En caso de renuncia o fallecimiento, se procederá a una nueva elección por un nuevo período y en caso de impedimento temporal el Presidente será suplido por el Magistrado Decano³¹⁹.

Los magistrados titulares y suplentes de acuerdo a lo previsto en el art. 68.12^a son designados por el Congreso Nacional con dos tercios de votos de los miembros presentes en la sesión; duran en sus funciones 10 años sin derecho a reelección inmediata³²⁰.

³¹⁸ Este número de miembros resultó insuficiente teniendo en cuenta las múltiples atribuciones que le han sido asignadas al Tribunal Constitucional. La Ley de Necesidad de Reformas a la Constitución N° 2410, había previsto en su art. 119 el aumento de magistrados, de cinco a siete, con lo que hubiera sido posible según René BALDIVIESO, conseguir una proporción más razonable de miembros y conformar salas de acuerdo con la propia previsión constitucional. Sin embargo no fue posible, por contraposiciones entre los miembros del Congreso. BALDIVIESO GUZMÁN R., *“Derecho Procesal Constitucional ...”*, op. cit., p. 4.

³¹⁹ El tema de la elección del Presidente del Tribunal Constitucional, fue largamente debatido ya que en la Ley de Reformas a la Constitución N° 2410 proponía que el Presidente del Tribunal sea designado por el Congreso Nacional, para René BALDIVIESO, en caso de haber sido aceptada dicha modalidad de elección se habría roto toda una tradición histórico-institucional que permitía a la Corte Suprema designar a su Presidente y que, en el caso del Tribunal, se transmitió esa tradición necesaria para resguardar la independencia del Poder Judicial. Por lo anterior, el Tribunal Constitucional hizo llegar al Vicepresidente Nato del Congreso, un documento que textualmente señalaba: *“Si se aprobara el texto de estos artículos en los términos propuestos en la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución, se habría suprimido un principio que resulta vital para el funcionamiento y equilibrio de los Poderes del Estado y eliminando un factor de estabilidad y afianzamiento de las instituciones democráticas de la República, con una deplorable consecuencia para el Poder Judicial: politización sectaria emergente de la designación de los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional por el Congreso Nacional, organismo que por su propia naturaleza y conformación, es eminentemente político-partidaria, sentando un vínculo de dependencia a este Poder que pasaría a ejercer una facultad contraria a los principios constitucionales que son base de nuestra democracia representativa y de un genuino Estado de Derecho”*. BALDIVIESO GUZMÁN R., *“Derecho Procesal Constitucional ...”*, op. cit., p. 48-49.

³²⁰ El CAPITULO II, DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de la Ley del Tribunal Constitucional establece los requisitos, período de funciones e incompatibilidades de los Magistrados del Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

“ARTICULO 13.- REQUISITOS.- Para ser Magistrado del Tribunal Constitucional se requiere:

1) Ser boliviano de origen y haber cumplido los deberes militares;

Como ya señalamos antes, el Tribunal Constitucional funciona en sala única, adopta sus decisiones por mayoría absoluta de votos de sus miembros, él o los magistrados que no estén de acuerdo con el criterio de la mayoría pueden expresar su voto disidente debidamente fundamentado, el que se publica y notifica juntamente con la sentencia.

Por otra parte, como una instancia delegada del Pleno funciona la Comisión de Admisión que está integrada por tres magistrados titulares, los que desempeñan sus funciones en forma rotativa y obligatoria. Conforme dispone el art. 31 de la Ley del Tribunal Constitucional³²¹ y de acuerdo al entendimiento jurisprudencial establecido por la SC. 505/2005-R³²², que interpretó el art. 96 de la Ley del Tribunal Constitucional,

2) Tener 35 años cumplidos;

3) Estar inscrito en el Registro Electoral;

4) Tener título de Abogado en Provisión Nacional y haber ejercido durante diez años la judicatura, la profesión de abogado o la cátedra universitaria, con idoneidad;

5) No haber sido condenado a pena corporal, salvo rehabilitación concedida por el Senado ni tener pliego de cargo ejecutoriado; y,

6) No estar comprendido en los casos de incompatibilidad señalados en la presente ley.

ARTICULO 14.- DESIGNACION.- Los Magistrados titulares y suplentes del Tribunal Constitucional son designados por el Congreso Nacional por dos tercios de votos de sus miembros presentes. Para la elección de magistrados titulares y suplentes, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 68 atribución 12 de la Constitución Política del Estado, el Ministerio de Justicia, las Facultades de Derecho de las Universidades Públicas y Privadas y los Colegios de Abogados, podrán enviar nóminas de candidatos al Congreso Nacional para su consideración.

ARTICULO 15.- PERIODO DE FUNCIONES.- Los Magistrados titulares y suplentes del Tribunal Constitucional desempeñan sus funciones por un período personal de diez años improrrogables, que se computará a partir de la fecha de su posesión, pudiendo ser reelectos pasado un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato.

ARTICULO 16.- TITULO DE NOMBRAMIENTO.- El título de nombramiento de los Magistrados titulares y suplentes del Tribunal Constitucional será expedido por el Presidente del Congreso Nacional, quien previo juramento, les ministrará posesión de sus cargos.

ARTICULO 17.- INCOMPATIBILIDADES.- La función de magistrado del Tribunal Constitucional es incompatible con:

1) El ejercicio de cargos públicos o privados, administrativos o sindicales, remunerados o no;

2) Con el desempeño de funciones directivas en partidos políticos, asociaciones, fundaciones, colegios profesionales, empresas mercantiles de cualquier naturaleza;

3) Con el ejercicio libre de la abogacía.

La función de Magistrado Constitucional sólo es compatible con la cátedra universitaria.”

³²¹ Art. 31 de la Ley del Tribunal Constitucional:

“ARTICULO 31. ATRIBUCIONES DE LA COMISION DE ADMISION.- Recibida una demanda, recurso o consulta será puesta en conocimiento de la Comisión de Admisión, cuyas atribuciones son:

1) Admitirlas, cuando cumplan los requisitos exigibles en cada caso, o en su defecto, rechazarlas;

2) Observar los defectos formales subsanables que determinen la inadmisibilidad de los recursos y demandas;

3) Distribuir por sorteo las causas admitidas entre los Magistrados del Tribunal;

4) Absolver las consultas sobre rechazo del incidente de inconstitucionalidad; y,

5) Conocer la consulta en los casos de rechazo del incidente de inconstitucionalidad”.

³²² Esta Sentencia sobre la Comisión de Admisión estableció:

referente a la tramitación del amparo constitucional, otorgando nuevas atribuciones a la Comisión de Admisión. Sentencia que generó un acalorado debate sobre la posibilidad de incrementar las atribuciones de una Sección del Tribunal Constitucional mediante una Sentencia. Sin embargo volveremos sobre el tema a la hora de abordar el amparo constitucional en Bolivia, ya que la referida Sentencia modificó sustancialmente la tramitación del mismo.

III.6. Sobre la limitada independencia del Tribunal Constitucional.-

Otra particularidad del sistema de control de constitucionalidad boliviano viene dada, sin duda, por la norma prevista en el art. 119-I de la Ley Fundamental que establece: “... *el Tribunal Constitucional es independiente y está sometido sólo a la Constitución* ...”. Sin embargo no se puede olvidar que el art. 116-I de la misma Constitución señala que: “*El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional,...*”

Normas de las cuales se desprende que el Tribunal Constitucional en Bolivia, es parte del Poder Judicial, lo que configura una de las grandes limitaciones que presenta el sistema de control de constitucionalidad boliviano. Pues la propia Constitución Política del Estado es la que define al Tribunal Constitucional, como un órgano que forma parte del Poder Judicial, y no como un órgano constitucional independiente de los otros órganos del poder público, lo cual afecta seriamente la total independencia del órgano encargado del control de constitucionalidad.

En efecto, como señala José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ³²³ si bien es cierto que el Tribunal Constitucional desempeña una labor jurisdiccional en el cumplimiento de la

“REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE RECHAZO E IMPROCEDENCIA SERÁ ATRIBUCIÓN DE LA COMISIÓN DE ADMISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL/ en los casos en que los jueces o tribunales de amparo: 1. rechacen el recurso, ya sea por incumplimiento de requisitos de fondo o por falta de subsanación de los requisitos de forma dentro del plazo establecido por el art. 98 de la LTC, o 2. declaren la improcedencia del amparo constitucional, por alguno de los supuestos de inactivación establecidos en el art. 96 de la LTC, sus resoluciones *deben ser revisadas por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, dada la naturaleza de las funciones que le asigna la Ley*”.

³²³ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A. “*El Tribunal Constitucional en el nuevo...*”, op. cit., p. 23.

misión que le ha encomendado el constituyente, no es menos cierto que dicha labor es absolutamente diferente de la que desempeñan los jueces y tribunales en materia de justicia ordinaria y que forman parte del esquema clásico del Poder Judicial.

En consecuencia, la decisión del constituyente referida a que orgánicamente el Tribunal Constitucional forme parte del Poder Judicial no fue la más acertada, pues dada su naturaleza jurídica y la labor que desarrolla no corresponde que forme parte integrante de la estructura orgánica de ninguno de los órganos del poder público, cuyos actos y decisiones controla para verificar si son compatibles con la Constitución; pues como señala Louis FAVOREU³²⁴ un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos³²⁵.

Por otro lado, como decíamos anteriormente el art. 119-I de la Constitución de 1994 reconoce al Tribunal Constitucional su independencia en el desempeño de sus funciones. Sin embargo al ser éste último parte del Poder Judicial, en la práctica surgen conflictos orgánicos e institucionales que afectan al normal desempeño de sus labores. Uno de ellos es sin lugar a dudas el enfrentamiento entre Corte Suprema y Tribunal

³²⁴ FAVOREU L., “*El Problema de la Supraconstitucionalidad en Francia y Europa*”, Traducido por Jérôme Tremeau, Ángel Sánchez y María Torres, Disponible en. www.bibliojuridica.org/libros, Consultado el 3 de agosto de 2009. p. 5-6.

³²⁵ Sobre el particular es importante la opinión de René BALDIVIESO GUZMÁN cuando señala que el control de constitucionalidad ejercido por un órgano independiente hará que los Poderes Públicos no se excedan arbitrariamente de los límites fijados por la Constitución, regla también aplicable, a los particulares. Opina que para ello se ha instituido un órgano jurisdiccional exclusivo encargado de ejercer ese control (Tribunal, Corte o Sala Constitucional). Es así que la efectividad de la democracia como sistema de gobierno, o como “forma de vida” tiene que estar garantizada por un órgano jurisdiccional especializado en la aplicación correcta de las normas constitucionales si se quiere tener la vigencia de principios organizativos que funcionan; división de los poderes públicos para ejercer el gobierno sin tentaciones absolutistas o totalitarias; derechos fundamentales que se los respete y proteja; ordenamiento jurídico que se lo pueda sanear en resguardo de una normativa acorde con los dictados de la Constitución. Para el citado autor todo ello a fin de que el Estado Social y Democrático de Derecho pueda desarrollar su política y objetivos de bienestar general dentro del marco y límites señalados por las normas constitucionales. ³²⁵ BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Tribunales Constitucionales y Democracia*”, en X Seminario Internacional de Justicia Constitucional en el Siglo XXI, Memoria N° 11, Sucre, 2008, p. 29. En igual sentido, Luis Alberto HUERTA GUERRERO señala que la interpretación constitucional implica darle sentido a los preceptos contenidos en toda ley fundamental. Sostiene que en el caso de la magistratura, ésta se encuentra orientada a la defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella reconocidos. HUERTA GUERRERO L.A., “*Jurisprudencia Constitucional e Interpretación de los Derechos Fundamentales*”, en *Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional*, Lima, 1997, p. 23 a 59.

Constitucional debido a lo establecido en el art. 118-I, atribución 1ª de la Constitución de 1994 que señala que es la Corte Suprema la que representa al Poder Judicial. Ese mandato constitucional ha dado lugar a interpretaciones erróneas referidas al orden jerárquico de sus órganos, como el que la Corte Suprema es jerárquicamente superior al Tribunal Constitucional, por lo mismo éste último no puede ejercer el control de constitucionalidad sobre los actos y decisiones de la Corte Suprema.

Conclusión nada razonable, coincidimos, con José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ,³²⁶ pues el hecho de que el constituyente le hubiese encomendado a la Corte Suprema de Justicia representar al Poder Judicial no implica que le hubiese reconocido una jerarquía superior al máximo guardián de la Constitución, el que en el ámbito de sus funciones y atribuciones es el máximo Tribunal de Justicia Constitucional.

Esta falta de independencia orgánica e institucional del Tribunal Constitucional se refleja sobretodo en el orden económico-financiero y administrativo, con resultados negativos que generan dificultades en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales; ya que según la norma prevista por el art. 26 de la Ley del Tribunal Constitucional, éste tiene la potestad de aprobar su respectivo presupuesto, mismo que debe ser homologado por el Consejo de la Judicatura, y una vez aprobado el presupuesto por el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional ejecuta el mismo a través de su Dirección Administrativa.

La referida norma legal nunca fue entendida en su verdadera dimensión y conforme a la finalidad perseguida por el legislador, que no fue otra que fortalecer la independencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional, cuidando porque este órgano cuente con una asignación presupuestaria suficiente y acorde con la dimensión de la labor que desempeña. En ese contexto se entiende que el presupuesto es formulado y aprobado por el Tribunal en función a sus verdaderos requerimientos, de manera que la labor del Consejo de la Judicatura³²⁷ sólo se reduce a registrar y confirmar ese presupuesto para

³²⁶ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*El Tribunal Constitucional en el nuevo...*”, op. cit., p. 24.

³²⁷ El Consejo de la Judicatura, al igual que el Tribunal Constitucional, fue creado por la Reforma Constitucional de 1994, siendo de acuerdo al art. 122.I de la Constitución el órgano administrativo y

insertarlo dentro del presupuesto del Poder Judicial y remitirlo al Poder Legislativo para su aprobación mediante la Ley Financial.

Pese a la claridad de la citada norma, el Consejo de la Judicatura generó una serie de malentendidos al haber introducido sus miembros, en varias ocasiones, modificaciones y aplicado recortes o restricciones en la ejecución del presupuesto del Tribunal Constitucional. Habiendo incluso, en la gestión 2009, ejecutado la reducción del 90% del presupuesto del Tribunal Constitucional, por la renuncia de varios magistrados, lo que en la práctica ocasionó un cierre eventual del órgano constitucional boliviano. Sin embargo no es pertinente adelantarnos en el tiempo, ya que en la segunda parte de este capítulo abordaremos ampliamente la actual situación del Tribunal Constitucional boliviano.

Volviendo al razonamiento anterior, nos parece que queda claro que el constituyente a la hora de desarrollar el status del Tribunal Constitucional no tuvo presente que éste ejerce el control de constitucionalidad sobre los actos y resoluciones de los tres órganos de poder del Estado, vale decir, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, por lo mismo no puede formar parte integrante de la estructura de ninguno de los órganos controlados; pues como se ha señalado anteriormente, uno de los requisitos y condiciones esenciales para el buen funcionamiento de un sistema de control de constitucionalidad es la independencia del órgano encargado del control de constitucionalidad con relación a los órganos controlados.

III.7. Funciones y atribuciones del Tribunal Constitucional.-

Tanto el art. 120 de la Constitución Política del Estado de 1994³²⁸ como el art. 7 de la Ley del Tribunal Constitucional³²⁹ enumeran las atribuciones y competencias del

disciplinario del Poder Judicial; se debe hacer notar también que de acuerdo al parágrafo II del citado artículo el Consejo se halla presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

³²⁸ **ARTÍCULO 120 CPE.94** “Atribuciones del Tribunal Constitucional
Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1ª En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Si la acciones de carácter abstracto y remedial, sólo podrán interponerla el Presidente de la República, o cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo;

Tribunal Constitucional boliviano, las que por razones metodológicas agruparemos en tres ámbitos específicos de acción, establecidos por José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ³³⁰:

III.7.1. Control de la normatividad.

2ª Los conflictos de competencias y controversias entre los Poderes Públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios;

3ª Las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales;

4ª Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución;

5ª Los recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o una de sus Cámaras, cuando tales resoluciones afecten a uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera sean las personas afectadas;

6ª Los recursos directos de nulidad interpuestos en resguardo del artículo 31º de esta Constitución.;

7ª La revisión de los Recursos de Amparo Constitucional, Habeas Corpus y Habeas Data;

8ª Absolver las consultas del Presidente de la República, el Presidente del Honorable Congreso Nacional y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones, o de leyes, decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto. La opinión del Tribunal Constitucional es obligatoria para el órgano que efectúa la consulta;

9ª La constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales;

10ª Las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución.”

³²⁹ Art. 7 LTC “**COMPETENCIA Y ATRIBUCIONES.-** Son atribuciones del Tribunal Constitucional, conocer y resolver conforme a la Constitución y la presente ley:

1) Los recursos directos o abstractos de inconstitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones de cumplimiento general no vinculadas a un proceso judicial o administrativo.

2) Los recursos indirectos o incidentales de inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales.

3) Los recursos de inconstitucionalidad contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones de cualquier naturaleza, creados, modificados o suprimidos en contravención a la Constitución.

4) Los conflictos de competencia y controversias que se susciten entre los poderes públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios.

5) Las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales contrarias a la Constitución

6) Los recursos directos de nulidad contra los actos o resoluciones de quienes usurpen funciones que no les competen o ejerzan jurisdicción, potestad o competencia que no emane de la Ley.

7) Los recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras, cuando tales resoluciones afecten uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera sean las personas afectadas.

8) La revisión de los recursos de Habeas Corpus y Amparo Constitucional.

9) Las consultas del Presidente de la República, del Presidente del Congreso Nacional y del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones. La declaración del Tribunal Constitucional es obligatoria para el órgano que efectúa la consulta.

10) La constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales.

11) Las demandas respecto a procedimientos contrarios de Reforma de la Constitución”.

³³⁰ Para el citado autor las atribuciones del Tribunal Constitucional se pueden agrupar en: a) ámbito del control normativo; b) ámbito de control del ejercicio del poder político y c) ámbito de control del ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “Jurisdicción Constitucional ...”, op. cit., p. 126 y sgtes.

Este tipo de control consiste en que en el marco de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y la Ley del Tribunal Constitucional, el Tribunal Constitucional ejercita un control sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas, sean éstas leyes, decretos o resoluciones, declarando, si corresponde, su inconstitucionalidad con carácter general o *erga omnes* y los efectos abrogatorios o derogatorios, consecuentes. La Legislación boliviana establece dos sistemas de control de normatividad: el previo o *a priori* y el correctivo o posterior.

a) El Control previo o “a priori”.

El control de constitucionalidad *a priori* se ejerce de manera previa, antes de la aprobación de la ley, decreto o resolución, en todos aquellos casos en que exista una duda fundada sobre su constitucionalidad.

En opinión de José Antonio DEL CHAZAL PALOMO³³¹ el control preventivo tiende a la vigilancia de la posible inconstitucionalidad de las leyes, con anterioridad a su promulgación. En ese entendido cumple una función previa y eventualmente depuradora de posibles vicios de inconstitucionalidad en que pudieran incurrir los legisladores o los miembros de los órganos políticos proponentes de proyectos de ley. Aunque, en algunos ordenamientos la eficacia del dictamen previo es relativa, pues éstos no suelen ser vinculantes, y al contrario, en muchos otros, como en el caso de Bolivia, son de observancia obligada e inexcusable.

Este control es ejercido por el Tribunal Constitucional a través de lo previsto en el art. 120 de la Constitución Política del Estado de 1994 y de forma más específica a través de la Ley del Tribunal Constitucional que establece tres modalidades de control previo en Bolivia: a) las Consultas sobre la constitucionalidad de Proyectos de Ley, Decretos o

³³¹ DEL CHAZAL PALOMO J.A., “La Reforma Constitucional de 1994 y el Control Concentrado de Constitucionalidad” en La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003, Tribunal Constitucional de Bolivia, Sucre, 2003, p. 109.

Resoluciones³³²; b) las Consultas sobre la Constitucionalidad de Leyes, Decretos o Resoluciones aplicables a un caso concreto³³³ y c) La Constitucionalidad de Tratados o Convenios Internacionales³³⁴.

³³² Capítulo XI de la Ley del Tribunal Constitucional:

**DE LAS CONSULTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE
PROYECTOS DE LEY, DECRETOS O RESOLUCIONES**

ARTÍCULO 105.-PROCEDENCIA.- El Tribunal Constitucional conocerá y absolverá las consultas formuladas por:

- I. El Presidente de la República cuando se trate de proyectos de ley de iniciativa del Poder Ejecutivo, decretos y resoluciones.
- II. El Presidente del Congreso Nacional, tratándose de proyectos de ley, cuando la consulta fuere aprobada por Resolución Congresal o Camaral.
- III. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, previa aprobación de Sala Plena, en el caso de los proyectos de leyes en materia judicial y reforma de los códigos.

ARTÍCULO 106.- TRÁMITE.-

- I. La consulta deberá formularse sobre el proyecto de ley. Tratándose de proyectos de decretos y resoluciones, antes de su aprobación.
- II. La formulación de la consulta suspenderá el trámite de aprobación del proyecto.
- III. El Tribunal Constitucional absolverá la consulta dentro de los treinta días siguientes.

ARTÍCULO 107.- DECLARACION Y EFECTOS.-

- I. La opinión del Tribunal Constitucional asumirá la forma de declaración constitucional, que vinculará al órgano que efectuó la consulta.
- II. Si el Tribunal Constitucional declarase la constitucionalidad del proyecto consultado, no podrá interponerse posterior recurso sobre las cuestiones consultadas y absueltas por éste”.

³³³ Capítulo XII de la Ley del Tribunal Constitucional:

**“DE LAS CONSULTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES, DECRETOS O
RESOLUCIONES APLICABLES A UN CASO CONCRETO**

ARTÍCULO 108.- PROCEDENCIA.- El Presidente de la República, el Presidente del Congreso Nacional mediante resolución congresal o camaral y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia con aprobación de Sala Plena, podrán consultar ante el Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de leyes, decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto.

ARTÍCULO 109.- TRÁMITE.- El Tribunal absolverá la consulta dentro de los treinta días siguientes de su recepción.

ARTÍCULO 110.- EFECTO DE LA CONSULTA.- Hasta que sea absuelta la consulta, quedará en suspenso la aplicación de la norma al caso concreto.

ARTÍCULO 111.- OBLIGATORIEDAD.- La declaración constitucional del Tribunal es obligatoria para el órgano que efectúa la consulta, así como para la persona física o jurídica que pudiere resultar afectada con la misma.

ARTÍCULO 112.- IMPOSIBILIDAD DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.- En caso que el Tribunal Constitucional declare la constitucionalidad de la ley, decreto o resolución consultada, el órgano consultante no podrá interponer posteriormente recurso de inconstitucionalidad contra la misma disposición”.

³³⁴ Capítulo XIII de la Ley del Tribunal Constitucional:

“DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS O CONVENIOS INTERNACIONALES

ARTÍCULO 113.- DE LA CONSULTA.- Cuando en los tratados o convenios internacionales exista duda fundada sobre la constitucionalidad de los mismos, el Presidente del Congreso Nacional, con resolución camaral expresa, deberá enviar el mismo en consulta al Tribunal Constitucional antes de su ratificación.

ARTÍCULO 114.- TRÁMITE.- Recibida la consulta, el Tribunal Constitucional dispondrá la citación del Ministro de Relaciones Exteriores en representación del Poder Ejecutivo, con noticia del requirente, a fin de que aquél en el término de quince días exprese su opinión fundada sobre la consulta. El Tribunal, en el término de treinta días, emitirá declaración constitucional.

ARTÍCULO 115.- DECLARACION Y EFECTOS.-

- I. La declaración tendrá efecto vinculante.

b) Control correctivo o posterior.

Este tipo de control es realizado con posterioridad a la sanción y promulgación de la ley, o en su caso, la aprobación de los decretos o resoluciones, en aquellos casos en los que presenten eventualmente una contradicción o incompatibilidad con las normas de la Constitución Política del Estado. Este tipo de control es ejercido por el Tribunal Constitucional a través de: a) el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad³³⁵; b) el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad³³⁶; c) las acciones de impugnación a las resoluciones

II. Si el Tribunal declarare que el tratado o convenio es contrario a la Constitución no podrá ser aprobado.

III. En el caso de tratados o convenios multilaterales, la declaración de inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva que refleje la decisión del Tribunal Constitucional”.

³³⁵ Capítulo II de la Ley del Tribunal Constitucional:

**DEL RECURSO DIRECTO O ABSTRACTO DE
INCONSTITUCIONALIDAD**

ARTÍCULO 54.- PROCEDENCIA.- *El recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad procederá contra toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, contraria a la Constitución Política del Estado como acción no vinculada a un caso concreto.*

ARTÍCULO 55.- LEGITIMACION.- *Están legitimados para interponer el recurso:*

- 1) El Presidente de la República.
- 2) Cualquiera Senador o Diputado.
- 3) El Fiscal General de la República.
- 4) El Defensor del Pueblo.

ARTÍCULO 56.- REQUISITOS DE ADMISION.- *Presentado el recurso, la Comisión de Admisión verificará que se hubiere:*

- 1) Acreditado la personería de la autoridad recurrente y en su caso, el poder suficiente de su representante.
- 2) Precisada la norma constitucional que se entiende infringida.

ARTÍCULO 57.- PROCEDIMIENTO.-

I. Admitido el Recurso, se pondrá en conocimiento del personero del órgano que generó la norma impugnada, a efecto de su apersonamiento para formular los alegatos que fueren del caso, en el plazo de quince días.

II. Con o sin alegatos, el Tribunal Constitucional dictará sentencia dentro de los treinta días siguientes.

ARTÍCULO 58.- SENTENCIA Y EFECTOS.-

I. La sentencia declarará la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, decreto o resolución de alcance general impugnado, en todo o en parte.

II. La sentencia que declare la inconstitucionalidad total de la norma legal impugnada, tendrá efecto abrogatorio de la misma.

III. La sentencia que declare la inconstitucionalidad parcial de la norma legal impugnada, tendrá efecto derogatorio de los artículos sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad y seguirán vigentes los restantes.

IV. La sentencia podrá declarar la inconstitucionalidad de otros preceptos que sean conexos o concordantes con la norma legal impugnada, con los mismos efectos que en lo principal.

V. La sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella”.

³³⁶ Capítulo III de la Ley del Tribunal Constitucional:

“DEL RECURSO INDIRECTO O INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

congresales, camerales, prefecturales o municipales que formule el Órgano Ejecutivo³³⁷; d) recurso contra tributos sean impuestos, tasas, patentes o

ARTICULO 59.- RECURSO INDIRECTO O INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD.- El recurso indirecto o incidental procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial aplicable a aquellos procesos. Este recurso será promovido por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte.

ARTICULO 60.- CONTENIDO DEL RECURSO.- El recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad contendrá:

- 1.- La mención de la ley, decreto o resolución no judicial cuya inconstitucionalidad se cuestiona y su vinculación con el derecho que se estima lesionado;
- 2.- El precepto constitucional que se considera infringido;
- 3.- La fundamentación de la inconstitucionalidad y la relevancia que tendrá la norma legal impugnada en la decisión del proceso.

ARTÍCULO 61.- OPORTUNIDAD.- El recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad podrá ser presentado por una sola vez en cualquier estado de la tramitación del proceso judicial o administrativo, aún en recurso de casación y jerárquico, antes de la ejecutoria de la sentencia

ARTÍCULO 62.- SUSTANCIACION DEL INCIDENTE.- Interpuesto el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, el juez, tribunal o autoridad administrativa que conoce la causa correrá en traslado dentro de las veinticuatro horas siguientes para que sea contestado en tercero día de notificada la parte. Con respuesta o sin ella, en igual plazo, pronunciará resolución.

1.- Rechazando el incidente si lo encuentra manifiestamente infundado, en cuyo caso proseguirá la tramitación de la causa. La resolución de rechazo será elevada en consulta, de oficio al Tribunal Constitucional, en el plazo de 24 horas.

2.- Admitiendo el incidente mediante auto motivado, en cuyo caso dispondrá se eleve ante el Tribunal Constitucional fotocopias legalizadas de las piezas pertinentes, con nota de cortesía, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

ARTÍCULO 63.- PROSECUION DEL TRÁMITE.- La admisión del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad no suspenderá la tramitación del proceso, el mismo que continuará hasta el estado de pronunciarse sentencia o resolución final que corresponda, mientras se pronuncie el Tribunal Constitucional.

ARTÍCULO 64.- PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-

I.- Recibidos los antecedentes del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, éstos pasarán a la Comisión de Admisión para el fin previsto en el numeral 3 del artículo 31 de la presente Ley.

II.- Sorteada la causa, el Tribunal Constitucional pronunciará sentencia en el plazo de treinta días.

III.- La consulta, en caso de rechazo del incidente, será conocida por la Comisión de Admisión la que resolverá sobre su procedencia en el plazo de diez días. Admitido que sea, se observará lo dispuesto en los parágrafos anteriores en lo pertinente.

ARTÍCULO 65.- SENTENCIA Y SUS EFECTOS.- La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad surtirá los efectos determinados en el artículo 58 de la presente Ley.

Los funcionarios públicos y personas particulares que estuvieren obligados a cumplir la sentencia y no la hicieren cumplir, serán sometidos a proceso penal, a cuyo efecto se remitirán antecedentes al Ministerio Público.

ARTÍCULO 66.- INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- El Tribunal Constitucional no tiene competencia para conocer y resolver sobre fallos, sentencias, autos y otras resoluciones que dicte el Poder Judicial a través de sus jueces y magistrados.

ARTÍCULO 67.- NOTIFICACIONES AL ORGANO JUDICIAL.- Dictada la sentencia, esta será notificada inmediatamente al órgano que dictó la ley, decreto o resolución no judicial y al órgano judicial o administrativo competente para efectos de la decisión del proceso, que desde ese momento quedará sujeto al fallo del Tribunal Constitucional”.

³³⁷ Capítulo VI de la Ley del Tribunal Constitucional:

**“DE LAS IMPUGNACIONES DEL PODER EJECUTIVO A LAS
RESOLUCIONES CAMARALES PREFERURALES Y MUNICIPALES**

contribuciones³³⁸ y e) las demandas de infracción de procedimientos de reforma de la Constitución³³⁹.

ARTÍCULO 76.- PROCEDENCIA.- El Poder Ejecutivo podrá impugnar las resoluciones camarales, prefecturales, así como ordenanzas y resoluciones municipales consideradas contrarias a la Constitución Política del Estado.

ARTÍCULO 77.- PROCEDIMIENTO.-

I.- La demanda será planteada por el Presidente de la República contra el Presidente de la respectiva Cámara Legislativa, el Prefecto del Departamento o el Alcalde Municipal.

II.- Admitida la demanda por la Comisión, se correrá traslado a la autoridad demandada, ordenando su citación, quién deberá responder dentro del término de quince días, a cuyo vencimiento, con respuesta o sin ella, el Tribunal Constitucional resolverá en el plazo de treinta días.

ARTÍCULO 78.- SENTENCIA Y EFECTOS.- El Tribunal dictará sentencia declarando probada o improbadamente la demanda. En el primer caso, declarará nula la resolución impugnada, y en el segundo, subsistente.”

³³⁸ Capítulo IV de la Ley del Tribunal Constitucional:

DE LOS RECURSOS CONTRA TRIBUTOS Y OTRAS CARGAS PUBLICAS

ARTICULO 68.- PROCEDENCIA Y LEGITIMACION.-

I.- Este recurso procede contra toda disposición legal que cree, modifique o suprima un tributo, impuesto, tasa, patente, derecho o contribución de cualquier clase o naturaleza, que hubiere sido establecida sin observar las disposiciones de la Constitución Política del Estado.

II.- El recurso será planteado por el sujeto pasivo del tributo, contra la autoridad que los aplicare o pretendiere aplicarlo, acompañando la resolución u ordenanza que así lo disponga, o en su caso, solicitando se comine a la autoridad recurrida para que la presente.

ARTICULO 69.- PROCEDIMIENTO.- La Comisión de Admisión, previa verificación del cumplimiento de los requisitos señalados y los previstos por el artículo 30 de la presente Ley, admitirá o rechazará el recurso. En el primer caso, correrá en traslado a la autoridad demandada, que deberá contestar en el plazo de quince días. Vencido éste, con respuesta o sin ella, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de treinta días de sorteada la causa.

ARTICULO 70.- SENTENCIA Y EFECTOS.- La sentencia declarará:

- 1.- La aplicabilidad de la norma legal impugnada, con costas al recurrente.
- 2.- La inaplicabilidad de la norma legal impugnada al caso concreto”.

³³⁹ Capítulo XIV de la Ley del Tribunal Constitucional:

DE LAS DEMANDAS RESPECTO AL PROCEDIMIENTO DE REFORMAS DE LA CONSTITUCION

ARTÍCULO 116.- LEGITIMACION.- El Presidente de la República o cualquier Senador o Diputado, podrán plantear ante el Tribunal Constitucional demanda respecto a infracciones al procedimiento de reforma de la Constitución. La demanda podrá ser planteada en cualquier momento, hasta antes de la sanción de la ley.

ARTÍCULO 117.- OBJETO DEL CONTROL.- El control se circunscribirá a la observancia de las formalidades de procedimiento de reforma establecido en los artículos 230, 231, 232 y 233 de la Constitución Política del Estado, sin que en ningún caso se ingrese al análisis del contenido material de la reforma.

ARTÍCULO 118.- PROCEDIMIENTO.- Admitida la demanda, el Tribunal Constitucional oír al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, o a los Presidentes de las Cámaras Legislativas, según el caso, quienes deberán responder en el plazo de quince días. Vencido el plazo anterior, el Tribunal Constitucional, con respuesta o sin ella, pronunciará sentencia en los treinta días siguientes bajo responsabilidad.

ARTÍCULO 119.- SENTENCIA Y EFECTOS.- La sentencia se concretará a determinar la observancia o inobservancia de las formalidades del procedimiento de reforma. La sentencia del Tribunal que declare la inobservancia del procedimiento de reforma, dispondrá que sea reparado el defecto u omisión, a los fines de viabilizar el procedimiento.”

III.7.2. Control del ejercicio del poder político.

Este tipo de control tiene por objeto establecer un equilibrio en el ejercicio del poder político³⁴⁰, resolviendo los conflictos constitucionales referidos al ámbito de las competencias asignadas por la Constitución.

El Tribunal Constitucional cumple esta función conociendo y resolviendo:

a) los conflictos de competencia que pudiesen suscitarse entre los órganos del Poder Central, de éstos con la Corte Nacional Electoral, o las Cortes Departamentales Electorales, entre los órganos del Poder Central con los órganos de administración departamental como son las Prefecturas, o los Gobiernos Locales Autónomos como son los Gobiernos Municipales, los conflictos que se susciten entre los Gobiernos Municipales, o de éstos con las Administraciones Departamentales³⁴¹; **b)** El recurso directo de nulidad

³⁴⁰ Willman Ruperto DURÁN RIBERA, señala que en este sistema el control de la Constitución se ejerce por un órgano político, generalmente, el Congreso. Tuvo su origen en Francia en el siglo XVIII. Sin embargo, el país galo no se interesó mucho en el control de constitucionalidad de las leyes; ya que como vimos en el primer capítulo de nuestra Investigación la sacralización de la ley impedía todo tipo de control que hubiera sido considerado como un insulto al pueblo soberano, verdadero autor de la ley a través de sus representantes. Fue recién en 1958 que se creó en Francia el Consejo Constitucional como órgano encargado del control previo de constitucionalidad. DURÁN RIBERA W.R., "El Sistema de Control de Constitucionalidad Vigente en Bolivia" en Memoria N° 7 del VI Seminario Internacional de Justicia Constitucional y Estado de Derecho, Tribunal Constitucional, 2003, p. 195-196.

³⁴¹ Capítulo V de la Ley del Tribunal Constitucional:

"DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIAS Y CONTROVERSIAS

ARTICULO 71.-CONFLICTOS DE COMPETENCIAS Y CONTROVERSIAS.- Los casos en que se susciten conflictos de competencias y controversias entre los poderes públicos, la Corte Nacional Electoral, las administraciones departamentales y los gobiernos municipales, respecto del conocimiento de determinado asunto, serán resueltos por el Tribunal Constitucional, cuando no haya sido posible por la vía de la inhibitoria o de la declinatoria.

ARTICULO 72.- INHIBITORIA.-

I.- Cuando el titular de la entidad pública a la que se considera competente, es requerido por la persona natural o jurídica interesada a asumir conocimiento del caso que se tramita ante una entidad pública que se considera incompetente, admitiendo su competencia dirigirá oficio al titular de ésta para que se inhiba de seguir conociendo el caso y le remita los antecedentes.

II.- Recibido el oficio de inhibitoria si el titular de la entidad pública requerida admitiere su incompetencia, se inhibirá de seguir conociendo el caso mediante resolución expresa y remitirá los antecedentes al titular de la entidad pública requirente.

III.- Por el contrario, si la autoridad requerida rechazare la inhibitoria y se declare competente, en resolución fundamentada, remitirá el caso y los antecedentes al Tribunal Constitucional en el plazo de cuarenta y ocho horas computables desde la recepción del oficio de requerimiento de la inhibitoria.

ARTICULO 73. DECLINATORIA.- La declinatoria será planteada por la persona natural o jurídica interesada, directamente al titular de la entidad pública que esté en conocimiento del caso, pidiéndole que decline de competencia y remita al proceso al titular de la entidad pública que considera competente. Esta petición será resuelta, mediante resolución fundamentada, en el plazo de cuarenta y ocho horas de haber sido recibida.

I.- Si la petición de declinatoria es considerada procedente se remitirá el caso y sus antecedentes dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, al titular de la entidad tenida por competente.

que procede contra todo acto o resolución de autoridad pública que usurpe funciones³⁴².

II.- Si recibido el caso por la entidad pública tenida por competente, el titular de ésta declina a su vez de competencia mediante resolución fundamentada pronunciada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la recepción de los antecedentes, en el mismo plazo los remitirá al Tribunal Constitucional.

III.- Si la petición de declinatoria es considerada improcedente mediante resolución fundamentada, los antecedentes del caso se remitirán en revisión en el plazo de cuarenta y ocho horas al Tribunal Constitucional.

ARTICULO 74.- SENTENCIA Y EFECTOS.- El Tribunal Constitucional, dentro los quince días siguientes a la radicatoria, dictará sentencia dirimitoria y remitirá el proceso al órgano público que declarare competente. Con esta sentencia serán notificados los titulares de ambos órganos públicos.

El Tribunal Constitucional podrá declarar en sentencia, la incompetencia de los dos órganos públicos en conflicto. En este caso, determinará cual es el órgano público competente y remitirá el proceso a su titular. Con esta sentencia se notificará a los titulares de los tres órganos públicos.

ARTICULO 75.- SUSPENSION DE TRAMITES.- Durante la sustanciación del procedimiento dirimitorio, el trámite de la causa principal quedará en suspenso, no siendo posible acto alguno, bajo sanción de nulidad, excepto las medidas cautelares cuya adopción resultare imprescindible.”

³⁴² Capítulo VII de la Ley del Tribunal Constitucional:

“DEL RECURSO DIRECTO DE NULIDAD

ARTICULO 79.- PROCEDENCIA.-

I.- Procede el recurso directo de nulidad contra todo acto o resolución de quien usurpe funciones que no le competen, así como contra los actos de quien ejerza jurisdicción o potestad que no emane de la ley.

II.- También procede contra las resoluciones dictadas o actos realizados por autoridad judicial que esté suspendida de sus funciones o hubiere cesado.

ARTICULO 80.- PRESENTACION.- La persona agraviada, presentará directamente el recurso al Tribunal Constitucional, acreditando su personería y acompañando copias, fotocopias legalizadas o testimonio de la resolución que le cause agravio y otros antecedentes que estime pertinentes.

Si el recurrente no tuviere en su poder copia, fotocopia legalizada o testimonio de la resolución impugnada, anunciará a la autoridad que pretende ejecutarla o que la dictó, la utilización del recurso, solicitándole se le extiendan las copias correspondientes que le serán otorgadas sin reparos en el término máximo de cuarenta y ocho horas, caso contrario será pasible a las responsabilidades de Ley.

ARTICULO 81.- PLAZO.- El recurso se interpondrá por el recurrente o por quien lo represente, dentro del plazo de treinta días, computables a partir de la ejecución del acto o de la notificación con la resolución impugnada.

ARTICULO 82.- ADMISION O RECHAZO.-

I.- La Comisión de Admisión, en el término de cinco días de recibido el recurso, dispondrá su admisión o rechazo.

II.- La Comisión de Admisión verificará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La personería del recurrente;

- La interposición del recurso en término legal;

- La presentación de los documentos referidos en el artículo 80 de la presente Ley.

III.- La Comisión podrá rechazar el recurso mediante auto motivado, cuando carezca manifiestamente de fundamento jurídico sobre la resolución o acto recurrido que dé mérito a una resolución sobre el fondo.

ARTICULO 83.- CITACION Y REMISION.- Admitido el recurso, se ordenará la citación de la autoridad recurrida, mediante provisión citatoria. Esta, en el plazo de veinticuatro horas remitirá los antecedentes del trámite o el expediente original.

El Tribunal podrá disponer también que la citación y remisión se efectúen mediante facsímil, telegrama o cualquier medio admitido por esta Ley.

ARTICULO 84.- SUSPENSION DE COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD RECURRIDA.- Desde el momento de la citación, quedará suspendida la competencia de la autoridad recurrida en relación al caso concreto y será nula de pleno derecho toda resolución que dictare con posterioridad.

Si transcurridos cuarenta días desde la admisión del recurso no se notificare a la autoridad recurrida con la sentencia a dictarse, reasumirá su competencia.

ARTICULO 85.- SENTENCIA Y EFECTOS. Elevado el expediente original ante el Tribunal, éste, en el término de treinta días pronunciará sentencia declarando:

III.7.3. Control de los derechos fundamentales.

Tiene la finalidad de resguardar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales como límites al poder del Estado. Este control en Bolivia se ejercita a través de: **a)** recurso contra resoluciones legislativas³⁴³; **b)** revisión de las resoluciones dictadas en los recursos de hábeas corpus³⁴⁴, hábeas data³⁴⁵ y amparo constitucional³⁴⁶.

1) *Infundado el recurso, cuando el Tribunal considere que la autoridad recurrida obró con jurisdicción y competencia, imponiendo costas y multa al recurrente.*

2) *La nulidad de la resolución o el acto recurridos, cuando el Tribunal encuentre que la autoridad obró sin jurisdicción o sin competencia, o hubiere dictado la resolución después de haber cesado en sus funciones o estando suspendida de ellas. En estos casos dispondrá, de oficio, la remisión de antecedentes al Ministerio Público para el procesamiento penal correspondiente”.*

³⁴³ Capítulo VIII de la Ley del Tribunal Constitucional:

“DE LOS RECURSOS CONTRA RESOLUCIONES CONGRESALES O CAMARALES

ARTICULO 86.- PROCEDENCIA.- *Cuando las resoluciones congresales o camarales, afecten derechos o garantías fundamentales de la persona, ésta, en el plazo de treinta días, computables desde la fecha de su publicación o citación, podrá interponer recursos contra el Congreso Nacional o una de sus Cámaras.*

ARTICULO 87.- TRAMITE.- *Admitido el recurso, se correrá en traslado al Congreso Nacional o a la Cámara recurrida, ordenando su legal citación en la persona del respectivo Presidente.*

El recurso se contestará dentro del plazo de quince días, vencido el cual, con respuesta o sin ella, el Tribunal Constitucional resolverá en el plazo de treinta días.

ARTICULO 88.- SENTENCIA Y EFECTOS.- *El Tribunal declarará fundado o infundado el recurso. En el primer caso, la resolución impugnada será declarada nula y la sentencia surtirá sus efectos sólo en relación al caso concreto. En el segundo, subsistirá la resolución impugnada, con imposición de costas y multa al recurrente”.*

³⁴⁴ Capítulo IX de la Ley del Tribunal Constitucional (Primera Parte).

“ARTICULO 89.- HABEAS CORPUS.-

I. Cuando una persona creyere estar arbitraria, indebida o ilegalmente perseguida, detenida, procesada o presa, o alegare otras violaciones que tengan relación con la libertad personal en cualquiera de sus formas, y los hechos fueren conexos con el acto motivante del recurso, por constituir su causa o finalidad, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, con poder notariado o sin el, en las capitales de departamento ante la Corte Superior de Distrito en una de sus salas, por turno, o ante un juez de partido de turno, a elección del demandante, y en las provincias, ante juez de partido o en su defecto ante juez de instrucción, en demanda de que se guarden las formalidades legales.

II. Si la autoridad demandada fuere judicial, el recurso deberá ser interpuesto ante un juez o tribunal de igual o mayor jerarquía”.

³⁴⁵ El recurso de hábeas data fue incorporado al ordenamiento jurídico boliviano mediante Ley de Reforma N° 1631 de 20 de febrero de 2004, imprimiéndosele el mismo trámite que al recurso de amparo constitucional.

³⁴⁶ Capítulo X de la Ley del Tribunal Constitucional (Primera parte).

“DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

ARTICULO 94.- PROCEDENCIA.- *Procederá el recurso de Amparo Constitucional contra toda resolución, acto u omisión indebida de autoridad o funcionario, siempre que no hubiere otro medio o recurso para la protección inmediata de los derechos y garantías, así como contra todo acto u omisión indebida de persona o grupo de personas particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos o garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y las leyes.*

ARTICULO 95.- COMPETENCIA.- *Son competentes para conocer el recurso de amparo:*

Es evidente que todos los tipos de control realizados por el Tribunal Constitucional son imprescindibles para la preservación del Estado de Derecho. Sin embargo en nuestra investigación nos referiremos de manera amplia al control de los derechos fundamentales y concretamente al realizado mediante el amparo constitucional porque en nuestra opinión, es a través de este recurso que Tribunal Constitucional ha desarrollado una interpretación constitucional dinámica, aplicando los principios aplicables universalmente a la interpretación de las normas internacionales o nacionales sobre derechos humanos, tales como: a) el principio de la dignidad humana; b) principio de la buena fe; c) principio *pro hómine*; d) principio de favorabilidad; e) principio de la fuerza expansiva de los derechos humanos; f) principio de la interacción; g) principio de promoción; h) principio de universalidad de los derechos humanos; e i) principio de la indivisibilidad de los derechos humanos.

En efecto, la jurisprudencia constitucional boliviana ha sido dinámica, progresiva y no estática. Pues el Tribunal Constitucional ha desarrollado una doctrina constitucional sólida en materia de derechos fundamentales, creando sub-reglas derivadas de los derechos abstractos para dar concreción normativa y posibilitar el goce pleno y ejercicio efectivo de los mismos.

De otro lado, en el marco del activismo judicial, como bien refiere, José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ³⁴⁷ el Tribunal Constitucional, especialmente mediante el amparo constitucional, ha integrado al catálogo

1.- Las Cortes Superiores de Distrito, en las Capitales de Departamento en sus salas, por turno.

2.- En las provincias, los jueces de partido.

ARTICULO 96.- IMPROCEDENCIA.- El Recurso de Amparo no procederá contra:

1.- Las Resoluciones cuya ejecución estuviere suspendida por efecto de algún medio de defensa o recurso ordinario o extraordinario interpuesto con anterioridad por el recurrente y en cuya virtud pudieran ser revisadas, modificadas, revocadas o anuladas.

2.- Cuando se hubiere interpuesto anteriormente un recurso constitucional con identidad de sujeto, objeto y causa y contra los actos consentidos libre y expresamente o cuando hubieren cesado los efectos del acto reclamado.

3.- Las resoluciones judiciales que por cualquier otro recurso puedan ser modificadas o suprimidas aún cuando no se haya hecho uso oportuno de dicho recurso”.

³⁴⁷ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A. “ El Tribunal Constitucional en el nuevo ... ”, op. cit., p. 33.

de los derechos fundamentales muchos derechos que en apariencia no estaban expresamente consagrados en la Constitución de 1994, realizando para ello la interpretación integradora; aplicando los principios de interpretación de derechos humanos. Un claro ejemplo, es el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, que deriva del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es por esto último, en resumidas cuentas, por lo que en las páginas que siguen desarrollaremos detalladamente el activismo judicial realizado por el Tribunal Constitucional boliviano a través del amparo constitucional. Pero previamente es necesario referirnos a cuáles son los derechos fundamentales en Bolivia, para luego concluir este capítulo analizando los principios sobre los que se estructura el sistema constitucional boliviano y las fricciones que ha ocasionado la implementación del Tribunal Constitucional, con los otros poderes del Estado, en especial con el Poder Judicial, a la hora de tutelar derechos fundamentales justamente a través del recurso de amparo constitucional.

III.8. Los derechos fundamentales en la Constitución Boliviana de 1994.-

Para hablar de derechos fundamentales y Constitución boliviana, es necesario hacer un breve recorrido en la historia de los mismos. Es así que René BALDIVIESO GUZMÁN³⁴⁸ señala que en los dieciocho textos constitucionales³⁴⁹ que ha tenido Bolivia, desde 1826, estuvieron reconocidos de alguna manera los derechos y garantías de las personas, en otras palabras el legislador boliviano tuvo el cuidado de incorporarlos a la Constitución.

³⁴⁸ BALDIVIESO GUZMÁN R, “*Los Derechos Humanos en la Constitución y los Tratados Internacionales*”, en Revista del Tribunal Constitucional N° 6, Gaviota del Sur SRL, Sucre, 2004, p. 65-67.

³⁴⁹ Exceptuamos la última Constitución Política del Estado por dos razones: la primera porque la misma aún no se encuentra plenamente vigente y la segunda porque en la segunda parte de este Capítulo nos referiremos concretamente a qué modelo de justicia constitucional pretende implementar la misma.

En la primera Constitución, siguiendo al citado constitucionalista, los derechos fundamentales estaban enunciados en el Título Once, o sea en el último; en los arts. 149 al 152. Esta ubicación podría hacer pensar que un asunto tan prioritario fue relegado a la última parte del texto constitucional, excusable, porque los fundadores y forjadores de la nueva República estaban más preocupados de asegurar la creación y existencia perdurable de la misma. El art. 149 de esa Constitución, entre otros, señalaba: “*La Constitución garantiza a todos los bolivianos su libertad civil, su seguridad individual, su propiedad, y su igualdad ante la ley, ya premie o castigue.*” En los artículos subsiguientes se enuncian los derechos a la libre expresión, libre tránsito, la inviolabilidad de domicilio, etc.

A partir de la Constitución de 1880, que fue una de las que tuvo mayor duración, los derechos y garantías de las personas merecieron una redacción más ordenada y estuvieron ubicados en los primeros artículos.

Para Walker SAN MIGUEL RODRÍGUEZ³⁵⁰ fue la Constitución de 1938 la que introdujo el Constitucionalismo Social en Bolivia, incorporando en el texto constitucional conquistas sociales como los derechos laborales, el régimen familiar y el régimen económico financiero del Estado. En el mismo sentido Rolando ROCA AGUILERA³⁵¹ señala que la incorporación del Constitucionalismo Social en Bolivia, marcó un nuevo rumbo en la noción de derechos humanos, sin abandonar los contenidos ideológicos y normativos de la Constitución Bolivariana.³⁵²

Sin embargo, René BALDIVIESO GUZMÁN³⁵³ señala que la importancia de la Constitución de 1938, va mucho más allá de lo referido precedentemente ya que fue en ésta en la que se adoptó la denominación de “derechos fundamentales” (art. 6) que se

³⁵⁰ SAN MIGUEL RODRÍGUEZ W., *Por los Caminos del Derecho, Las Constituciones de Bolivia*, Editorial Artes Gráficas Sagitario, La Paz, 2005, p. 53.

³⁵¹ ROCA AGUILERA R, *La República y la Constitución Bolivariana*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 1, Tribunal Constitucional, Sucre, 1999, p. 32.

³⁵² Primera Constitución de Bolivia de 1826, promulgada íntegramente por el Libertador Simón Bolívar.

³⁵³ BALDIVIESO GUZMÁN R, *Derecho Procesal Constitucional, Tribunal, Procedimientos y Jurisprudencia en Bolivia*, GRAFICA SIRENA, Santa Cruz de la Sierra, 2006, p. 124-125.

mantuvo en el art. 7 de la Constitución de 1994. Denominación que responde a un mejor criterio de sistematización y de concordancia con los instrumentos internacionales y que permite, además, dar a los derechos fundamentales una ubicación de relevancia constitucional al tratarse de los atributos inherentes a la persona humana, imprescindibles para su desarrollo integral.

Efectivamente, es la propia doctrina la que ha sentado principios para la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales buscando garantizar su vigencia y pleno ejercicio. Así, se habla del carácter indivisible e interdependiente de los derechos fundamentales; su eficacia directa porque no precisan de reglamentación alguna para su ejercicio; aplicación del principio de favorabilidad, es decir atendiendo al criterio que sea más favorable para el ejercicio del derecho; el carácter progresivo e irreversible de los mismos en el entendido de que habiéndoselos reconocido en el texto constitucional ninguna reforma posterior puede suprimirlos del texto legal, etc.

Otra norma de vital trascendencia para el desarrollo de los derechos fundamentales en Bolivia, citada por Marcelo GALINDO DE UGARTE,³⁵⁴ es sin duda, la prevista en el art. 6 de la Constitución Boliviana de 1967 porque incorpora un enunciado principista que guarda concordancia con la serie de fórmulas adoptadas en los diversos Instrumentos Internacionales ratificados por Bolivia, texto considerado fundamental para el desarrollo posterior de otras normas principalmente porque positiviza el derecho a la igualdad y a la dignidad.

Desde otro punto de vista, René BALDIVIESO GUZMÁN³⁵⁵ señala que la Constitución de 1967 contiene una distribución sistematizada de los derechos y deberes fundamentales de la persona: Parte Primera de la Constitución, con dos Títulos: El Primero que regula los derechos y deberes fundamentales de la persona, y el Segundo que consagra las garantías³⁵⁶.

³⁵⁴ GALINDO DE UGARTE M., *Constituciones Bolivianas Comparadas 1826-1967*, Editorial Los Amigos del Libro, Cochabamba, 1991, p. 11.

³⁵⁵ BALDIVIESO GUZMÁN R., *Protección Jurídica de los Derechos Humanos, en Memoria del Tribunal Constitucional N° 4, Derechos Humanos y Justicia Constitucional*, Editorial Judicial, Sucre, 2000, p. 54-55.

³⁵⁶ Esta distribución se mantiene en la Constitución de 1994 y en la Reforma de 2004.

Posteriormente, y como ya avanzamos anteriormente fue la reforma constitucional realizada mediante Ley N° 1585 de 12 de agosto de 1994, Ley de Reforma de la Constitución Política del Estado, la que marcó el inicio de una nueva concepción de los derechos humanos en Bolivia. Así para Víctor HOZ DE VILA BACARREZA³⁵⁷ la reforma constitucional de 1994 introdujo modificaciones sustanciales en el Poder Judicial boliviano al incorporar el Tribunal Constitucional como un órgano independiente y sometido únicamente a la Constitución.

Finalmente, mediante reforma a la Constitución boliviana efectuada por Ley N° 1631 de 20 de febrero de 2004 se ha mantenido la esencia de la Constitución de 1994 implementando una serie de mecanismos constitucionales como la iniciativa popular ciudadana, el referéndum, las agrupaciones ciudadanas, etc. En lo que toca a la protección de los derechos humanos la citada reforma ha incorporado al ordenamiento jurídico boliviano el recurso de hábeas data³⁵⁸.

Ahora bien, en lo que se refiere a la enumeración que de los derechos fundamentales hace la Constitución de 1994 es interesante la clasificación realizada por José DECKER MORALES³⁵⁹ que refiere que los mismos se encuentran en los artículos 5, 6 y 7 de la citada Constitución.

“Artículo 5.- No se reconoce ningún género de servidumbre, y nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento y justa retribución. Los servicios personales sólo podrán ser exigibles cuando así lo establezca la ley.

Artículo 6.- Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes. Goza de los derechos de libertad y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social u otra cualquiera.

II. La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlos y protegerlos es deber primordial del Estado.”

³⁵⁷ HOZ DE VILA BACARREZA V., *Conversando sobre la Constitución*, Editorial Kipus, Cochabamba, 1996.

³⁵⁸ Sobre el desarrollo de esta garantía constitucional en Bolivia se puede consultar GARECA PERALES P., *El Hábeas Data en la Constitución de Bolivia*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 11, Tomo II. Fundación Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2005, p. 484.

³⁵⁹ DECKER MORALES J, *Derecho Procesal Constitucional*, Impresiones Poligraf, Cochabamba, 2002, p. 63-65.

Artículo 7.- Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

- a) a la vida, a la salud, y la seguridad;*
- b) a emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión;*
- c) a reunirse y asociarse para fines lícitos;*
- d) a trabajar y dedicarse al comercio, la industria o cualquier actividad lícita en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo;*
- e) a recibir instrucción y adquirir cultura;*
- f) a enseñar bajo la vigilancia del Estado;*
- g) a ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional;*
- h) a formular peticiones individual y colectivamente;*
- i) a la propiedad privada, individual y colectivamente;*
- j) a una remuneración justa por su trabajo que le asegure para sí y su familia una existencia digna del ser humano;*
- k) a la seguridad social, en la forma determinada por esta Constitución y las leyes.*

Por otro lado, en opinión de autores como Carlos VIDAL PRADO³⁶⁰ los Títulos Primero y Segundo de la Constitución de 1994 dieron lugar a confusiones ya que, en el Título Segundo que engloba las Garantías Constitucionales también hay derechos; por lo que opina que deben considerarse como fundamentales los derechos previstos en el art. 7 de la Constitución y posteriormente ampliar este catálogo de acuerdo a los Instrumentos Internacionales.

El mismo criterio, pero si se quiere aún más contundente es el expresado por René BALDIVIESO GUZMÁN,³⁶¹ para quien el art. 7 de la Constitución no es un catálogo que agota la enumeración de los derechos fundamentales. Afirmación que se sustenta en el Título Segundo de la Parte Primera de la Constitución Política del Estado (arts. 9 al 35) donde están consagradas las denominadas garantías constitucionales normativas, estableciendo el art. 35 de la Ley Suprema que *“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”*.

³⁶⁰ VIDAL PRADO C, *La Reforma Constitucional de Bolivia*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 4, Editorial Judicial, Sucre, 2001, p. 240-241.

³⁶¹ BALDIVIESO GUZMÁN R, *“Los Derechos Humanos en la Constitución ...”*, op. cit., p. 67.

En consecuencia, opina que esta norma constituye una cláusula abierta porque, además de permitir al órgano de la jurisdicción constitucional interpretar los derechos previstos en otros artículos de la propia Constitución, también por vía de una interpretación integradora, le permite aplicar los Instrumentos Internacionales que consagran los Derechos Humanos y de los que es parte Bolivia. En el mismo sentido, Guido IBARGUEN³⁶² señala que el art. 35 de la Constitución ha sido hasta la fecha el puente utilizado por la justicia constitucional para integrar, con ese valor normativo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho interno boliviano.

Por todo ello, Willman Ruperto DURÁN RIBERA³⁶³ señala que si bien está claro que en Bolivia los derechos fundamentales se hallan reconocidos en el art. 7 de la Constitución del catálogo contenido en el referido precepto constitucional se constata que no se hallan presentes derechos que por su naturaleza son básicos para asegurar la vida humana en libertad y dignidad. De ahí que considera que desde una interpretación sistemática y teleológica, nada impide que los derechos reconocidos de manera expresa en la Constitución pero no incluidos en el catálogo del art. 7 así como otros no positivados pero que se extraen del contenido constitucional, puedan ser incorporados por la jurisprudencia, como verdaderos derechos fundamentales.

Esta es la tendencia del Tribunal Constitucional boliviano, así entre otras la SC. 1662/2003-R de 17 de noviembre que establece:

“... este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tiene carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de habeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda.”

³⁶² IBARGUEN B.G. *Garantías para la Protección de los Derechos Humanos, La Recepción Internacional*, en Revista especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia, Reforma Constitucional en DD.HH, N° 2, La Paz, 2007, p. 121.

³⁶³ DURÁN RIBERA W.R., *“Principios, Derechos...”* op. cit. p. 113.

Como hemos podido apreciar en Bolivia los derechos fundamentales no sólo son aquellos previstos en el art. 7 de la Constitución; es más ni siquiera sólo aquéllos positivizados en la misma; sino que de acuerdo al art. 35 de la Ley Fundamental son derechos fundamentales también los enunciados por los Instrumentos Internacionales a los cuales se adhirió Bolivia y que forman parte del bloque de la constitucionalidad, como son: Declaraciones, Tratados o Convenciones sobre Derechos Humanos. Sin embargo volveremos sobre el tema en el último capítulo de nuestra Investigación.

III.9. Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Boliviano.-

Anteriormente, hicimos alusión al hecho de que en Bolivia no existe una previsión constitucional expresa que faculte al Tribunal Constitucional para aplicar, con preferencia, las normas de un tratado internacional específico. Sin embargo, el Tribunal Constitucional boliviano ha suplido con su facultad interpretativa la ausencia de normas expresas al respecto. Para Martha ROJAS ÁLVAREZ³⁶⁴ esta permisión emana del propio art. 1.II de la Constitución de 1994 que establece que Bolivia es un Estado Social y Democrático de Derecho; caracterización que implica no sólo que éste se encuentra limitado por la ley, sino que tiene como objetivo último cristalizar las declaraciones que constan en los textos constitucionales, internacionales y legales transformando dichas manifestaciones en una realidad tangible. En igual sentido Marco Antonio MORALES TOBAR³⁶⁵ señala que el Estado social y democrático de Derecho no sólo tiene su actuación limitada a las reglas del Derecho y la Constitución, sino que es un garante y promotor de los derechos y valores del ser humano, lo que significa una verdadera transformación del rol pasivo del Estado liberal.

Esta posición ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional, lo que ha ocasionado diversas controversias entre los sectores doctrinarios bolivianos citadas por el ex-

³⁶⁴ ROJAS ÁLVAREZ M., *Derecho de Acceso a la Justicia*, Tribunal Constitucional, Sucre, 2005, p. 19.

³⁶⁵ MORALES TOBAR M.A., *Derechos Humanos y Tratados que los Contienen en el Derecho Constitucional y la Jurisprudencia*, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, 2003, p. 97.

Presidente del Tribunal Constitucional boliviano René BALDIVIESO GUZMÁN³⁶⁶ en sentido de que si bien es cierto que el art. 1.II de la Ley del Tribunal Constitucional, al señalar las finalidades de este Órgano le encomienda el control de la constitucionalidad de las convenciones y tratados. Esta atribución está referida sólo para que el Poder Legislativo sea quien, en su momento, opte por usar la vía de la consulta, pues a dicho Poder le está encomendada la aprobación de los tratados, concordatos y convenios internacionales de acuerdo con el art. 59.12 de la Constitución de 1994; por lo que el citado art. 1.II de la Ley del Tribunal Constitucional según esta postura no puede otorgar al Tribunal Constitucional la facultad de dar prioridad a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Conscientes de esta problemática los miembros del Tribunal Constitucional, el citado constitucionalista entre ellos, solicitaron al Congreso boliviano que elabore una Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución, proponiendo un texto que permitiera asumir que los derechos y garantías reconocidos por la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos como lo ha venido haciendo el Tribunal.³⁶⁷

No obstante, el Tribunal Constitucional boliviano ha venido invocando como fundamento de algunas de sus sentencias, cuando ha sido pertinente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, Instrumento ratificado por Ley de la República N° 1430 de 11 de febrero de 1993. *«De conformidad con el artículo 59, atribución 12ª de la Constitución Política del Estado -dice en su art. 1º esta ley-, se aprueba y ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «Pacto de San José de Costa Rica», suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969»*. En los dos artículos siguientes de la citada Ley se reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conforme a lo establecido en el art. 45 de la Convención, así como la competencia de la Corte

³⁶⁶ BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Apuntes sobre Derecho Procesal Boliviano*”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 11, Tomo I. Fundación Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2005, p. 291.

³⁶⁷ La fórmula propuesta por el Tribunal Constitucional a las instancias legislativas señala que: *«Los tratados y convenios internacionales relativos a los derechos humanos suscritos y ratificados por Bolivia, tienen jerarquía constitucional»*.

Interamericana de Derechos Humanos, en forma obligatoria, de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido, conforme al art. 62 de la Convención.

En este contexto, efectivamente en Bolivia se puede afirmar que el Pacto San José de Costa Rica ha cobrado vigencia y efectividad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Bolivia además de que la Ley ratificatoria hace que el mismo forme parte del Derecho positivo boliviano en materia de derechos humanos.

Por otra parte, no debemos dejar de señalar que como afirma René BALDIVIESO GUZMÁN³⁶⁸ hace más de cincuenta años, la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, (Colombia) aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sentando, entre otras cosas, el principio de protección internacional de los derechos humanos como guía principalísima del Derecho Americano en evolución. Este documento, en alguna medida, también ha servido al Tribunal Constitucional boliviano en la adopción de sus resoluciones para hacer efectiva la protección y el respeto de los derechos humanos, por lo que a criterio del citado autor es primordial que se ratifique este documento mediante una ley; ya que proviniendo de un Convenio Interamericano, suscrito por las partes, no puede cuestionarse su valor dentro del ordenamiento jurídico interno de cada Estado parte, para efectos de brindar protección a los derechos humanos.

Lo anterior en nuestra opinión resulta, con mayor razón, válido para la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, cuyo contenido es una importante pauta en la orientación básica que debe seguirse en los fallos del Tribunal Constitucional, así como la de todos los Tratados que le son inherentes.

En lo que concierne a otros instrumentos legales por los cuales Bolivia ratifica algunos de los tratados más importantes sobre derechos humanos, René BALDIVIESO GUZMÁN³⁶⁹ refiere que no deja de ser una paradójica circunstancia que hayan sido gobiernos de facto los que se adhirieron a algunos tratados internacionales sobre la

³⁶⁸ BALDIVIESO GUZMÁN R., “*La Interpretación de los Derechos Fundamentales de Acuerdo a las Normas y Decisiones Internacionales*”, en *Revista Boliviana de Derecho* N° 1, Santa Cruz de la Sierra, 2006, p. 7.

³⁶⁹ BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Los Derechos Humanos en la Constitución...*”, op. cit., p. 72-73.

materia, mediante decretos supremos dictados por el Poder Ejecutivo; por lo que a continuación hacemos una breve referencia de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos más importantes ratificados por Bolivia, para lo cual se acude al Compendio de Instrumentos Internacionales:³⁷⁰

- Decreto Supremo N° 18950, de 17 de mayo de 1982 mediante el que se dispone la adhesión de la República de Bolivia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus 31 artículos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus 53 artículos y al Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus 14 artículos.
- Decreto Supremo N° 009345 de 13 de agosto de 1970 que ratifica la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, elevado posteriormente a rango de ley el 14 de mayo de 1999, mediante Ley N° 1978. En el Decreto se decía en la parte considerativa que: *«el Gobierno Revolucionario de Bolivia, consecuente con su tradición de respeto a los derechos humanos, considera necesario lograr la eliminación rápida y total de la discriminación racial»*.
- Mediante Decreto Supremo N° 1977 de 13 de septiembre de 1983 Bolivia se adhiere a la Convención sobre la Esclavitud y a la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavas, y las Instituciones Prácticas Análogas a la Esclavitud. Hasta la Constitución Boliviana de 1961, se mantuvo la primera parte del art. 5° con el siguiente texto: *«La esclavitud no existe en Bolivia»*. Desde 1967 esta redacción ha sido suprimida de modo que directamente se dice: *«No se reconoce ningún género de servidumbre y nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento y justa retribución...»*.
- Mediante Decreto Supremo N° 19777 Bolivia ratifica la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa

³⁷⁰ Trabajo realizado por el Programa de Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, La Paz, 2000.

Humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU el 26 de noviembre de 1968.

- La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer es ratificada mediante Decreto Supremo N° 9385 de 10 de septiembre de 1970.
- La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, acordada en el Trigésimo Cuarto Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrado en diciembre de 1979, fue elevada a ley de la República Boliviana mediante Ley N° 1100 de 15 de septiembre de 1989.
- La Ley N° 1152 de 14 de mayo de 1990 ratifica la Convención del Niño.
- La Ley N° 1939 de 10 de febrero de 1999 ratifica la Convención contra la Tortura. En este punto, la Constitución Boliviana, en su art. 12 prohíbe todo género de torturas, coacciones, exacciones o cualquier forma de violencia física o moral, bajo pena de destitución y otras sanciones legales.
- Mediante Ley N° 1257 de 11 de julio de 1991 Bolivia ratifica el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado en la 76ª Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, realizada el 27 de junio de 1989.
- Mediante Ley N° 1599 de 18 de octubre de 1994 Bolivia ratifica la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer denominada también “Convención de Belem Dó Pará” celebrada el 9 de junio de 1994.
- Mediante Ley N° 1695 de 12 de julio de 1996 Bolivia ratifica la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belem Dó Pará, Brasil el 9 de junio de 1994.
- Mediante Ley N° 1939 de 10 de febrero de 1999, el Estado boliviano aprueba y ratifica la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, suscrita por Bolivia el 14 de febrero de 1985.

En efecto, en Bolivia la integración de los Instrumentos Internacionales al bloque de constitucionalidad es una realidad avalada por varios constitucionalistas, así Antônio

CANÇADO TRINDADE,³⁷¹ ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que el cumplimiento de las obligaciones convencionales internacionales de protección requieren efectivamente el concurso de los órganos internos de los Estados, y éstos son los llamados a aplicar las normas internacionales.

Es este, sin duda, el trazo distintivo más marcado de los tratados de derechos humanos, cuya especificidad propia requiere una interpretación guiada por los valores comunes superiores que la abrigan. Con la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho interno en el presente contexto, los grandes beneficiarios son sin duda las personas protegidas.

Y es que tal como observa Carlos AYALA CORAO³⁷² la integración tutelar de los derechos humanos entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional ha dado lugar a lo que se ha llamado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como nueva rama del Derecho, que se nutre de ambas disciplinas para formar una nueva. En el mismo sentido Víctor BAZAN³⁷³ opina que ¿por qué no debatir acerca de la posibilidad de adjudicar a ciertas declaraciones, convenciones y pactos internacionales en la materia la valencia constitucional?. Esto es que, sin quedar incorporados al texto de la Constitución formal, valgan como ésta e integren el bloque de la constitucionalidad.

En resumen, pensamos que la jurisprudencia más progresiva emanada de las jurisdicciones constitucionales también ha sido recogida por los órganos de protección internacional de los derechos humanos, dando un reconocimiento tácito a los tratados sobre derechos humanos reconocidos expresamente en el Derecho Constitucional; lo que refuerza su carácter vinculante y operativo, quedando integrados en el bloque de la constitucionalidad de los respectivos Estados.

³⁷¹ CANÇADO TRINDADE A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2001, p. 305-307.

³⁷² AYALA CORAO C.M. *Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 6, Sucre, 2004, p. 10.

³⁷³ BAZAN V., *Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados y Convenios Internacionales*, en Derecho Procesal Constitucional Boliviano, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2002, p. 230.

III.10. Principios sobre los que se estructura la Justicia Constitucional Boliviana.-

Si bien es cierto que tanto de la Constitución Política de 1994 como del texto de la Ley del Tribunal Constitucional claramente se pueden deducir los principios sobre los que está asentado el sistema constitucional boliviano, ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha definido que ellos informan el orden social, económico, jurídico y político del Estado, por lo que los jueces y tribunales deben interpretar y aplicar las normas del ordenamiento jurídico a la luz de dichos principios³⁷⁴.

III.10.1. Principio de presunción de constitucionalidad.

Este principio está estrechamente ligado al principio de conservación de la norma y consiste en que se presume la constitucionalidad de toda disposición legal hasta que el Tribunal Constitucional resuelva y declare su inconstitucionalidad³⁷⁵.

Para Jorge ASBÚN ROJAS³⁷⁶, la redacción del art. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional, que establece el principio de presunción de constitucionalidad, despliega un doble sentido: Uno relacionado con la seguridad jurídica, dado que significa que quienes integran los diferentes órganos de gobierno, al haber accedido a los mismos conforme a las previsiones constitucionales y de acuerdo a la ley ya sea mediante selección, nombramiento u otra forma prevista, además de tener delimitadas sus funciones, se entiende que operarán conforme al ordenamiento, por ello no es necesaria ninguna condición ulterior para la

³⁷⁴ Así, en la SC N° 501/2002-R de 30 de abril, el Tribunal ha señalado expresamente que “*el Sistema Constitucional Boliviano está sustentado en los valores supremos de la igualdad, la libertad, la justicia y la dignidad humana...*”, luego ha concluido afirmando que “*tanto el orden político, como el jurídico del Estado se estructuran sobre la base de dichos valores y principios*”.

³⁷⁵ Este principio está recogido en el art. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional: “*Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva y declare su inconstitucionalidad*”.

³⁷⁶ ASBÚN ROJAS J., “*El Control de Constitucionalidad en Bolivia: Evolución y Perspectivas*” en Derecho Procesal Boliviano, Academia de Estudios Constitucionales de Bolivia, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2004, p. 96.

validez de sus actos y al contrario la impugnación de inconstitucionalidad opera solamente por la vía del control, cuando existe una duda razonable para ello.

El otro sentido del citado artículo, en opinión del citado constitucionalista, conlleva el reconocimiento del Tribunal Constitucional como el único y exclusivo órgano de control de constitucionalidad con manifestaciones jurídicas de carácter general. Ello implica que la inconstitucionalidad de una norma jurídica no se produce por el sólo hecho de que una autoridad o un particular consideren que la misma está infringiendo la Constitución, sino que requiere que esta situación sea expresamente determinada por el Tribunal Constitucional.

En efecto, como ha definido el propio Tribunal Constitucional boliviano³⁷⁷, este principio tiene la finalidad de resguardar los principios de legalidad y seguridad jurídica inherentes al Estado democrático de Derecho, en el que todos sus miembros, gobernantes y gobernados, están sometidos a las leyes que obligan por igual a todos, es por esto que cualquier tipo de decisión o resolución no puede ser incumplida por su aparente inconstitucionalidad.

III.10.2. Principio de conservación de la norma.

El principio de conservación de la norma esta también estrechamente ligado al principio de seguridad jurídica y significa que en los casos en que una ley, decreto o resolución admita diferentes interpretaciones, el

³⁷⁷ Entre otras, la SC. 1712/2003-R de 24 de noviembre: “... finalmente tampoco desconocen el Estado Democrático de Derecho menos el principio de supremacía constitucional, pues las autoridades recurridas, en el marco del principio de presunción de constitucionalidad previsto por el art. 2 de la Ley 1836, tienen la obligación de aplicar las disposiciones legales vigentes, entre tanto el órgano encargado del control de constitucionalidad no declare expresamente la inconstitucionalidad de las mismas; pues en un sistema de control concentrado de constitucionalidad, la potestad de ejercer el control de constitucionalidad y declarar la inconstitucionalidad de una disposición legal le corresponde al Tribunal Constitucional”.

Tribunal Constitucional debe adoptar aquella que sea compatible con la Constitución.³⁷⁸

Este principio, siguiendo a Jorge ASBÚN ROJAS³⁷⁹, orienta el sentido que han de tener las resoluciones del Tribunal Constitucional, cuando por la amplitud o polivalencia de sentidos que guarde una norma, esta pueda ser interpretada de diversas maneras debiendo prevalecer la que sea acorde con la Constitución. Opina que la orientación fijada en este principio se asienta en dos valores constitucionales básicos: El primero, la precisión o claridad que debe tener toda norma jurídica, es decir, el contenido de una ley, decreto o cualquier género de resolución debe ser lo más claro y preciso posible, evitando entendimientos diferentes que generen inseguridad y desigualdad en su aplicación. El segundo, relacionado también con la seguridad jurídica surge del hecho de que las manifestaciones del Tribunal Constitucional deben tender a generar el menor caos o alteraciones posibles, ya que en atención al carácter orgánico del ordenamiento los fallos deben estar orientados a lograr la plena integración del mismo, preservando así su unidad.

Es importante señalar que este principio ha sido muy importante a la hora de desarrollar la jurisprudencia constitucional en Bolivia ya que ha permitido la generación de sentencias interpretativas³⁸⁰.

III.10.3. Principio de obligatoriedad.

³⁷⁸ Art. 4 de la Ley del Tribunal Constitucional: “*En caso excepcional de que una ley, decreto, o cualquier género de resolución admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional en resguardo del principio de conservación de la norma adoptará la interpretación que, concuerde con la Constitución.*”

³⁷⁹ ASBÚN ROJAS J., “*El Control de Constitucionalidad en Bolivia: Evolución y Perspectivas*” en Derecho Procesal Boliviano, Academia de Estudios Constitucionales de Bolivia, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2004, p. 97.

³⁸⁰ Entre otras, la SC. 052/2001 de 10 de julio: “... *siendo necesario precisar los alcances del contenido de las resoluciones impugnadas, tomando en cuenta que el art. 4 de la Ley del Tribunal Constitucional establece que en los casos excepcionales en que una Ley admita diferentes interpretaciones, faculta al Tribunal Constitucional para que "... en resguardo del principio de conservación de la norma adopte la interpretación que concuerde con la Constitución.*”

Consiste en que el Tribunal Constitucional, como órgano competente para ejercer el control de constitucionalidad, no puede excusarse de emitir un fallo, sentencia o causa sometida a su jurisdicción, alegando insuficiencia, ausencia u oscuridad de la norma³⁸¹.

Este principio es también uno de los que ha permitido al Tribunal Constitucional efectuar una interpretación creadora a la hora de resolver los asuntos que requerían una interpretación de los diferentes criterios que admite la doctrina constitucional³⁸².

III.10.4. Principio de publicidad, gratuidad y celeridad.

Para superar el crónico mal de la retardación de justicia, el Tribunal Constitucional, desde el inicio de sus labores jurisdiccionales ha adoptado la premisa de brindar el servicio judicial constitucional con la debida celeridad, oportunidad, idoneidad y transparencia; poniéndose como meta el estricto cumplimiento de los plazos procesales previstos por la Ley del Tribunal Constitucional; así como lo previsto en el art. 116-X de la Constitución Política de Estado de 1994³⁸³.

En este contexto el Tribunal Constitucional ha establecido que la tramitación de los recursos, demandas y consultas constitucionales son

³⁸¹ Art. 5 de la Ley del Tribunal Constitucional: “*El Tribunal Constitucional en ningún caso podrá excusarse de fallar en las causas sometidas a su conocimiento, alegando insuficiencia, ausencia u oscuridad de la norma.*”

³⁸² Entre otras, la SC. 330/2005-CA de 15 de julio “*Un primer problema a superar para resolver el presente caso es la omisión normativa. En efecto, en la Ley 1836 del Tribunal Constitucional, no existe previsión normativa alguna para resolver eventuales conflictos de competencia que por razón de territorio podría suscitarse entre dos jueces o tribunales de garantías constitucionales, como es el caso presente; empero, esa situación no puede impedir que el conflicto sea resuelto, pues no resolverlo sería imposibilitar la substanciación de la presente acción tutelar, con lo que se lesionaría el derecho de acceso a la justicia de la recurrente. Consecuentemente, teniendo en cuenta que, según la norma prevista por el art. 5 de la LTC el Tribunal Constitucional en ningún caso podrá excusarse de fallar en las causas sometidas a su conocimiento, alegando insuficiencia, ausencia u oscuridad de la norma, resulta imperativo resolver el conflicto, para lo cual se acudirá a los principios generales del Derecho.*”

³⁸³ Art. 116.X CPE.94: “*La gratuidad, publicidad, celeridad y probidad en los juicios son condiciones esenciales de la administración de justicia. El Poder Judicial es responsable de proveer defensa legal gratuita a los indigentes, así como los servicios de traducción cuando su lengua materna no sea el castellano.*”

de carácter público, decretándose su reserva sólo en casos excepcionales. Lo dicho, implica también que los recurridos o demandados tienen derecho a enterarse del contenido de los recursos o demandas desde el momento de su admisión ante el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la uniforme jurisprudencia constitucional ha determinado que las tramitaciones de los recursos, demandas y consultas son gratuitas, por lo que los recurrentes no tienen ni deben pagar a los administradores de justicia constitucional ningún emolumento, salvo aquellos recaudos establecidos por ley como son los timbres judiciales y valores.

En fin, como dice José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ³⁸⁴ el Tribunal Constitucional, dado el carácter extraordinario y la finalidad de control y tutela que tienen los recursos, demandas y consultas puestos a su conocimiento ha establecido plazos cortos para la tramitación de los mismos. Así, al inicio instituyó cinco días para despachar las revisiones de hábeas corpus y 15 días para despachar las revisiones de amparo constitucional, debido a la sobrecarga procesal que se ha generado posteriormente, ha ampliado dichos plazos en 20 días para hábeas corpus y 40 días para amparo constitucional³⁸⁵.

³⁸⁴ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional...*”, op. cit., p. 129.

³⁸⁵ El Tribunal Constitucional ha recibido un total de 14.010 procesos constitucionales, de los cuales 8.023, que representan un 57.27%, son recursos de amparo constitucional; 3.908, que constituyen el 27,89% son recursos de hábeas corpus; 889, que representan el 6.35%, son recursos directos de nulidad; 824 que significan el 5.88% son recursos indirectos o incidentales de inconstitucionalidad; 198 que constituyen el 1.41% son recursos directos o abstractos de inconstitucionalidad; 74 que significan el 0.53% son recursos contra tributos; 31 que representan el 0.22% son consultas sobre constitucionalidad de Leyes aplicables a casos concretos; 19 que significan el 0.14% son recursos contra resoluciones legislativas; 13 que constituyen el 0.12% son consultas sobre la constitucionalidad de proyectos de leyes; 17 que significan el 0.12% son conflictos de competencias; 10 que representan el 0.07% son recursos de hábeas data; y 4 que constituyen el 0.04% son recursos de habeas corpus y amparo constitucional presentados en forma simultánea. De los 14.010 procesos constitucionales ingresados, hasta el 31 de mayo de 2006 (última vez en que los 5 magistrados titulares se encuentran en funciones) el Tribunal Constitucional ha resuelto 13.018 procesos constitucionales lo que significa un 92.71% de procesos resueltos. Los restantes 992 procesos se encuentran en trámite dentro de los plazos previstos por la Ley N° 1836. Tomando en cuenta que el Tribunal tiene 5 Magistrados y los plazos procesales son breves, en comparación con otros tribunales constitucionales de América o Europa, los datos estadísticos demuestran la efectividad y el empeño con el que cumple su función el Tribunal Constitucional.

III.10.5. Principio de vinculatoriedad de las Sentencias Constitucionales.

Este sin duda ha sido el principio que más fricciones ha generado con los demás poderes del Estado; ya que como señala el art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional³⁸⁶ los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el órgano constitucional.

Es así que el Tribunal Constitucional, entre las diversas líneas jurisprudenciales que ha elaborado a lo largo de estos años, ha dejado claro desde el principio de sus funciones la vinculatoriedad y obligatoriedad que revisten sus resoluciones.³⁸⁷ Sin embargo, valga aclarar que no debe confundirse la fuerza o carácter vinculante de las sentencias constitucionales con los efectos que surten éstas con relación a las personas, cuando declaran la inconstitucionalidad de la disposición legal sometida al control de constitucionalidad, es decir, el efecto *erga omnes*, en el modelo europeo y el *inter partes* en el modelo americano; o cuando se resuelven casos referidos a un derecho subjetivo controvertido, en el que el efecto es *inter partes*.

Efectivamente es muy importante tener presente que el efecto de la sentencia, se refiere a la consecuencia que produce la parte resolutive de la sentencia con relación a las personas; en cambio el carácter o fuerza

³⁸⁶ Art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional:

“I. Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales.

II. Todos los órganos del Estado prestarán al Tribunal Constitucional con carácter preferente, urgente e inexcusable, la asistencia que éste requiera.”

³⁸⁷ Entre muchas, la SC. 0961/2005-R de 18 de agosto: *“... por otra parte ha ignorado el art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), que establece el carácter vinculante, obligatorio e irrevisable de la ratio decidendi o razonamiento lógico que realiza este Tribunal en las Sentencias Constitucionales que va pronunciando; con lo cual dichos vocales han cometido un acto ilegal, conculcando el derecho fundamental a la libertad de locomoción, consagrado por el art. 7 inc.g) de la CPE, por lo que se abre la competencia de la jurisdicción constitucional para proteger al representado del recurrente contra la arbitrariedad dispuesta en su contra por las autoridades recurridas.*

En ese sentido se han pronunciado las SSCC 1336/2001-R, 1075/2001-R, 0286/2002-R, 0432/2003-R, 1720/2004-R, entre otras”.

vinculante se refiere a la obligatoriedad de aplicación del precedente o la doctrina creada por la jurisdicción constitucional en la parte motiva o los fundamentos jurídicos de la sentencia, más concretamente en la *ratio decidendi* de la sentencia.

Consecuentemente, está claro que la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional y la labor que le ha sido encomendada por el constituyente son las que determinan que sus decisiones tengan fuerza obligatoria general para los poderes públicos y la jurisprudencia establecida tenga fuerza vinculante general; eficacia que hace posible que el Tribunal pueda garantizar la suprallegalidad de la Constitución³⁸⁸.

Por todo ello, la facultad interpretativa del Tribunal y el carácter vinculante de sus resoluciones se constituyen en el mecanismo central del sistema de control de constitucionalidad diseñado por el constituyente y previsto por la Constitución³⁸⁹.

Es necesario precisar, igualmente, que la norma prevista por el art. 121-I de la Constitución de 1994 consagró la cosa juzgada constitucional, al disponer que “*contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno*”.

No cabe duda, en efecto, que negar la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional boliviana, sería negar que los jueces estén

³⁸⁸ Al respecto René BALDIVIESO GUZMÁN señala que debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia en materia constitucional difiere de la que proviene de la jurisdicción ordinaria, pues la primera tiene carácter vinculante y si bien la segunda sirve de valiosa fuente de consulta y orientación no tiene el carácter obligatorio que reviste a las sentencias constitucionales. BALDIVIESO GUZMÁN R., “*El Tribunal Constitucional en Bolivia*”, Ponencia presentada en la Maestría en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 2005, p. 9.

³⁸⁹ El conjunto de prescripciones que hemos detallado, en opinión, de Jorge ASBÚN ROJAS, demuestran que el Tribunal Constitucional más allá de una función jurisdiccional, ejerce una función “legisferante”, dado que sus sentencias tienen carácter general, obligatorio y por tanto se integran al ordenamiento jurídico formando parte del mismo. ASBÚN ROJAS J., “*El Control de Constitucionalidad en Bolivia: Evolución y Perspectivas*” en Derecho Procesal Boliviano, Academia de Estudios Constitucionales de Bolivia, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2004, p. 98.

vinculados al orden constitucional y la defensa de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

III.11. Fricciones generadas por la creación del Tribunal Constitucional de Bolivia.-

Como en su día, acertadamente, señaló José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ³⁹⁰ era de esperar, como sucedió y sucede en todos los Estados que adoptan el modelo de control de constitucionalidad encomendado a la jurisdicción constitucional especializada, que se generasen tensiones entre los órganos del poder público y entre las autoridades públicas cuyos actos y resoluciones fueron sometidos al control de constitucionalidad. Esto, es normal, aunque no siempre razonable ni admisible, pues sucede que quién ejerce el poder público no gusta que se realice un control sobre sus actos y decisiones, ya que siempre busca un poder omnímodo e incontrolado; de manera que un Tribunal Constitucional que desempeñe sus funciones con efectividad e idoneidad resulta siempre una amenaza a sus pretensiones.

Efectivamente, la labor del Tribunal Constitucional generó una serie de conflictos con los otros poderes públicos. Siendo las principales tensiones las que se produjeron con la jurisdicción ordinaria, en especial con la Corte Suprema de Justicia, que presentó oficialmente un proyecto de Ley, con la respectiva modificación del art. 44.I de la Ley del Tribunal Constitucional, que como hicimos referencia anteriormente trata sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional, exigiendo que esta fuerza vinculante sólo revista a las sentencias dictadas dentro del ámbito de control normativo de constitucionalidad.

Asimismo, si bien no de manera oficial, la Corte Suprema generó un debate entre los jueces ordinarios sobre la necesidad de analizar las atribuciones del Tribunal Constitucional para establecer si algunas eran excesivas. Por ejemplo, sobre la procedencia del recurso directo de nulidad con relación a los autos supremos emitidos

³⁹⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*El Tribunal Constitucional en el...*”, op. cit., p. 33 y sgtes.

por la Corte Suprema o sobre la procedencia del amparo contra decisiones judiciales pasadas en aparente calidad de cosa juzgada³⁹¹.

Por otra parte y como señalamos anteriormente, también se generaron tensiones con otros órganos del poder público, aunque con menor intensidad, a partir de otras motivaciones y con distintas justificaciones. Así, desde el órgano Legislativo a raíz de las sentencias constitucionales que declararon inconstitucionales algunas disposiciones legales emitidas por ese órgano de poder; desde el órgano Ejecutivo por la declaración de inconstitucionalidad de algunos Decretos Supremos o Resoluciones, y en otras porque no obtuvieron sentencias favorables; también desde las Fuerzas Armadas, por la emisión de sentencias que otorgaron tutela a las víctimas de los lamentables sucesos de

³⁹¹ A criterio de Edgar OBLITAS FERNÁNDEZ, ex-Presidente de la Corte Suprema de Justicia, cuando se dice que el Poder Judicial es el guardián de la Constitución asume una jerarquía superior al Ejecutivo y al Legislativo por la misma razón que la Constitución es superior a la Ley y al Decreto. Esta función sagrada está siendo cercenada para quitársela y entregársela al Tribunal Constitucional que prácticamente ha de resultar un Cuarto Poder. *“El proyecto de Reforma pudimos relacionarlo con el sistema español que tuvimos oportunidad de observar in situ, pero jamás pensamos que iba a ser mal copiado, ocurre que se copia no los principios generales de la Constitución del Estado sino más bien se incorpora al Proyecto normas de la Organización Judicial de la Justicia constitucional española”*. En igual sentido opina Hugo POOPÉ ENTRAMBASAGUAS, ex-Presidente de la Corte Suprema, opina que las reformas constitucionales aprobadas encubren una decisión política que busca amarrar al Poder Judicial, mutilar las potestades de la Corte Suprema. Piensa que se trata de “una posición política que lejos de llevar adelante la Reforma Constitucional verdadera y deseada por el país, intenta dar un golpe de mano dirigida contra la cabeza del Poder Judicial para el control constitucional. En su opinión, el proyecto de creación del Tribunal Constitucional ha nacido muerto, ya que su concepción equivale a tratar de ubicar un cuerpo cualquiera más allá del firmamento a sabiendas que el universo es infinito. Seguramente los creadores del Tribunal Constitucional, están previendo su creación para algún otro país, que en ningún caso puede ser Bolivia por no estar comprendido en el proyecto de reformas el art. 2º de la CPE. “la reforma dice que el Tribunal Constitucional es independiente de los demás órganos del Estado, contradice dicho art. 2º al no ser dicho Tribunal parte del Poder Judicial soberano, en momento alguno podrá ejercer funciones de soberanía jurisdiccional, *“el paso que se ha dado, a todas luces constituye una herejía jurídica”*. Opina que el mejor camino debería ser la creación de una Sala Constitucional en la Excma. Corte Suprema de Justicia que tendría competencia para conocer los recursos constitucionales y emitir dictámenes en casos de consulta en materia constitucional. Es un camino constitucionalmente viable. Más radical aún es Pastor ORTIZ MATTOS, que paradójicamente fue Magistrado del Tribunal Constitucional, antes de esta designación, señalaba que en la Ley de Necesidad de Reforma Constitucional se yuxtaponen los sistemas europeos y americanos; ya que por una parte el Tribunal Constitucional tendría la facultad de asumir conocimiento de los procesos de inconstitucionalidad en casos concretos y determinados (Art.122.inc. 2º de la Ley de N. de R. de la C.) ; y por otra parte, conocería demandas de carácter abstracto y remedial en las que la inconstitucionalidad se declararía respecto de todos. A criterio suyo no hay fusión de varios sistemas, sino una inaceptable yuxtaposición; por lo que considera que en la legislatura del nuevo período constitucional debía rechazarse la creación del Tribunal Constitucional y mantenerse el sistema que atribuye a la Corte Suprema de Justicia, el control de la constitucionalidad en Bolivia. GALINDO DECKER H., *“Tribunal Constitucional”*, Editorial Jurídica Zegada, La Paz, 1994, p. 60-65.

febrero de 2003³⁹², lo que a juicio de las Fuerzas Armadas constituyó un desconocimiento del fuero y la jurisdicción militar.

Estas tensiones, han sido claves a la hora de redactar la nueva Constitución en la que el Tribunal Constitucional pasará a ser un órgano de control de constitucionalidad plurinacional. Sin embargo, hasta la fecha no se sabe nada sobre si sus competencias serán restringidas, ya que sigue en plena vigencia la actual Ley del Tribunal Constitucional, aunque en este momento el órgano constitucional boliviano se encuentra paralizado por la renuncia de todos sus miembros, debido a presiones políticas que llegaron incluso a bloquear su presupuesto anual la pasada gestión. Pero este es un tema que analizaremos detenidamente más adelante.

Por el momento, consideramos que no todo está perdido ya que la justicia constitucional en Bolivia no ha sido suprimida, pese a los diversos rumores que hacían presagiar que así sucedería. Y es que tal como observa el constitucionalista José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ,³⁹³ estas ideas de supresión de la justicia constitucional, más que en fundamentos de orden jurídico constitucional, se sustentan en críticas a la labor del Tribunal Constitucional, críticas que en muchos casos tienen su origen en una inadecuada comprensión de la naturaleza jurídica del modelo de control de constitucionalidad vigente, de la nueva corriente de pensamiento constitucional en la que se sustenta la labor que viene desempeñando el Tribunal Constitucional, o en un desconocimiento de los alcances y resultados de la labor de este órgano constitucional.

A esos efectos, consideramos importante señalar que entre éstos argumentos se pueden citar el supuesto papel de legislador negativo que para algunos ostenta el Tribunal Constitucional, la peligrosidad que conlleva la vinculatoriedad de sus sentencias y la más clásica de todas, referente a la tensión entre justicia constitucional y ordinaria. En las líneas siguientes analizaremos los dos primeros argumentos, para establecer si realmente tienen algún asidero jurídico o legal o son meras excusas para que en Bolivia no exista un órgano de control de constitucionalidad, con las nefastas consecuencias que ocasionaría este retroceso democrático al Estado de Derecho boliviano. Con referencia

³⁹² Consultar las S.C. 0664/2004-R de 6 de mayo de 2004 y S.C. 1910/2004-R de 14 de diciembre. Disponibles en www.tribunalconstitucional.gov.bo.

³⁹³ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A. “*El Tribunal Constitucional en el nuevo...*”, op. cit., p. 35.

a las tensiones entre jurisdicción constitucional y ordinaria, al ser este un tema que generó una de las líneas jurisprudenciales más importantes creadas por el Tribunal Constitucional boliviano, lo analizaremos detalladamente en nuestro último capítulo.

III.11.1. Tribunal Constitucional: Legislador positivo, negativo o contralor de la constitucionalidad.

Para empezar a abordar este punto, es preciso recordar lo que hemos reiterado en los primeros capítulos de nuestra investigación y que está relacionado con el hecho de que en la actualidad los tribunales o cortes constitucionales de los diferentes Estados democráticos son los máximos guardianes e intérpretes de la Constitución.

Vale decir que las sentencias emitidas por la jurisdicción constitucional revisten una trascendental importancia porque a través de ellas se da concreción normativa a las cláusulas abstractas de la Constitución, convirtiendo los derechos políticos y abstractos en derechos jurídicos y concretos; se desarrollan las normas generales de la Constitución; se delimita el ámbito de competencias de los órganos del poder público, o se restablecen los derechos fundamentales y garantías constitucionales que fuesen vulnerados o desconocidos de manera ilegal o indebida.

En consecuencia, dada la trascendencia jurídica y política de sus decisiones, los Tribunales o cortes constitucionales al resolver las causas sometidas a su consideración interpretan la Constitución y las leyes, para lo cual emplean diversos principios en la labor de interpretación constitucional. Así, como hemos venido señalando, acuden con frecuencia a los principios de seguridad jurídica, conservación de la norma, unidad de la Constitución, concordancia práctica, eficacia integradora, o corrección funcional, entre otros. De igual manera, utilizan diversos criterios de interpretación, tales como la presunción de constitucionalidad, la previsión de consecuencias y la preferencia por los derechos humanos.

En ese contexto, la jurisdicción constitucional no puede sujetarse a fórmulas únicas predefinidas por el legislador en la emisión de sus sentencias, especialmente en lo que atañe a sus funciones de control normativo de constitucionalidad. En efecto, si bien es cierto que en principio las acciones de inconstitucionalidad están encaminadas a que el órgano constitucional verifique la compatibilidad o incompatibilidad de una disposición legal con los valores supremos, principios fundamentales, derechos y demás normas o preceptos de la Constitución, para que sobre esa base pueda declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada, no es menos cierto que, dados los supuestos referidos anteriormente, su decisión no puede reducirse a esa declaración formal; pues dependiendo de los elementos de juicio concurrentes, la aplicación de los principios y criterios de interpretación, el órgano constitucional con frecuencia se encontrará ante situaciones complejas que le obliguen a apartarse de las fórmulas clásicas para modular sus sentencias en cuanto a su contenido o a los efectos en el tiempo que algunas de sus resoluciones deben prever.

Por lo anterior, el empleo de fórmulas únicas en la emisión de las sentencias constitucionales como bien dice José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ³⁹⁴ presenta graves dificultades para la jurisdicción constitucional y riesgos para el Estado democrático constitucional,³⁹⁵

³⁹⁴ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*El Tribunal Constitucional en el...*”, op. cit., p. 39.

³⁹⁵ Así señala que de un lado, se presentan situaciones en las que una disposición legal contiene una norma que en una interpretación resulta conforme con la Constitución, pero en otra resulta incompatible con la Ley Fundamental, frente a lo que la jurisdicción constitucional se enfrenta al dilema de emitir una sentencia desestimatoria declarando constitucional la disposición legal impugnada o de emitir una sentencia estimatoria y declarar la inconstitucionalidad; cualquiera que sea la opción que se tome, existe el riesgo latente de mantener una norma inconstitucional en el ordenamiento jurídico o, en su defecto, expulsar una norma constitucional. De otro, en cuanto al efecto de la sentencia en el tiempo, el empleo de fórmulas únicas también presenta dificultades, pues la declaratoria de inconstitucionalidad simple es “pro futuro”, partiendo de la premisa de que el Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad, dispone la anulación de la norma no así la nulidad preexistente.

Estas situaciones en su opinión se constatan en la labor cotidiana de la jurisdicción constitucional, toda vez que al someter al juicio de constitucionalidad la disposición legal acusada de inconstitucional establece que la misma contiene distintas normas, las que a su vez admiten diversas interpretaciones razonables, de las que unas son compatibles con la Constitución y otras no. En esa situación, una sentencia de simple declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad no constituye el camino más correcto para resolver el conflicto y responder adecuadamente a la solución del problema planteado. Pues,

porque por un lado pueden presentarse situaciones en las que una disposición legal contiene una norma que en una interpretación resulta conforme con la Constitución, pero en otra presenta una incompatibilidad con la misma, frente a lo que la jurisdicción constitucional enfrenta el dilema de emitir una sentencia desestimatoria declarando constitucional la disposición legal impugnada o de emitir una sentencia estimatoria y declarar la inconstitucionalidad.

Es por esto que, volvemos a incidir sobre el tema, que las sentencias emitidas por la jurisdicción constitucional no pueden adoptar una modalidad única, al contrario, deben y tienen que adoptar distintas modalidades o tipos, ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión o desde el punto de vista de sus efectos temporales, es decir, desde el punto de vista del dimensionamiento de los efectos en el tiempo, o desde el punto de vista de los efectos en cuanto a las personas.

Como se ha podido observar, es evidente que lo señalado anteriormente, constituye la principal justificación para que la jurisdicción constitucional proceda a la modulación de sus sentencias, o si se quiere constituiría la razón fundamental en otorgar a los órganos constitucionales la potestad de que a tiempo de dictar sus sentencias realicen las modulaciones de las mismas en cuanto al contenido o a los efectos tanto en el tiempo cuanto con relación a los destinatarios.

si la jurisdicción constitucional declara la constitucionalidad de la disposición legal, manteniéndola en el ordenamiento sin efectuar ninguna aclaración, está admitiendo la permanencia de una disposición legal cuyas normas tienen ciertas interpretaciones que son contrarias a la Constitución, afectando su supremacía así como su integridad; en cambio, si la declara inconstitucional y la retira en su integridad está apartando del ordenamiento jurídico una disposición legal cuyas normas, en parte y sobre la base de la interpretación, son conformes a la Constitución, en cuyo caso la jurisdicción constitucional se estaría extralimitando en sus funciones, pues estaría anulando, por tanto retirando del ordenamiento, normas que no vulneran la Constitución. RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *“El Tribunal Constitucional en el...”*, op. cit., p. 40.

Ya para terminar, como claramente dice Jorge ASBÚN ROJAS³⁹⁶ el art. 3 de la Ley del Tribunal Constitucional³⁹⁷, tiene la virtud de ir más allá de la infracción directa de la Constitución, reconociendo que aquella puede tomar diversas formas, sea mediante la aprobación de una ley que no guarda la debida correspondencia con la misma, para lo cual existe el recurso de inconstitucionalidad, sea cuando el acto de un funcionario o particular, viola los derechos fundamentales, para lo cual existen las acciones tutelares. En consecuencia opina que el citado artículo tiene la virtud de reconocer también, los diversos niveles normativos que componen la Constitución, ya que la misma se halla integrada por contenidos dogmáticos: el llamado sistema de valores y por las normas prescriptivas o de carácter básicamente normativas.

En síntesis, es una realidad hoy en día que la justicia constitucional en el mundo³⁹⁸ ha dejado de tener el simple papel de “legislador negativo”, que tanto se criticó en el pasado para dar luz verde a una labor más activa en la que los órganos constitucionales dictan sentencias de distinto tipo, llámense interpretativas, integradoras, sustitutivas o aditivas respecto al contenido, o retroactivas, diferidas o inmediatas respecto a sus efectos. Lo que como hemos reiterado a lo largo de todas estas páginas, desde ningún puesto de vista, puede tomarse como una invasión a las atribuciones del órgano legislativo.

Es así que, el Tribunal Constitucional boliviano, al desarrollar su labor jurisdiccional interpreta la constitución y al mismo tiempo interpreta las

³⁹⁶ ASBÚN ROJAS J., “*El Control de Constitucionalidad en Bolivia: Evolución y Perspectivas*” en Derecho Procesal Boliviano, Academia de Estudios Constitucionales de Bolivia, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2004, p. 96-97.

³⁹⁷ Art. 3 de la Ley del Tribunal Constitucional:

“ARTICULO 3.- INFRACCION DE LA CONSTITUCION.- *La Constitución se tendrá por infringida cuando el texto de una ley, decreto, resolución o actos emanados de autoridad pública o de persona particular, natural o jurídica, sus efectos o su interpretación en relación a un caso concreto, sean contrarios a las normas o principios de aquella.”*

³⁹⁸ La modulación de las sentencias es una práctica cotidiana y muy arraigada en todos los tribunales o cortes constitucionales; así, se puede citar el caso del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el Tribunal Constitucional de Portugal y el Tribunal Constitucional de España, en Europa; el Tribunal Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica en América Latina.

leyes desde y conforme a la Ley Fundamental buscando el sentido de la ley que se ajuste más a la misma. En esa tarea extrae las normas implícitas, no expresas, contenidas en la Constitución Política del Estado, que sean idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política; de otro lado, al realizar la interpretación constitucional de las leyes encuentra que una disposición tiene varias normas y de esas normas algunas son compatibles con la Constitución, en cambio, otras son contrarias o incompatibles con las normas constitucionales; entonces conserva en el ordenamiento jurídico las que son compatibles, declarándolas constitucionales y expulsa del ordenamiento jurídico aquellas que son incompatibles declarándolas inconstitucionales, en esos casos dicta una sentencia interpretativa declarando la constitucionalidad de la disposición legal impugnada sujeta a la interpretación realizada.

En cualquier caso, como dice José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ³⁹⁹ no se puede decir que el Tribunal Constitucional legisla positivamente, pues no está creando leyes sino está extrayendo normas implícitas de las disposiciones legales existentes o, en su defecto, está estableciendo el sentido preciso de una disposición legal y su respectiva norma a partir de una interpretación conforme con la Constitución.

Con referencia al ámbito tutelar y en especial al amparo constitucional, diremos, por ahora, que el Tribunal Constitucional al desarrollar su labor jurisdiccional e interpretar la Constitución o las leyes conforme a la Ley Fundamental, se encuentra con disposiciones constitucionales o legales generales, abstractas, con cláusulas abiertas. Entonces para otorgar protección a los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas debe dar concreción normativa a esas cláusulas generales y abstractas creando sub-reglas que tienen por finalidad otorgar una concreción jurídica a los derechos fundamentales consagrados por la Constitución, así como posibilitar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico constitucional y legal ordinario; y no como

³⁹⁹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*El Tribunal Constitucional en el...*”, op. cit., p. 40.

afirman algunos sectores doctrinales ejercer como legislador positivo, toda vez que las sub-reglas jurisprudenciales, a diferencia de las leyes, no tienen alcance general, sólo son aplicables a casos concretos que tengan analogía en los supuestos fácticos. Luego, el Tribunal Constitucional no crea arbitrariamente, sino que extrae de las normas implícitas que contienen las disposiciones constitucionales y legales ordinarias aplicando los sistemas de interpretación constitucional.

Este último, es si duda el nudo gordiano de nuestra investigación, por lo que incidiremos sobre el mismo a lo largo de las páginas que siguen. Por el momento es importante recordar a quiénes pretenden desconocer la labor interpretativa de los jueces en general y del Tribunal Constitucional en particular que una de las directrices del Constitucionalismo contemporáneo, como signo característico del Estado democrático constitucional, es que la interpretación de la Constitución y las leyes desde y conforme a la Constitución es una tarea inherente a la misión del control de la constitucionalidad.

III.11.2. Jurisprudencia constitucional: Flexible o contradictoria.

Empecemos, señalando que para comprender en su verdadera magnitud lo que significa jurisprudencia constitucional y la fuerza vinculante que impregna a ésta, se debe establecer que no todo lo expuesto en la parte de los fundamentos jurídicos de la sentencia constituye jurisprudencia en sentido estricto, sino aquellas partes en las que el Tribunal Constitucional interpreta, integra o relaciona las normas de la Constitución o de la legislación ordinaria de conformidad con la Ley Fundamental. Momento a partir del cual establece criterios mínimos respecto a la comprensión o entendimiento y los alcances de las normas constitucionales o legales ordinarias aplicables al caso concreto y en lo relativo a la solución de controversias planteadas en los mismos términos⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Esa parte se conoce como la *ratio decidendi*; lo que significa que aquellos párrafos aislados de los fundamentos jurídicos, argumentos, conocidos por la doctrina como *obiter dictum*, no tienen por sí mismos el valor que se atribuye a la jurisprudencia, por cuanto ella exige la interpretación de las normas jurídicas en un mismo sentido, ante situaciones semejantes, es decir, la aplicación de criterios similares en

La anterior precisión es de vital importancia porque la mayoría de críticas sobre el tema realizadas al Tribunal Constitucional, en gran medida, son fruto de un inadecuado entendimiento de la naturaleza jurídica y alcance de la jurisprudencia constitucional, así como de las condiciones y requisitos que deben cumplirse para aplicar la misma.

Efectivamente, se han formulado críticas señalando que el Tribunal Constitucional estaría generando jurisprudencia contradictoria, al cambiar con mucha frecuencia el contenido de sus sentencias. Incluso con el referido argumento, algunos profesionales han planteado la tesis de que se suprima el Tribunal Constitucional y se encomiende la labor de control de constitucionalidad a una sala de la Corte Suprema de Justicia⁴⁰¹.

Ahora bien, retomando el tema de la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional debemos recalcar que esta fuerza vinculante es la que se constituye en una fuente del Derecho. Lo que conlleva a afirmar que es la *ratio decidendi* de la sentencia la que tiene el carácter vinculante porque

la labor hermenéutica del juzgador, entre otras cosas, para no sacrificar por la arbitrariedad el derecho fundamental de la igualdad ante la ley.

⁴⁰¹ Así se manifestaron diversos abogados y los propios Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre ellos: Germán GUTIÉRREZ GANTIER: “Una de las joyas de la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución es el Tribunal Constitucional, con el que se disminuye la capacidad, funciones y atribuciones de la Corte Suprema. Pleno de Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “**El proyecto ha sido redactado por cuatro asesores extranjeros, un español, un argentino, un brasilero, y no se si un venezolano o costarricense aquí se nota la mano del español. Funciona el Tribunal Constitucional en países federados, no en un país unitario como el nuestro; no puede haber un Tribunal Constitucional en éste país, respaldemos el criterio de la Corte Suprema que debe haber una Sala Constitucional en la Corte Suprema para que de esta manera no se constituya otro órgano y otro Poder; basando su criterio en lo establecido en el art. 21 de la CPE que establece que el ejercicio de la soberanía nacional, está encomendada exclusivamente a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que cumplen sus funciones en forma independiente y coordinada. En el Tribunal Constitucional que se pretende crear en base a la Ley de Necesidad de Reforma Constitucional, se constituirá en Súper Poder completamente independiente de lo tradicionalmente establecido y con facultades jurisdiccionales que en todos los países son propias del Poder Judicial. Lo correcto sería crear una Sala Constitucional dentro del actual Tribunal Supremo, elevando para ello el número de Ministros.**” GALINDO DECKER H., “Tribunal Constitucional...”, op. cit., p. 60-71.

es en esa parte de la sentencia en la que se consigna la doctrina y las sub-reglas creadas por la jurisdicción constitucional⁴⁰².

Y es que, tal y como observa José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ,⁴⁰³ dada la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional esta se constituye en un precedente obligatorio; concurra como condición o requisito esencial la analogía de los hechos. Es decir, los supuestos fácticos del caso concreto en el que se pretende aplicar la jurisprudencia constitucional deben ser análogos a los supuestos fácticos del caso concreto resuelto mediante la sentencia constitucional en la que se creó la jurisprudencia o precedente obligatorio; pues si no existe esa analogía, no puede aplicarse de manera alguna la jurisprudencia o precedente obligatorio⁴⁰⁴.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en el 004/2005-ECA, de 16 de febrero, desarrollando la siguiente doctrina constitucional:

⁴⁰² Cabe advertir que la parte resolutive o *decisum* de la sentencia constitucional, en resguardo del derecho al debido proceso, vincula solamente a las partes que participaron en la controversia judicial, salvo aquellos casos de acciones colectivas o cuando el ordenamiento constitucional confiere efectos *erga omnes* a la resolución, como es el caso de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la norma sometida al control de constitucionalidad. En consecuencia, en las sentencias dictadas en las acciones tutelares, la parte que tiene el carácter vinculante general es la *ratio decidendi*, en cambio el *decisum* o la parte resolutive sólo vincula a las partes que intervienen en el proceso.

⁴⁰³ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*El Tribunal Constitucional en el...*”, op. cit., p. 45.

⁴⁰⁴ En la práctica cotidiana suceden los siguientes problemas que impiden la aplicación de una jurisprudencia constitucional por parte del Tribunal Constitucional:

a) algunos profesionales abogados que patrocinan o defienden procesos constitucionales, o los jueces y tribunales que resuelven determinados casos concretos sometidos a su conocimiento, invocan como jurisprudencia o precedente obligatorio el *obiter dictum*, es decir, aquellas reflexiones o pasajes contenidos en la parte motiva de la sentencia, expuestos por el Tribunal Constitucional por una abundancia argumentativa propia de la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad; y

b) los profesionales abogados invocan y piden la aplicación de jurisprudencia constitucional al caso concreto a resolverse por el Tribunal Constitucional, por la vía de las acciones de tutela o recursos de inconstitucionalidad, sin que exista analogía de los supuestos fácticos del caso planteado con los supuestos fácticos del caso que fue resuelto por la sentencia que creó la jurisprudencia constitucional. Ante las situaciones referidas, el Tribunal Constitucional no aplica la jurisprudencia invocada, en el primer caso porque no corresponde ya que el *obiter dictum* no constituye jurisprudencia, por lo tanto no es un precedente obligatorio, y en el segundo caso, por no existir analogía, lo que obliga al Tribunal Constitucional a resolver el caso concreto con otros fundamentos jurídicos, hecho que luego es presentado, por los críticos del sistema, como si se tratase de contradicción a la jurisprudencia constitucional ya existente, cuando en realidad no existe tal contradicción.

“Con carácter previo al análisis del fondo de la solicitud que antecede, resulta necesario efectuar algunas precisiones respecto al efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional prevista por el art. 44.I de la LTC. Al efecto, cabe señalar que el carácter vinculante de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional, significa que la doctrina constitucional creada, así como las sub reglas extraídas de las normas implícitas de la Constitución, contenidas en las Sentencias Constitucionales, tienen que ser aplicadas obligatoriamente por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos.

En consecuencia, la aplicación del principio de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía, vale decir que los supuestos fácticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos fácticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio, desde otra perspectiva, cuando no existe la concurrencia de la analogía entre los supuestos fácticos no puede exigirse la aplicación de la jurisprudencia o el precedente obligatorio.

De otro lado, corresponde también aclarar que la jurisprudencia con efecto vinculante es la que contiene la ratio decidendi de la sentencia constitucional, es decir, aquellas partes que consignan los fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutive, de tal forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquella, es la parte en la que se consigna la doctrina y las sub reglas que se constituyen en precedente obligatorio; más el obiter dictum, es decir, aquellas reflexiones o pasajes contenidos en la parte motiva de la sentencia, expuestos por el Tribunal Constitucional por una abundancia argumentativa propia de la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad, no tienen efecto vinculante, de manera que para exigir la aplicación obligatoria de un precedente debe tenerse el cuidado de identificar que se trata de la ratio decidendi”.

Consideraciones aparte, sobre el valor del precedente constitucional, nos parece adecuado señalar que si bien el respeto al precedente es de suma importancia en un Estado de Derecho; empero, tal cual advierte José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁴⁰⁵ éste no es un valor absoluto, por lo mismo no debe ser considerado como algo irrevisable o inmodificable, lo que significa que la regla admite excepciones.

En este contexto, se puede afirmar que la Constitución formal responde a una Constitución material que es dinámica y cambiante justamente porque se entiende que los criterios interpretativos adoptados en una determinada realidad económica, social, política y cultural pueden modificarse debido al cambio de esa realidad. De manera que la interpretación de ciertas normas que pudo haber sido útil y adecuada para resolver determinados conflictos en un determinado momento, podrían resultar inadecuados e inaceptables para resolver casos similares en otro contexto histórico.

En resumen, consideramos que es necesario establecer una excepción a la regla del respecto al precedente permitiendo a los jueces o tribunales apartarse de sus propios precedentes. De hecho, la doctrina lo reconoce así y, en la práctica, los propios órganos constitucionales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez pueda distanciarse de sus propios precedentes. Sin embargo, cabe advertir que de ninguna forma esto importa una discrecionalidad que pueda llevar a desconocer la seguridad jurídica; tal permisión debe estar sujeta a límites como el de la debida y adecuada motivación o fundamentación de las razones o causas que llevan al juez apartarse de sus decisiones previas.⁴⁰⁶

Es evidente que a lo largo de este Capítulo se ha intentado dar un esbozo de lo que ha sido la justicia constitucional en Bolivia, antes y después de la

⁴⁰⁵ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*El Tribunal Constitucional en el...*”, op. cit., p. 46.

⁴⁰⁶ Ello sucede incluso en los sistemas del derecho jurisprudencial, como el *Common Law*, en donde el derecho derivado de los precedentes judiciales o “*case Law*” es fuente básica del ordenamiento jurídico, el principio del “*stare decisis*” o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto, puesto que las más altas Cortes admiten que pueden apartarse de un precedente, con el fin de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencial.

creación del Tribunal Constitucional. Por otro lado, como ya decíamos en las páginas iniciales de este capítulo, después de un proceso constituyente y un referéndum este año se ha aprobado una nueva Constitución en Bolivia, de la cual muy poco se sabe hasta el momento. Porque, si bien es cierto que modifica esencialmente la estructura del Estado, es más evidente aún que su implementación plena, en este momento, no es posible por los nuevos órganos que crea la misma y cuya ejecución, en nuestra opinión, requerirá de varios años.

Esto último, en resumidas cuentas, es lo que ha provocado que en Bolivia actualmente se viva en una total inseguridad jurídica ya que, por un lado, la aplicación íntegra del nuevo texto constitucional, como ya señalamos es muy complicada, y por otro lado, las leyes formuladas con la anterior Constitución tienen plena vigencia al no haber sido derogadas. A todo esto se suma la falta de control de constitucionalidad en Bolivia por la paralización del Tribunal Constitucional, por diversos motivos políticos que no es ocasión de tratar en este momento. En este entendido no queda más que esperar que se implemente íntegramente la nueva Constitución y se aplique el nuevo modelo de justicia constitucional en Bolivia.

Por lo tanto, en el próximo Capítulo analizaremos, de la mano de los constitucionalistas bolivianos y también extranjeros la grave situación política, social y jurídica que atraviesa Bolivia, los cambios que ocasionará a primera vista la referida Constitución en la realidad social, política y sobre todo en la justicia constitucional boliviana. Sin embargo no queremos terminar, sin antes recordar que desde 1982, Bolivia viene transitando el sendero de la construcción democrática, partiendo de un profundo proceso de reformas estructurales del Estado. El Tribunal Constitucional, a través del desarrollo del Derecho Jurisprudencial basado en la interpretación de la Constitución y la creación de la doctrina constitucional, ha contribuido al fortalecimiento de la democracia, ha dado concreción efectiva a la democracia participativa, ha fortalecido el sistema constitucional adoptado por el constituyente, desarrollando una sólida doctrina constitucional sobre la base de la interpretación de la Constitución y de las leyes desde y

conforme la Constitución. Doctrina que ha permitido identificar el sistema de valores supremos y los principios fundamentales, sobre cuya base se estructura el Estado social y democrático de Derecho, ha saneado el ordenamiento jurídico, ha garantizado la plena vigencia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Estas afirmaciones se pueden constatar en la amplia jurisprudencia contenida en las más de 13.000 sentencias constitucionales que ha dictado el Tribunal Constitucional boliviano a lo largo de estos años.

Es por esto que a pesar de las críticas que algunos sectores pronunciaron en el momento de la implementación del Tribunal Constitucional, de que éste se convertiría en un órgano político dejando de lado la faceta constitucional⁴⁰⁷, coincidimos plenamente con René BALDIVIESO GUZMÁN⁴⁰⁸ cuando señala que no podría darse la plena al menos la aceptable efectividad de un régimen democrático, si estando obstaculizado su funcionamiento por el poder gubernamental o por otros órganos dependientes, y aún por sectores sociales no gubernamentales, en un Estado de Derecho, no se tuviera un órgano jurisdiccional competente, a la vez que independiente para hacerlo viable.

⁴⁰⁷ En este sentido es muy ilustrador el discurso del primer Presidente del Tribunal Constitucional boliviano, Pablo DERMIZAKY PEREDO, al inaugurar un Seminario en noviembre de 1999, honra el pensamiento de los jueces más esclarecidos y profesores del Derecho Constitucional, entre los cuales recordaba en primera línea, al Maestro Manuel GARCIA PELAYO, Primer Presidente del Tribunal Constitucional español quien al inaugurar sus labores el 12 de julio de 1980 decía: *“Asegurar esa sumisión de la política al derecho, y no producir decisiones políticas en forma jurisdiccional es la delicada y alta tarea que se nos ha encomendado. Para llevarla a cabo con éxito se necesita, ciertamente, de nuestro propio esfuerzo, pero también, sin duda, de la sincera colaboración de todos los actores de nuestra vida política. Unos y otros hemos de renunciar a la tentación de hacer del Tribunal un órgano político, desvirtuando su auténtica naturaleza”*. Proseguía señalando que *“Para quienes integramos el Tribunal, para el Tribunal mismo, la resistencia a esa tentación implica el mantenimiento de una firme y constante actitud de renuncia a incurrir en lo que se ha llamado el gobierno de los jueces, que es una patente y posible deformación del régimen democrático. Nuestras decisiones, aún elaboradas y fundamentadas en estrictos criterios jurídicos, tendrán efectos políticos, tanto respecto a la acción del Estado, como respecto a las posiciones del poder de los distintos grupos políticos, pero esos efectos serán consecuencia necesaria del juego de las normas, nunca de una deliberada decisión política del Tribunal.”* DERMIZAKY PEREDO P., *“El Control de Constitucionalidad en Bolivia, Balance de un Año de Ejercicio Jurisdiccional”* en Derecho Procesal Constitucional Boliviano, Academia de Estudios Constitucionales Bolivianos, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2000, p. 116.

⁴⁰⁸ BALDIVIESO GUZMÁN R., *“Tribunales Constitucionales y Democracia”*, en X Seminario Internacional de Justicia Constitucional en el Siglo XXI, Memoria N° 11, Sucre, 2008, p. 27-28.

En este entendido, si asumimos que una jurisdicción constitucional, dentro de un sistema jurídico-político, significa la culminación del proceso de desarrollo del Estado de Derecho, o dicho en palabras de Manuel GARCÍA PELAYO⁴⁰⁹, la transformación del Estado legal de Derecho en Estado Constitucional de Derecho, entonces, no es ningún desatino afirmar que el sistema político- constitucional boliviano comenzó a dar visos de ser un Estado Constitucional de Derecho sólo a partir del año 1994, fecha en la que por fin se realizaron las reformas a la Constitución y se implementó la jurisdicción constitucional en Bolivia.

⁴⁰⁹ GARCÍA PELAYO M., “*Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*”, en *Obras Completas*, T. III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 3029.

CAPÍTULO IV

LUCES Y SOMBRAS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA

IV.1. El modelo de Estado Boliviano plasmado en la nueva Constitución.-

En Bolivia, “*la exclusión, la pobreza, la corrupción, la falta de oportunidades, la grave crisis institucional*”⁴¹⁰, afirman de modo generalizado, los impulsores del nuevo texto constitucional, han sido una constante a lo largo de toda su historia constitucional. Sin embargo, son muy aisladas las voces que consideran que muy poco del contenido del texto constitucional todavía vigente, tiene que ver con las situaciones referidas y en realidad ellas son más bien producto del constante y deliberado incumplimiento del orden constitucional.

Efectivamente, tal y como nos recuerda Jorge ASBÚN ROJAS,⁴¹¹ la Constitución de 1994, entre otros elementos, expresaba un orden republicano, que tenía como base la dignidad y la igualdad de las personas, prohibía toda clase de discriminación, respetaba y promovía el pluralismo, reconocía el carácter multicultural de la sociedad y en lo económico, tenía como principio la justicia social.

⁴¹⁰ En el debate realizado por los constituyentes del partido oficialista se esgrimió como argumento el hecho de que el pueblo boliviano, expresado en el conjunto de las bolivianas y bolivianos, pertenecientes a las comunidades urbanas de diferentes clases sociales y naciones, pueblos indígenas originarios, campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianos; han manifestado su voluntad de reconstruir las identidades de naciones y pueblos indígenas cuya preexistencia histórica y cultural ha sufrido una exclusión permanente durante la vida colonial y republicana, ignorándose sus derechos sobre territorios ancestrales, instituciones, sistemas jurídicos, políticos, idiomas y cultura. Las desigualdades económicas y sociales han profundizado las diferencias e injusticias sociales, institucionalizando un sistema político y jurídico excluyente de las grandes mayorías. Por ello para los miembros del actual gobierno boliviano la nueva Constitución tienen como premisa fundamental: “*la refundación de Bolivia para la construcción de un Estado basado en los principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine el bien común de respeto a la diversidad económica, social, jurídica, política y cultural de todos sus habitantes; generando bienestar colectivo, con salud, trabajo, educación y vivienda para todos*”. Marcándose el objetivo de crear “*un Estado Plurinacional Comunitario que se integre y articule en los objetivos de construir una Gran Comunidad Latinoamericana que sea portadora e inspiradora de la paz y el desarrollo integral, armónico y de autodeterminación de nuestros pueblos*”. Información Obtenida de los Debates Constituyentes, Comisión de Visión del País, Disponible en la Biblioteca y Archivo Nacional de Bolivia-Sucre, Consultado en diciembre de 2008.

⁴¹¹ ASBÚN ROJAS J., “*Porqué hay que votar No en el referéndum del 25 de enero: El grave déficit democrático e institucional del proyecto de Constitución*”, El Ensayo corresponde al estudio sobre el proyecto de Constitución que esta patrocinando por el Instituto PRISMA, p. 1.

A pesar de ello, en la praxis, los acuerdos, pactos y decisiones políticas en Bolivia, lamentablemente, han servido para saltarse el orden constitucional, pocas veces para cumplirlo, porque en nuestro país siempre se antepone lo político a toda institución e incluso a los derechos y libertades ciudadanas. Por ello, continuar responsabilizando a la Constitución de todos los males que padece el país y absolver a los políticos y sus veleidades y a los ciudadanos y su falta de responsabilidad ciudadana, es cuando menos, no identificar adecuadamente el problema.

De cualquier forma, si asumimos que la voluntad reiterada de la ciudadanía boliviana se ha expresado por el cambio, se supone que este cambio debe entenderse más o menos como nada de lo anterior. Lo anterior, según los impulsores del nuevo texto constitucional, es el sistema basado en la prebenda, la exclusión, la corrupción, la intolerancia, el cuoteo, la prepotencia, la entrega de los recursos naturales, la impunidad, la violencia, el neoliberalismo, la arrogancia, el racismo, el favoritismo, la xenofobia, el sexismo, el colonialismo, la mentira, la pobreza, los negociados, el separatismo, etc. Salvo algún término polisémico, todas son categorías con las que es imposible estar de acuerdo, y refuerzan el concepto de la necesidad del cambio.

Por lo que, como señala Carlos Hugo MOLINA,⁴¹² se supone que todo el trabajo político estratégico del actual gobierno ha estado orientado a lograr este cambio. Con lo que la inferencia lógica sería que cuando la nueva Constitución Política del Estado entre en vigencia plena se concretará realmente este cambio y lo que es más importante aún, cuál será la base para el mismo.

Se trata, sin duda, de un tema muy amplio. Por ello trataremos de centrarnos en el contenido que nos ocupa en esta investigación: es decir, en la nueva concepción de la justicia constitucional que recoge la misma. Sin embargo, consideramos importante aunque sea a grandes rasgos, abordar la nueva concepción de Estado a la que se enfrenta Bolivia, partiendo del proceso constituyente que dio lugar a la nueva Constitución boliviana.

⁴¹² MOLINA C.H., “*Crónica Deshilvanada sobre los Caminos de la Democracia Boliviana para Reinventarse de una Manera tan Peculiar y Provocadora*”, Artículo disponible en www.columnistas.net, p. 27.

IV.1.1. El proceso constituyente.

Para referirnos al proceso constituyente, previo a la aprobación de la nueva Constitución boliviana, debemos ubicarnos en la situación social, política y económica en la que se efectuó el mismo. En este sentido debemos señalar que Bolivia a lo largo de su historia no logró consolidarse como un Estado nacional con un sistema constitucional sólido y un régimen social, económico y político de inclusión, basado en los valores supremos de la dignidad humana, la igualdad y la justicia entre otros. Gran parte de culpa, por no decir casi toda, de esta situación la tuvieron los actores políticos que detentaron el poder del Estado boliviano, quienes no tuvieron una adecuada visión de la realidad nacional y por ello no lograron consolidar la unidad en la diversidad, sino que por el contrario intentaron construir un país homogéneo siendo su base social esencialmente heterogénea. Fue en este contexto que el 6 de agosto de 2006 se instaló la Asamblea Constituyente con la misión de reformar totalmente la Constitución, para adoptar un nuevo pacto social y político de inclusión, teniendo como premisas las detalladas por José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ:⁴¹³

- a) Sentar las bases institucionales para superar la crisis social, política y económica por la vía democrática con una verdadera participación ciudadana.
- b) Sentar las bases materiales para la distribución y redistribución equitativa de la riqueza social, reafirmando el dominio originario del Estado sobre el suelo, subsuelo y vuelo, así como los recursos renovables y no renovables;
- c) Sentar las bases para la construcción de la unidad nacional respetando la diversidad étnica y cultural de género, generacional y regional;

⁴¹³ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución*”, Industrias Gráficas Serrano, La Paz, 2008, p. 14-16.

- d) Establecer los mecanismos para integrar materialmente a los pueblos indígenas y las comunidades campesinas al sistema constitucional;
- e) Aproximar el Estado al ciudadano, para devolverle la confianza y credibilidad y recuperar el respeto del ciudadano hacia el Estado, distribuyendo territorialmente el ejercicio del poder político.

La Asamblea Constituyente boliviana, en su instalación, organización y funcionamiento estuvo regulada por: **a)** la Constitución Política del Estado de 1994, en lo que concierne a los principios democráticos, los valores supremos, principios fundamentales y derechos y garantías constitucionales de las personas; **b)** las normas previstas por la Ley N° 3364 de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, en cuanto se refiere al número de sus miembros, el sistema de elección de los asambleístas, el límite de funcionamiento, la votación requerida para aprobar la Constitución, organización y funcionamiento interno, sistema de ratificación y promulgación de la nueva Constitución y **c)** el Reglamento Interno⁴¹⁴, en lo que concierne a la organización interna y el funcionamiento mismo de la Asamblea Constituyente. De este modo la referida Ley de Convocatoria N° 3364 fijó una franja de tiempo para el funcionamiento de la Asamblea Constituyente, un mínimo de seis meses y un máximo de un año, computable desde sus instalación que se realizó, como dijimos antes, el 6 de agosto de 2006⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Sobre este tema no es casual que una de las dificultades más evidentes en el debate constituyente se produjese respecto al artículo primero del Reglamento, que establece el carácter de la Asamblea Constituyente, calificándola de originaria, fundacional y plenipotenciaria, aludiendo a su origen político y a las demandas de inclusión y representatividad que reclaman los denominados pueblos originarios. Mientras ésa era la propuesta de las y los asambleístas del MAS, la oposición planteaba una Asamblea derivada, aludiendo a las condiciones de legislación e institucionalidad pre-existentes en el país antes de la convocatoria y la instalación de la asamblea. El otro tema de difícil solución fue el artículo 70 del Reglamento, que se refiere a la forma de aprobación del contenido del texto constitucional. La oposición pugnaba por dos tercios, como fue establecido de común acuerdo en la Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente aprobada en el Congreso ese año, mientras que el MAS proponía mayoría absoluta, es decir, 51 por ciento más uno. Al final, se acordó una fórmula mixta, que como veremos más adelante tampoco fue respetada. Información obtenida de los Debates Constituyentes, Primera Reunión Extraordinaria, Disponibles en la Biblioteca y Archivo Nacional de Bolivia-Sucre, Consultados en diciembre de 2008.

⁴¹⁵ Sobre el tema Eduardo VIRGALA FORURIA señala que los plazos en cualquier proceso constituyente han de ser siempre concretos, lo no quiere decir que deban corresponder a una fecha del calendario. Puede ser también un lapso de tiempo computado en días, meses o años, que es lo más corriente, y también es

Sin embargo, la Asamblea Constituyente, debido a diversos factores, no cumplió los plazos de funcionamiento señalados precedentemente, pues al 7 de agosto de 2007, aún no se había aprobado el nuevo texto constitucional y es más, no había llegado a consensuarse ni un sólo artículo del mismo. Es a partir de este momento cuando empiezan a cometerse una serie de irregularidades que concluyeron con la aprobación de la nueva Constitución en un recinto militar, con la ausencia de los constituyentes opositores al Gobierno, mientras la población reclamaba la disolución de la Asamblea Constituyente y por ende la no aprobación de la nueva Constitución⁴¹⁶. Cabe advertir que la referencia a estos hechos es muy importante ya que en la aprobación del nuevo texto constitucional no se tomaron en cuenta las actas de debates de más de un año de trabajo de la Asamblea Constituyente y la nueva Constitución fue aprobada tanto en grande como en detalle, sin debatir ni un sólo artículo de los 411 que contiene el nuevo texto⁴¹⁷.

posible señalar el plazo final a través de la verificación de un hecho seguro pero incierto en el tiempo, es decir, un acontecimiento concreto siempre que consista en un suceso verificable con certeza. Con respecto a esto último se señaló en su día que es posible pero difícil de concebir. Sin embargo, los ejemplos que pueden aportarse son variados: la aprobación de la siguiente ley de presupuestos, la celebración de elecciones europeas. Lo que no caben son los plazos vagos, aleatorios, sin referencia a ningún fenómeno cierto como los de las expresiones «mientras persistan las actuales condiciones económicas» o «plazo más breve posible», etc.; ya que en su opinión, entonces no serían plazos, sino meras muestras de confianza en el ente encargado que no encajarían en la temporalidad diseñada por la Constitución. En resumen para el citado autor debe señalarse un momento verificable sin dar lugar a dudas de ninguna clase, pudiendo ser una fecha, un tiempo computable en días, meses o años, o un suceso cierto. Por último una vez sentado el principio de que el plazo ha de existir y ha de ser concreto (aunque no datable), la tarea más importante es la de determinar los momentos inicial y final de ese cómputo. Veremos que en el proceso constituyente el tema de los plazos jamás fue cumplido y fue una manera de alargar el período constituyente con la intención de hacerlo indefinido. VIRGALA FORURIA E., “*Los actos no legislativos en la Constitución Europea*”, Disertación presentada en las “Jornadas sobre la Constitución europea” celebradas en Granada los días 30-31 de marzo de 2005.

⁴¹⁶ Son varios los constitucionalistas que han expresado su rechazo a la nueva Constitución boliviana, entre ellos Jorge ASBÚN ROJAS, para quien la Asamblea Constituyente y el Congreso aprobaron las reformas constitucionales incumpliendo las normas procedimentales que se encontraban vigentes para ese efecto. En un Estado de Derecho el incumplimiento de una regla procesal afecta a la decisión misma, pues el ordenamiento jurídico aspira a que las personas -gobernantes y gobernados- se conduzcan respetando unas reglas prefijadas. ASBÚN ROJAS J., “*“Porqué hay que votar No en el referéndum del 25 de enero...”*”, op. cit., p. 2.

⁴¹⁷ Al respecto se ha elaborado un pequeño resumen de la situación que se vivió en Bolivia los días previos a la aprobación del nuevo texto, extractado de la prensa nacional de la fecha: La Constitución boliviana fue aprobada únicamente por los asambleístas oficialistas. Logrando el Partido oficialista hacerse con el voto de 136 de los 138 asambleístas presentes (de 255 elegidos en 2006),

En consecuencia, además esta decir, que el pacto social y político adoptado y expresado por la nueva Constitución, no fue el resultado de la concurrencia de todos los sectores y actores sociales y políticos representados en la Asamblea Constituyente; por lo tanto como establece José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁴¹⁸ no fue un pacto de inclusión, sino de exclusión.

Cabe advertir, que la serie de irregularidades no terminó ahí, ya que el 25 de enero de 2009 se realizó un Referéndum Nacional para someter a votación popular el nuevo texto constitucional; proceso que pese a estar plagado de innumerables denuncias de fraude al padrón electoral, siguió adelante. Habiéndose finalmente aprobado el texto de la Constitución por el 60% de los votos. La oposición del 40% de la población ha traído dificultades al Gobierno a la hora de desarrollar la nueva Constitución; ya que los departamentos donde ganó el “no a la nueva Constitución” son los que tienen los recursos gasíferos de toda Bolivia y hasta el momento

mientras en los alrededores del Liceo Militar de Sucre, capital oficial del país, seguían los disturbios que causaron al menos tres muertos y cien heridos. De esta forma la mayoría oficialista aprobó, sin debate, la nueva Constitución, faltando confirmar su ratificación y aprobarla “en detalle”. En la misma sesión se decidió cambiar la sede de la Asamblea Constituyente a la ciudad de Oruro, afin al Presidente del Gobierno. Fue así que el 14 de diciembre de 2007, tras más de trece horas de sesión ininterrumpida en una instalación universitaria, el proyecto de Constitución, fue votado, sin previo debate, artículo por artículo, por dos tercios de los 164 asambleístas presentes, de los 255 elegidos en 2006. La mayoría de los asambleístas del principal partido opositor, el derechista Poder Democrático y Social (Podemos), no asistió a la sesión, pero un grupo irrumpió en las instalaciones universitarias a primera hora de la tarde del sábado para denunciar que la reunión celebrada era "ilegal". Sí participaron los constituyentes del partido opositor de centro Unidad Nacional (UN), que denunciaron reiteradamente los "atropellos" a la legalidad cometidos en la sesión. El lugar de la reunión permaneció cercado desde la medianoche del sábado por campesinos, mineros y grupos de jóvenes afines al Presidente Evo Morales para garantizar la seguridad de las deliberaciones.

De entre los 409 artículos de la nueva Constitución, el primero de ellos fue también el primero en aprobarse: *"Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, autonómico y descentralizado, independiente, soberano, democrático e intercultural. Se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país"*. Posteriormente tras una negociación política entre el primer mandatario y el vicepresidente Alvaro García con los prefectos (gobernadores) de los departamentos donde se hallan los más tenaces opositores del gobierno. El Congreso modificó unos 100 artículos; modificaciones que únicamente se refieren a la forma y que en ningún caso cambian el fondo del nuevo texto constitucional. Es así que el referido texto constitucional fue aprobado; estableciéndose una Ley por la cual sería sometido a votación popular mediante referéndum programado para el 25 de enero de 2008. Para mayor información se pueden consultar los siguientes matutinos diarios: “Correo del Sur”, “La Razón”, “La Prensa”, “El Deber”, “El Diario”, “El Nuevo Día”, entre otros, de la primera quincena de diciembre de 2007. Disponibles también en el portal informático: www.laprensaescrita.com/america/bolivia.

⁴¹⁸ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *“Hacia la Nueva Constitución ...”*, op. cit., p. 20-21.

se niegan a aceptar el nuevo texto constitucional; produciéndose habitualmente enfrentamientos entre el Gobierno y los ciudadanos que ya han segado la vida de decenas de bolivianos.

Ahora bien, aunque no sea este el tema principal de nuestra investigación, está íntimamente relacionado con el mismo porque para hablar de control de constitucionalidad es preciso contar con un texto constitucional en el que todos los bolivianos se sientan incluidos. Lamentablemente este no es el caso, ya que como bien dice Pablo DERMIZAKY PEREDO⁴¹⁹ la nueva Constitución boliviana ha nacido con defectos incurables de ilegalidad, con malformaciones elefantiásicas en su redacción y con impropiedades de conceptos que la desfiguran totalmente.

IV.1.2. La eliminación de la república como base de la organización del Estado.

Antes de abordar las modificaciones que la nueva Constitución boliviana implementa respecto a la organización del Estado boliviano es preciso, como bien dice Ángela FIGUERUELO BURRIEZA⁴²⁰ apreciar las diferencias⁴²¹ que pueden darse entre la formas de Estado y sistemas de gobierno y que, no pocas veces, han acarreado confusiones doctrinales. Sin embargo, como no es materia de este trabajo profundizar sobre las diferencias entre uno y otro concepto, partamos de la diferenciación que

⁴¹⁹ DERMIZAKY PEREDO P., *“Aventuras y Desventuras de un Proyecto de Constitución”*, Artículo publicado en los matutinos de circulación nacional “La Razón”, “Los Tiempos”, “El Potosí” y “El Altoño”, durante el mes de diciembre de 2008.

⁴²⁰ FIGUERUELO BURRIEZA A., *“El Tratado Constitucional a la luz de los principios del Moderno Constitucionalismo”*, Revista de Derecho Político N° 64, Madrid, 2005, p. 56 y sgtes.

⁴²¹ Entre otros BISCARETTI señala que con la expresión forma de gobierno se suele indicar la recíproca posición en que se encuentran los diversos órganos constitucionales del Estado (mientras que) las formas de Estado se refieren a la posición recíproca en la cual se encuentran los elementos (del Estado). En igual sentido Alessandro PIZZORUSSO refiere que las principales distinciones entre las formas de Estado son las basadas en la eventual articulación del mismo en diversas entidades dotadas de autonomía (y con) los sistemas de Gobierno se clasifica la fenomenología de los ordenamientos estatales, analizando la distribución y organización de las funciones del Estado entre los órganos Constitucionales.

al respecto hace Constantino MORTATI⁴²², por ser a nuestro parecer la más clara.

En efecto, para el citado autor la forma de estado, “*es el modo en que el Estado se estructura en su totalidad y, en particular, la manera en que se relaciona con sus elementos constitutivos y forma de gobierno, es el modo en que se distribuyen y organizan las diversas funciones del estado entre los órganos constitucionales*”. O como entiende Ángela FIGUERUELO BURRIEZA⁴²³ la forma de estado se refiere a como está distribuido el poder en cuanto elemento constitutivo del Estado (relaciones que se dan entre el territorio, la población y el poder, elementos esenciales del mismo); mientras que el sistema de gobierno alude a la organización del poder en cuanto elemento constituido dentro del Estado y en consecuencia de las relaciones que se dan entre los diversos órganos constitucionales que la Constitución reconoce.

En resumen, como ya explicaba Karl LOEWENSTEIN⁴²⁴ el concepto de sistema de gobierno o si se quiere de sistema político no tiene el mismo significado que el concepto de forma o tipo de estado; ya que el término sistema político abarca por lo general una serie de tipos de gobierno que están unidos por la identidad o afinidad de sus ideologías y de las instituciones que a éstas corresponden. Así, el sistema político del constitucionalismo democrático incluye diversos tipos de gobierno que, según queda conformada la interacción de los diferentes detentadores del poder en la formación de la voluntad estatal, se institucionalizan como presidencialismo, parlamentarismo con supremacía de la asamblea o del gabinete, gobierno de asamblea, gobierno directorial, democracia directa o semidirecta.

⁴²² MORTATI, C. “*La Constitución en Sentido Material*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 123.

⁴²³ FIGUERUELO BURRIEZA A., “*El Tratado Constitucional a la luz de ...*”, op. cit. p. 57.

⁴²⁴ LOEWENSTEIN K., “*Teoría de la Constitución*”, Ariel Demos, Barcelona, 1982, p. 42 y sgtes.

Todos estos tipos de gobierno, dice Karl LOEWENSTEIN⁴²⁵ están inspirados por una misma ideología, esto es, por aquella concepción que considera la voluntad popular como el poder supremo. Frente a esto y en correspondencia con la respectiva ideología dominante, y como materialización de ella, se constituyen las más diversas formas de estado: monarquía absoluta, monarquía parlamentaria y república.

En este entendido, hoy en día la mayor parte de las Constituciones del occidente democrático configuran a sus Estados como de Derecho, Sociales y Democráticos y, ello se entiende porque desean impregnar a sus normas supremas (Constituciones) de los principios que imperan en el moderno Constitucionalismo: el principio democrático, el principio liberal y el principio de supremacía constitucional. Por todo ello, esos Estados, dice Ángela FIGUERUELO BURRIEZA⁴²⁶ se caracterizan por reconocer la soberanía popular, admitiendo la participación del pueblo en las tareas y funciones estatales, por someter las actuaciones de los poderes públicos a la Constitución y a la ley y por crear un Estado que se implica en la sociedad corrigiendo los desequilibrios que ésta, por sí sola, no puede subsanar.

Junto a ello, es necesario distinguir formas jurídicas de estado que afectan a la distribución territorial del poder político y así nos encontramos con Estados unitarios, regionales y federales en función del menor o mayor grado de descentralización existente. La tendencia predominante en el momento presente es hacia la descentralización del poder político y no sólo de las funciones administrativas. Un ejemplo peculiar, es el Estado de las Autonomías que configura la nueva Constitución boliviana y que, aunque al igual que la Constitución

⁴²⁵ LOEWENSTEIN K., “*Teoría de la...*”, op. cit., p. 42.

⁴²⁶ FIGUERUELO BURRIEZA A., “*El Tratado Constitucional a la luz de ...*”, op. cit. p. 59.

española⁴²⁷, alcanza un grado elevado de descentralización política no es un Estado Federal porque, los Estatutos de Autonomía que hacen nacer a la vida jurídica dicho Estado, traen su causa de la propia Constitución.

Si aplicamos las anteriores conceptualizaciones a nuestro tema de investigación, observaremos que el cambio estructural que la nueva Constitución hace en Bolivia esta íntimamente ligado con la diferencia entre forma de estado y sistema de gobierno. Así la Constitución de 1994 definía al Estado boliviano de la siguiente forma:

ARTICULO 1º.-

- I. *Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y solidaridad de todos los bolivianos.*
- II. *Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia.”*

Efectivamente, la citada norma constitucional, de manera clara y precisa, establecía que Bolivia había adoptado como forma de estado la República y como sistema de gobierno la democracia representativa y participativa. Previsión que a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1994, no fue objeto de ningún debate político o doctrinal.

No puede decirse lo mismo, sin embargo, de la definición que la nueva Constitución hace del Estado boliviano; que además de contradictoria modifica sustancialmente la forma de Estado que había adoptado Bolivia hasta la fecha. En este sentido veamos, en primer término, lo que establece el Preámbulo de la nueva Constitución:

⁴²⁷ Sobre el tema se puede consultar CÁMARA VILLAR G., “El Principio y las Relaciones de Colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, Ponencia presentada en las VII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, celebrada en Sevilla el 2002.

“Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos”.

Para comprender la magnitud de la citada declaración principista José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁴²⁸ señala que no se debe olvidar que el preámbulo constitucional es la declaración del Poder constituyente inserta en la parte inicial de la Constitución que pone de manifiesto el sentido último de todo el texto; los presupuestos filosóficos e ideológicos de que parte el mismo.

No cabe duda, en efecto, que el preámbulo es la parte que expresa el espíritu de la Constitución. Dicho esto, queda claro entonces, que el Preámbulo de la nueva Constitución boliviana, no es una mera proclama⁴²⁹, sino una toma de posición del constituyente, en este caso respecto a la República; expresado como un principio rector que orienta la configuración del sistema político del nuevo Estado. Por lo tanto es el presupuesto lógico y el criterio rector de la organización y funcionamiento del nuevo Estado.

Por todo ello, este principio tiene que estar expresado en la parte normativa de la Constitución; como en efecto lo está, pues la República como base jurídica y política de la organización del Estado está eliminada definitivamente en la parte normativa de la nueva

⁴²⁸ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *“Hacia una Nueva Constitución...”*, op. cit., p. 62.

⁴²⁹ El Preámbulo de la nueva Constitución boliviana ha propiciado un enorme debate; así historiadores bolivianos destacados como Jorge SILES SALINAS expresan su preocupación en el caso de que algún día se impusieran los criterios expuestos en el citado Preámbulo, Bolivia quedaría aislada de Sudamérica, rotos los vínculos culturales, sociales, religiosos que han unido históricamente Bolivia con los demás pueblos que le rodean. Se convertiría en una especie de Tíbet montañoso, dividido en sus creencias, separado de la modernidad, ajeno a las formas de vida que hacen de América Latina una realidad unitaria y diversa al mismo tiempo. SILES SALINAS J., *“El Preámbulo de la Constitución del MAS”*, Artículo de Opinión publicado en el Semanario Tribuna, enero de 2009.

Constitución. Así el Título I Bases Fundamentales del Estado, Capítulo I Modelo del Estado, del nuevo texto, establece:

“Artículo I. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.”

Sin duda, lo primero que llama la atención en esta norma constitucional es la declaración inmediata de que Bolivia es un Estado. Ya que si hacemos una comparación con la redacción del citado art. 1 de la Constitución de 1994, vemos que éste en sus dos párrafos claramente diferenciaba sociedad de Estado; cosa que la nueva Constitución no hace y es más confunde ambos conceptos. En opinión de Jorge LAZARTE⁴³⁰ esta diferenciación entre sociedad y estado es una característica de la democracia moderna ya que primero se define a la sociedad de la que se forma parte y luego se especifica la forma político institucional bajo la cual está organizada. Es decir, es la prioridad de la sociedad sobre el estado o si se quiere la primacía de las libertades sobre el poder instrumental.

Criterio similar guarda Roberto LA SERNA⁴³¹ para quien no solamente ha desaparecido la idea de república, por lo menos como forma de estado, sino también la de nación, con la cual se hace referencia a la identidad política de la sociedad. La razón, a su criterio, es fácil de encontrar ya que el nuevo texto de la Constitución establece que las iniciativas individuales y comunitarias serán sujetas a la regulación y el control de los órganos de poder; y éstos se formarán por mayorías en jurisdicciones territoriales de manera tal que las minorías serán excluidas

⁴³⁰ LAZARTE J., “Desaparece La Nacionalidad Boliviana”, Artículo de Opinión publicado en el Matutino de Circulación Nacional “la Razón” el 16 de enero de 2009.

⁴³¹ LA SERNA R., “El Fin de la ...”, op. cit., p. 39

o solamente llegarán a expresarse cuando dejen de ser tales en otros territorios⁴³².

Sin embargo, para los sectores impulsores del nuevo texto constitucional, los criterios expresados en sentido de que la República ha desaparecido en Bolivia no tienen asidero legal ni constitucional alguno y prueba clara de esto, señalan, es el art. 11 de la nueva Constitución que establece:

“I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.”

Texto con el que para estos sectores, queda comprobado que la nueva Constitución asume y se refiere a lo largo de todo el texto constitucional a la República de Bolivia. Tratándose, en consecuencia, de una refundación de la República pero en ningún caso de la eliminación de la misma⁴³³.

Ahora bien, debemos aclarar que si bien es cierto que el art. 11 de la nueva Constitución cuando se refiere a Bolivia le reconoce la condición de República; debemos situarnos en la parte de la Constitución en la que se encuentra el citado artículo, así observaremos que el mismo se

⁴³² Sobre el tema es muy interesante la opinión de uno de los más prestigiosos analistas políticos bolivianos y que asumió las funciones de constituyente de la oposición en el proceso constituyente boliviano, Jorge LAZARTE que establece que una de las consecuencias más graves de todo este proceso refundacional del Estado es la desaparición de la nacionalidad boliviana como la base del Estado y su sustitución por naciones; ya que una vez eliminada la nacionalidad o nación boliviana sólo se pertenecerá a una de las 36 naciones. Señala que peor será la situación de aquellos bolivianos que no se reconozcan en ninguna de estas naciones étnicas, ya que quedarán sin nacionalidad conocida; violando de esta manera, el nuevo texto constitucional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reconoce el derecho a una nacionalidad. LAZARTE J., *“Desaparece la Nacionalidad boliviana”*, Artículo de Opinión publicado en el Matutino de Circulación Nacional “La Razón”, el 16 de enero de 2008.

⁴³³ En el discurso de promulgación de la nueva Constitución boliviana el Presidente Evo Morales Ayma hizo un repaso histórico de Bolivia. Recordó a los héroes indígenas desde la época de la colonia hasta nuestros días. En honor a ellos dijo que ahora nace una nueva República porque la promulgación de la Constitución significa una "nueva independencia de Bolivia". Además, declaró a los constituyentes "padres y madres de la patria". Habló de una necesaria reconciliación entre los "indígenas milenarios e indígenas contemporáneos", en alusión a la división que existe entre indígenas y no indígenas. Publicado en todos los Matutinos de Circulación Nacional de Bolivia del día 8 de febrero de 2009. Disponibles en la www.prensaescrita.com/america/bolivia.

encuentra en el Capítulo Tercero intitulado Sistema de Gobierno, lo que nos lleva a concluir, tal vez un poco precipitadamente, que en la nueva Constitución boliviana la República ha dejado de ser forma de Estado para convertirse en sistema de gobierno.

Sin embargo, para no tomar posiciones adelantadas, es necesario recurrir nuevamente a las diferencias entre formas de estado y sistemas de gobierno y establecer si es posible que pueda surgir cierta alternabilidad entre las mismas; para lo cual recurriremos a la clasificación histórica de las formas de gobierno.

Y es que, tal y como observa Karl LOEWENSTEIN⁴³⁴ la necesidad de clasificar y valorar las sociedades estatales según su tipo de gobierno es tan antigua como el pensar político del hombre. De todos estos intentos de clasificación la Aristotélica se ha convertido en clásica. Siguiendo a Herodoto y a Platón, ARISTÓTELES desembocó en la conocida división tripartita: monarquía, aristocracia y *politeia*; esta última conocida actualmente como democracia constitucional; que, en su degeneración da lugar a la tiranía, oligarquía u oclocracia. A partir de esta sistematización ARISTÓTELES consideró como la más deseable estructura de la sociedad a la *politeia*: basada en la clase media. De esta forma estableció que la mejor forma de gobierno debía ser mixta.

Más tarde, POLIBIO fue uno de los mayores representantes y difusores de la teoría de la forma mixta de gobierno que posteriormente dio la posibilidad de establecer un equilibrio en el poder político por medio de la incorporación de las clases sociales en correspondientes instituciones gubernamentales.

De otra parte, pensadores políticos absolutistas como MAQUIAVELO, mostraban una fuerte propensión a las formas puras de gobierno, indiferentemente de si se trataba de monarquía absoluta o de democracia total. Fue de esta última que Maquiavelo recogió la clasificación

⁴³⁴ LOEWENSTEIN K., “Teoría de la ...”, op. cit., p. 42.

tripartita de Aristóteles, simplificándola a la idea de Monarquía y República.

Sin embargo, fue MONTESQUIEU⁴³⁵ quien desarrolló la anterior concepción estableciendo que la república "*es aquella en la que el pueblo, colectivamente o sólo en una parte, tiene el poder absoluto*"; pudiendo ser democrática si es el pueblo el que detenta el poder y aristocrática si el poder soberano se halla exclusivamente en manos de una parte del pueblo. Siendo, en consecuencia, la virtud propia de la república la igualdad y el amor a la patria. Y por otro se encontraba la monarquía, en la que el poder era detentado por un sólo miembro de la comunidad. Sin embargo, en su opinión, si el poder no emana o no coincide o no satisface los intereses del pueblo, la monarquía degenera en despotismo, sistema que se basa en el temor, oponiéndose a la virtud propia de la monarquía que es el honor, mientras que el despotismo está gobernado por el terror.

Desde este punto de vista, para MONTESQUIEU⁴³⁶ cada forma de gobierno se rige por principios distintos de los que derivan códigos legales y morales diferentes que condicionan los más variados aspectos del comportamiento de los hombres. La decadencia de los sistemas de gobierno se produce cuando los principios de gobierno no son debidamente cumplidos o sufren alteración, corrompiéndose todo el sistema de gobierno. De este modo, su análisis histórico encuentra un modelo de explicación racional del devenir de los pueblos y naciones.

Finalmente una contribución nueva y completamente original en opinión de Karl LOEWENSTEIN⁴³⁷, es la desarrollada por Guglielmo FERRERO, para quien el número de detentadores del poder no es esencial; ni tampoco el valor de un régimen político radica en su

⁴³⁵ MONTESQUIEU, "*Del Espíritu de las Leyes*", Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 53 y sgtes.

⁴³⁶ MONTESQUIEU, "*Del Espíritu de las Leyes*", Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 53 y sgtes.

⁴³⁷ LOEWENSTEIN K., "*Teoría de la ...*", op. cit., p. 46.

conformación como monarquía o república. Lo realmente decisivo, para que un régimen político sea reconocido por la masa del pueblo es que éste esté dotado de autoridad legítima; conformándose entonces una nueva dicotomía constituida por el gobierno legítimo y el gobierno revolucionario.

Por lo tanto, podemos concluir afirmando que más allá del origen de las distintas formas de estado y las críticas que a lo largo del tiempo se han hecho a las mismas, la distinción que ha perdurado hasta la actualidad ha sido la dicotomía monarquía–república; aunque, es muy cierto, como ya lo afirmara Karl LOEWENSTEIN,⁴³⁸ que hoy en día la mayor parte de las actuales monarquías son tan democráticas como las repúblicas democráticas; no podemos obviar la gran importancia que ha tenido la república, por lo menos en sus orígenes, cuando era considerada un sinónimo de democracia⁴³⁹.

Ahora bien, volviendo a la situación boliviana en concreto, como hemos venido insistiendo a lo largo de estas páginas, la nueva Constitución

⁴³⁸ LOEWENSTEIN K., “*Teoría de la ...*”, op. cit., p. 47.

⁴³⁹ Sin embargo como ya dijimos antes hoy en día fácilmente una república puede no ser democrática, cuando se encuentran excluidos amplios grupos de la población, como sucede con los sistemas electorales no basados o que no respetan el sufragio universal, o donde existen sistemas racistas, donde las minorías no se encuentran representadas en el gobierno. Al respecto, nos parece interesante citar a Eduardo VIRGALA FORURIA que en un minucioso análisis del control del Parlamento Vasco sobre el Gobierno central en la Primera Legislatura de éste comprendida entre marzo de 1980 a diciembre de 1983 plasma la situación de Euskadi dentro de España, en esa época, lo que a nosotros nos sirve de referencia para comparar dicha situación con las minorías en Bolivia. Las causas como en el caso español, no pueden ser achacadas únicamente al gobierno ya que en los dos casos se ha evidenciado: **a)** La inasistencia de la segunda fuerza parlamentaria al Parlamento, lo que ha conllevado una evidente reducción en la oposición parlamentaria; **b)** El Gobierno, no ignora al Parlamento vasco, (Poder Legislativo opositor boliviano) sino que permanentemente intenta deslegitimarlo ante la opinión pública, **c)** La especificidad del partido mayoritario que debido a su configuración como Partido-Comunidad o como Movimiento más que como Partido, tiende a que sus problemas se resuelvan en su seno y que, por tanto, no salgan al exterior. Su intento globalizador del pueblo, que de forma externa se encarnaría en el Gobierno, le conduce a no realizar un control parlamentario de la acción del Ejecutivo y a trasladar de manera directa al interior del partido las posibles críticas a aquél, **d)** El alejamiento de las figuras relevantes de los partidos políticos vascos del Parlamento, en el caso de España y opositores al Gobierno en el caso de Bolivia, ha provocado que la discusión política y la confrontación de los diferentes programas partidarios salgan del ámbito parlamentario, **e)** Los reiterados conflictos del Gobierno vasco español y de las regiones minoritarias (media luna boliviana) con el Gobierno del Estado y la continuación del problema de la violencia son algunos de los factores que no han permitido normalizar la vida política vasca y boliviana en estos últimos años. VIRGALA FORURIA E., “*La Actividad de Control del Gobierno realizada por el Parlamento Vasco en la I Legislatura*”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 46-47. Julio-October, 1985, p. 380-382.

modifica la forma del Estado boliviano antes republicano, por la de un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional y Comunitario; con el argumento de que igualmente la fórmula republicana se encuentra inserta en el art. 11.I de la nueva Constitución, que como ya vimos no define la forma de estado sino el sistema de gobierno boliviano.

Por otro lado, la nueva Constitución es muy clara a la hora de establecer el fundamento para la eliminación de la república que no es otro que su supuesto origen colonial⁴⁴⁰; asociando el término colonial a la invasión española del imperio incaico. Prueba contundente de la anterior afirmación es lo establecido en el texto del art. 13 de la nueva Constitución:

“I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparte identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.”

⁴⁴⁰ Sobre el tema es destacable el análisis que efectúa Carlos DE MESA GISBERT, ex-Presidente boliviano, cuando compara la reivindicación del Estado en contra de la República, a la que se le “concede la gracia” de un par de menciones, como las que hizo en España el general Franco, cuando tras una cruenta guerra civil, derrotó a los republicanos. La República española fue sustituida por el Estado español. De un modo particular el modelo de Franco adaptó varios de los principios del fascismo italiano, que marcó como elemento central la idea de la omnipresencia del Estado y la organización corporativista de éste, basada en la idealización de una identidad, el Imperio romano. El nacional socialismo alemán planteó como un componente central la cuestión de superioridad racial. Cualquiera de los tres execraba el modelo republicano, como la construcción de una forma pervertida de administrar el Estado, fragmentada y que debilitaba la necesaria concentración del poder en la sublimación de la entidad suprema, el Estado. En consecuencia, no se trata aquí de hacer comparaciones en torno al desarrollo específico y a las funestas consecuencias de estos modelos, sino entender algunos móviles conceptuales de las contradicciones y absurdos contenidos en la nueva Constitución boliviana. DE MESA GISBERT C., “*La Res Pública*”, Artículo de Opinión, publicado www.laconstituyente.org, Consultado el 12 de enero de 2009.

Y es que tal como explica, José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁴⁴¹ este argumento no resulta convincente, ya que es incoherente asociar la República o asignarle su origen a la invasión española; pues, no sólo durante la invasión, sino durante todo el período que abarcó el dominio español, España era un Estado monárquico no republicano; ya que fue recién en la Constitución del Alto Perú como un nuevo Estado libre, soberano e independiente que se adoptó como forma de Estado la República en el territorio que hoy se conoce como Bolivia.

De otro lado, la eliminación de la república como forma de Estado, se constata en todo el texto de la nueva Constitución; así en la parte orgánica, al referirse a las autoridades del Poder Ejecutivo, sustituye la figura del Presidente y Vicepresidente de la República por la de Presidente y Vicepresidente del Estado,⁴⁴² la Contraloría General de la República por la Contraloría del Estado,⁴⁴³ el Fiscal General de la República por el Fiscal General del Estado.⁴⁴⁴ Finalmente la nueva Constitución crea la Procuraduría General del Estado, ejercida por el Procurador General del Estado.

Es evidente, entonces, que nos queda más que asumir la idea de que la nueva Constitución modifica la forma republicana del Estado boliviano; convirtiendo a la otrora República en un simple sistema de gobierno.

⁴⁴¹ Es interesante, en este sentido, el pensamiento del autor, que observa que el abandono de la República, significa renunciar a las bases que sustentan un régimen constitucional democrático, las que menciona de manera enunciativa no limitativa: a) el principio de la soberanía popular, como el modo específico y peculiar de concebir el poder en el Estado, en el que el referente último es la voluntad del pueblo; b) la concepción plural de la sociedad, lo que supone una comprensión de la sociedad como un entramado en el que se interaccionan los diferentes grupos sociales, situados en un plano de igualdad, grupos que responden a la propia libertad del ser humano, y que, a la par, proporcionan a éste la posibilidad de desarrollar libremente y en plenitud su personalidad y c) la democracia como principio de convivencia que significa la formación de todos y cada uno de los ciudadanos en un espíritu de respeto y tolerancia. RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución...*”, op. cit., p. 93-94.

⁴⁴² Arts. 166 al 174 de la NCPE.

⁴⁴³ Arts. 213 y 214 de la NCPE.

⁴⁴⁴ Arts. 226 al 228 de la NCPE.

Al respecto, veamos las implicancias que tiene esta “sustitución” en la estructura del nuevo Estado boliviano.

Empecemos, recordando que la forma de estado se refiere a como está distribuido el poder en cuanto elemento constitutivo del Estado (relaciones que se dan entre el territorio, la población y el poder, elementos esenciales del mismo); mientras que el sistema de gobierno alude a la organización del poder en cuanto elemento constituido dentro del Estado y en consecuencia a las relaciones que se dan entre los diversos órganos constitucionales que la Constitución reconoce.

El entendimiento anterior, nos permite concluir que en Bolivia, al haber pasado la república de forma de estado a sistema de gobierno, se ha modificado la esencia de la estructura del Estado boliviano, con el claro propósito de construir un nuevo modelo de Estado Plurinacional Comunitario, con hegemonía social, política y económica de un colectivo social, como es el conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos; una hegemonía que le permita imponerse sobre el otro colectivo social⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ En este sentido es importante el criterio de Carlos ALARCÓN en un Ensayo sobre la nueva Constitución en el que analiza las consecuencias de dejar de lado la forma de Estado republicana. Así señala que en la Constitución del MAS se reconoce una aristocracia indígena, un grupo privilegiado de personas que tienen mayores derechos y privilegios con relación a los demás ciudadanos. Los que forman parte de las 36 naciones indígenas, muchas de ellas con escasa cantidad de población. Los siguientes contenidos demuestran esta afirmación:

1. Sólo pueden desempeñar funciones públicas desde portero de ministerio hasta Presidente de la República los que hablan dos idiomas oficiales, el castellano y una de las 36 lenguas indígenas reconocidas, con exclusión del 67% de los bolivianos que son monolingües. Este requisito, actualmente, únicamente lo cumplen los que pertenecen a las llamadas naciones indígenas.
2. Los miembros de las naciones indígenas tienen doble voto, en las circunscripciones especiales y en las ordinarias y tienen una representación política mayor a la de los demás ciudadanos porque estas 36 naciones (algunas no llegan a 1.000 habitantes) están obligatoriamente representadas en la Asamblea Legislativa Plurinacional, sin que para ello importe su peso poblacional específico.
3. Los miembros de las naciones indígenas tienen acceso exclusivo a los recursos naturales renovables y forestales que están en sus territorios, recursos que son de propiedad de todos los bolivianos; y tienen una participación preferente en los beneficios económicos derivados del aprovechamiento de los recursos naturales no renovables.
4. Un ciudadano que no pertenece a una nación indígena estará sometido a los usos y costumbres y a las autoridades de la jurisdicción indígena cuando sus actos tengan algún punto de conexión con el territorio en el que viven estos pueblos (el proyecto habla de la consolidación de los territorios ancestrales). Finaliza señalando que la República no acepta bolivianos de primera y de segunda. Todos participan por

En efecto, como dice Jorge ASBÚN ROJAS⁴⁴⁶ los impulsores del nuevo texto constitucional ignoran que la república es la organización que se opone a una sociedad de castas o de clases y significa que partiendo de la voluntad popular, que está constituida por ciudadanos iguales, se formaliza una Constitución con derechos y libertades ciudadanas, un gobierno con división de funciones y en el que cada órgano tiene competencias propias.

Ahora bien, si el nuevo texto pretende dejar de lado la forma de estado republicana, quiere decir que se rechazan todos los elementos antes citados y que integran el alcance de la misma. Lo más grave, es que la nueva Constitución deja entender además que la república es originaria de una cultura diferente y por tanto, aceptarla sería admitir un colonialismo cultural. Para el citado constitucionalista, el realizar esta afirmación es tanto o más ilógico que afirmar que ciertas leyes de física o de química no pueden admitirse y menos aplicarse, porque no fue uno mismo, ni algún miembro de su pueblo o nación quién las descubrió o formuló.

De este modo, como bien apunta Pedro SCHWARTZ,⁴⁴⁷ al referirse a los peligros que conllevan las actuales democracias populistas en las que la división y separación de poderes casi ha desaparecido, sobre todo a medida que ha tomado fuerza el principio de la soberanía popular y gobierno de la mayoría. En todas estas democracias crece la concentración y centralización del poder político a costa de la sociedad y sobre todo de los individuos y la necesidad de los frenos y contrapesos

igual en la cosa pública. La Constitución del MAS no quiere una convivencia entre iguales; desea establecer una aristocracia indígena con privilegios a favor de este sector de la sociedad. ALARCÓN C., “*República y Constitución del MAS*”, Artículo publicado en el Matutino de Circulación Nacional “La Razón”, el 16 de junio de 2009.

⁴⁴⁶ ASBÚN ROJAS J., “*Porqué hay que votar No en el referéndum del 25 de enero...*”, op. cit., p. 3.

⁴⁴⁷ SCHWARTZ P., “*En busca de Montesquieu. La Democracia en Peligro*”, Editorial Encuentro, Madrid, 2007, p. 7.

en todos los niveles de la política que daban lugar a la democracia se olvidan día a día.

Más contundente aún se muestra Karl POPPER⁴⁴⁸ para quien la democracia no es el gobierno de la voluntad de la mayoría, ya que la democracia es una forma de gobierno en la que existen poderes balanceados y métodos de control que limitan el poder del gobernante. Porque una mayoría también puede gobernar de forma tiránica.

Entonces, si esto es así, y parece claro que lo es, no nos queda más que aceptar que en Bolivia la sustitución de la república como forma de gobierno por un Estado con doce adjetivos calificativos: “*unitario social de derecho plurinacional, comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías,*”⁴⁴⁹ conlleva el inminente riesgo de llevarnos al fin de la democracia, que como dice Ángela FIGUERUELO BURRIEZA⁴⁵⁰, además del postulado de la división de poderes, es imprescindible el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades del individuo sobre todo frente a los poderes públicos. De esta suerte, es que actualmente se haya pasado de una concepción de la democracia como simple ejercicio del poder por el pueblo al entendimiento de la democracia como garantía de la libertad.

IV.1.3. El Estado Plurinacional Comunitario.

Se dice que las naciones, igual que los hombres, tienen un destino. El destino de Bolivia es, sin duda, el de ser una nación que incluya definitivamente a los pueblos indígenas y afrodescendientes en su ser

⁴⁴⁸ POPPER K., “*México y la Democracia*”, Revista Serie Democracia en México, No. 1, Contra-Peso, julio 2004. p. 5.

⁴⁴⁹ El citado art. 1 de la NCPE “*Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías...*”.

⁴⁵⁰ FIGUERUELO BURRIEZA A., “*El Tratado Constitucional a la luz de...*”, op. cit., p. 67.

nacional. Por eso mismo, tal y como señala Carlos Hugo LARUTA⁴⁵¹ el destino de Bolivia es muy claro. Bolivia será india sí, pero también será blanca y mestiza; será profundamente ancestral pero fundamentalmente abierta al mundo. “*Si no es así, Bolivia no será*”.

En el marco de lo anterior, analicemos si el Estado Plurinacional y Comunitario, que se pretende implementar en Bolivia logrará este anhelo al que aspiramos todos los bolivianos. Para lo cual previamente veamos qué se entiende por Estado Plurinacional y Comunitario.

José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁴⁵² señala que no es posible encuadrar en la doctrina constitucional clásica ni contemporánea el Estado Plurinacional⁴⁵³ ya que se trata de una nueva modalidad de

⁴⁵¹ LARUTA C.H., “*El Destino de Bolivia*”, Artículo publicado en el Matutino de circulación nacional “La Razón”, el 18 de enero de 2009.

⁴⁵² RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución ...*”, op. cit., p. 97. Para este autor la razón básica que hace indispensable este reordenamiento es que el mapa izquierda-derecha se centra en el papel del gobierno en contraposición con el sector privado y en la autoridad del Estado en contraposición con el individuo; de manera que el eje de reflexión para el comunitarismo, más allá del dualismo izquierda-derecha, es la relación entre la persona y la comunidad, las necesarias autonomías y libertades para la persona en un proyecto democrático y el necesario orden para que la comunidad logre formas de justicia integral. Entre otras, afirma la necesidad de entender la democracia no sólo como procedimiento sino también como una construcción cotidiana de actitudes y hábitos que permitan hacer trámite creativo de la diversidad, de la complejidad de intereses y conflictos que transitan por la trama social de las comunidades contemporáneas; tiene un fundamento antropológico, la persona, que supera la visión individualista de estirpe liberal privatista y también trasciende aquella visión que reduce al ser humano a ser solo un ciudadano preocupado por la construcción de lo público estatal; en la perspectiva comunitarista, la solidaridad y el acto de solidarizarse se lee como un derecho que tiene toda persona u organización, el cual se puede ejercer de manera autónoma, satisfaciendo los intereses propios y de los otros, llegando a ella por persuasión. Esta modalidad de Estado fue propuesta por el Presidente de Colombia Álvaro Uribe como parte de lo que se denominó “Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006. Hacia un Estado Comunitario, para lograr la seguridad democrática en Colombia.

⁴⁵³ Al respecto Manuel GARCÍA PELAYO opina que el Estado Federal nace en 1787 en la Constitución Americana como una alternativa o fórmula intermedia entre el Estado Unitario y la Confederación que surge por diversas razones de las cuales citaremos las que consideramos que se adecuan de alguna forma con la realidad boliviana; ya que si bien es cierto que el nuevo texto constitucional boliviano no hace alusión al término federal consideramos que es tal vez ahí donde se origina el Estado Plurinacional ya que justamente una de las razones para la existencia del Estado Federal, según Manuel GARCÍA PELAYO es el salvaguardar la existencia de naciones culturales en el marco de una organización estatal o nación política, ya que cada nación cultural posee, simultáneamente su patrimonio histórico, un cierto grado de organización política, a través de la cual puede salvaguardar su propia existencia nacional. En segundo término el Estado Federal puede responder también a un principio de organización estatal que tenga como objeto la máxima autonomía de las unidades componentes ya sea por motivos de orden técnico como el mejor funcionamiento de la organización, por motivos de orden axiológico como el reconocimiento y respeto a entidades de ámbito local y como vía para la realización del ideal de la libertad, que del plano de la persona individual se traslada a personas colectivas, aunque no constituyan naciones culturales. Este

organización política de la sociedad que a decir del Vicepresidente de Bolivia, Álvaro GARCÍA LINERA⁴⁵⁴ es un modelo de organización social y política para la descolonización de las naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo la autonomía territorial.

Este último criterio fue el predominante a la hora de iniciarse el debate constituyente. Así los constituyentes oficialistas pertenecientes al Movimiento al Socialismo (MAS), fundamentaron la necesidad del Estado Plurinacional señalando que para la construcción y consolidación de éste tipo de Estado son fundamentales los principios de pluralismo jurídico, unidad, complementariedad, reciprocidad, equidad, solidaridad y el principio moral y ético de terminar con todo tipo de corrupción.

“Nuestra decisión de construir el Estado Plurinacional basado en las autonomías indígenas, originarias y campesinas, debe ser entendida como un camino hacia nuestra autodeterminación como

último es justamente el caso de la nueva Constitución boliviana que como ya decíamos antes concede el carácter de comunidad originaria campesina a diversos grupos del panorama nacional que en su mayoría no responden a lo que se entiende por nación cultural en el sentido de que ésta es la nación que descansa sobre la vivencia común de bienes culturales, como ser: comunidad, lengua, literatura, religión, etc; lo que no sucede en el caso de Bolivia cuando hablamos de los campesinos del trópico cochabambino.

Por otra parte el Estado Federal aparece como la unidad dialéctica de dos tendencias contradictorias: la tendencia a la unidad y la tendencia a la diversidad. Por consiguiente el contenido y las posibilidades de esta síntesis van a depender de la intensidad de cada una de dichas tendencias. Manuel GARCÍA PELAYO enfatiza sobre que el condicionamiento dialéctico aparece especialmente claro en algunos casos límite: como puede ser el deseo de una pequeña unidad territorial, con escasas fuerzas militares y económicas, de mantener su existencia autónoma le conduce necesariamente a integrarse en una unidad superior, pues, de otra manera, estaría inerte ante el exterior, siendo así su propio particularismo el que engendra en este caso la tendencia hacia el Federalismo; por otro lado, el deseo de formar un poder único territorialmente muy extenso lleva en sí mismo la necesidad de amplia autonomía de las partes integrantes. De este modo, señala el citado autor, el supuesto de la existencia y permanencia del Estado Federal es la presencia de esos momentos contradictorios: la cohesión y el particularismo, los cuales obviamente dependen de una serie de factores extra-constitucionales que en el caso de cada país difieren de acuerdo a su índole económica, social, etc. En cualquier caso, como señala Manuel GARCÍA PELAYO, el significado del Estado Federal conlleva una división del poder político no sólo desde el punto de vista funcional, sino sobre todo, desde el punto de vista territorial, y con arreglo a la cual hay un único poder para ciertas materias y una pluralidad de poderes regionales para otras y tal vez lo más importante el Estado Federal reposa sobre una armonización de la tendencia a la unidad y la tendencia a la diversidad, de modo que la acentuación de los poderes de la Federación sobre los Estados o de éstos a cosa de aquélla, es función de la relación entre ambas tendencias. GARCÍA PELAYO M., *“Derecho Constitucional Comparado”*, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1991, p. 215-225. Lo que claramente ocurre en el caso de Bolivia, en el que a nuestro criterio el Estado Plurinacional no es más que un híbrido entre el Estado Federal y el Estado Autonomico; claro está que con sus propias peculiaridades.

⁴⁵⁴ GARCÍA LINERA A., Entrevista realizada por el Matutino de Circulación Nacional “La Prensa”, 21 de febrero de 2007.

*naciones y pueblos, para definir nuestras políticas comunitarias, sistemas sociales, económicos, políticos y jurídicos, y en este marco reafirmar nuestras estructuras de gobierno, elección de autoridades y administración de justicia, con respeto a formas de vida diferenciadas en el uso del espacio y el territorio. Jurídicamente nuestra propuesta se fundamenta en los derechos colectivos consagrados en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como el Convenio 169 de la OIT. Es de especial importancia nuestro derecho a la tierra y los recursos naturales: buscamos poner fin al latifundio y a la concentración de la tierra en pocas manos, y al monopolio de los recursos naturales en beneficio de intereses privados.”*⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ Como se puede observar el debate constituyente se centró en establecer que la estructura del nuevo modelo de Estado Plurinacional implica que los poderes públicos tengan una representación directa de los pueblos y naciones indígenas originarias y campesinas, según usos y costumbres, y de la ciudadanía a través del voto universal. Asimismo tendrá que determinarse mediante leyes específicas la forma como se articularán los distintos niveles de la administración pública y las autonomías territoriales.

Aunque no es tema de este trabajo dilucidar qué modelo territorial de Estado es el más adecuado o conveniente, es bueno por lo menos acudir a las definiciones más usuales que se han hecho sobre el tema. Y es que, tal y como opina Manuel GARCÍA PELAYO el Estado no existe aisladamente, sino en conexión y relación con los demás Estados; de manera que a parte de las normas generales de la comunidad internacional, los Estados se vinculan entre sí mediante relaciones especiales; así si bien es cierto que los Estados en modo alguno pierden su cualidad de tales, no es menos cierto que dichas relaciones condicionan en mayor o menor medida la estructura constitucional de los Estados o su modo concreto de manifestarse; de esta manera los mismos por su división territorial pueden clasificarse en unitarios y federales, o bien en unitarios o centralizados, donde la soberanía no está dividida y compuestos, con un reparto de soberanía entre Estados libres, Confederación, o entre Estado Central y Estados Miembros, Federación, o bien con una cesión parcial de soberanía a las regiones, Estado Regional o Autónomo. Es decir, se toma como criterio de referencia el grado de descentralización del Poder Central: máxima descentralización en la Confederación, mínima en el Estado unitario. Así los Estados unitarios tienen un único centro de poder, aunque es frecuente que haya cierta descentralización administrativa, al menos en el nivel municipal. Es el caso de Francia y Gran Bretaña. Al respecto André-Louis SANGUIN distingue entre Estados unitarios altamente centralizados (Estados totalitarios), centralizados (Francia, Suecia, etc.) y ajustados o con cierta descentralización administrativa (Gran Bretaña). En segundo término la Confederación siguiendo a Manuel GARCÍA PELAYO se basa en un Tratado Internacional, es decir es una entidad jurídico-internacional en la que los Estados miembros están vinculados de modo inmediato a la comunidad internacional; es por esto que en la Confederación la soberanía pertenece a los Estados miembros con lo que la Confederación carece de poder directo, de manera que sus decisiones, para convertirse en vinculantes han de transformarse en leyes de los diversos Estados. En resumen la Confederación se basa preponderantemente en unas relaciones de coordinación antes las cuales están relativizadas las relaciones de subordinación y las de inordinación, que sólo tienen un carácter elemental. Uno de los objetivos básicos de una confederación puede ser la defensa común para garantizar la seguridad externa e interna de los Estados. Otro objetivo puede ser la creación de mercados comunes. EE.UU. entre 1781 y 1787 y Suiza hasta 1848 se adaptaban a este modelo. El Estado Federal, como señalamos antes, es una aleación híbrida entre Estado Unitario y Confederación que reposa sobre una armonización de la tendencia a la unidad y la tendencia a la diversidad; es un modelo quizá más acorde con las necesidades descentralizadoras de algunos países. Proteger la unidad nacional por encima de particularidades étnicas, lingüísticas e históricas es el objetivo que se han marcado muchos federalistas, como Peter Taylor para quien, el federalismo es quizá la forma más “geográfica” de Estado,

El párrafo citado anteriormente, nos permite concluir que se trata de un modelo de Estado⁴⁵⁶ que se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originarios campesinos bajo una misma Constitución y gobierno estatal pero con el reconocimiento a esas naciones de su territorio propio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales; lo que nos lleva a pensar que en este modelo de Estado se parte del concepto de nación política y no solamente del concepto de nación cultural⁴⁵⁷, aproximándose de esta forma a un Estado Compuesto o asociado, parecido tal vez a un Estado Federativo-Autonómico⁴⁵⁸.

ya que afronta más racionalmente las diferencias socioeconómicas en territorios muy extensos y los particularismos regionales.

⁴⁵⁶ El Estado regional o autonómico es también un modelo frecuente, especialmente en países en los que, debido a razones administrativas, históricas y democráticas, se crean unidades subestatales de cierta entidad. Hay autonomía política, aunque se trata de una sola soberanía nacional. La Constitución italiana de 1947 y la Constitución española de 1978 recogen este modelo político-territorial. Sin embargo a criterio de autores como Luis LÓPEZ GUERRA la peculiaridad más importante de la Constitución española, frente a lo que sucede en el Derecho Comparado, consiste en no realizar una definición del modelo territorial adoptado, ya que el constituyente en lugar de adoptar uno de los modelos tradicionales de forma territorial descentralizada del Estado, como Estado Federal o Estado Regional, ha seguido otro camino, que se caracteriza, básicamente por evitar la definición de la forma de Estado, dejando abierto un proceso complejo desde el punto de vista jurídico y político de concreción de la organización territorial del Estado. Pablo PÉREZ TREMPs refiere que el art. 2 de la CE concibe la autonomía de nacionalidades y regiones como un derecho y como tal puede ejercitarse o no; ya que la forma territorial del Estado sólo es comprensible a la luz del resultado del ejercicio de ese derecho. SANGUIN, Alberto, *Geografía Política, Oikos-Tau*. Barcelona, 1981, TAYLOR, Peter, "*Geografía Política. Economía-Mundo, Estado-nación y localidad*", Trama, Madrid, 1994, GARCÍA PELAYO M., "*Derecho Constitucional Comparado...*", op. cit., p. 205 y sgtes., LÓPEZ GUERRA L., ESPÍN E., GARCÍA MORILLO J., PÉREZ TREMPs P. y SATRÚSTEGUI M., "*Derecho Constitucional...*", op. cit., p. 295 y sgtes.

⁴⁵⁷ La nación cultural es aquella que descansa sobre la vivencia común de bienes culturales. Por ej. Comunidad de lengua, de literatura, de religión, etc. Nación política en cambio es la que se basa sobre una historia y una constitución comunes. A veces, ambos tipos de naciones coinciden, pero hay casos en los que pueden no coincidir, bien porque una misma nación política albergue varias naciones culturales, bien porque una misma nación cultural esté fraccionada entre dos o tres naciones políticas. A.D. LINDSAY, "*The Modern Democratic State*", Oxford, 1945, p. 148 y sgtes. Citado por GARCÍA PELAYO M., "*Derecho Constitucional Comparado...*", op. cit., p. 216-217.

⁴⁵⁸ Al respecto es muy interesante el análisis de Gregorio CÁMARA VIILAR cuando sostiene que el federalismo y el regionalismo forman parte esencial del Estado constitucional, como un elemento de la "Constitución del pluralismo", como un aspecto de la libertad de la cultura y de la "cultura de la libertad". En este sentido, opina que aunque en España se haya instalado un escenario distinto tras dos decenios y medio de profundo desarrollo jurídico-político de la autonomía de sus nacionalidades y regiones, nunca debe perderse de vista que la descentralización política que con carácter muy abierto quedó plasmada en el texto constitucional, respondía no solo a la voluntad de consecución de objetivos políticos democráticos que imponían la apertura a su generalización, sino también -habría que decir que en aquél momento sobre todo- a la de integrar definitivamente en el Estado, resolviendo un intenso y costoso pleito

Con referencia al Estado Comunitario, Amitai ETZIONI⁴⁵⁹ señala que el mismo pasa por la discusión entre pensamientos de izquierda o de derecha y sugiere una tercera filosofía social.

Ahora bien, en opinión de José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁴⁶⁰ el nuevo Estado que se pretende implantar en Bolivia no tiene nada que ver con el tipo de Estado del que nos habla Amitai ETZIONI; ya que el Estado Comunitario “boliviano” es un modelo particular. Pues, como en su momento, explicó el Vicepresidente boliviano Álvaro GARCÍA LINERA⁴⁶¹ se trata de un Estado que institucionaliza la fuerza participativa de las colectividades sociales: sindicatos, gremios, movimientos sociales, comités cívicos, como un segundo piso de la institucionalidad democrática, de manera que esas organizaciones se canalicen en las propias instituciones, convirtiéndose en un nivel de

histórico, a las Comunidades (Cataluña y el País Vasco) que habían desarrollado a lo largo de los siglos XIX y XX un fuerte sentimiento autonomista y un sentido muy diferenciado de su identidad cultural e histórica respecto de la del conjunto del Estado. Recordar estos aspectos, por obvios que sean, es de sustancial importancia para apreciar cabalmente cual sea la lógica política y jurídica del Estado autonómico. CÁMARA VILLAR G., “*El Principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas*”, en Revista de Derecho Constitucional Europeo Nº 1, 2004, p. 200-201. En Bolivia, como está claro tendremos que esperar para opinar sobre las consecuencias de este nuevo modelo de Estado que implementa el texto constitucional.

⁴⁵⁹ ETZIONI A., “*La Nueva Regla de Oro: Comunidad y Moralidad en una Sociedad Democrática*”, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1999, p. 54.

⁴⁶⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución...*”, op. cit. p. 99.

⁴⁶¹ GARCÍA LINERA A., Entrevista concedida al Matutino de circulación nacional “La Razón”, op. cit. El Vicepresidente boliviano enfatiza que no se debe confundir lo comunitario con lo agrario y que no es un regreso al Tahuantinsuyo (Estado pre-colonial) ya que en su opinión lo comunitario es el reconocimiento de las colectividades de la sociedad civil en su lógica y dinámica política y democrática; de manera tal que el Estado Comunitario podría ser el equilibrio perfecto entre la sociedad política totalizadora y la sociedad civil democratizadora. Este Estado, por decir algo, “utópico”, ha sido cuestionado largamente por la imposibilidad de su implementación, más aún en una sociedad heterogénea como la boliviana. En este sentido Jorge ASBÚN ROJAS ha señalado que en el nuevo texto constitucional lo comunitario se convierte en el elemento caracterizador del nuevo orden constitucional y a las comunidades indígenas originarias campesinas, se les reconoce no sólo un espacio territorial propio, sino también el derecho a su: “*libre determinación*”; “*...una participación en los beneficios del aprovechamiento de los recursos naturales*” (artículo 30 inciso 16 y 403 inciso 1), “*A la participación en los órganos e instituciones del Estado.*” (artículo 30 inciso 18) y otros. Sin embargo, a su criterio, este reconocimiento que pareciera tener rango constitucional, por disposición del artículo 271 de la misma Constitución, deberá esperar la Ley Marco de Autonomías, a la cual se le reconoce potestad para regular la transferencia y delegación competencial, el régimen económico financiero de las autonomías y otros elementos. O lo que es lo mismo, se deja al arbitrio del Legislativo, la concreción última de un contenido constitucional que no debió requerir dicha Ley, sino tener vigencia directa. ASBÚN ROJAS J., “*Porqué hay que votar No en el referéndum del 25 de enero...*”, op. cit., p. 2.

consulta para tratar asuntos estratégicos del país con estas organizaciones sociales de manera institucionalizada y de esa forma la sociedad civil organizada tenga una participación permanente en las grandes decisiones del Estado.

En este sentido, además esta decir que el criterio de los constituyentes oficialistas estuvo íntimamente relacionado a lo referido por el Vicepresidente de la República. Así en los debates para fundamentar el Estado Comunitario se estableció que la comunidad boliviana es diversa en lo económico, político, social y cultural. De igual forma, reivindica las formas y estrategias comunitarias, corporativas y asociativas de organización de la sociedad bajo los principios de solidaridad, reciprocidad, democracia, complementariedad y distribución equitativa del producto social para “vivir bien” y finalmente está compuesta por varias formas de existencia comunitaria en el campo y las ciudades. Estas comunidades también son regionales y locales si el Estado es Unitario Plurinacional Comunitario⁴⁶².

⁴⁶² Como consecuencia de lo cual:

1. Se reconoce la libertad de cultos y el ejercicio de creencias y prácticas espirituales de las naciones.
2. Son idiomas oficiales los idiomas de las naciones indígenas, originarias, campesinas y el castellano.
3. Los símbolos plurinacionales son: la bandera roja, amarilla y verde, la whipala, el himno nacional, el escudo de armas, la escarapela, la flor de la kantuta y la flor de patujú.
4. Asume en sus relaciones internacionales los principios de igualdad y autodeterminación de los pueblos, solidaridad, integración y complementariedad económica entre los estados y naciones, el respeto mutuo a la soberanía e integridad territorial, no agresión, no intervención de un país en los asuntos internos de otro.
5. Busca una Economía Social Comunitaria para el VIVIR BIEN de toda la población, las comunidades y los individuos
6. El Sistema económico respeta y protege la iniciativa privada y la retribución justa del capital invertido
7. La economía se basa en los principios de: eficiencia, complementariedad productiva y equidad distributiva, evitando la concentración de la riqueza
8. Se prohíbe toda forma de monopolio u oligopolio privados y prácticas colusivas anti -microempresa
9. Garantiza la soberanía alimentaria
10. Genera políticas contra las desigualdades y otras formas de exclusión social y económica, promoviendo la erradicación de la pobreza, el trabajo digno, justa retribución y precios justos para los productores.
11. El Estado respetará, protegerá y fomentará las formas de reciprocidad, redistribución, complementariedad, solidaridad, intercambio o trueque como instituciones propia de la Economía Comunitaria
12. Reconoce, protege y promueve todas las formas comunitarias y colectivas de organización económica;
13. Reconoce y respeta la iniciativa privada, siempre y cuando contribuya al desarrollo económico-social del país, y no ponga en riesgo la independencia económica del Estado;

Ahora bien, de una lectura del art. 1 de la nueva Constitución se puede concluir en forma diametralmente opuesta; en el sentido de que la alocución “*Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*”, denota la caracterización de un nuevo sistema político que abandonando su condición de Estado Uninacional, se configura como un Estado compuesto; y abandonando su condición de Estado Republicano, se convierte en Estado Comunitario, entendido éste como el procedente de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos⁴⁶³.

Y es que tal y como afirma, José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁴⁶⁴, lo anterior se fundamenta principalmente en dos razones: Por un lado,

-
14. La economía privada debe ser ambientalmente sustentable, fuente de trabajo digno y no agravará desigualdades ni aumentará la pobreza. Los datos fueron tomados del Debate y Conclusiones de la Comisión de Visión de País del Proceso Constituyente; Disponibles en el Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia, Sucre, Consultados en diciembre de 2008.

⁴⁶³ Al respecto es enormemente esclarecedor el pensamiento de José Miguel GORDILLO para quien la propuesta indígena planteada por la nueva Constitución pone en riesgo el verdadero proyecto indianista que en el nuevo texto constitucional ha sido desvirtuado por el sindicalismo criollo y por la intelectualidad izquierdista de Bolivia, quienes con el único fin de copar el aparato estatal en un momento coyuntural de altos ingresos por la venta de nuestros recursos naturales, no dudaron en acomodar esos planteamientos indígenas a sus propias expectativas de poder. En consecuencia, se empezó a montar un proceso mediático de fabricación de imágenes de “indios” aptas para venderlas al consumo externo, acompañados por “intelectuales” cuyas imágenes sedujeron a su vez a las clases medias internas. Señala que la relectura mítica de la historia nacional que se hizo a continuación, exaltando un pasado pre-colonial fantasioso, no es ni más ni menos que una impostura útil al propósito de acomodar a sus seguidores políticos junto a los “indígenas originarios” que soñaron en sus quimeras, encubiertos ellos por el rótulo de los nuevos “campesinos”, a los que se les adjudicó convenientemente similares derechos históricos que tenían los indígenas. A través de esta maniobra utilitaria plantearon un reclamo supuestamente legítimo para acceder a la tierra y a sus recursos naturales, mediante la confrontación con los actuales propietarios calificados todos ellos como “latifundistas”. Refiere que esta parafernalia de subjetividades a-históricas fue el anzuelo que mordieron los indianistas bolivianos para poner sus ideas a disposición de quienes hoy detentan el poder, arriesgando de este modo la viabilidad de su proyecto nacional. Situación, opina, por demás grave, porque al ser los nuevos sujetos políticos que emergen del proyecto constitucional una amalgama de “indígenas originarios campesinos”, se desvanece la imagen del indígena y se pierde su tradición de lucha, junto con la diversidad histórica de una sociedad tan amplia y compleja como es la boliviana; también porque la idea clave de una nación indígena que se proyecte al futuro manejando un poder compartido en el marco de un nuevo proyecto nacional se difumina ante la fragmentación del poder étnico, que está hábilmente manipulado por los nuevos sectores campesinos; por otra parte recuerda que no se puede olvidar que la tradición del sindicalismo campesino se ha vuelto a sobreponer a la política comunal de los indígenas, tal como ocurrió en la revolución de 1952, lo que se manifiesta de hecho en las actitudes de los dirigentes por copar cargos públicos y lucrarse de ellos, en vez de practicar una lógica que empiece a crear una nueva mentalidad estatal indígena. Finalmente, y éste es quizá, a su criterio, el tema más delicado, porque la nueva Constitución abre las puertas del poder a grupos que bajo la apariencia de campesinos realizan varias actividades que los vinculan con lo ilícito impregnando así negativamente al proyecto indígena. GORDILLO J.M., “*El MAS contra el Proyecto Indígena*”, Artículo publicado en la Revista Política “El Pulso”, en la tirada del 4 al 11 de enero de 2009.

⁴⁶⁴ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución...*”, op. cit., p. 99.

tomando en cuenta el contexto social y político en que se elaboró y aprobó el nuevo texto constitucional, se infiere que el nuevo Estado se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones, que tienen su territorio, un sistema propio y particular de organización política, una estructura económica, un sistema jurídico propio y el derecho a la libre determinación, que a su criterio, implica un autogobierno. Por lo que reiteramos que ya no se trata de un Estado Uninacional, de un Estado único, sino de un Estado Compuesto⁴⁶⁵. En segundo lugar, la forma en que está redactado el citado art.1 de la Constitución⁴⁶⁶ nos muestra un Estado que se configura sobre la base de un sistema jurídico plural creado y generado por las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, antepuesto al Derecho estatal.

Entonces, en caso de ser éste el espíritu de la nueva Constitución, la pregunta obligada es ¿cuál es el sistema jurídico de las comunidades campesinas, es decir, cuál es el Derecho creado y generado por éstos colectivos humanos?. Se entiende que los pueblos indígenas originarios cuentan con un sistema jurídico propio, dada su preexistencia a la colonización española; un sistema que, entre sus elementos, tiene un verdadero Derecho Consuetudinario que, en algunos casos, ya ha sido contaminado por el Derecho estatal; pero no es posible entender que las comunidades campesinas, muchas de ellas creadas recién hace dos décadas, cuenten con un verdadero sistema jurídico, ni siquiera con un Derecho Consuetudinario.

⁴⁶⁵ Para Gregorio CÁMARA VILLAR, sabido es que no existe un único modelo de federalismo, sino que los Estados federales presentan tantas y tan acusadas diferencias como Estados de esta clase cabe identificar en el tiempo y en el espacio. Por otra parte, si orillamos la discusión en torno a la soberanía, cada vez más el “principio federalista” (y con él, el concepto de Estado “federal”) deja de hacer referencia exclusiva a la noción formal de un Estado compuesto de Estados, para apuntar más ampliamente a aquellos que en su estructura combinan de una manera ciertamente sustantiva y profunda la centralización con la descentralización, pudiendo responder la forma resultante, al margen de modelos, a la riqueza de una respuesta concreta a las circunstancias histórico-políticas y sociales de un pueblo. CÁMARA VILLA G., *“El Principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas”*, op. cit., p. 206.

⁴⁶⁶ No existe una coma que separe esa cualidad de las otras cualidades del Estado, es decir, de "Plurinacional" y "Comunitario".

La única posibilidad, tal como argumenta, José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ es que estas comunidades, cuenten con un sistema jurídico particular; o dicho de otra forma que de ahora en adelante vayan creando sus normas jurídicas que se constituirán en Derecho Consuetudinario y paralelamente vayan creando una jurisdicción a fin de constituir un sistema jurídico; en cuyo caso se tratará de un Derecho particular de un colectivo social impuesto como un Derecho estatal al otro colectivo social.

Como se puede apreciar, el implementar este sistema jurídico conlleva innumerables dificultades que no hacen más que incrementarse con la consagración que hace la nueva Constitución en su art. 2⁴⁶⁷ “a la libre determinación de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos”; definiendo el alcance de la misma, entre otros, a la consolidación de sus entidades territoriales, sobre la base del dominio ancestral de sus territorios; olvidando definir con claridad y precisión ¿cuáles son esas naciones y pueblos indígenas originarios campesinos?. Y lo que es más grave aún omitiendo especificar si existen diferencias entre naciones y pueblos originarios; entre pueblos originarios y pueblos no originarios y comunidades campesinas⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ Art. 2 de la NCPE: *"Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley"*.

⁴⁶⁸ Este tema ha generado un acalorado debate entre los constitucionalistas bolivianos. Así Pablo DERMIZAKY PEREDO señala que es probable que el constituyente confundiese autogobierno con libre determinación, porque esto último significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, “decisión de los pobladores de una unidad territorial acerca de su futuro estatuto político”, y según Cabanellas, “reconocimiento de su derecho a la independencia”. En efecto, la libre determinación de los pueblos corresponde al ámbito del Derecho Internacional Público y no al Derecho interno. Pues, en su opinión, nació con la categoría de un derecho después de la Primera Guerra Mundial en favor de los pueblos que habían sido sometidos por los imperios de Europa central, que se desintegraron después de esa conflagración. Durante la Segunda Guerra Mundial ese derecho fue proclamado en la Carta del Atlántico (1941), y posteriormente en la Carta de las Naciones Unidas y en varias resoluciones de la Asamblea General de dicho organismo. ¿Cómo puede entenderse que se reconozca ese derecho “en el marco de la unidad del Estado? (art.30.II), DERMIZAKY PEREDO P., *“Aventuras y Desventuras de un Proyecto de Constitución,”* op. cit. Más radical se muestran otros como, José Miguel GORDILLO para quien la nueva Constitución abre las puertas del poder a grupos que bajo la apariencia de campesinos realizan varias actividades que los vinculan con lo ilícito impregnando así negativamente al proyecto indígena. GORDILLO J.M., *“El MAS contra el Proyecto Indígena”*, op. cit.

Efectivamente, es obvio que no todas las colectividades humanas asentadas en las áreas rurales del territorio del Estado boliviano son naciones originarias, ni siquiera pueblos indígenas originarios. Existen pueblos indígenas no originarios y además las comunidades campesinas no son originarias, porque, como se tiene referido, su existencia no es anterior a la invasión colonial española, ni se trata de colectividades humanas que compartan una identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión. Así pues, muchas comunidades campesinas han sido creadas en la segunda mitad del Siglo XX y están integradas por personas que provienen de diferentes raíces culturales y tradiciones; además, hablan diferentes idiomas.

De igual manera, el art. 5.I del nuevo texto constitucional establece que en Bolivia son idiomas oficiales el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos. Por lo que si tomamos en cuenta que el referido artículo nombra el castellano y 36 idiomas originarios, se infiere que si cada idioma pertenece a una nación, existen 36 naciones originarias en Bolivia; lo que se contradice totalmente con el estudio realizado en la década de los cincuenta por Jorge OBANDO⁴⁶⁹, en el que se hacía referencia a sólo cinco naciones principales como son: los Aymarás, Quechuas, Chiquitos, Moxos y Chiriguanos y ocho naciones pequeñas como son: los Chapacuras, Itonamas, Canichanas, Movimas, Cayuvavas, Pacaguaras, Iténez y Guarayos; y “*varias tribus y grupos etnográficos*” que, en total, sumaban veintiún grupos. Entonces ¿cuáles son estas 36 naciones originarias a las que hace referencia el nuevo texto constitucional?. La respuesta lamentablemente, no la encontramos en el nuevo texto constitucional. Situación por demás preocupante y que nuevamente nos demuestra las graves omisiones en que incurre la nueva Constitución.

⁴⁶⁹ OBANDO J., “*Sobre el Problema Nacional y Colonial de Bolivia*”, Editorial Canelas, Cochabamba, 1961, p. 27-34.

De este modo y centrándonos en los idiomas oficiales que tiene ahora Bolivia, entendemos que incluyendo al castellano, tiene 37 idiomas oficiales; lo que como es de suponer ha generado innumerables críticas por las grandes implicaciones en la vida institucional del Estado que conllevará esta modificación. Así José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁴⁷⁰ señala que el funcionamiento del órgano Legislativo tendrá que implementar sistemas de traducción de la documentación (proyectos de leyes, tratados internacionales, contratos que deben ser autorizados y aprobados, etc.), Asimismo tendrá que implementar sistemas de traducción simultánea para las sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, a los 37 idiomas oficiales del Estado; ello, en su opinión, tendrá altos costos económicos para el Estado.

Otro aspecto muy importante y que está íntimamente relacionado con la diversidad lingüística que ha pasado a tener Bolivia es el hecho de que el órgano judicial y la jurisdicción constitucional, deberán adoptar como idiomas de trabajo, los 37 idiomas oficiales del Estado, lo que significa que las sentencias judiciales debieran ser traducidas a los idiomas oficiales, cuando menos a los que corresponden al Distrito Judicial respectivo, cuando se trata de Autos de Vista y sentencias de instancia; pero a todos los idiomas cuando se trata de un auto supremo emitido por el Tribunal Supremo de Justicia, o de sentencia agraria emitida por el Tribunal Agroambiental; y sentencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

De igual forma, el sistema educativo del Estado tendrá que insertar en los diseños curriculares la enseñanza de los idiomas oficiales del Estado, cuando menos del o los idiomas existentes en cada Departamento; ello por su carácter de idiomas oficiales y, además, porque uno de los requisitos para acceder a la función pública de acuerdo al nuevo texto constitucional, es hablar cuando menos dos idiomas oficiales. Para

⁴⁷⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución...*”, op. cit., p. 107.

Agustín ECHALAR ASCARRUNZ⁴⁷¹ discriminar a los ciudadanos de acuerdo a su capacidad lingüística o de acuerdo a una filiación étnica, es abrir la caja de Pandora.

Podemos concluir, por lo tanto, que hasta el momento son más sombras que luces lo que se augura al Estado boliviano, una vez se implemente la nueva Constitución, si es que algún día logra implementarse⁴⁷²; lo preocupante, sin embargo, de este nuevo Estado Plurinacional es que Bolivia termine convirtiéndose en la Nación 37 para después, lamentablemente, tener que avanzar en su autonomía política, su propuesta de asociación federal y/o reclamar internacionalmente derechos de minoría. O como bien dice Carlos Hugo LARUTA⁴⁷³ corremos el grave riesgo de acentuar la discriminación y destruir la unidad de la única nación que hoy conocemos como Bolivia.

IV.2. La nueva Estructura Social Boliviana.-

Como hemos venido reiterando a lo largo de este capítulo, el proceso constituyente en Bolivia tuvo como motivo principal la definición histórica que se había hecho de la estructura social boliviana como heterogénea y la no inclusión de los pueblos indígenas originarios al sistema constitucional del Estado. A pesar del elevado número de reformas introducidas con la Revolución de 1952 entre las que se incluyó el sufragio universal como una medida para eliminar las exclusiones y marginaciones, no se crearon las condiciones materiales para superar estas exclusiones.

⁴⁷¹ ECHALAR ASCARRUNZ A., *“Definitivamente No”*, disponible en www.columnistas.net, p. 46, Consultado el 5 de julio de 2009.

⁴⁷² Según el propio Presidente boliviano Evo Morales Ayma se necesitarán por lo menos 10 años para que se lleve a cabo todo el proceso de transición entre la antigua y la nueva Constitución. Lo que como bien dice Roberto LASERNA se debe a que la nueva CPE está tan llena de promesas y contradicciones, que en vez de reducir los conflictos, los aumentará. La interpretación de sus confusas disposiciones y la lucha de cada grupo por lograr que se dé prioridad a la promesa específica que se le ha hecho intensificará, o cuando menos mantendrá, el nivel actual de conflictividad. LASERNA R., *“El Costo de la Reforma Constitucional”*, Disponible en <http://www.columnistas.net>, Consultado el 10 de julio de 2009, p. 34.

⁴⁷³ LARUTA C.H., *“El Destino de Bolivia”*, op. cit., p. 39.

Ante la situación referida, en la reforma constitucional de 1994 se pretendió reparar esa injusticia histórica definiendo la estructura social del Estado boliviano como multiétnico y pluricultural⁴⁷⁴. Ello significa que el Estado reconoció que en el territorio boliviano conviven, además de la institucionalidad formal de corte democrático occidental diversas estructuras organizativas de la sociedad preindustrial y que tienen sus propias estructuras de mando, instrumentos de justicia, valores religiosos, etc. Llegándose a recuperar la noción de que Bolivia es el producto del encuentro de múltiples raíces o matrices sociales y que, por lo mismo, supone la coexistencia de diversas construcciones sociales tanto en lo referido a sus condiciones materiales, como a sus instituciones, valores y creencias. Así la condición "pluricultural" que se le dio a Bolivia permitió reconocer la coexistencia que existe entre las diversas cosmovisiones, ya no sólo provenientes de las diversas matrices étnicas, sino también de las distintas migraciones y del encuentro entre unos y otros⁴⁷⁵.

Si bien es cierto, que con dicho reconocimiento no se superaron integralmente los problemas de exclusión y marginación social y económica, la mencionada reforma constitucional constituyó un intento serio de establecer una política de inclusión, es decir, una voluntad política del Estado para incorporar e integrar los pueblos indígenas originarios a la estructura social, económica, política y jurídica del sistema constitucional boliviano.

Es evidente, entonces, que los ideólogos de la nueva Constitución buscaron zanjar definitivamente el problema de la no inclusión de los sectores indígenas en la estructura social del Estado reformulado la definición y articulación de la estructura

⁴⁷⁴ Art. 1 Constitución de 1994: *"Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos"*.

⁴⁷⁵ Precisamente, sobre la base de la reforma constitucional es que el legislador emitió la Ley N° 1551 de Participación Popular de 20 de abril de 1994 que estableció las bases y mecanismos para una presencia real y efectiva de los pueblos indígenas originarios en la estructura social, económica y política del sistema constitucional boliviano, en el proceso de definición de las estrategias de desarrollo humano sostenible a través de la planificación participativa, así como el control social sobre el manejo de los recursos generados por el propio pueblo, y permitió una presencia real y efectiva de los indígenas originarios en las esferas de poder. RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *"Hacia una Nueva Constitución"*, op. cit., p. 53.

social; misma que, según el Preámbulo de la nueva Constitución, tiene su base de sustentación en "... *el respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra*".

Sin embargo, por lo que hasta aquí hemos analizado, consideramos que el nuevo texto constitucional no supera el problema histórico de la marginación y exclusión y solamente cambia de sujetos y actores, pues los que en el pasado fueron objeto de exclusión y marginación se consolidarán en el ejercicio del poder político, es más tendrán hegemonía, y los restantes bolivianos y bolivianas que fueron parte de la estructura social del Estado serán excluidos y marginados.

Ahora bien, cabe advertir que el problema de la exclusión de algunos sectores de la población boliviana no se da únicamente en el texto constitucional más por el contrario se remonta al mismo proceso constituyente por lo creemos conveniente remitirnos brevemente a los orígenes de la Asamblea Constituyente y a la situación política que derivó en la misma.

De este modo, como bien apunta Ángela FIGUERUELO BURRIEZA⁴⁷⁶, el documento de gobierno ha de ser expresión de la voluntad soberana de un pueblo que es el único sujeto legitimado para decidir la forma en que desea ser gobernado. Esto se realiza a lo largo de un proceso constituyente o de elaboración de una Constitución en el cual se verifican tres momentos. Y es que, tal como dice Javier RUIPÉREZ,⁴⁷⁷ no resulta exagerado afirmar que todo proceso constituyente puede ser explicado de conformidad con los esquemas trazados, en 1717, por el reverendo John WISE⁴⁷⁸: declaración de derechos, pacto social y acto constitucional.

⁴⁷⁶ FIGUERUELO BURRIEZA A., "*El Tratado Constitucional a la luz de ...*", op. cit., p. 62.

⁴⁷⁷ RUIPÉREZ J., "*Los Principios Constitucionales en la Transición Política. Teoría Democrática del Poder Constituyente y cambio jurídico-político en España*", Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 116. Abril-Junio 2002, p. 39.

⁴⁷⁸ El pensamiento del reverendo WISE se encuentra muy presente en la primera declaración de derechos que conoce la Historia. De manera prácticamente literal fue recogido en el *Bill of Rights* de Virginia, estableciendo lo que habría de constituir el núcleo fundamental de la libertad burguesa, se proclamó que «*I. Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, una vez constituidos en sociedad, no puede privarse o desposeerse por ningún pacto; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad*».

En efecto, si entendemos como lo hace Ángela FIGUERUELO BURRIEZA⁴⁷⁹ que el reconocimiento de una esfera de libertad absoluta se concreta en las declaraciones de derechos; la garantía de los mismos sólo se consigue cuando una vez aprobada la Constitución el Estado se organiza en base al principio de división de poderes. De manera conjunta con el acto constitucional se realiza el pacto social en el momento en que las declaraciones de derechos, que son previas, se incorporan en calidad de parte dogmática a los textos constitucionales.

Así pues, este momento es esencial para determinar quien es el soberano; ya que una vez que los individuos a través de su adhesión al pacto social consienten en formar el Estado culminan un proceso en el cual cada uno de ellos cede su parte de soberanía a favor de una entidad nueva que los engloba: El pueblo que queda como único titular de la soberanía en el Estado y como único ente capaz de establecer y sancionar la Constitución.

Ahora bien, cabe advertir que la concreción de ese pacto social no sólo tiene lugar en el momento de fundar ó crear un Estado nuevo, sino que también puede darse en el marco de los Estados ya creados cuando se produzcan situaciones revolucionarias. Esto último es muy importante, en el caso de Bolivia para determinar si la Asamblea Constituyente fue originaria o derivada; ya que en ninguno de los momentos constitucionales del proceso constituyente los asambleístas lograron ponerse de acuerdo.

De este modo, si nos remitimos al art. 1 del Reglamento Interno de Funciones de la Asamblea Constituyente veremos que este proclama a la Asamblea no sólo como originaria sino como plenipotenciaria:

“La Asamblea Constituyente es originaria porque radica en la voluntad de cambio del pueblo, como titular de la soberanía de la Nación. La Asamblea Constituyente es un acontecimiento político extraordinario, emerge de la crisis del Estado, deviene de las luchas sociales, y se instala por mandato popular. La Asamblea Constituyente convocada por Ley N° 3364 de 6 de

⁴⁷⁹ FIGUERUELO BURRIEZA A., “El Tratado Constitucional a la luz de ...”, op. cit., p. 63.

marzo de 2006, es unitaria, indivisible y es la máxima expresión de la democracia. Se encuentra legítimamente por encima del poder constituido. La Asamblea tiene plenos poderes para redactar el nuevo texto constitucional, y tiene como mandato transformar y construir un nuevo Estado boliviano. En relación con los poderes constituidos, el poder constituyente es la vanguardia del proceso democrático y depositario del mandato social para transformar y construir un nuevo Estado boliviano. Por las características del proceso constituyente boliviano, la Constituyente no interfiere en el normal funcionamiento de los actuales poderes constituidos hasta la aprobación del nuevo texto constitucional, y el nuevo mapa institucional. Este nuevo texto constitucional será sometido para su aprobación a un referéndum del pueblo boliviano. Desde el momento de su aprobación, se hará efectivo el mandato del nuevo texto constitucional y la construcción del nuevo Estado boliviano”.

De la lectura del citado artículo se podría concluir que la Asamblea Constituyente boliviana fue originaria. Sin embargo, el problema surgió cuando se intentó aprobar el texto antes citado, ya que los asambleístas opositores consideraban que la Asamblea Constituyente en ningún caso podía proclamarse originaria porque mientras continúe en vigencia la Constitución de 1994, la Asamblea Constituyente derivaba de esta norma fundamental y de la Ley de Convocatoria. Por otra parte muchos sectores en Bolivia se mostraron de acuerdo con el pronunciamiento del entonces Presidente del Poder Judicial boliviano, Héctor SANDOVAL PARADA⁴⁸⁰ cuando señaló que la Asamblea Constituyente boliviana al no tener un carácter fundacional, ni ser emergente de una revolución triunfante, no podía ser considerada originaria y por ende estaba limitada por la Constitución de 1994.

A su vez, otros sectores, consideraban que la Constituyente boliviana era mixta ya que si bien es cierto que la misma derivó de la Constitución Política del Estado de 1994 fue la misma Ley Fundamental la que en su art. 232 le dio la potestad privativa de reformar totalmente la Constitución; de igual forma la Asamblea también derivó del Parlamento

⁴⁸⁰ Para ver más detalles sobre este debate se puede consultar la prensa nacional de octubre de 2006. Disponible también en: www.prensaescrita.com/america/bolivia.

nacional de la época, ya que fue éste el que viabilizó el mencionado artículo mediante la Ley de Convocatoria a la Constituyente⁴⁸¹.

Finalmente, el debate llegó al Tribunal Constitucional mediante la interposición de una demanda respecto al Procedimiento de Reformas de la Constitución, presentada por constituyentes de la oposición en la que impugnaban algunos artículos del Reglamento Interno de la Asamblea Constituyente, entre ellos el citado art. 1, por haber sido aprobado dicho Reglamento infringiendo el procedimiento de reforma previsto en la Constitución de 1994. Lamentablemente el Tribunal Constitucional mediante AC. 568/2006-CA de 17 de noviembre de 2006 rechazó la demanda con el argumento de que:

“... la pretensión de los Constituyentes demandantes para que el Tribunal Constitucional analice los arts. 1 y 71 del Reglamento General de la Asamblea Constituyente a través de la demanda de infracciones al procedimiento de reformas a la Constitución, no constituye la vía idónea, porque ese reglamento de organización y funcionamiento interno no forma parte del procedimiento de reforma propiamente de la Constitución, reiterando que sólo el procedimiento legislativo constituyente (reforma parcial) o procedimiento constituyente (reforma total) es objeto de control.”

Lo anotado anteriormente, es una clara muestra de lo que fue el proceso constituyente boliviano, en el que los asambleístas no pudieron ponerse de acuerdo ni siquiera en el Reglamento Interno de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, por lo que en Bolivia nunca se estableció por lo menos mediante una norma consensuada el carácter de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, trataremos de dilucidar este problema a través de la doctrina del Derecho Constitucional.

En este sentido, tal y como afirma Rubén HERNÁNDEZ VALLE⁴⁸² el poder constituyente originario o fundacional aparece cuando surge un Estado a la vida

⁴⁸¹ Por otro lado piensan que la Asamblea es también originaria porque puede cambiar toda la Constitución Política del Estado que estaba vigente hasta que el Referéndum confirme o exprese lo contrario Entre otros: ATAHUICHI SALVATIERRA, R.T. “La Asamblea Constituyente derivada y originaria” en Observatorio de la Economía Latinoamericana, N° 74, febrero 2007.

jurídica, o bien cuando se rompe el orden constitucional por un hecho ilegítimo respecto del ordenamiento jurídico.

En tales hipótesis, al no existir ningún ordenamiento jurídico vigente, surge el poder constituyente fundacional u originario. Su ejercicio pasa a manos del gobierno *de facto* y posteriormente a la Convención o Asamblea Constituyente que se elija para redactar el nuevo texto constitucional. Este tipo de poder es ilimitado, autónomo e incondicional, pues como señala Mauro CAPELLETTI⁴⁸³ el ejercicio del poder constituyente originario provoca una alteración del principio de separación de poderes. Porque está al margen de revisión política, jurídica o judicial, y por su propia naturaleza está fuera del ángulo analítico y contencioso de las llamadas "cuestiones políticas".

De este modo, se puede concluir que la puesta en práctica del poder constituyente originario supone el ejercicio de un poder político concentrado e incondicionado, de modo que sus límites dependen únicamente de sus propias condiciones de racionalidad y efectividad y por consiguiente, de validez. Esos límites son, por tanto, internos y de principio, nunca externos o heterónomos y menos aún jurídicos o normativos.

Y es que, como bien apunta Ignacio DE OTTO,⁴⁸⁴ el poder constituyente originario adquiere forma e importancia precisamente cuando el orden constitucional preexistente sufre una ruptura. Esto reafirma la idea de que parte esencial de la Teoría del Poder Constituyente consiste en establecer el origen de la validez de la Constitución, que es válida porque procede de quien tiene el poder de darla, y es válida incondicionalmente porque ese poder no tiene limitación alguna ya que, en cuanto poder originario, no está sometido a normas.

Ahora bien, cuando el poder constituyente originario se juridifica y se somete a los límites que él mismo establece en la Constitución para su ejercicio, se transforma en

⁴⁸² HERNÁNDEZ VALLE R., "El Poder Constituyente Derivado y los Límites Jurídicos del Poder de Reforma Constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13. Núm. 37. Enero-Abril 1993, p. 146-147.

⁴⁸³ Citado por ROLLA Giancarlo., "Juicio de Legitimidad Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales", disponible en www.iidpc.org/revistas, Consultado el 25 de agosto de 2009.

⁴⁸⁴ DE OTTO I., "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes," Ariel, Barcelona, 1995, p. 53.

poder constituyente derivado. Dicho poder señala Rubén HERNÁNDEZ VALLE⁴⁸⁵ se ejerce por una Constituyente o Convención Constitucional para introducirle reformas generales a la Constitución, por lo que tiene su origen directo e inmediato de la voluntad popular. Se encuentra limitado en todo lo relativo a su estructura (órgano titular para ejercerlo), procedimiento para su integración (elección de constituyentes o forma de convocatoria a una Asamblea Constituyente), organización (número de miembros) y funcionamiento (reglas procedimentales que debe seguir en sus actuaciones).

Sin embargo, como señala el citado constitucionalista, no debemos olvidar que el órgano encargado de la reforma general de la Constitución no está sujeto a ninguna norma jurídica, expresa ni implícita, en cuanto titular del poder constituyente derivado, de manera que frente a su ejercicio no es posible, desde el punto de vista jurídico, oponer cláusulas pétreas expresas ni implícitas.

En definitiva, podemos concluir señalando que el poder constituyente derivado está prescrito en la Constitución y encauzado por el Estado de Derecho, que evita el rompimiento del hilo constitucional; lo que no implica que se constituya en una reforma constitucional, que como veremos más adelante es totalmente distinta, porque el poder constituyente derivado puede disponer de su propia Constitución, sin sujeción a ningún límite material, dado que de esa forma el pueblo puede, de manera pacífica, o sea, jurídicamente, adoptar en cada momento histórico el orden político que más convenga a sus intereses.

De este modo, como acertadamente afirma Manuel ARAGÓN REYES⁴⁸⁶ la única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter de soberano es la autolimitación procedimental, y no la autolimitación material. Es decir, la juridificación de la soberanía popular comporta, inexcusablemente, el establecimiento de unas reglas sobre la formación de la voluntad soberana, pero no sobre el contenido de esa voluntad, porque el soberano

⁴⁸⁵ HERNÁNDEZ VALLE R., “*El Poder Constituyente Derivado y los Límites ...*”, op. cit., p. 149.

⁴⁸⁶ ARAGÓN REYES M., “*El Control como Elemento Inseparable del Concepto de Constitución*”, en Estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol, Vol. 1, 1987, p. 285-316.

constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución, o dicho en otras palabras, el pueblo tiene que conservar la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino. Por lo que estamos en posición de afirmar que la Asamblea Constituyente en Bolivia fue derivada y en ningún caso originaria.

Ahora bien, decíamos que en la actualidad para definir cualquier proceso constituyente siguen en plena vigencia los esquemas ideados por el reverendo John WISE. Si trasladamos el citado esquema al proceso constituyente boliviano podemos hablar de tres escenarios posibles que a su vez debieron dar lugar a tres pactos, el político, el social y el constitucional. El primero de ellos referente a la declaración de derechos como bien dice Ángela FIGUERUELO BURRRIEZA⁴⁸⁷ se fundamenta en la concepción liberal del mundo que entiende que el punto de arranque para la creación de una comunidad política es el reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual absoluta en la que el Estado sólo entraría para asegurar a los burgueses el pleno disfrute de sus derechos, los cuales además de ser reconocidos deberían estar identificados y proclamados en un documento escrito, solemne y formal.

En Bolivia durante todo el proceso constituyente nunca se produjo este momento de libertad, porque en ninguna etapa del citado proceso se llevo a cabo la redacción y aprobación de un documento que haya sido consensuado por todos los partidos políticos⁴⁸⁸. Es más la confrontación de ideas fue muy pobre, tanto en proporción

⁴⁸⁷ Para la autora a este fin obedecieron la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ó el Virginia Bill of Rights de 1776. Esos documentos se convirtieron en la base y fundamento de la actuación del Poder constituyente que se vería limitado por los márgenes trazados en esas Declaraciones de Derechos. FIGUERUELO BURRIEZA Á., “*El Tratado Constitucional a la luz de ...*”, op. cit., p. 64.

⁴⁸⁸ La abrupta conclusión de mandato del Presidente boliviano, Gonzalo Sánchez de Lozada fue el indicador más evidente, del debacle de los partidos políticos tradicionales en Bolivia, uno de las connotaciones de este hecho histórico fue la caída del partido más importante y de mayor trascendencia en la historia del Estado Republicano, el MNR junto con otros partidos importantes como la ADN, MIR, UCS y sus aliados eventuales. El sistema de partidos destrozado por los desaciertos y exabruptos de la llamada “clase política”, reforzó las tendencias progresistas de la izquierda tradicional y de una izquierda populista que apenas exploraba el culto al líder. La ausencia de novedosas propuestas programáticas, de los alicaídos partidos tradicionales, y el descontento generalizado con la política-partidista tradicional, propiciaron el escenario perfecto para la ascensión de un líder sindical indígena, que personificaba la renovación y el despertar de un “neopopulismo originario”.

inversa, como lo fueron las campañas de desprestigio a la ya desgastada imagen de los políticos bolivianos.

En este contexto, en todo el proceso constituyente pugnaron, dos corrientes políticas, no ideológicas, el populismo originario de Evo Morales Ayma y el resto de los partidos tradicionales que no han podido articular hasta la fecha ninguna coalición seria. No obstante, cuando se trata de confrontar al oficialismo en escenarios menores, como el Congreso Nacional, funciona la lógica de la atracción de afines.

De esta forma, precisamente surgió el primer pacto político previo al proceso constituyente boliviano, bajo la forma de un acuerdo político entre el sistema digamos “tradicional de partidos políticos bolivianos” y el nuevo instrumento político liderado por Evo Morales Ayma denominado Movimiento al Socialismo (MAS). Ahora bien, el pacto político boliviano, a su vez, tuvo tres momentos culminantes: **a)** Primero decidir la continuidad democrática, llevando la confrontación a escenario políticos, rechazando el enfrentamiento material; **b)** segundo propiciar la intersección entre las visiones y aspiraciones de los pueblos del oriente -hoy media luna- con las urgentes vindicaciones de los pueblos originarios; se fusionan el Referéndum por las autonomías y la Convocatoria a la Asamblea Constituyente y **c)** El tercer escenario de convención política, fue el inmediatamente posterior al fracaso de la Asamblea Constituyente, la “reforma en sala” en el Congreso Nacional, como ya explicamos anteriormente de la propuesta de Constitución aprobada unidireccionalmente por el partido gobernante en la ciudad de Oruro.

De este modo, asistimos al escenario previo de lo que fue la Asamblea Constituyente boliviana, en el que, si bien es cierto, se estableció un pacto político en el que se elaboraron documentos de vital importancia para el país como la Ley N° 3364 de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, la Ley Marco del Referéndum de 6 de julio de 2004 y que dio lugar a los Referéndums por el Gas y por las Autonomías Departamentales; todos ellos fruto de la agenda de octubre⁴⁸⁹; es también cierto que

⁴⁸⁹ En Bolivia se denomina “agenda de octubre” a la memoria que se elaboró una vez depuesta la revolución popular que en octubre del 2003 expulsó del poder al Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada a costa de ochenta muertos y centenares de heridos. Los puntos principales de esta agenda fueron: la promesa de nacionalización de los hidrocarburos, a través de un Referéndum del Gas, la realización de

ninguna de estas leyes fue cumplida a cabalidad ya que en primer término la Ley Marco del Referéndum, por su ambigüedad, nunca fue interpretada correctamente, el Referéndum por el Gas estuvo dirigido por el gobierno por la dificultad de las preguntas que estaban dirigidas a un país que tiene más de un 60% de analfabetos disfuncionales; el Referéndum por las Autonomías que fue aprobado en 5 de los 9 departamentos que tiene Bolivia no pudo efectivizarse hasta la fecha ya que la nueva Constitución prevé un tipo de autonomía distinto al establecido en la Ley del Referéndum Autonómico y por último y tal vez prueba clara del fracaso del pacto político fue la aprobación de la nueva Constitución en un cuartel militar con la presencia solamente de los assembleístas del oficialismo, mientras en los alrededores de la ciudad de Sucre, se propiciaban diversos enfrentamientos que terminaron con la vida de varias personas a manos del ejército boliviano.

Por lo cual, demás esta decir que todas las leyes citadas anteriormente e incluso la nueva Constitución Política del Estado nunca podrán considerarse base y fundamento del Poder Constituyente boliviano; porque ninguno de estos instrumentos responde a la filosofía de las verdaderas declaraciones de derechos como son la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ó el Virginia Bill of Rights de 1776. Sencillamente porque para la aprobación del nuevo texto constitucional boliviano se utilizaron métodos poco “ortodoxos” por no decir ilegales y excluyentes de un amplio sector de la población boliviana. El segundo momento del proceso constituyente, como vimos es el pacto social,⁴⁹⁰ que como anota Jean Jacques ROUSSEAU,⁴⁹¹ dota al cuerpo

Referéndums Autonómicos en todos los Departamentos Bolivianos y la promulgación de una Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente.

⁴⁹⁰ Al respecto es muy interesante el análisis que realiza la autora aplicando los momentos del acto constituyente al Tratado Constitucional Europeo, en el que el momento del pacto social, salvando las grandes diferencias, podría asemejarse a la situación boliviana en sentido de que el europeísmo se ha venido concretando en el deseo de establecer una unidad jurídica política y económica entre los Estados miembros pero, conservando su individualidad como unidades de decisión y acción política. El problema se plantea de cara al futuro cuando tanto en Europa como en Bolivia cuando surja la necesidad de plantearse si existirá un pueblo europeo o boliviano homogéneo que pueda ser titular de la soberanía. Para la autora la respuesta, en el caso de Europa, no puede ser positiva, porque la Convención que ha redactado dicho Tratado no es la de Filadelfia; de ella sólo ha tomado el nombre. Pues bien, cuando en Filadelfia los representantes de los distintos pueblos acuerdan crear una única comunidad lo que hacen es renunciar a su individualidad como pueblos diferenciados para integrarse en una unidad política superior y única: el Pueblo de los EEUU de América. Los padres fundadores actuando en nombre de esa nueva colectividad elaboraron y discutieron la Constitución de Filadelfia que posteriormente fue sancionada y establecida por el propio pueblo de los Estados Unidos, en cuanto titular de la soberanía. Comparando ese proceso con el actual observamos que en Bolivia no se ha verificado el pacto social y tampoco es

político de un poder absoluto sobre todos los suyos. En consecuencia, el poder político no es delegable, de modo que el gobierno, con el que no cabe contrato, no es sino un mero mandatario, un agente ejecutivo de la soberanía popular.

Aplicando tal razonamiento a la realidad boliviana diremos que en Bolivia hasta “la guerra del gas⁴⁹²”, el colectivo social se encontraba ausente, por lo menos formalmente, de los escenarios de decisión, una vez cada lustro, los votantes eran convocados para delegar representación a los candidatos de partidos tradicionales, esto se denominaba democracia representativa, siendo muy explicativo el texto del art. 4 de la Constitución de 1994 que establecía: “*El pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes...*”. Actualmente la nueva Constitución reconoce al titular de la soberanía el derecho a asumir decisiones políticas directamente y sin mediadores.⁴⁹³ Este nuevo esquema jurídico que formaliza el ejercicio directo de la soberanía popular, sin duda vino dado por los llamados movimientos sociales bolivianos mediante una serie de reivindicaciones sociales, entre ellas las marchas “Por la tierra y el territorio”,

evidente la voluntad de que vaya a producirse en un futuro inmediato, porque las distintas naciones originarias no desean renunciar a su individualidad y trasladar su soberanía a una nueva entidad política: el pueblo boliviano. En el caso de la Unión Europea la situación es bastante parecida y para Ángela FIGUERUELO BURRIEZA buena prueba de ello es el fracaso de la Cumbre de Bruselas de diciembre de 2003 donde a través de la actuación de los Jefes de Estado y de Gobierno se hizo patente el deseo de seguir manteniendo una identidad diferenciada en el marco de una “Europa unida en la diversidad”, que seguirá teniendo una naturaleza internacional insoslayable. FIGUERUELO BURRIEZA A., “*El Tratado Constitucional a la luz de ...*”, op. cit., p. 63-64. Sobre el tema, se puede consultar también BALAGUER CALLEJÓN F., “*La Constitución Europea: Forma y Contenido, Ciudadanos y Estados en la Construcción del Sistema de Fuentes de la Unión Europea*”, en *Revista de Derecho Político* N° 64, 2005, p. 123-141

⁴⁹¹ ROUSSEAU J.J., “*El Contrato Social*”, Editorial Longseller, Buenos Aires, 2005, p. 42.

⁴⁹² La guerra del gas es el nombre con que se conoce a los referidos conflictos de octubre de 2003 relacionados a la exportación de gas natural de Bolivia a EEUU y México. El conflicto principalmente surge porque en Bolivia, un gran porcentaje de familias aún cocinan a leña y por decisión del entonces Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada, las exportaciones de gas se harían por Chile; lo que indigna a la población boliviana por el problema diplomático que Bolivia tiene con este país por la guerra del pacífico en el que Bolivia perdió su salida al mar en beneficio de Chile. Las principales demandas de la guerra del gas era la no exportación del gas natural hasta que exista una política para abastecer el mercado interno, de la misma manera por los precios (considerados casi de regalo) a los que se pretendía exportar el gas que eran menores de un dólar el millar de btu.

⁴⁹³ El Artículo 7 de la nueva Constitución establece que la soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible.” De igual manera el Artículo 11.II.1. reconoce los siguientes mecanismos de intervención directa en la toma de decisiones: “Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley”

“por la dignidad y la vida”, las guerras, “del Agua”, “del Gas”, etc., que en un intento de establecer un pacto social para la convivencia pacífica de todos los bolivianos dieron lugar a una larga lista de reivindicaciones que fueron plasmadas en leyes de convocatoria a referéndums de diversos temas y principalmente dieron lugar a la Ley de Convocatoria de la Asamblea Constituyente con la esperanza de que sería en este espacio donde el pueblo boliviano se confrontase democráticamente con el fin de adoptar un verdadero pacto social sin marginaciones ni exclusiones. Lamentablemente, insistimos, no fue así ya que el sector supuestamente excluido hasta ese momento se sirvió del proceso constituyente para excluir al otro sector de la población boliviana.

En síntesis, no nos queda más que asumir que en Bolivia el pacto social fracasó o simplemente no existió más aún si hacemos nuestro el pensamiento de Johannes AGNOLI⁴⁹⁴ cuando afirma que el pacto social es una criatura de paz, pero de paz dinámica por lo que su fracaso desemboca en la tiranía en sus múltiples versiones: totalitaria, autoritaria o pseudo democrática.

Dicho lo anterior, se puede concluir que la Asamblea Constituyente boliviana, no pasó de ser un mero intento por consolidar un acuerdo social, su origen partidista no tardó en trastocar un escenario legítimo en una nueva tarima de protagonismo politiquero. Así de crudos fueron los hechos y los principales protagonistas fueron nuevamente los partidos políticos, que de vez en vez y según su conveniencia, recogían algunas demandas y aspiraciones de las fuerzas sociales en pugna. Temas como las autonomías, capitalidad o la naturaleza de la Asamblea Constituyente; encubrieron temas mucho más álgidos y de vital importancia, recursos naturales, tierra y territorio y el esquema del renovado Poder Público, calculado previamente para reproducir a la nueva élite originaria como veremos más adelante.

En definitiva, si como dice Ángela FIGUERUELO BURRIEZA⁴⁹⁵ el pacto social se realiza de manera conjunta con el acto constitucional, se entiende que si el primero no se concreta menos podrá hacerlo el pacto constitucional; peor aún en el caso de Bolivia en que es la propia Constitución la que margina y discrimina a un sector importante de

⁴⁹⁴ AGNOLI J., “*La Transformación de la Democracia*”, Siglo XXI, México D.F., 1971, p. 21.

⁴⁹⁵ FIGUERUELO BURRIEZA A., “*El Tratado Constitucional a la luz de ...*”, op. cit., p. 62.

la población que está integrado por los bolivianos que no pertenecen a ninguna etnia indígena y que en el texto constitucional son tratados como parias del nuevo Estado Plurinacional Comunitario.

A estas alturas de nuestro análisis, consideramos que estamos en posición de afirmar que en el proceso constituyente boliviano, los pactos siempre pasaron por la mediación y la intervención de los partidos políticos, no hubieron pactos sociales ni constitucionales, hubieron tratos y convenios, entre partidos políticos, la Asamblea y las consultas populares fueron, instrumentos útiles para reposicionar a los nuevos líderes del escenario político partidista, por lo que nunca hubo un verdadero pacto constitucional que permitiese la aprobación de una Constitución de todos y para todos los bolivianos.

IV.2.1. La clasificación de bolivianas y bolivianos de la nueva Constitución.

Una vez claro que en el proceso constituyente boliviano, tanto el pacto político como el pacto social fueron sólo convenios que excluyeron a gran parte de la población boliviana, desarrollemos la nueva clasificación que realiza la actual Constitución de los bolivianos para materializar lo que hemos venido explicando hasta este momento:

"La nación boliviana está conformado por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano⁴⁹⁶".

Efectivamente, el nuevo texto constitucional clasifica a los bolivianos y bolivianas que conforman la estructura social del Estado en tres grupos; uno conformado por los que pertenecen a las áreas urbanas; otro, conformado por los que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos; y otro, conformado por los que pertenecen a las comunidades interculturales y afrobolivianas.

⁴⁹⁶ Art. 3 NCPE.

Y es que como afirma José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁴⁹⁷ aparentemente son tres grupos de bolivianos y bolivianas los que conforman la estructura social del nuevo Estado, pero en realidad solamente son dos colectivos sociales claramente diferenciados, uno del otro, sobre la base del origen étnico y del asentamiento territorial. Ello se infiere, en opinión del citado constitucionalista de la revisión del texto íntegro del proyecto de Constitución.

De esta forma, en un primer colectivo social se incluyen a los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, aunque el texto señala a la totalidad de bolivianos y bolivianas, luego hace referencia a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que también son bolivianos, por lo tanto no es la totalidad sino los que pertenecen a las áreas urbanas. En consecuencia, en él se incluyen a todas aquellas personas que se encuentran asentadas o domiciliadas en las capitales de Departamento, las ciudades intermedias, las capitales de provincias y de municipios.

En un segundo colectivo social se incluyen a los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Lo que conlleva a que en ese colectivo social se incluyan a todas las personas que territorialmente se encuentran asentadas en las áreas no urbanas del territorio del Estado, sean estas personas indígenas originarios, que tienen una descendencia de las colectividades humanas, cuya existencia es anterior a la colonización española; personas indígenas no originarios, es decir, aquellas que pertenecen a colectividades humanas cuya formación fue posterior a la colonización española; las personas que, sin ser indígenas, se encuentran asentadas en áreas rurales y se dedican a la producción agrícola y pecuaria, agrupándose en comunidades o sindicatos campesinos.

⁴⁹⁷ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución ...*”, op. cit., p. 58.

Finalmente el tercer colectivo social, a criterio del autor, debiera estar conformado por las comunidades afro-bolivianas, que en realidad podrían justificar la creación de un tercer colectivo dada la particularidad del origen de sus miembros, su estructura étnica y cultural. Sin embargo si bien es cierto que la nueva Constitución de manera simbólica hace referencia a los bolivianos y bolivianas que pertenecen a esa comunidad en el resto del texto constitucional no existe ninguna otra norma constitucional que los integre materialmente al sistema constitucional.

A excepción del art. 32 que reconoce a los miembros de las comunidades afro-bolivianas, los mismos derechos económicos, sociales y culturales que a las demás comunidades indígenas. Situación que no merecía ninguna reglamentación porque se supone que al igual que el resto de ciudadanos, los afro-bolivianos gozan de los mismos derechos ya sea civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos.

Por lo que hemos venido anotando, para gran parte de constitucionalistas bolivianos,⁴⁹⁸ la nueva Constitución es racista ya que hace a los “pueblos indígenas originarios campesinos” sujetos de una discriminación positiva dándoles un tratamiento preferente con relación al resto de la población, porque los considera, al parecer, “más iguales” que los otros⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ DERMIZAKY PEREDO P., “*Las Aventuras y Desventuras...*”, op. cit., p. 52.

⁴⁹⁹ Todos los hombres son iguales ante la ley o la ley es igual para todos. Aunque el principio es muy antiguo, nos dice Norberto BOBBIO que su formulación moderna se encuentra recién en las Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795, incorporándose progresivamente al resto. Aunque la universalidad del referido principio nunca se ha puesto en duda, el mismo ha tenido diversas interpretaciones; así por ejemplo: la clásica referente a la indiferenciación legal entre personas o lo que es lo mismo el no establecer distinciones o clasificaciones entre ellas, y la más actual referidas a la prohibición de discriminación de seres humanos por cuestiones de raza, sexo, religión, etc. BOBBIO N., “*El Tiempo de los Derechos*”, Sistema, Madrid, 1991, p. 134. Por lo que tanto el principio de igualdad como la prohibición de discriminación constituyen conceptos dinámicos, cuya interpretación ha evolucionado y aún lo sigue haciendo. Son además conceptos autónomos, la discriminación no es el envés de la igualdad. En otras palabras: no todo tratamiento desigual es discriminatorio. Entre las diversas iniciativas encaminadas a hacer efectivo el principio de igualdad así como el erradicar las expresiones de discriminación social, destacan aquellas medidas que otorgan un tratamiento preferencial en el reparto de ciertos recursos básicos a los miembros de los grupos que han estado sometidos en el pasado a un régimen discriminatorio. Se trata de programas diseñados específicamente para compensar a dichos individuos, así como para eliminar aquellos efectos derivados de esta situación de desventaja que de otro modo se perpetuarían. Los primeros programas conformados con tales criterios se idearon a mediados del siglo XX en los Estados Unidos, momento en el que se empezaron a implementar una serie de medidas

legales en favor de minorías tradicionalmente marginadas que recibieron el nombre de “acción positiva” (*affirmative action*), etiqueta que corresponde a lo que en otros lugares se conoce como “discriminación positiva” o “discriminación a la inversa”. Estas intervenciones surgieron, en gran medida, como respuesta a la presión ejercida por el movimiento de derechos civiles contra la segregación racial y recibieron posteriormente la cobertura jurídica de diversas sentencias del Tribunal Supremo estadounidense. Estas decisiones políticas se tomaron en un contexto histórico-social que puede describirse del siguiente modo: una vez lograda la igualdad racial en el plano legislativo (mediante la derogación de una infinidad de normas -tanto a nivel federal como sobre todo a nivel de los distintos Estados de la Unión- que afectaban negativamente a los ciudadanos negros y cuya rescisión era un mandato emanado de diversas enmiendas constitucionales aprobadas tras la Guerra de Secesión), seguían persistiendo de hecho toda una serie de discriminaciones raciales a las que era preciso poner fin con urgencia.

Por ello no es casualidad que los primeros programas de discriminación positiva surgieran precisamente en los Estados Unidos. Ya que difícilmente hubieran sido concebidos sin la experiencia de la profunda y continuada marginación histórica de la minoría afroamericana en dicho país y sin la toma de conciencia por parte de la mayoría social de la profunda injusticia que esta situación implicaba. Como señala Ronald DWORKIN, más de un siglo de esclavitud seguido de casi otro de segregación oficial en gran parte de su territorio nacional está, por tanto, en el trasfondo de esta normativa. La abolición de la esclavitud decretado por la Decimotercera Enmienda (aprobada en 1865) no impidió por sí misma la perpetuación de la estratificación racial: «la discriminación racial sistemática del pasado ha creado una nación en la cual las posiciones de poder y prestigio han estado ampliamente reservadas para una raza» Dworkin R., “*La Comunidad Liberal*”, Trotta, Madrid, 1996, p. 102. El objetivo inicial de tales medidas no era, pues, la salvaguardia de pluralidad cultural de la sociedad estadounidense, pero en tanto que este tipo de intervención afecta a grupos desfavorecidos que con frecuencia se definen por su pertenencia étnica o cultural, no es de extrañar que al final acabaran haciéndose explícitos estos marcadores de grupos. Así Juan Carlos VELASCO ARROYO afirma que los programas y acciones de discriminación positiva han alimentado, en efecto, multitud de debates públicos y han sido objeto de innumerables críticas, aunque al no venir avaladas por datos rigurosos pocas veces estas críticas han llegado a cuestionar seriamente su funcionalidad y efectividad. Sus detractores en Estados Unidos, entre los que se encuentran conocidos autores y políticos conservadores, han logrado que sus opiniones sean atendidas por los tribunales de justicia. Por ello, dice el citado autor, para quienes se muestran partidarios de una sociedad regida por el mérito personal como máximo criterio de justicia, la inadecuación de la discriminación positiva no podría ser mayor. VELASCO ARROYO J.C., “*Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia*”, Trabajo publicado en Revista de Filosofía, nº 41, 2007, p. 146. En este sentido opina Giovanni SARTORI cuando señala que la discriminación consiste en favorecer o desfavorecer injustamente a grupos de personas basándose en cuestiones que son ajenas a sus méritos y habilidades. SARTORI, G. “*La Sociedad Multiétnica*”, Taurus, Madrid, 2003, p. 51.

Por su parte, autores de corte más liberal como Will KYMLICKA, citado por Federico PÉREZ sostiene que las tentativas de rectificar legalmente las circunstancias desiguales conducen «inevitablemente, como en una pendiente resbaladiza, a la intervención social opresiva. Mostrándose convencido de que los poderes públicos no deberían intervenir para corregir las desigualdades sociales: el respeto por la igual libertad implica que todos los individuos en la sociedad deben pasar por las mismas pruebas. PÉREZ F., “*Will Kymlicka: La Defensa del Nacionalismo Minoritario*”, Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía, Nº 4, Barcelona, 2007, p. 64-65. Sin embargo para los impulsores de estas medidas se debe recordar que en la medida en que la discriminación positiva institucionaliza un trato preferencial y, en definitiva, una forma de discriminación que infringe el principio general de igualdad de trato, requiere un especial esfuerzo de justificación. No obstante, para Juan Carlos VELASCO ARROYO las políticas de discriminación positiva tienen como objetivo prioritario atender a una razón de estricta justicia eliminar el daño injustamente inferido a un determinado grupo social. O, de un modo aún más genérico, compensar las injusticias percibidas de exclusión y negación del reconocimiento. Otra finalidad de la discriminación positiva a su criterio sería lograr mediante tales compensaciones una igualdad de oportunidades real y no meramente formal para esos grupos que se han encontrado o se encuentran infra-representados en los puestos decisivos de la sociedad y, en consecuencia, han estado o están en una situación de subordinación (atendiendo ahora a la dimensión *prospectiva* de la justicia).

En este contexto Bernard BOXILL señala que las estrategias argumentativas empleadas para justificar la discriminación positiva exhiben generalmente dos modalidades diferentes, que en los debates públicos

Otros, como Jorge ASBÚN ROJAS⁵⁰⁰ señalan que lo preocupante del nuevo texto es que el sujeto del orden jurídico es colectivo y obviamente,

suelen esgrimirse conjunta o alternativamente: se tratan o bien de argumentos de carácter retrospectivo o bien de argumentos de carácter prospectivo. Opina que los argumentos de carácter retrospectivo inciden en que las medidas de trato preferente deben ser consideradas como una compensación por daños indebidos recibidos en el pasado, que suponían graves violaciones del principio de igualdad de oportunidades. Por su parte, señala que los argumentos de carácter prospectivo defienden tales medidas en virtud de sus consecuencias supuestamente buenas al contribuir a equiparar oportunidades, así como a socavar los estereotipos raciales y sexuales. BOXILL B., “*Igualdad, Discriminación y Trato Preferente*” Capítulo 29 del Compendio de Ética, Alianza, Madrid, 1995 p. 457-468. De hecho, en todos aquellos lugares donde han sido puestas en marcha, sea en Norteamérica o sea en Europa, la discriminación positiva suele ser presentada como medidas tendentes a solventar una discriminación histórica, a reparar o a compensar alguna injusticia profundamente arraigada en las actitudes, comportamientos y estructura de una sociedad, de modo que determinados grupos menos favorecidos se ven forzados a competir en continua desventaja. Dado que tales injusticias constituyen situaciones fácticas, más que conductas imputables, al menos en el momento actual, existen nulas posibilidades de que un infractor pueda ser denunciado individualmente.

Ya que como bien señala Javier DE LUCA hay que admitir que no basta con garantizar la igualdad en los derechos por encima de la diferencia racial para conseguir una igualdad efectiva, entre otras razones porque hay una desigualdad heredada, que impide hablar de igualdad en el punto de partida y exige un trato desigual, es decir, medidas de discriminación positiva. Señala que los programas específicos de discriminación positiva pretenden romper con esos mecanismos que perpetúan la *transmisión hereditaria* del capital económico, cultural y social entre generaciones y que impide el acceso igualitario a los bienes sociales. Refiere que el caso de los Estados Unidos muestra claramente cómo, muchas décadas después de la supresión de las leyes racistas que discriminaban negativamente a la población negra, sus integrantes seguían sobre-representados entre los estratos más bajos de la estructura social. Amparándose en estas razones, múltiples textos legales de los regímenes democráticos, así como la jurisprudencia, señalan la necesidad de que los órganos estatales vayan más allá del mero hacer respetar las reglas formales de igualdad y no discriminación y, en consecuencia, se insta a los poderes públicos como establece la Constitución Española de 1978 en su art. 9.2 referido a que se promuevan las condiciones para la libertad y la igualdad, así como a que remuevan los obstáculos que impiden la vigencia en plenitud de tales valores. Para el citado autor el mero hecho de no corregir las situaciones de subordinación contribuye a su reproducción. DE LUCA J., “*Globalización e Identidades: Claves Políticas y Jurídicas*”, Romanya Valls, Barcelona, 2003.

En síntesis, como afirma Juan Carlos VELASCO ARROYO de acuerdo con el principio de no discriminación, en un sistema democrático respetuoso con los derechos humanos no es admisible que determinadas minorías se encuentren oprimidas o perseguidas, esto es, que a determinados grupos humanos les sean denegados la titularidad y el disfrute de los derechos que poseen los otros miembros de la comunidad. Si bien parece que esta formulación negativa no suele cuestionarse, no sucede lo mismo con la justificación del reconocimiento activo de derechos a las comunidades minoritarias presentes en un determinado Estado, ni con ciertas medidas de intervención activa, promovidas con el fin de que los miembros de esas comunidades no pierdan su identidad cultural y/o puedan acceder a bienes básicos (educación, trabajo, sanidad, vivienda, etc.) en igualdad de oportunidades reales con el resto de la población. Finalmente y de acuerdo con Barry BRIAN se puede afirmar que sin tener que renunciar a la noción de los derechos universales válidos para todos, se puede argumentar que existen casos en que un sistema de derechos basados en los grupos que sufren carencias sistemáticas sería una manera de ayudar a satisfacer la demanda liberal igualitaria de que los individuos no deben tener menos recursos y oportunidades que otros cuando la desigualdad ha sido el producto de circunstancias en cuya generación ellos no tuvieron responsabilidad; sin embargo, el trato especial para los miembros de los grupos desfavorecidos sólo se justifica durante el tiempo en que persista la desigualdad. BRIAN B., “*Cultura e Igualdad*”, Revista Istor, México D.F., Año II, N° 7, 2001, p. 52.

⁵⁰⁰ ASBÚN ROJAS J., “*El Grave Déficit Democrático e Institucional del Proyecto de CPE*”, disponible en <http://www.columnistas.net>, Consultado el 10 de julio de 2009, p. 62-63.

con ello se busca ir excluyendo el individualismo jurídico, bajo la equivocada comprensión de que éste es sinónimo de egoísmo. Ignorándose que el individualismo desde una perspectiva constitucional, no se trata de una condición moral o ética, sino que implica que los derechos y garantías constitucionales corresponden a cada uno de los seres humanos: hombre o mujer, niño, joven o adulto mayor, por el sólo hecho de existir⁵⁰¹ y, por tanto, significa que cada persona debe ser respetada por sus semejantes y recibir la asistencia o en su caso el amparo del Estado, sin que se le exija para ello ningún otro requisito, ni económico, ni cultural, ni religioso, ni de riqueza, ni condición social, ni pertenecer a una comunidad o nación específica o cualquier otro requerimiento.

De este modo, en el nuevo texto constitucional lo comunitario se convierte en el elemento caracterizador del orden constitucional y a las comunidades indígenas originarias campesinas se les promete reconocerles no sólo un espacio territorial propio, sino también el

⁵⁰¹ Sobre el tema de la igualdad es muy interesante el criterio de Julia SEVILLA MERINO para quién si partimos de que las diferencias se producen en el desarrollo de la vida humana, la cuestión radica en cómo ponderarlas y situarlas en términos de equivalencia o de homologación. Ninguna diferencia es en principio buena o mala, lo que ocurre es que las diferencias a las que se asigna un orden jerárquico inferior o desigual son malas. En consecuencia, es necesario construir el concepto de igualdad para poder homologar las diferencias. La igualdad presupone la diferencia y no la identidad porque, si las cosas son idénticas, no hace falta establecer términos de comparación. La identidad está referida a un conjunto de términos indiscernibles que comparten una predicación común. En consecuencia, para la autora la igualdad es un concepto racional que parte necesariamente de la necesidad de que los seres humanos, a pesar de las diferencias, disfruten de posiciones equivalentes, porque si se establece que unas determinadas características, en definitiva, diferencias son las buenas, todas las demás resultarán ser malas. En síntesis, para Julia SEVILLA MERINO La igualdad formal ha demostrado su incapacidad para solucionar los valores del Estado social y su estricta aplicación puede llegar incluso a desvirtuar los postulados del mismo, pero ello no significa que en el Estado social se abandone la idea de la igualdad en la ley y de la igualdad en la aplicación de la ley .en tanto concreciones de la igualdad formal., sino que en la elaboración y aplicación de la ley debe incorporarse el concepto de eliminación de la discriminación como puente para garantizar la no arbitrariedad de los poderes públicos y la igualdad real entre la ciudadanía, al menos, en aquellos aspectos que se consideren relevantes. De esta manera, opina que la eliminación de la discriminación va a ser el elemento que interactúe entre la voluntad del legislador y el operador jurídico para conseguir la igualdad real. SEVILLA MERINO J., “*La igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres desde la Teoría Constitucional*”, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Nº 67, 2007, p. 63-82. y “*Estado, Derecho y Estudios de Género*”, en Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante Nº 1, 2003, p. 163-176. Sobre el tema también se puede consultar ASTOLA MADARIAGA Jasone, *Las Mujeres y el Estado Constitucional: Un repaso al contenido de los grandes conceptos del Derecho Constitucional*, Ponencia presentada en Mujeres y Derecho, pasado y presente: I Congreso multidisciplinar de Centro-Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, 2008. p. 240 y sgtes.

derecho a su libre determinación, que como vimos anteriormente, se trata más de un autogobierno que de una libre determinación. Así al parecer estamos frente a una categorización de los bolivianos y bolivianas, con una finalidad clara, la de construir un Estado corporativo, en el que el colectivo social constituido por las naciones y pueblos indígena originarios campesinos tendrá una hegemonía en el ejercicio del poder político del Estado y se constituirá en la nueva casta dominante con tendencias a perpetuarse en el poder, con discriminación del otro colectivo social que será excluido y marginado de la estructura económica-financiera, la estructura jurídica, la estructura política y, porqué no, de la estructura social.

En definitiva, tal como dice José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵⁰² pareciera que para los autores de la nueva Constitución la principal contradicción social, política y económica es la existente entre la gente de la ciudad y la del campo, entre las áreas urbanas y las áreas rurales, y no entre los ricos y pobres, entre los propietarios de los medios de producción y los propietarios de la fuerza de trabajo, entre la clase alta y la clase baja. Sin embargo, aparentemente, los ideólogos de la nueva Constitución han olvidado que en las áreas urbanas existen colectivos sociales que viven en la extrema pobreza y la marginalidad, incluso existen sectores sociales que viven en la indigencia. Por último, al parecer los precursores del nuevo texto constitucional han olvidado que en los pueblos indígenas y las comunidades campesinas, agrupados en el colectivo social único denominado "naciones y pueblos indígena originario campesinos" existen bolivianos y bolivianas que son propietarios de medios de producción y tienen una capacidad económica que podría dar lugar a clasificarlos como parte de la clase media-alta.

IV.2.2. Las contradicciones sociales en los escenarios de participación nacional.

⁵⁰² RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *"Hacia una Nueva Constitución..."*, op. cit., p. 62.

La clasificación de la estructura social en dos colectivos, el conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, y el conformado por los que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originarios campesinos, confirma la Tesis de Fausto REYNAGA⁵⁰³ sobre las “Dos Bolivias,” una la de los blancos y otra la de los indios, en que unos oprimen a los otros. Este es a su criterio el gran problema nacional que enfrenta Bolivia, ya que el indio sigue viviendo en las condiciones de la colonia, pese a que el indio es la nación real porque es una comunidad humana estable, históricamente formada y surgida sobre la base de la comunidad de idioma, de territorio, de vida económica, de psicología y de cultura. En consecuencia, solamente a partir de la búsqueda de la libertad del indio y su conquista se podrá cohesionar a las demás razas y de esta forma crear una sola Bolivia, una sola nación.

Si bien, es cierto, que no se puede compartir íntegramente el pensamiento de Fausto REYNAGA⁵⁰⁴, no queda duda, que la aspiración de consolidar una Bolivia que conviva pacíficamente en medio de su diversidad es un anhelo de todos los bolivianos. Pero, tal y como apunta José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ,⁵⁰⁵ la nueva Constitución no busca lograr una convivencia pacífica sobre la base de la complementariedad de los opuestos, y lograr la construcción de un Estado nacional unido en la diversidad, sino la de encumbrar a un colectivo social excluyendo y marginando al otro.

⁵⁰³ REYNAGA F., “*La Revolución India*”, Editado por el Partido Indio de Bolivia, La Paz, 1969, p. 168. Para el citado autor, la Revolución india de 1780-1782, desvinculó toda la estructura jurídica y económica de la Colonia española en América. Gracias a esta revolución vieron y vivieron tanto los criollos españoles como los mestizos-cholos, otra realidad histórica en el Continente. Refiere que dichos indios y mestizos se lanzaron a la Guerra de la independencia que duró 16 años “...*El indio es quien venció a España. EL INDIO ES QUIEN VENCE A ESPAÑA. El indio expulsa de América a España...*” Opina que los indios siguen siendo una Nación oprimida, por lo cual esta debe buscar su libertad y ésta solo será posible, a través del Partido Indio de Bolivia, ya que siempre los blancos-mestizos se han apropiado de sus luchas, para mantenerlos oprimidos, esto ocurrió con la apropiación de la fundación de la República de Bolivia de la cual Olañeta y otros se apropiaron, “*El indio es el verdadero creador de la República*” (Ídem:42) ya que en todos los momentos del desarrollo histórico son otros los que se han apropiado de esa lucha por buscar su libertad.

⁵⁰⁴ REYNAGA F., “*La Revolución India...*”, op. cit., p. 168.

⁵⁰⁵ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución ...*”, op. cit., p. 64.

De este modo, como señala Fernando MOLINA⁵⁰⁶ la nueva Constitución lleva todavía más lejos la concepción de Bolivia como una sociedad no nacional, diversa e incluso fragmentaria; ajustando las tuercas de la economía estatizada, a fin de evitar que, como ocurrió en el pasado, se cuelen reformas de índole liberal.

Efectivamente, lo más grave, es el carácter híbrido e incluso contradictorio de la filosofía de esta Constitución, que por un lado apunta a la centralización y la acumulación del poder, y por otro ofrece garantías políticas y oportunidades de gobierno a un sinnúmero de entidades subnacionales, en particular a los pueblos indígenas; con factores que permiten la discriminación del colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas. Ello se refleja en las vías y mecanismos de acceso al ejercicio del poder político, social y económico, así como en la configuración de los escenarios de participación de la colectividad social en la conformación de los órganos del poder constituido. Cabe advertir, sin embargo, que no es propósito de esta investigación realizar un análisis detallado de todos los escenarios de participación social que establece la nueva Constitución. En este sentido, analizaremos tres de éstos, por su estrecha vinculación a nuestro objeto de estudio, como son: la participación social en los órganos del poder constituido; en el órgano judicial y en nueva modalidad de reforma de la Constitución.

IV.2.3. Breve referencia a la participación social en los órganos del Poder Constituido.

Como hemos venido reiterando a lo largo de todo este trabajo y como igualmente señaló Karl LOWENSTEIN,⁵⁰⁷ desde su formulación, el principio de separación de poderes se ha considerado un instrumento fundamental para la consecución de los objetivos del Constitucionalismo.

⁵⁰⁶ MOLINA F., “*Constitución e Ideología*”, Disponible en: <http://www.columnistas.net>, consultado el 23 de junio de 2009. p. 25.

⁵⁰⁷ LOEWENSTEIN K., “*Teoría de la...*”, op. cit., p. 76.

Esto es, para asegurar la organización racionalizada y la limitación del Estado. En consecuencia, se trata de un integrante imprescindible del bagaje estándar del Constitucionalismo, del dogma más sagrado de la teoría y práctica constitucionales.

En este sentido, como bien apunta Manuel ARAGÓN REYES⁵⁰⁸ la tesis de la distinción de poderes sigue siendo un elemento indispensable de la democracia, al proveer instrumentos de control recíprocos que aseguran la supremacía del poder constituyente o soberanía popular sobre los poderes constituidos.

Ahora bien, veamos, si el principio de separación de poderes impregna al texto del art. 12 de la nueva Constitución que se refiere a los órganos del poder constituido. Para lo cual es preciso recordar que en la nueva Constitución boliviana, el ejercicio del poder político del Estado a nivel nacional está encomendado a cuatro órganos del Poder constituido; como son el Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral; además de los organismos de nueva creación bajo la figura de funciones estatales, como son la de Control, Defensa de la Sociedad y del Estado.

En este contexto, observamos que por lo menos a primera vista, la nueva Constitución no afecta al núcleo esencial de la configuración prevista por la Constitución de 1994, a excepción del Poder Judicial, al que nos referiremos más adelante. Sin embargo, de un análisis más profundo del nuevo texto, muchos constitucionalistas bolivianos, piensan que la nueva Constitución atenta gravemente contra el principio de separación de poderes. Así Pablo DERMIZAKY PEREDO⁵⁰⁹ señala que la segunda

⁵⁰⁸ ARAGÓN REYES M., *“La Democracia como forma jurídica”*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1991, p. 3.

⁵⁰⁹ DERMIZAKY PEREDO P., *“Aventuras y Desventuras...”*, op. cit., Para este autor, incluso se llega al extremo de incorporar la Vicepresidencia de la República al Órgano Ejecutivo (art. 165- I), asignándole atribuciones de este Órgano (art. 174), en contra de una doctrina asentada desde hace siglos según la cual el Vicepresidente es Presidente nato del Legislativo y sólo reemplaza al Presidente cuando éste se halla impedido, por cualquier causa, para ejercer su cargo. Consta así en la Constitución de Estados Unidos de América (arts. I y II), que fue la primera en crear el cargo, en la Constitución de Bolivia (arts. 53 y 93), y

parte de la nueva Constitución, sobre Estructura y Organización Funcional del Estado, está diseñada para acrecentar las atribuciones del órgano Ejecutivo, y sobre todo las del Presidente de la República, en desmedro de los otros dos órganos, que quedan subordinados a aquél, como ya ocurre en el gobierno actual. En consecuencia, desaparece la separación de poderes o distinción de funciones, que como hemos insistido durante todas estas páginas es un principio básico de la democracia desde los tiempos de PLATÓN Y ARISTÓTELES, pasando por LOCKE Y MONTESQUIEU.

Del mismo modo, el nuevo texto constitucional ha previsto sistemas y mecanismos que garantizarán la participación corporativa⁵¹⁰; desde la propia conformación del colectivo social anulando las diferencias étnicas, culturales y sociales que hay dentro de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; la configuración de circunscripciones especiales indígenas originario campesinas; la definición de constituirlos en titulares de la representación política para proponer candidatos y candidatas; el reconocimiento de una cuota mínima en el Tribunal Supremo Electoral, y una representación proporcional en el Tribunal Constitucional Plurinacional; la imposición del derecho de esta colectividad para acreditar un número de consejeros departamentales, y

en muchas otras. La reforma pretende hacer del Legislativo, a través de su Presidente nato, un instrumento del Ejecutivo, como ocurre en el gobierno actual, eliminando uno de los caracteres esenciales de la democracia. Así recuerda las palabras de MONTESQUIEU cuando señalaba: *“no puede haber libertad donde los poderes legislativo y ejecutivo se hallan unidos en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados”*. Esta es, a su criterio, sin duda una “reforma” inadmisibles, que pretende mutilar las instituciones republicanas y cercenar las libertades públicas para “constitucionalizar” la dictadura de un partido y de un caudillo. Desde otro punto de vista Iván ARIAS DURÁN señala que el nuevo concepto de ‘justicia comunitaria’, con una duplicidad de normas aplicables; el control político sobre el Poder Judicial y el Poder Electoral (haciendo añicos el sagrado principio de la ‘división e independencia de poderes’). ARIAS DURÁN I., *“NABOs y NICOs: La Constitución...”*, op. cit., p. 71.

⁵¹⁰ El artículo 147.III de la NCPE establece circunscripciones electorales especiales para estos pueblos, “donde no deberán ser considerados como criterios condicionales la densidad poblacional ni la continuidad geográfica”. Los artículos 30-II.17 y 403 les conceden “el uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio”, sobrepasando lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que reconoce “el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (art. 15). El mismo Convenio dice que los gobiernos deben asegurar “a los miembros de dichos pueblos, gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población” (art.2.2.a). Por otro lado la nueva Constitución otorga a los pueblos indígenas originarios campesinos doble elección y representación en toda la estructura estatal.

concejales municipales elegidos de acuerdo a sus usos o costumbres. Ello, en la práctica, opina, José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵¹¹ constituye la implementación de la democracia comunitaria que sustituye a la democracia occidental. Por lo que el nuevo texto constitucional desconoce los principios democráticos básicos, como el pluralismo, no sólo político sino social y cultural, de la diferencia y el disenso y del gobierno limitado⁵¹².

Si esto es así, como lamentablemente lo es, habrá que darle la razón a Andrés TÓRREZ VILLA-GÓMEZ⁵¹³ cuando afirma que la nueva

⁵¹¹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución...*”, op. cit., p. 71.

⁵¹² Al efecto es muy interesante el criterio de Iván ARIAS DURÁN para quien Bolivia de ahora en adelante esta dividida en dos tipos de ciudadanos los NABOs y los NICOs; los primeros, son los habitantes de las zonas urbanas bolivianas y los segundos los indígenas originarios campesinos. En este sentido refiere que el art 172 de la NCPE, en las atribuciones del Presidente, señala que éste debe designar a los ministros respetando el carácter plurinacional del gabinete ministerial. Esto da a entender que en el gabinete se tiene que tener la representación de los NICOs y que por lo tanto también este espacio estará parcelado. La doble representación igualmente esta en el Congreso (art.146-147): la Cámara Baja tendrá 130 diputados y la mitad se elegirán en circunscripciones uninominales y la otra mitad en circunscripciones plurinominales departamentales. Los Diputados (NABOs) son elegidos en votación universal, directa y secreta. Además las circunscripciones uninominales (NABOs) deben tener continuidad geográfica, afinidad y continuidad territorial, no trascender los límites de cada departamento y basarse en criterios de población y extensión territorial. El Art 147,II. Establece que en la elección de asambleístas se garantizará la participación proporcional de los NICOs y que la ley determinará las circunscripciones especiales indígena originario campesinas, donde no deberán ser considerados como criterios condicionales la densidad poblacional, ni la continuidad geográfica. Con esto, ¿se entiende que el Congreso deberá estar integrado proporcionalmente por NICOS y NABOs,? .Es decir si partimos del dato que los NICOs son el 63% de la población, el Congreso deberá respetar esa proporcionalidad? Vistos estos artículos se establece que para el sistema electoral tendremos: circunscripciones plurinominales, uninominales y especiales de los NICOs.

Por otro lado, se pregunta si con esto de la discontinuidad geográfica de las circunscripciones NICOs ¿se está abriendo la posibilidad que parte de los comunarios de Achiri de Omasuyos, que migraron a Yapacani y que no tienen ahora continuidad geográfica constituyan una circunscripción especial indígena? ¿O esto esta orientado a apoyar la política de dotar a comunidades tierras fiscales en el oriente?. Por otra parte señala que también en la Asamblea departamental autónoma también los NICO tendrán un cupo de representantes elegidos según sus usos y costumbres, pero además, como en todas las otras instancias, las NICOS participarán también en la elección de los asambleístas de los NABOs. Esta doble representación se repite en los concejos municipales (art.284) ya que los NICOs podrán elegir sus representantes ante el Concejo de forma directa mediante normas y procedimientos propios. ARIAS DURÁN I., “*NABOs y NICOs: La Constitución Coladera*”, Disponible en www. p. 67, Consultado el 2 de julio de 2009.

⁵¹³ TÓRREZ VILLA-GÓMEZ A., Para el autor la nueva “*Constitución de las Razas*” nos propone una Bolivia desigual y confrontada donde todos perderemos. Y es justamente en el escenario de la participación social en los órganos constituidos en el que se refleja el trato discriminatorio al colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, por el trato preferente que la nueva Constitución brinda al colectivo social conformado por los bolivianos y

Constitución que debió ser el instrumento de unificación y liberación de los bolivianos es la herramienta de confrontación, racismo, discriminación y desigualdad porque sus artículos clasifican a los bolivianos en razas y grupos étnicos.

En síntesis, podemos concluir que la nueva Constitución para lograr una participación corporativa que garantice la hegemonía del poder, establece factores de ponderación positiva a favor del colectivo social conformado por las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, en desmedro del otro colectivo social, conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas. Y es que tal y como afirma Iván ARIAS DURÁN⁵¹⁴ en el nuevo texto constitucional se pueden diferenciar dos tipos de gentes: los de la nación boliviana y los de las naciones indígenas, campesinas y originarias; los ordinarios y los extraordinarios, los que se rigen mediante leyes y los que se rigen mediante sus usos y costumbres. Los que viven en las ciudades y los que viven en las áreas rurales.

IV.2.4. Breve referencia a la participación social en el Poder Judicial.

Como en su día afirmará MONTESQUIEU⁵¹⁵ la concepción de un poder verdaderamente independiente corresponde al poder judicial. Por consiguiente el poder judicial debía ser totalmente ajeno de los intereses de clase del Estado. La preponderancia que siempre dio MONTESQUIEU⁵¹⁶ a la independencia judicial fue clave para el desarrollo del poder judicial en el Estado de Derecho.

bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígenas originario campesinos. “*La Constitución de las Razas*”, Disponible en www.columnistas.net, p. 12., Consultado el 2 de julio de 2009.

⁵¹⁴ ARIAS DURÁN I., “NABOs y NICOs: “*La Constitución...*”, op. cit., p. 69.

⁵¹⁵ MONTESQUIEU, “*Del Espíritu de las Leyes*”, op. cit., p. 123 y sgtes.

⁵¹⁶ En el pensamiento de MONTESQUIEU se aprecia la idea de una especialización funcional en los órganos del Estado y su exclusividad personal, una insistencia en la independencia del poder judicial, que no puede influir en los otros poderes, y cuya función de juzgar es exclusivamente suya, excepto en

Ya que como afirma Manuel ARAGÓN REYES⁵¹⁷ el pensamiento de MONTESQUIEU se encuentra sintetizado en la famosa frase “*el gobierno de las leyes y no de los hombres*” que se refiere al ejercicio del poder mediante el Derecho y no el arbitrio.

Lamentablemente, los impulsores del nuevo texto constitucional en Bolivia, poco parecen conocer del principio de separación de poderes y la independencia de los jueces, aspectos que como detallamos en los primeros capítulos de esta investigación son vitales para el adecuado ejercicio del Estado de Derecho Constitucional. A pesar de ello como veremos más adelante es justamente en este punto donde más desigualdades se pueden evidenciar entre la participación de los bolivianos pertenecientes a las naciones originarias, indígenas campesinas y los bolivianos que habitan las áreas urbanas de Bolivia.

Empecemos, señalando que la nueva Constitución en su art. 178 define que el sistema judicial boliviano se configura sobre la base de los principios de pluralismo jurídico, la interculturalidad, la equidad, la igualdad jurídica, la independencia, la seguridad jurídica, el servicio a la sociedad, la participación ciudadana, la armonía social y el respeto a los derechos. Sobre la base de estos principios, el nuevo texto constitucional define que la función judicial se ejerce a través de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción originaria campesina,⁵¹⁸ mismas que tienen igual jerarquía.

La primera se ejerce por el Estado, a través de los tribunales y jueces establecidos por la Constitución y las leyes. La segunda es ejercida por

algunos casos en que el poder legislativo puede también actuar. MONTESQUIEU, “*Del Espíritu de las Leyes*”, op. cit., p. 123 y sgtes.

⁵¹⁷ ARAGÓN REYES M., “*La Democracia como forma...*”, op. cit., p. 2.

⁵¹⁸ Art. 179.I NCPE: “*La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por ley...*”.

las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos.⁵¹⁹

En este sentido, si bien es cierto que dada la coexistencia de diversas construcciones sociales tanto en lo referente a sus condiciones materiales, como a sus instituciones, valores, principios y creencias, en el Estado boliviano existen diversos sistemas jurídicos que rigen en los pueblos indígenas originarios y que deben ser reconocidos e implementados oficialmente. Al igual que José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵²⁰ consideramos que la función judicial estatal debe y tiene que ser ejercida exclusivamente por el Estado; ya que una cosa es el reconocimiento, la promoción y garantías del ejercicio de la jurisdicción comunitaria y otra muy distinta es pretender que el sistema jurídico de un determinado pueblo indígena originario se equipare a la Constitución Política del Estado y que sus autoridades naturales tengan las mismas atribuciones que los jueces y magistrados. Sobre el tema, ya el Tribunal Constitucional en la SC. 0295/2003-R estableció que:

“... no se debe olvidar que las instituciones sociales de las comunidades campesinas y pueblos indígenas no existen aisladas, forman parte de un contexto social mucho más amplio y complejo”, y que “ahí radica el problema para definir los sutiles límites entre la “justicia comunitaria” y la “justicia oficial”, porque “necesariamente las referidas normas -que incluyen sanciones- deben también encuadrarse al marco constitucional que rige en nuestro país”.

Ahora bien, lo más preocupante del tema es la potestad que confiere el mismo de aplicar la justicia comunitaria a todo tipo de agrupación

⁵¹⁹ Art. 179 NCPE:

“II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.

III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional

IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial”.

⁵²⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *“Hacia una Nueva Constitución...”*, op. cit., p. 79.

campesina. Esto está íntimamente ligado al hecho de que la nueva Constitución en ninguna parte de su articulado establece claramente cuales son las naciones originarias, indígenas campesinas, con lo que deja abierta la puerta a ejercer la jurisdicción indígena a las comunidades campesinas⁵²¹, cuya formación es posterior a la colonización española e incluso a aquéllas conformadas en las últimas décadas del siglo XX⁵²² con las funestas consecuencias que resultará de ello, ya que indudablemente será una forma que tendrán muchas personas de tomarse la justicia por sus propias manos.

IV.2.5. Procedimiento de reforma de la nueva Constitución.

Es evidente, que el tema de la reforma constitucional es uno de los más importantes del Derecho Constitucional y es que como apunta Pedro DE VEGA⁵²³ esto es así porque al ser la Constitución, la que establece y regula los fundamentos de orden de la vida del Estado, tan sólo puede desarrollar su función si aparece dotada de una cierta estabilidad.

Sin embargo, si bien es cierto que el empeño por dotar a la Ley Fundamental de estabilidad y firmeza es una constante histórica del Constitucionalismo, como dice Klaus STERN⁵²⁴ también es cierto que tan antigua como ella es la idea de que la Constitución no puede ser entendida como una ley eterna, sino que, si realmente se quiere hacer

⁵²¹ Art. 190.I NCPE: “Las Naciones y pueblos indígenas originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”.

⁵²² Este es el caso de las Comunidades Campesinas del Trópico Cochabambino, que no cuentan con un sistema jurídico que tenga su base en el Derecho Consuetudinario, lo que no se encuadra en la naturaleza jurídica de la Justicia Comunitaria, al contrario la distorsiona; por lo tanto, constituye un privilegio para los bolivianos y bolivianas que conforman las comunidades campesinas, que podrán crear su propio sistema jurídico y ejercer su propia jurisdicción, a partir de este reconocimiento y no a partir de un Derecho Consuetudinario preexistente. RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “Hacia una Nueva Constitución...”, op. cit., p. 80.

⁵²³ DE VEGA GARCÍA P., “La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente”, Tecnos, Madrid, 1995, p. 21.

⁵²⁴ STERN K., “Derecho del Estado de la República Federal Alemana”, Madrid, 1987, p. 227-228.

efectivo el principio de durabilidad, ha de ser necesariamente modificable⁵²⁵.

Es precisamente de lo anterior, que surge la reforma constitucional, que como señala Ángela FIGUERUELO BURRIEZA⁵²⁶ es uno de los principales medios de protección de la Constitución como norma suprema. Karl LOEWENSTEIN⁵²⁷, entre otros, definió el proceso de reforma constitucional como aquella actividad normativa tendente a modificar, parcial o totalmente, una Constitución a través de órganos especiales, o procedimientos particulares diversos de los establecidos para la legislación ordinaria, y que, en la medida en que por ella se colman lagunas o se complementan y derogan determinados preceptos, producirá siempre una alteración, expresa o tácita, del documento constitucional.

En este contexto, para Javier RUIPÉREZ ALAMILLO⁵²⁸ tres son los elementos que, en cuanto esenciales, deben destacarse de la citada definición: En primer lugar, si tomamos en cuenta que la revisión se

⁵²⁵ Junto a estos argumentos existen, fundamentalmente, otras dos razones que, de forma tradicional, se han alegado en favor de la variabilidad constitucional, a las que se refiere Javier RUIPÉREZ ALAMILLO que son: Por un lado que la reforma constitucional ha sido concebida y justificada como medio idóneo para subsanar los errores, políticos o técnicos, en que hubiera podido incurrir el legislador constituyente, cuyo mantenimiento podría, incluso, deparar la disolución del propio cuerpo político. Desde esta perspectiva va a decirse que la operación de revisión constitucional, sujeta, eso sí, a los trámites y requisitos previstos por la propia Norma Fundamental y limitada por los principios y valores inalterables del orden social recogidos en ésta, no debe encontrar ningún tipo de obstáculo temporal para su puesta en marcha. De otro lado, la modificabilidad de la Constitución y, por tanto, la reforma constitucional, en cuanto que es el medio más importante, que no el único, para llevar a cabo las transformaciones constitucionales ha sido defendida atendiendo a la inexorable necesidad de que la Constitución debe adaptarse a la historia para conseguir sus fines.

⁵²⁶ Para la autora con el fin de evitar que los principios del moderno constitucionalismo democrático se incumplan en la práctica (Constituciones nominales o semánticas) es imprescindible que en los textos constitucionales se establezcan medios o instrumentos de garantía. Los principales medios de protección de la Constitución como norma suprema, en su opinión, *son la justicia constitucional y el procedimiento de reforma*. Si la primera garantiza el carácter de súper ley, en sentido material, de la Constitución, la segunda lo hace en sentido formal; De ambos procedimientos se obtiene el concepto de Constitución como norma suprema. FIGUERUELO BURRIEZA Á., “*El Tratado Constitucional a la luz de los...*”, op. cit., p. 73.

⁵²⁷ LOEWENSTEIN K., “*Teoría de la Constitución...*”, op. cit., p. 174-175.

⁵²⁸ RUIPÉREZ ALAMILLO J., “*Algunas Consideraciones sobre la Reforma Constitucional*”, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 75. Enero, 1992, p. 233.

concreta en una actividad normativa que modifica parcial o totalmente el texto de la Constitución, es evidente que esta operación se traducirá en la adición, cambio o supresión de una o varias palabras, frases o párrafos de uno o varios artículos o incluso de la totalidad de los artículos de la Constitución. Esto, a su criterio, plantea la cuestión de si el poder de reforma, cualquiera que sea la naturaleza que se le atribuya, encuentra límites en su actuación y si son posibles las llamadas reformas totales⁵²⁹.

En segundo término, para Javier RUIPÉREZ ALAMILLO, es también esencial para la institución de la revisión constitucional el que ésta se verifique de acuerdo con lo establecido por la propia Ley Fundamental para tal fin⁵³⁰. Finalmente, para el autor la revisión constitucional ha de producir siempre una alteración del documento constitucional, siendo precisamente esta circunstancia la que permite diferenciar la reforma,

⁵²⁹ Este tema lo habíamos abordado al hablar de los orígenes del poder constituyente. Sin embargo, aunque no es tema de esta investigación, suponemos que es necesario por lo menos de manera superficial establecer lo que diferencia al quebrantamiento constitucional del procedimiento de reforma. Así Carl SCHMITT puso de manifiesto las diferencias entre el quebrantamiento y la revisión constitucional: En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la operación de la reforma constitucional se traduce siempre en una transformación formal de la Constitución, modificación que, por el contrario, no se produce en el caso del quebrantamiento. En efecto, en el supuesto de la ruptura no se produce, ni tampoco se pretende la reforma de la norma constitucional; lo que sucede es que se adopta una disposición que, para un caso concreto y excepcional, desvía dicha norma. La revisión y el quebrantamiento constitucionales se diferencian también, y en segundo término, por cuanto que con la primera lo que se produciría es la definitiva abrogación de la norma de que se trate, lo que no sucede con el quebrantamiento, en cuyo caso la norma afectada pierde, efectivamente, su validez y eficacia para un supuesto concreto, pero las conserva con carácter general. Esto significa que en las rupturas constitucionales no sólo no se pretende reformar la Ley Fundamental para suprimir alguna norma, sino que, además, se presupone que esta última seguirá vigente, y sin modificación alguna, para todos los demás supuestos a que se refiere. Así las cosas, surge la cuestión de si el quebrantamiento resulta jurídicamente admisible o no. El tema no ofrece duda respecto a los que SCHMITT denomina “quebrantamientos inconstitucionales de la Constitución”, es decir, aquellos supuestos en que, a título excepcional, no se observa una norma constitucional sin que dicha inobservancia se encuentre autorizada por la Constitución ni tampoco se haya atendido al procedimiento de reforma para quebrantarla, en cuyo caso nos encontraremos ante una auténtica violación del Texto Constitucional, y, por tanto, resulta inadmisibile. SCHMITT C., *“Teoría de la Constitución”*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1982, p. 115-118.

⁵³⁰ Al respecto ya Carl SCHMITT había señalado que la modificación de la Constitución puede ser inconstitucional cuando se realiza sin observancia del procedimiento prescrito legal-constitucionalmente, o constitucional cuando sí se observa dicho procedimiento, lo que ocurre es que tan sólo esta última puede ser reputada como válida. Lo que nos conduce a la idea de si es posible entonces asegurarse de que las modificaciones de la Constitución se realicen por el procedimiento de reforma constitucionalmente previsto. SCHMITT C., *“Teoría de la Constitución...”*, op. cit., p. 115-116.

entendida como mecanismo de transformación formal de la Constitución, de las mutaciones constitucionales⁵³¹.

Lo anterior, nos permite concluir que la reforma constitucional esta dirigida a modificar parcialmente solamente una Constitución rígida, ya que se supone que en los regímenes con constituciones flexibles, las reformas constitucionales se realizan por medio del procedimiento legislativo común. Con lo que está claro que es precisamente la ausencia del procedimiento de reforma lo que convierte a la Constitución en flexible⁵³².

En este contexto, entendemos que la nueva Constitución boliviana está dentro de las denominadas constituciones rígidas ya que ha definido el tema de la reforma constitucional adoptando un doble mecanismo, en función a los alcances de la reforma. En primer lugar ha previsto la reforma total de la Constitución⁵³³. Lo que nos permite concluir que el nuevo texto no contiene cláusulas de intangibilidad, o dicho de otra forma, no existen, límites materiales frente a la reforma constitucional boliviana.

⁵³¹ Sobre el tema se puede consultar, entre otros: DE VEGA P. “*La Reforma Constitucional...*”, op. cit., p. 179-180; LUCAS VERDÚ P., “*Curso de Derecho político. IV: Constitución de 1978 y transformación político-social española*”, Madrid, 1984, p. 158-223, BALAGUER CALLEJÓN F., “*Fuentes del Derecho y Reforma de la Constitución*”, en Revista de Derecho Político N° 36, 1992, p. 407-418 y “*Fuentes del Derecho, Espacios Constitucionales y Ordenamientos Jurídicos*”, en Revista Española de Derecho Constitucional N° 69. Septiembre-Diciembre, 2003, p. 181-213.

⁵³² Sobre el tema ya se pronunciaron en su día entre otros, Raymond CARRÉ DE MALBERG, Hans Kelsen o Constantino MORTATI para quienes cuando la Constitución es susceptible de ser modificada por una simple ley ordinaria, desaparece tanto la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria y en consecuencia, la de poder constituyente y poderes constituidos. CARRÉ DE MALBERG R., “*Teoría general del Estado*”, México, 1948, p. 1212-1213; Kelsen H., “*Teoría general del Estado*”, 15.a ed., México, 1979, p. 331-332; MORTATI C., “*Costituzione*”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XI, Milán, 1962, p. 189. Citados por RUIPÉREZ ALAMILLO J., “*Algunas Consideraciones sobre la Reforma Constitucional*”, op. cit., p. 245.

⁵³³ Art. 411.I. NCPE: “*La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente Originaria, Plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referéndum. La convocatoria del referéndum se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el 20% del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidente o Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referéndum constitucional aprobatorio.*”

Ahora bien, si bien es cierto, como acertadamente afirma Manuel ARAGÓN REYES⁵³⁴ esta ausencia de límites es admisible sólo en la medida en que el soberano participe en ese poder de revisión de la Constitución, a través de un referéndum aprobatorio, como sucede Bolivia y España. Pues los límites materiales o cláusulas de intangibilidad constitucionales ponen de manifiesto un defecto de juridificación de la democracia, en cuanto que el Derecho impone a las generaciones futuras la obligación de quedar sometidas a la voluntad de la generación del presente, con lo cual el Estado constitucional no sería del todo Estado democrático porque perdería su completa condición de Estado de Derecho. No es menos cierto que una cosa es la idea de democracia que la Constitución tiene para su transformación y otra bien distinta la idea de democracia que la Constitución tiene para su realización.

En ese orden de ideas, como refiere Manuel ARAGÓN REYES⁵³⁵ la Constitución, que es enteramente neutral en cuanto a sus hipotéticos cambios, no es enteramente neutral en cuanto a su aplicación, esto es, mientras se conserve vigente en su texto actual y no sea reformada.

En síntesis, la Constitución impone a la organización estatal una determinada idea de la democracia en la que no hay sólo forma, sino también contenido; vale decir que concibe a la democracia como un orden que descansa en determinados valores como la libertad, igualdad,

⁵³⁴ Manuel ARAGÓN REYES refiriéndose a la reforma constitucional prevista en la Constitución española señala como prevé el propio art. 168 de la CE en la reforma constitucional total prevista en el citado artículo el soberano participa, necesaria y definitivamente y esa participación esta garantizada por el referéndum previsto en el señalado precepto. Sostiene que en caso de no estar establecido dicho referéndum es evidente que una Constitución democrática habría de contener límites materiales frente a un poder de reforma en el que el pueblo no tenga asegurada necesariamente su participación como instancia última e inapelable. De ahí que resulte congruente que existan tales límites en el procedimiento de reforma parcial del art. 167 CE en el que el referéndum no es necesario sino facultativo. ARAGÓN REYES M., *“La Democracia como forma...”*, op. cit., p. 11. Sobre el tema es interesante también la opinión de Francisco BALAGUER CALLEJÓN sobre la legitimidad de un referéndum en el al proceso de constitucionalización de la Unión Europea. BALAGUER CALLEJÓN F., *“La Constitución Europea: Forma y Contenido, Ciudadanos y Estados en la Construcción del Sistema de Fuentes de la Unión Europea”* en Revista de Derecho Político, N° 64, 2005, p. 139-141.

⁵³⁵ ARAGÓN REYES M., *“La Democracia como forma...”*, op. cit., p. 13.

justicia y pluralismo político, concretados también en determinadas estructuras como son el poder representativo, elecciones democráticas, división funcional y territorial del poder y en determinados derechos que resultan indisponibles para el legislador y que, por lo mismo, constituyen un límite al pluralismo político.

Si aplicamos, lo referido precedentemente a la Constitución boliviana, coincidiremos que en caso de que la Asamblea Constituyente ejerciendo el poder de reforma constitucional que le atribuye el citado art. 411.I de la nueva Constitución, reformara sustancialmente los contenidos materiales del régimen democrático vigente, es discutible si la reforma tendría validez, pero es un hecho que carecería de legitimidad.

Efectivamente, tal cual apunta José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ,⁵³⁶ la definición de la Asamblea Constituyente como plenipotenciaria que hace el nuevo texto constitucional, es extremadamente peligrosa ya que nos lleva a entender que ésta tiene el poder supremo, extraordinario y directo y no está sujeta a límites de orden positivo, normativo de naturaleza alguna, lo que no es correcto ya que en el nuevo orden internacional, caracterizado por los procesos de integración regional, la positivación y judicialización de los derechos humanos, no es posible el ejercicio ilimitado del poder constituyente; existen límites ideológicos y estructurales en el nivel interno y límites positivos heterónomos en el plano internacional⁵³⁷.

⁵³⁶ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *“Hacia una Nueva Constitución...”*, op. cit., p. 155.

⁵³⁷ Para José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ también se debe tomar en cuenta que la determinación prevista en el art. 411.I sobre las formas de activación de la Asamblea Constituyente; olvida definir quién convoca a la referida Asamblea. Se trata de una omisión insubsanable porque al emitir la Convocatoria se tiene que definir cuántos miembros integran la Asamblea Constituyente, el Sistema Electoral para elegir a los Asambleístas y las Normas Procesales para su funcionamiento. Finalmente sobre la autorregulación de la Asamblea Constituyente prevista de igual manera en el citado artículo establece una cláusula abierta que podría dar lugar a diversas interpretaciones. Como sucedió con la interpretación de la norma prevista por el art. 25 de la Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente; pues unos entienden que la alocución “texto constitucional” se refiere a la aprobación final del texto de la Constitución, de lo que han entendido que en la aprobación en grande y en la aprobación en detalle podría aplicar una votación de la mayoría absoluta y solo en la aprobación final de todo el texto de la Constitución sería exigible los dos tercios. En cambio otros entienden, que se refiere a la aprobación en grande y en detalle del proyecto de Constitución. Por otra parte, opina, que la referencia a los dos tercios del total de sus miembros presentes,

En ese orden de ideas, se entiende que los derechos fundamentales, aparecen configurados como limitación material del poder del Estado, lo que resulta congruente con la juridificación de la soberanía popular, pues los derechos fundamentales son, exactamente la garantía de la soberanía del pueblo, es decir, la inexcusable condición para su efectividad ya que sólo un pueblo libre puede ser soberano⁵³⁸.

En síntesis, como afirma Javier RUIPÉREZ ALAMILLO⁵³⁹ parece admisible la posibilidad de las reformas totales, siempre y cuando con ellas no se pretenda verificar un acto revolucionario. Es decir, que, aún en estos casos, habrán de respetarse los principios que caracterizan el orden constitucional en términos generales, y, asimismo, los valores y principios sancionados por el constituyente, que caracterizan e individualizan el texto constitucional de que se trate.

Con referencia a la reforma parcial de la Constitución, el nuevo texto constitucional boliviano peca por su marcada debilidad⁵⁴⁰; ya que de una

también resulta algo aleatoria porque no garantiza que la Constitución sea el resultado de la voluntad de todos los sectores sociales; que sea una Constitución de inclusión y no de exclusión; que tenga legitimidad y no sea puesta por una mayoría circunstancial; la práctica ha demostrado que con presiones sociales se puede impedir el ingreso de la oposición al recinto donde sesiona la Asamblea Constituyente; impidiendo que participen del debate y votación, y lograr los dos tercios de votos de los presentes sólo con la presencia de los asambleístas del oficialismo. RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *"Hacia una Nueva Constitución..."*, op. cit., p. 155-158.

⁵³⁸ Para ARAGÓN en el plano de la soberanía popular la juridificación de la democracia sólo puede tener un significado procedimental. En el plano del Estado (del poder no soberano) la juridificación de la democracia ha de tener, necesariamente también, un significado material, acabamos de decir. Pues bien, en la constatación de que ello es así en nuestro ordenamiento se basa la conclusión de que nuestra Constitución juridifica (o lo pretende, pues el Derecho se mueve siempre en el mundo del "debe ser") de manera plena la democracia. Más aún, es que dicha juridificación consiste, precisamente, en la conexión entre los dos planos y en la necesidad de que en uno y otro los límites sean de esa distinta entidad. Opina que sólo son aceptables los límites materiales en la aplicación de la Constitución porque ellos pueden ser extinguidos (la Constitución cambiada) sin más límites que los procesales; sólo se preserva, se garantiza, esa libre decisión del soberano en la medida en que permanece libre, es decir, en la medida en que existen frente al poder del Estado ámbitos inmunes que garantizan a los ciudadanos la preservación de su libertad. ARAGÓN M., *"La Democracia como forma ..."*, op. cit., p. 13.

⁵³⁹ RUIPÉREZ ALAMILLO J., *"Algunas Consideraciones sobre la Reforma Constitucional"*, op. cit., p. 239.

⁵⁴⁰ Art. 411.II NCPE: *"La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el 20% del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante Ley de Reforma Constitucional aprobada por los dos tercios del total de los miembros presentes de la"*

lectura del art. 411.II del texto constitucional se evidencia que la reforma parcial se efectúa mediante una simple ley con la única exigencia de un quórum de dos tercios de votos de los presentes. Para Jorge ASBÚN ROJAS el hecho de que no se exija ni siquiera dos tercios del total de miembros del Legislativo y si bien se prevé un referéndum aprobatorio para la entrada en vigencia de la reforma, opina que no se debe olvidar que los mecanismos de participación directa del ciudadano, no son suficientes por sí mismos, por lo menos en el caso de Bolivia; pues los resultados de un referéndum no pueden verse como una conquista de participación ciudadana y elogiar su legitimidad sin considerar si dicha voluntad efectivamente es cumplida o si más bien es utilizada como respaldo de la decisión que adopta el gobernante. Los últimos referéndums efectuados en Bolivia permiten acreditar que la voluntad popular no se cumplió⁵⁴¹.

De igual forma, piensa Carlos MIRANDA PACHECO,⁵⁴² para quien la reforma parcial de la futura Constitución, según el nuevo texto constitucional no será objeto de un trabajo legislativo cuidadoso en dos legislaturas como hasta ahora. Todo lo contrario, de acuerdo al artículo 411 el nuevo texto constitucional, bastará una ley de la Asamblea Legislativa Plurinacional (Cámara de Diputados y Cámara de Senadores) aprobada por mayoría absoluta para que la reforma entre en vigencia. En otras palabras, piensa, que estamos en el umbral de aprobar una Constitución nada permanente, sino un instrumento legal de chicle o de goma que se acomode a los intereses del gobierno de turno.

Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referéndum constitucional aprobatorio”.

⁵⁴¹ No sólo los referendos del gas y de autonomías departamentales han sido incumplidos, sino también el referéndum revocatorio, en el cual el 67% de los votos determinó que el actual Presidente de la República debía cumplir su mandato, o sea gobernar hasta enero del 2011; sin embargo, el Presidente convocó a elecciones para diciembre del 2009, en las que salió victorioso, después de varias denuncias de fraude al padrón electoral. En ambos casos, la decisión ciudadana no ha sido respetada y dicha situación se agrava porque además hace más de un año que no se encuentra en funciones el Tribunal Constitucional que es el único órgano que tendría competencia para pronunciarse sobre el tema.

⁵⁴² MIRANDA PACHECO C., “*Los Hidrocarburos y la Futura CPE*”, Artículo publicado en el Matutino de Circulación Nacional “La Razón” el jueves 4 de diciembre de 2008.

En fin, a medida que analizamos más profundamente el texto constitucional, más desolador se pinta el panorama del Estado boliviano. Sin embargo, confiemos en que la facilidad de reforma a la nueva Constitución no nos lleve a un Estado que cambia de Constitución de acuerdo a los intereses de sus gobernantes, aunque en este caso en particular se sirvan supuestamente del voto popular para legitimar sus actos, porque tal cual señala Agustín ECHALAR ASCARRUNZ⁵⁴³, contrariamente a lo que se cree, la voz del pueblo no es necesariamente ni la de la verdad, en el sentido del bien, ni la de Dios en el sentido cristiano; prueba clara de ello es la actual situación política, social, económica y jurídica que afronta Bolivia.

IV.3. Una breve mirada a las reformas introducidas en la justicia ordinaria Boliviana.-

Como hemos venido señalando a lo largo de este capítulo, el proceso constituyente de reforma a la Constitución se produjo, entre otros motivos, por la falta de credibilidad que los ciudadanos en general tenían en el sistema de justicia en Bolivia. Si bien esta falta de confianza se vio atenuada por la Reforma de la Constitución de 1994 que introdujo la justicia constitucional especializada en Bolivia. Sin embargo, la credibilidad y confianza en la justicia ordinaria no atravesaba sus mejores momentos: entre otras:

- a) Por las dilaciones en la administración de justicia, pues los procesos judiciales en Bolivia tienen una duración entre 5 hasta 10 años desde su inicio hasta la obtención de una sentencia con calidad de cosa juzgada;
- b) Los niveles de corrupción en la administración de justicia, puesto que existen frecuentes denuncias de corrupción contra los servidores judiciales, aunque en muchos casos se tratan de denuncias no probadas ni sustentadas con prueba;

⁵⁴³ ECHALAR ASCARRUNZ A., “*Definitivamente No...*”, op. cit., p. 48.

- c) La ausencia de sanción a jueces y funcionarios judiciales por faltas (delitos) cometidas en el ejercicio de sus funciones; el régimen disciplinario no funciona a plenitud, de manera que no se imponen las sanciones que corresponden;
- d) La aparente excesiva politización en la designación de funcionarios del Poder Judicial debido a que el sistema de designación de los jueces y magistrados genera altos niveles de desconfianza en la ciudadanía sobre la conducta de los jueces;
- e) La falta de efectividad del Consejo de la Judicatura en el desempeño de su labor administrativa al no crear condiciones para un mayor acceso al servicio judicial con la creación de un mayor número de juzgados y tribunales; y una falta de eficacia en el desempeño de su función disciplinaria;
- f) Falta de motivación en los fallos pues, con mucha frecuencia los jueces y tribunales emiten decisiones sin una suficiente y razonable fundamentación jurídica, etc.

Ante esta realidad, el reto de la nueva Constitución era introducir las modificaciones y ajustes necesarios al sistema judicial para fortalecerlo y devolverle la credibilidad y la confianza ciudadana y adecuarlo a la nueva configuración estatal. Sin embargo, y como apunta, entre otros muchos constitucionalistas bolivianos, José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ,⁵⁴⁴ el nuevo diseño del órgano judicial con las reformas introducidas en el proyecto de Constitución⁵⁴⁵ no resuelve el problema de los bajos niveles de acceso de

⁵⁴⁴ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *“Hacia una Nueva Constitución...”*, op. cit., p. 138-140.

⁵⁴⁵ La Jurisdicción Ordinaria, según las normas previstas por los arts. 179 al 185 de la nueva Constitución, se ejercerá por:

a) El Tribunal Supremo de Justicia, integrado por Magistradas y Magistrados, cuyo número será definido por Ley; elegidos mediante voto popular y directo, con sufragio universal; con un período de mandato de seis años sin derecho a la reelección inmediata; cesarán en sus funciones por cumplimiento de mandato, sentencia ejecutoriada emergente de un juicio de responsabilidades, renuncia, fallecimiento y las demás causales previstas por la Ley.

los bolivianos y bolivianas al servicio judicial estatal; tampoco contribuye a resolver el problema crónico del retraso en la administración de justicia; toda vez que, entre otras cosas, la nueva Constitución no consigna una norma que obligue a fijar una asignación presupuestaria suficiente y razonable para que se puedan crear nuevos juzgados y tribunales en aquellos municipios en los que actualmente no existen, e incrementar juzgados en aquellos en los que la carga procesal elevadísima genera retardación de justicia.

De este modo, se puede advertir que el texto de la nueva Constitución no contribuye a revertir la sensación ciudadana sobre la excesiva politización; al contrario, favorece a que la politización se haga efectiva y se elimine la independencia de los jueces y magistrados, al imponer la elección directa por voto popular y sufragio universal de las altas autoridades del Poder Judicial, tampoco contribuyen a mejorar la calidad del servicio judicial que es una de las grandes debilidades del sistema judicial.

b) Los tribunales Departamentales de Justicia, se entiende que ejercerán jurisdicción en todo el Departamento, lo que en la actualidad desempeñan las Cortes Superiores de Distrito; pues el proyecto de Constitución no consigna norma alguna con relación a estos Tribunales.

c) Los Tribunales de sentencia y los Jueces; se entiende que son los de instancia, cuyo régimen y estatuto jurídico será definido por Ley, pues la Constitución no consigna ninguna norma al respecto; pero en la práctica son los actuales tribunales y jueces de instancia.

d) Accesoriamente se instituye la Jurisdicción Militar, como jurisdicción especializada, para juzgar los delitos de naturaleza militar regulados por la ley.

e) La Jurisdicción Agroambiental, según las normas previstas por los arts. 186 al 189 del proyecto de Constitución, como una jurisdicción especializada se ejercerá por:

f) El Tribunal Agroambiental; como el máximo Tribunal de la jurisdicción especializada, se ejercerá por magistradas y magistrados elegidos mediante voto popular y directo, con sufragio universal; cuyo número, se entiende, será definido por Ley, aunque no existe una remisión normativa al legislador; duran en sus funciones por un período de seis años, sin derecho a la reelección; con relación al régimen de prohibiciones, incompatibilidades, requisitos y cesación se aplican las normas previstas para los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

g) Los jueces agroambientales; se entiende que son los que ejercen jurisdicción y competencia de instancia en materia agroambiental, cuyo número, funciones y atribuciones, así como su estatuto jurídico será regulado por Ley, aunque no existe una remisión normativa al legislador.

h) la competencia de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina en cuanto a las personas, la competencia sólo alcanza a los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciado o imputado, recurrentes o recurridos. Con relación al ámbito territorial, la competencia sólo se abre para conocer y resolver los conflictos emergentes de las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino. Finalmente, respecto a la competencia por razón de materia, la norma prevista por el art. 191 de nuevo texto constitucional determina expresamente que esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A. *“Hacia una Nueva Constitución...”*, op. cit., p. 133-135.

Ahora bien, cabe advertir, que si bien en el nuevo texto constitucional, se observan lamentables ausencias⁵⁴⁶ que sin duda contribuirán al debilitamiento institucional del órgano judicial. Analizar las mismas no es objeto de esta investigación por lo que nos limitaremos a mencionar de manera general las innovaciones que inserta el nuevo texto constitucional en el Poder Judicial, para posteriormente analizar las modificaciones en la jurisdicción constitucional, que es el tema que nos compete.

En este entendido, antes de finalizar este apartado debemos señalar que las principales reformas introducidas por el nuevo texto constitucional se reducen a la constitucionalización de la Jurisdicción Agroambiental; la implementación del Consejo de la Magistratura⁵⁴⁷, con potestad disciplinaria y de control administrativo; la

⁵⁴⁶ Citadas por José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ; entre otras: **a)** Está ausente el control de legalidad de los actos administrativos que debe ser ejercido por la jurisdicción contenciosa administrativa; una ausencia que no responde a una omisión o desconocimiento, sino a la manifiesta intención de restringir a la mínima expresión el sistema de los controles interórganos, de pesos y contrapesos que debe existir en un Estado democrático constitucional de Derecho. No otra cosa se colige de lo previsto en el art. 184 de la nueva Constitución que al enumerar las atribuciones de la Corte Suprema elimina la función de control de legalidad; lo que liberará del control de legalidad los actos administrativos de los cinco niveles de gobierno, es decir, el nacional, departamental autónomo, regional autónomo, indígena originario campesino autónomo y el municipal autónomo; **b)** se advierte la ausencia preocupante de regulación respecto a la organización, funciones y atribuciones de los Tribunales Departamentales de Justicia y jueces de instancia; pues en el texto analizado no se consigna ninguna norma básica sobre la forma en que se organizarán los Tribunales Departamentales, los tribunales y jueces de instancia, menos las bases sobre el estatuto jurídico de los jueces, entre ellos los referidos a sus derechos, obligaciones, régimen de prohibiciones e incompatibilidades, y régimen de responsabilidades; **c)** se omite definir el régimen de responsabilidad jurídica emergente de la función pública en general, y de la función judicial en particular; **d)** no se define que organismo desempeñará la labor administrativa del órgano Judicial; pues el Consejo de la Magistratura no desempeñará la labor administrativa, sus funciones serán de control de la administración, lo que supone que otro organismo debe encargarse de la Administración sobre la base de políticas administrativas, pero ese tema no está definido expresamente por el proyecto de Constitución, ni existe una remisión al legislador. “*Hacia una Nueva Constitución...*”, op. cit., p. 137.

⁵⁴⁷ Con relación al Consejo de la Magistratura, el art. 193 de la nueva Constitución lo define como la instancia responsable del régimen disciplinario de la jurisdicción ordinaria, agroambiental y las jurisdicciones especializadas, se excluye de ese control a la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina; también se encarga de ejercer el control y fiscalización del manejo administrativo y financiero; y finalmente, de la formulación de políticas de su gestión. Estará conformado por miembros elegidos mediante voto popular directo y con sufragio universal, de candidatos propuestos por la Asamblea Legislativa Plurinacional; durarán en sus funciones seis años sin derecho a reelección; no se define el número de miembros, se presume que definirá la Ley.

Entre las principales atribuciones del Consejo de la Magistratura, el art. 195 de la nueva Constitución, prevé las de promover la revocatoria de mandato de las Magistradas y de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental, cuando, en el ejercicio de sus funciones, cometan faltas gravísimas determinadas por la ley; preseleccionar a las candidatas y a los candidatos para la conformación de los tribunales departamentales de justicia que serán designados por el Tribunal Supremo de Justicia; designar, mediante concurso de méritos y exámenes de competencia, a los jueces de partido y de instrucción; elaborar auditorías jurídicas y de gestión financiera; evaluar el desempeño de funciones de

integración de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, con errores de concepción y configuración, como ya vimos anteriormente; y la introducción de la participación ciudadana en el ejercicio de la potestad judicial del Estado mediante la elección por voto directo y sufragio universal de las altas autoridades del órgano Judicial que será analizada detalladamente al tiempo de abordar la situación de la justicia constitucional.

IV.4. El Tribunal Constitucional Plurinacional como defensor de la Constitución y protector de los Derechos Humanos.-

Empecemos recordando, que en páginas anteriores hemos venido afirmando que en Bolivia, antes de la aprobación del nuevo texto constitucional, el sistema de control de constitucionalidad tenía un carácter mixto, ya que si bien por un lado encargaba el control de constitucionalidad a un órgano *ad hoc*; por otro, permitía a los jueces y tribunales ordinarios de justicia ejercer el control de constitucionalidad a través de la norma prevista en el art. 228 de la Constitución Política del Estado de 1994.⁵⁴⁸ La nueva Constitución ya no prevé similar cláusula a la citada; es más según las normas previstas por el 179.III del nuevo texto la justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional el que por mandato del art. 196 de la Norma Fundamental velará por la supremacía de la Constitución, ejercerá el control de constitucionalidad, y precautelaré el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

Con lo que queda claro, tal cual como sostiene José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵⁴⁹ que el constituyente ha decidido que el control de constitucionalidad en Bolivia sea realizado por un órgano especializado como es el Tribunal Constitucional Plurinacional. Decantándose de esta manera, en su opinión, por el control concentrado de constitucionalidad. Sin embargo de la lectura del párrafo II del citado art. 196, que

las administradoras y los administradores de justicia, y del personal auxiliar; y ejercer el control disciplinario de los vocales, juezas y jueces; y personal auxiliar y administrativo del Órgano Judicial.

⁵⁴⁸ Art. 228 de la CPE.1994. “*La Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones*”.

⁵⁴⁹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución...*”, op. cit., p. 152.

establece que “... en su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional, aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.”; podríamos colegir que el constituyente esta reduciendo la labor interpretativa de este órgano jurisdiccional a los criterios de interpretación histórico y gramatical. Esto en el entendido de que la referida norma constitucional merece una interpretación sistemática y bajo el principio de unidad de la Constitución⁵⁵⁰.

De igual manera, en la nueva Constitución existe una incoherencia en lo que respecta a la cuestión de inconstitucionalidad que en Bolivia recibe el nombre de recurso indirecto de inconstitucionalidad, previsto en la Ley del Tribunal Constitucional, actualmente vigente⁵⁵¹; ya que los art. 132 y 133 del nuevo texto parecen negarlo; empero, el art.

⁵⁵⁰ Como desarrollamos detalladamente en el segundo capítulo de esta investigación un entendimiento en contrario, se adscribiría a la escuela del Positivismo Jurídico. Pues el referido precepto, entendido aisladamente, implicaría un retroceso, por cuanto la interpretación constitucional se ha fortalecido con la tendencia actual de considerar al juez como creador de derecho y no aplicador mecánico de la norma.

⁵⁵¹ En España la cuestión de inconstitucionalidad esta regulada en el art. 163 de la Constitución española de la siguiente manera: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”. A criterio de Pablo PÉREZ TREMPs la cuestión de inconstitucionalidad sirve como instrumento que permite reaccionar ante cualquier inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley sin necesidad de la intervención de quien está legitimado para interponer el recurso directo, pero a la vez, hace posible no abrir la legitimación para recurrir normas con fuerza de ley a cualquier persona. Así los órganos judiciales actúan como filtro para hacer llegar al Tribunal Constitucional las quejas de constitucionalidad que posean con un mínimo de fundamento y que tengan una dimensión concreta y efectiva. O como dice Luis LÓPEZ GUERRA la cuestión de inconstitucionalidad permite compaginar el monopolio de rechazo de las normas que corresponde al Tribunal Constitucional con la efectiva supremacía de la Norma Fundamental, que vincula a todos los órganos judiciales. Para los citados autores, tal como se desprende del propio art. 163 de la CE, cualquier órgano judicial puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. No obstante, ese planteamiento no depende de la simple voluntad del titular de los titulares del órgano judicial, sino que deben cumplirse determinados requisitos, los cuales a su vez fueron modificados mediante Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo que modificó el apartado 2 y añadió el apartado 3 al artículo 35 con la siguiente redacción: «2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme”. Y 3. “El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el

202. I cuando alude a las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional aparentemente lo acoge.

Por otro lado el citado art. 132 del nuevo texto constitucional prevé la legitimación activa popular para presentar la acción de inconstitucionalidad lo que en opinión de José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵⁵² resulta muy riesgoso. Tomando en cuenta que en Bolivia está muy arraigada la "cultura judicialista", lo que supone que cualquier ciudadano está y estará dispuesto a plantear un recurso de inconstitucionalidad con o sin razón; lo que podría ocasionar un permanente cuestionamiento de las leyes, decretos o resoluciones normativas, y generar una sobrecarga procesal que provoque un colapso en el sistema produciendo el consiguiente retraso judicial.

Al respecto, la doctrina clásica establece que el control de constitucionalidad concentrado debe ser ejercido de manera directa por el Tribunal Constitucional, empero, actualmente la acción indirecta o incidental, que debe ser planteada dentro de un proceso judicial o administrativo, convive con la acción directa; en estos casos, pensamos que el carácter abstracto y concreto convergen. En este sentido, coincidimos con Javier PÉREZ ROYO⁵⁵³ para quien la cuestión de inconstitucionalidad es el

Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.» Finalmente la citada Ley modifica introduce un apartado 2 nuevo en el artículo 37 de la LOTC con la siguiente redacción: “2. Publicada en el ‘Boletín Oficial del Estado’ la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días.”. Las modificaciones a la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad de acuerdo a la Exposición de Motivos de la propia Ley Orgánica 6/2007 se deben al hecho de que mediante la citada Ley se ha pretendido intensificar el papel de las partes litigantes del proceso judicial en el que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad, ya que no sólo se les permite realizar alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sino que también se permiten alegaciones sobre el fondo de la cuestión. Al tiempo, se introduce la posibilidad de personación de los litigantes del proceso judicial ante el Tribunal Constitucional en los 15 días siguientes a la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la admisión a trámite de las cuestiones de inconstitucionalidad, para permitir la contradicción en este procedimiento de constitucionalidad, siguiendo en esto las directrices contenidas en la Sentencia de 23 de junio de 1993, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para conocer más sobre las modificaciones a la cuestión de inconstitucionalidad introducidas por la Ley Orgánica 6/2007 consultar FERNÁNDEZ SEGADO F., “La Reforma del Régimen Jurídico-Procesal del Recurso de Amparo”, Editorial Dykinson, Madrid, 2007; “La Nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, BALAGUER CALLEJÓN F., CÁMARA VILLAR G., MEDINA REY L.F., Editorial Tecnos, Madrid, 2008, entre otros.

⁵⁵² RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A. “Hacia una Nueva Constitución ...”, op., cit., p. 158.

⁵⁵³ Para Javier PÉREZ ROYO resulta al menos curioso el hecho de que la cuestión de inconstitucionalidad no figure entre las “competencias” que la Constitución atribuye directamente al Tribunal Constitucional español, sino que es una tarea adicional que el Tribunal tiene que asumir como

resultado de la acción combinada de dos monopolios: el de administrar justicia a favor del Poder Judicial y el del control de constitucionalidad a favor del Tribunal Constitucional. De este modo y a través de esta acción combinada es como se da respuesta a la exigencia de que se administre justicia sobre la base de normas inequívocamente constitucionales.

En síntesis, cabe reiterar lo que en numerosas ocasiones hemos señalado sobre la nueva concepción que hoy en día se tiene de los Tribunales Constitucionales que no se limitan a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, sino que tienen una labor creadora del Derecho a través de las sentencias interpretativas, las cuales declaran la constitucionalidad de la norma; labor que sin duda alguna, se acerca más al modelo difuso que al modelo concentrado de control de constitucionalidad. En Bolivia, la facultad de emitir sentencias interpretativas nace del art. 4 de la LTC, que como ya señalamos antes, se encuentra en plena vigencia. Por lo que no nos animamos a afirmar que la nueva Constitución se haya decantado por el modelo concentrado de control de constitucionalidad. A nuestro criterio, al parecer estamos nuevamente frente a un control mixto de control de constitucionalidad. Sin embargo, tendremos que esperar a la jurisprudencia que al respecto siente el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional.

IV.4.1. Atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional.

consecuencia de que la Constitución otorga al Poder Judicial el monopolio de la administración de justicia y simultáneamente le prohíbe que pueda ser juez de la constitucionalidad de las leyes, debiendo limitarse a aplicarla. Opina que por eso, cuando el art. 161.1 de la CE designa las competencias del Tribunal Constitucional, no figura la cuestión de inconstitucionalidad, que sólo aparece dos artículos más adelante en el citado art. 163 de la CE. En consecuencia, opina que hubiera sido más lógico que la cuestión de inconstitucionalidad hubiera figurado en el Título VI de la Constitución, como complemento a la definición del principio de exclusividad y sometimiento del Poder Judicial únicamente al imperio de la ley, ya que la misma no es un instrumento para la depuración del ordenamiento de normas anticonstitucionales sino una exigencia de la administración de justicia. Obviamente como resultado final del proceso se produce una depuración del ordenamiento y este momento acaba siendo el más trascendente de su alcance general, pero en el desarrollo del proceso interesa mucho menos que la exigencia inicial de dar a cada uno lo suyo; más aún, justamente porque la cuestión de inconstitucionalidad está dominada a su criterio, por esa exigencia concreta de administrar justicia. Es por esto último justamente que la depuración del ordenamiento puede hacerse por esta vía. En este sentido la STC 17/1981 establece: *“la depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes es el resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, y sólo esa colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que sólo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas”*. PÉREZ ROYO J., *“Curso de Derecho Constitucional”*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2003, p. 956-958.

En primer lugar, señalemos que la nueva concepción que hace el texto constitucional del Tribunal Constitucional Plurinacional mereció un sinnúmero de debates constituyentes que al final no llegaron a acuerdo alguno; ya que como hemos reiterado tantas veces el proceso constituyente boliviano estuvo plagado de irregularidades hasta la aprobación final del texto constitucional en un cuartel militar sin la presencia de la oposición. En consecuencia, además está decir que los debates previos a la aprobación de la Constitución no fueron tomados en cuenta⁵⁵⁴. Sin embargo, si afán de redundar nuevamente en este tema, pensamos que el sistema de justicia que en la actualidad existe en el mundo occidental es producto de la evolución de la humanidad y que este puede seguir evolucionando en todos los medios, conforme las

⁵⁵⁴ Así el asambleísta y vocero del Movimiento al Socialismo (MAS), Marco CARRILLO, consideró que la propuesta de transformar al Tribunal Constitucional en un conglomerado intercultural de autoridades judiciales, está dentro del marco del equilibrio que la Constitución debe considerar. Ya que a su criterio: *“no reconocer a las autoridades originarias para administrar justicia, significa ignorar y seguir postergando un sistema de justicia que ha subsistido y perdurado durante siglos”*. Lo cual, en su opinión, significaría pasar por alto la realidad nacional, especialmente en el área rural y en algunos espacios urbanos; ya que pese a su asilamiento del ordenamiento jurídico vigente, la justicia comunitaria aún tiene vigencia en una gran parte de la población boliviana. En el mismo sentido, afirmó que la creencia de que al constitucionalizar la justicia comunitaria se constitucionalicen o reconozcan los linchamientos, atentados contra la vida, o sencillamente acciones que denigren al ser humano es absurda ya que lo que se busca con esta iniciativa, es dar vida a una nueva institución jurídica en el país con rango constitucional. Finalmente piensa que la justicia comunitaria no debe estar por debajo, ni por encima de la justicia ordinaria ya que en todo caso debe ostentar la misma jerarquía y el mismo rango, a objeto de contar en un futuro próximo con dos sistemas jurídicos diferentes, pero complementarios. En contraposición con este criterio el Asambleísta opositor, Oscar URQUIZU, manifestó que con la aplicación de esa propuesta se dará paso a la violación de los derechos fundamentales y se desmerecería la formación de los profesionales del derecho. En su opinión, *“dar paso al pluralismo jurídico, significaría dar paso a una seria inseguridad jurídica en el país, porque dependiendo de donde se cometan delitos y la tipificación de los mismos, no se tendría la certeza de qué sistema jurídico utilizar. Se puede reconocer la justicia comunitaria, pero con límites a la Constitución y a las leyes”*. Finalmente argumentó que la Asamblea Constituyente está conformada por sectores campesinos indígenas, profesionales, cívicos y empresariales, entre otros con la misión de crear una constitución para promover la construcción de una Patria, en la que el ordenamiento jurídico es vital que sea único.

Cabe hacer notar que fue este último criterio el predominante a la hora de elaborar el Documento de la Comisión de Autonomías: Mayoría que en su art. 51 inc. d) referente a Administración de Justicia Comunitaria estableció que la facultad de administrar justicia que se les otorga a los indígenas originarios, deberá ser analizada con sumo cuidado, tomando en cuenta que en muchos casos a título de justicia comunitaria se violan derechos humanos y elementos básicos del debido proceso. Además el documento redundante en el hecho de que de ninguna manera se puede poner a la justicia comunitaria en la misma jerarquía que la justicia ordinaria. La presente temática fue ampliamente analizada en documentos presentados a la Comisión de Autonomías. Disponible en Análisis de la Comisión de Autonomías, Informe de María René SORUCO CAMPERO, Responsable del Área Constituyente de la Delegación Prefectural para la Autonomía y la Asamblea Constituyente, Biblioteca y Archivo Nacional de Bolivia-Sucre., Consultado en diciembre de 2008.

culturas originarias vayan adaptándose a ese sistema legal y jurídico que con el paso del tiempo tiende a perfeccionarse aún más. Y es que como bien apunta Marco Antonio BALDIVIESO JINÉS⁵⁵⁵ desde ningún punto de vista es aceptable la propuesta del paralelismo de dos sistemas jurídicos, por cuanto no se puede pensar que el sistema de justicia vigente tenga que convivir con un sistema de justicia comunitario ya superado por la evolución en general, puesto que ese sistema costumbrista corresponde a la primera fase de la evolución del Derecho.

Ahora bien, centrándonos nuevamente en el control de constitucionalidad, decíamos que en Bolivia antes de la aprobación del nuevo texto constitucional se podía establecer una triple dimensión del control de constitucionalidad. Diferenciándose claramente el control normativo de constitucionalidad; el control de competencias y el control del respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales que analizamos detenidamente en páginas anteriores. Por lo que en este momento nos limitaremos a detallar las modificaciones que la nueva Constitución establece sobre cada una de estas dimensiones:

a) Control normativo de constitucionalidad.

Básicamente, y resumiendo lo ya analizado diremos que por medio del control normativo de constitucionalidad se verifican las condiciones de validez formal y material de las normas jurídicas con las disposiciones constitucionales. La nueva Constitución, al igual que la anterior, establece dos sistemas de control de normatividad: el previo o *a priori* y el correctivo o posterior. El control previo será ejercido a través de las siguientes consultas y acciones:

- Consulta sobre la constitucionalidad de proyectos de ley;

⁵⁵⁵ BALDIVIESO JINÉS M.A., “La propuesta de un Tribunal Constitucional Intercultural divide a los *asambleístas*”, publicado en el Matutino de Circulación Nacional “El Diario”, 14 de mayo de 2007.

- Control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales;
- Control previo de proyectos de Estatutos o Cartas orgánicas.

A su vez el control correctivo será ejercido a través de:

- Consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicables a un caso concreto;
- Recursos contra tributos, impuestos, tasas patentes;
- Constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución y;
- Acción de inconstitucionalidad, que podrá ser abstracta (art. 202.1 de la NCPE) o concreta, en virtud a la afectación de un interés o derecho de las personas (art. 132 NCPE).

En este último caso, será ejercida con independencia de la existencia de un proceso judicial o administrativo o en ocasión de éste, debiendo la futura Ley del Tribunal Constitucional, desarrollar los procedimientos para esta acción. Cabe advertir, que la acción de inconstitucionalidad vinculada a un caso concreto, está prevista como una acción defensa y, en ese sentido, ligada al ámbito de control del respeto a los derechos y garantías constitucionales; por lo que se puede sostener que tiene una naturaleza mixta: está vinculada a dicho ámbito, y también al del control normativo.

En el siguiente cuadro, se pueden observar las diferencias y similitudes de las atribuciones del Tribunal Constitucional previstas en la Constitución abrogada y en la vigente:

CPE 1994 CONTROL NORMATIVO	NUEVA CONSTITUCIÓN CONTROL NORMATIVO
- Consulta sobre la constitucionalidad de proyectos de leyes, decretos o resoluciones	- Consulta sobre la constitucionalidad de proyectos de ley.
- Consulta sobre la constitucionalidad de tratados o convenios internacionales	- Control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.
	- Control previo de proyectos de Estatutos o Cartas orgánicas-
- Consulta sobre la constitucionalidad de leyes, decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto.	- Consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicables a un caso concreto
- Recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad.	- Acción de inconstitucionalidad (Legitimación restringida).
- Recurso incidental de inconstitucionalidad	- Acción de inconstitucionalidad ⁵⁵⁶
	- Acción de inconstitucionalidad ante afectación personal por una norma jurídica.
- Recurso contra tributos y otras cargas públicas	- Recursos contra tributos, impuestos, tasas patentes, etc.
- Demanda de infracción del procedimiento de reforma constitucional	- Constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución
- Acción de impugnación del Poder Ejecutivo a Resoluciones Camarales, Prefecturales y Municipales	- Atribución suprimida

b) Control de competencias.

En esta dimensión, el principal objeto de control es el ejercicio por el poder público, aunque también, de acuerdo a la nueva Constitución, se resuelven las competencias entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y la agroambiental; en el entendido de que la justicia constitucional está sobre esas tres jurisdicciones y debe unificar los criterios para hacer efectivo el pluralismo jurídico, pero sobre todo, la interculturalidad.

En síntesis, dentro de este ámbito de protección, el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá:

- Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público;

⁵⁵⁶ Se deberá esperar la nueva Ley del Tribunal Constitucional, para determinar si la configuración de la acción de inconstitucionalidad, cuando se la plantee dentro de procesos judiciales o administrativos será similar al trámite previsto para el recurso incidental de inconstitucionalidad previsto en la Ley actual.

- Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas y entre éstas;
- El recurso directo de nulidad; y
- Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental. En el siguiente cuadro, se pueden observar las nuevas atribuciones, en cuanto al control de competencias, del Tribunal Constitucional Plurinacional.

CPE 1994 CONTROL DE COMPETENCIAS	NUEVA CONSTITUCIÓN CONTROL DE COMPETENCIAS
- Conflicto de competencias y controversias entre los Poderes Públicos entre los Poderes Públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios.	- Conflicto de competencias y atribuciones entre órganos del poder público. - Conflicto de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas. - Conflicto de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.
- Recurso directo de nulidad	- Recurso directo de nulidad

c) Control del respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales o ámbito tutelar.

Recordemos, que a través de este tipo de control se verifica si las autoridades, funcionarios públicos o particulares, lesionaron los derechos fundamentales y garantías constitucionales. La nueva Constitución positiviza un sinnúmero de derechos, por lo que el campo de acción del Tribunal Constitucional Plurinacional, al respecto se ha incrementado, como veremos a la hora de desarrollar los derechos fundamentales en el nuevo texto constitucional.

Mientras tanto, es preciso señalar que el nuevo texto el control de del respeto de los derechos comprende las siguientes acciones de defensa:

- Acción libertad;
- Acción de amparo constitucional;
- Acción de protección a la privacidad;
- Acción de cumplimiento;
- Acción popular; y
- Además, como se señaló anteriormente, también puede clasificarse dentro de este ámbito de control a la acción de inconstitucionalidad, cuando la misma es interpuesta por la persona que se considere afectada por la norma jurídica.

CPE 1994 ÁMBITO TUTELAR	NUEVA CONSTITUCIÓN ÁMBITO TUTELAR
- Recurso de hábeas corpus	- Acción de libertad
- Recurso de amparo constitucional	- Acción de amparo constitucional
- Recurso de hábeas data	- Acción de protección de privacidad
- Recurso contra resoluciones del órgano legislativo	- Recursos contra Resoluciones del órgano legislativo
	- Acción de cumplimiento
	- Acción popular
	- Acción de inconstitucionalidad

Como se puede evidenciar, el nuevo texto constitucional, ha introducido importantes reformas a la estructura institucional del mencionado órgano de control en el ámbito de sus funciones y atribuciones. Sin embargo, por ahora apenas se puede opinar al respecto ya que ninguna de estas implementaciones se ha materializado totalmente, en gran parte porque no se ha promulgado una nueva Ley del Tribunal Constitucional y los procesos presentados en actual vigencia de la Constitución están siendo procesados de acuerdo a lo establecido en la Ley del Tribunal Constitucional vigente.

Por lo pronto, esperemos que la nueva configuración procesal de los procesos constitucionales, no consiga anular el control de constitucionalidad en Bolivia; ya que tal y como apunta José Antonio

RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵⁵⁷ sería más que lamentable que se instrumentalice la justicia constitucional para garantizar el proyecto de ejercicio hegemónico del poder político.

IV.4.2. Sobre la independencia y el carácter plurinacional de Tribunal Constitucional.

Como ya establecimos en su momento el Tribunal Constitucional en Bolivia desde su creación inicial tenía una independencia limitada porque la configuración constitucional anterior le consideraba parte del Poder Judicial, con los consecuentes problemas que ocasionó esta situación. La nueva Constitución no sólo mantiene al Tribunal Constitucional en la estructura orgánica del órgano Judicial; sino que, a diferencia de la Constitución de 1994 en la que se proclamaba la independencia orgánica y funcional del Tribunal Constitucional, el nuevo texto constitucional no hace referencia alguna a esa independencia orgánica y funcional. Para algunos, entre los que nos incluimos, se trata de una omisión deliberada ya que responde a una estrategia de mantener este órgano formalmente en la estructura institucional del Estado, pero anularlo materialmente en su función de ejercer el control de constitucionalidad⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *"Hacia una Nueva Constitución..."*, op. cit., p. 158.

⁵⁵⁸ Al respecto, pensamos que la nueva Constitución incurre nuevamente en los mismos excesos que la Constitución de 1994, cuando al nombrar las atribuciones de las Cámaras Legislativas, le asigna al órgano Legislativo la potestad judicial, es decir la potestad de actuar como tribunal judicial que juzgue en única instancia a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo, del Tribunal Agroambiental y del Control Administrativo de Justicia por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Lo que nos lleva a pensar que esta norma se contradice con lo establecido en el art. 179.1 del texto constitucional que establece que la función judicial es única y se ejerce a través de la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental; la jurisdicción indígena originaria campesina; y la jurisdicción constitucional. En el contexto antes referido no se puede conferir al órgano Legislativo potestades judiciales porque ello rompería los principios básicos del Estado Constitucional de Derecho, como el principio de separación de funciones, el principio de legalidad sancionadora; asimismo provocaría una grave infracción del derecho al debido proceso; también vulneraría el valor supremo de la justicia; en suma, implicaría que el constituyente, en franca contradicción con el principio de separación de funciones, y los principios de unidad jurisdiccional y exclusividad jurisdiccional, le asigne la potestad judicial al órgano Legislativo, lo cual sería un contrasentido porque en vez de separar las funciones se estarían concentrando en un sólo órgano. En consecuencia un órgano de naturaleza política, como es el Legislativo, no reúne las mínimas condiciones de imparcialidad en la tramitación de un proceso judicial, menos de un proceso penal, que es de naturaleza sancionadora, toda vez que, de un lado, su composición está caracterizada por la presencia de políticos, mas que juristas con experiencia en la función judicial; y, de otro, el partido, movimiento, agrupación ciudadana o pueblo indígena originario

Ahora bien, con referencia al nuevo carácter plurinacional del Tribunal Constitucional, éste se encuentra descrito a la hora de abordar la composición del Tribunal así el art. 197.1 del nuevo texto constitucional señala que “... *el Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema jurídico ordinario y del sistema jurídico indígena originario campesino...*”.

En cuanto a los requisitos para ser elegido magistrado o magistrada el art. 199.1 de la Constitución establece: “... *los postulantes deberán haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia*”.

Como se puede observar, las citadas normas constitucionales, no hacen referencia en ninguna parte al hecho de que para ejercer las funciones de magistrado constitucional se requiera tener la profesión de abogado con título en provisión nacional; pues sólo exige la especialización o experiencia en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Ahora bien, sucede que existen profesionales no

campesino en función de gobierno siempre tendrá el control de la mayoría en las respectivas cámaras de la Asamblea Legislativa Plurinacional; por lo tanto, ante una acusación planteada por el órgano Ejecutivo, que tenga como finalidad neutralizar el control de legalidad o de constitucionalidad de los actos o resoluciones de los gobernantes, esa mayoría parlamentaria actuará con consignas y sobre la base de la disciplina partidaria; con lo que no se garantiza en absoluto su independencia e imparcialidad, dos elementos esenciales del juez natural que garantizan el derecho al debido proceso.

En definitiva y como señala entre otros, José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ, la potestad que debe desempeñar, con relación a la responsabilidad de las altas autoridades del órgano Judicial emergente del desempeño de sus funciones, es la cuasi jurisdiccional, para que en el marco del control al órgano Judicial, pueda sustanciar el juicio de responsabilidad, cuya naturaleza jurídica es esencialmente política. Es decir, un juicio político de establecimiento de la responsabilidad de los altos funcionarios del órgano Judicial, emergente de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, de manera que el juicio concluya en un desafuero constitucional de las autoridades con la consiguiente destitución de sus funciones, para que luego sean sometidos al proceso penal ante el Juez natural competente, independiente e imparcial. Por lo que considera que la función judicial, asignada impropiamente al Órgano Legislativo, se constituye en un poderoso instrumento político para menoscabar o anular la independencia del órgano Judicial, en general, y de los magistrados y jueces, en particular; y, en su caso, para desarticular los órganos constitucionales de control de constitucionalidad y de control de legalidad. RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución...*”, op. cit., p. 128.

abogados que han cursado un postgrado a nivel de Maestría en Derecho Constitucional o ciudadanos que, sin ser abogados tienen la especialización en Derechos Humanos, ya que los postgrados en esta disciplina no exigen como requisito para su admisión el tener la profesión de abogado.

De este modo, como hemos venido insistiendo a lo largo de estas páginas, el control de constitucionalidad es una labor esencialmente técnica-jurídica, basada en la interpretación de las normas de la Constitución, así como de los tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos, además de las leyes ordinarias desde y en conformidad con la Constitución; por lo que el desempeño de esta labor requiere de conocimientos, habilidades y destrezas que se adquieren con una formación académica en el ámbito de las ciencias jurídicas. Pues, a nuestro modo de entender, no resulta razonable que formen parte del órgano de justicia constitucional personas que no tienen formación jurídica.

Por último, en lo que concierne al tema de la justicia comunitaria, es preciso concluir que tal cual establecía la Constitución de 1994 en su art. 171.III las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas deben estar facultadas para ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos. Lo importante está en que todo procedimiento de esta naturaleza no sea contrario a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los Tratados de Derecho Internacional. Y es que como afirma René BALDIVIESO GUZMÁN⁵⁵⁹, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas proviene del Convenio Internacional N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo por lo que su compatibilización con la justicia tradicional tendrá que hacérsela a

⁵⁵⁹ BALDIVIESO GUZMÁN R., *“Una Constitución para todos los Bolivianos”*, Industrias Gráficas SIRENA, Santa Cruz de la Sierra, 2007, p. 183.

través de una ley especial que obviamente se encuentre enmarcada dentro del Derecho Internacional⁵⁶⁰.

IV.4.3. El nuevo sistema de elección de Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Hemos querido dejar para el final el nuevo sistema de elección de altas autoridades del Poder Judicial que la nueva Constitución implementa. Justamente porque ha sido, sin duda alguna la reforma constitucional que más críticas ha generado entre los diversos círculos doctrinarios bolivianos.

Veamos, entonces lo establecido por el art. 198 del nuevo texto constitucional, “... *los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional serán elegidos por voto popular directo, con mayoría relativa, mediante sufragio universal.*” A tal efecto los candidatos y candidatas serán propuestos por la Asamblea Legislativa Plurinacional; o según lo previsto por el art. 199.II también podrán ser propuestos “... *por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos*”.

Si entendemos bien el anterior precepto concluiremos coincidiendo con José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵⁶¹ que a partir de la implementación de este nuevo sistema de elección habrán dos fuentes de postulación de los candidatos al cargo de magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, la de la Asamblea Legislativa Plurinacional, aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes; y la de las organizaciones de la sociedad civil y de las naciones

⁵⁶⁰ Sobre el tema es interesante la opinión de Javier EL-HAGE que considera que dadas las consecuencias jurídicas que serían aplicables al Estado boliviano por tener una Constitución violadora del Derecho Internacional y dado el nivel actual de interdependencia de los Estados reflejado en ese Derecho, una conducta a su vez prudencial y de civismo fundamental en las relaciones de Derecho entre los Estados, importa que la nueva Constitución consulte el Derecho Internacional y se mantenga dentro de sus márgenes sobre todo en áreas particularmente sensibles, como sin duda son los derechos fundamentales. EL-HAGE J., “*Límites de Derecho Internacional para la Asamblea Constituyente*”, Editorial Fundación NOVA, Santa Cruz de la Sierra, 2006, p. 348-349.

⁵⁶¹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución...*”, op. cit., p. 157.

y pueblos indígena originario campesinos. De esta forma, ante la eventualidad de que la primera fuente no presente las postulaciones, la elección podrá realizarse válidamente con la postulación hecha por la segunda fuente. Con lo que, demás está decir, que esta modalidad de elección, nuevamente nos demuestra el ejercicio de la supremacía del colectivo humano conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos sobre el colectivo conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen al área urbana.

En síntesis, como dice José Antonio ARQUIPA ZENTENO⁵⁶² los magistrados que administrarán justicia en Bolivia no serán los más capaces, sino los más votados, politizando de esta manera el Poder Judicial. Resultando vanas, en opinión de Pablo DERMIZAKY PEREDO,⁵⁶³ las advertencias de que los postulantes a altos cargos judiciales no podrán realizar campaña electoral a favor de las candidaturas y de que no podrán pertenecer a organizaciones políticas,⁵⁶⁴ porque todo proceso electoral supone una campaña previa, abierta o embozada, y todo candidato abraza, por definición, una bandera. Con lo que podemos concluir que la elección de magistrados con tan alta responsabilidad dependerá de su capacidad de maniobra en la vida política y no de sus méritos personales.

Por ello, de lo dicho hasta ahora, es fácil advertir que el constituyente boliviano, al redactar el nuevo texto constitucional, optó por la posición de dotar de una legitimación democrática directa a los jueces constitucionales. En efecto, como afirma José Antonio RIVERA

⁵⁶² ARQUIPA ZENTENO J.A., “*El Proyecto de Constitución Política del Estado: Una Visión desde la Oposición*”, en Opiniones y Análisis del Proyecto de Constitución Reformado: Perspectivas Previas al Referéndum, Fundemos, La Paz, 2008, p. 94.

⁵⁶³ DERMIZAKY PEREDO P., “*Aventuras y Desventuras de...*”, op. cit., p. 52.

⁵⁶⁴ Tal como prevé el art. 182-III y IV) de la NCPE.

SANTIVÁÑEZ⁵⁶⁵ el constituyente, al margen de encargarle la labor de defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales al Tribunal Constitucional Plurinacional, ha definido que los jueces constitucionales sean elegidos directamente por el pueblo mediante sufragio universal y con un sistema electoral de mayoría relativa o simple mayoría de votos; de manera que reciban el mandato directamente del pueblo, con la posibilidad de que sus cargos sean revocables por el propio electorado mediante revocatoria de mandato, si así lo define el legislador ordinario en la ley de desarrollo constitucional en la que podrá definir las demás causales de cesación.

Para los impulsores del nuevo texto constitucional,⁵⁶⁶ esta nueva forma de elección de autoridades del Poder Judicial tiene como fundamento la despolitización del sistema judicial porque ahora la designación de las máximas autoridades del Poder Judicial ya no será por “cuoteo político” sino mediante elección popular y democrática. Criterio que en nuestra opinión, no toma en cuenta que la legitimación democrática de origen no es ni puede darse de manera directa, sino indirecta⁵⁶⁷; toda vez que el

⁵⁶⁵ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución...*”, op. cit., p. 158.

⁵⁶⁶ ZEGADA CLAURE M.T., “*Análisis Político de las Reformas al Proyecto de Constitución y de la Aprobación de la Ley de Convocatoria al Referéndum*”, en *Opiniones y Análisis del Proyecto de Constitución Reformado: Perspectivas Previas al Referéndum*, Fundemos, La Paz, 2008, p. 67.

⁵⁶⁷ Al respecto nos parece que se podía haber tomado como modelo de designación la realizada en España donde los Magistrados del Tribunal Constitucional español de acuerdo a lo establecido por el art. 159 de la CE son doce y para la designación de los mismos según la Constitución española ha previsto la participación de los tres Poderes del Estado, dando una especial preponderancia al Poder Legislativo, emanación directa de la voluntad popular. Así los doce miembros del Tribunal Constitucional español son nombrados por el Rey de la siguiente manera: **a)** Cuatro a propuesta del Congreso de Diputados; **b)** Cuatro a propuesta del Senado; **c)** Dos a propuesta del Gobierno y **d)** Dos a propuesta del Consejo General de Poder Judicial. Luis LÓPEZ GUERRA señala que esta forma de designación podría hacer pensar que la composición del Tribunal Constitucional deriva sólo y exclusivamente de la mayoría parlamentaria existente en cada momento, dado que de ella depende además el nombramiento de los ocho Magistrados designados por las Cámaras, la composición del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, órganos que designan al resto de los Magistrados. No obstante ello no es así, porque a su criterio, es el propio art. 159 de la CE el que establece que los ocho Magistrados propuestos por las Cortes han de serlo con una amplia mayoría cualificada: tres quintos de los miembros de la respectiva Cámara. Por otra parte el mandato de los Magistrados del Tribunal Constitucional es de nueve años; lo cual supone que su elección no coincida con las legislaturas, de manera que no cabe establecer una relación automática entre mayoría parlamentaria y composición del Tribunal Constitucional. Finalmente a criterio de Joaquín GARCÍA MORILLO la independencia del Tribunal Constitucional se ve acentuada por un tercer correctivo introducido por la Constitución que establece que el Tribunal Constitucional no se renueva globalmente. Por el contrario aunque el mandato de todos los Magistrados es de nueve años, el Órgano se

juez constitucional, dada la labor que desempeña, a diferencia de lo que sucede con los miembros del Legislativo y el Ejecutivo, no debe representar a mayorías ni a minorías. En consecuencia, el consenso del electorado no sólo no es necesario, sino que incluso sería peligroso para el correcto ejercicio de sus funciones.

Lo que, en última instancia significa, como bien señala José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵⁶⁸ que el juez constitucional no puede ni debe ser elegido por voto popular directo, sino a través de mecanismos y sistemas de legitimación democrática indirecta, que permitan la comprobación de la idoneidad, capacidad, experiencia y compromiso constitucional, además de concretizar de manera pluralista la voluntad ciudadana, a través de la designación mediante una votación cualificada que exija la conformación de consensos.

Por otro lado, la norma prevista en el art. 197 del nuevo texto constitucional establece que el Tribunal Constitucional estará integrado por Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad. Añadiendo el art. 206 de la nueva Constitución que el Tribunal estará compuesto por 7 miembros de los cuales, al menos dos deben tener origen indígena originario campesino. Criterio que claramente demuestra el segregacionismo que establece el nuevo texto constitucional⁵⁶⁹.

renueva por terceras partes; dicho de otra manera, cada tres años cuatro miembros del Tribunal Constitucional han de ser renovados. Por lo que se considera que los Magistrados designados por el Congreso forman un tercio, los cuatro designados por el Senado otro tercio y los cuatro designados por el Gobierno, junto con los dos propuestos por el Consejo del Poder Judicial, constituyen el último tercio. Es así que para los referidos autores toda la configuración del Tribunal Constitucional español conduce a intentar que sus miembros sean designados con un amplio margen de consenso entre las fuerzas políticas más representativas de cara a una mayor legitimación democrática y un fortalecimiento de la institución. LÓPEZ GUERRA L., ESPÍN E., GARCÍA MORILLO J., PÉREZ TREMPES P. y SATRÚSTEGUI M., *“Derecho Constitucional”*, Volumen II, *“Los Poderes del Estado. La Organización Territorial del Estado”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 248-249.

⁵⁶⁸ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *“Hacia una Nueva Constitución...”*, op. cit. p. 159.

⁵⁶⁹ ARIAS DURÁN I., *“NABOs y NICO: La Constitución...”*, op. cit., p. 71.

Se trata, sin duda, como apunta Juan Carlos URENDA⁵⁷⁰ del aspecto más curioso sobre la composición del Tribunal Constitucional Plurinacional; ya que conlleva dos tipos de autoridades judiciales los que representan a la justicia tradicional, deben cumplir un rosario de requisitos como poseer título de abogado y haber cumplido con honestidad y ética funciones judiciales, profesión de abogado o cátedra universitaria durante ocho años y no contar con sanción de destitución. En cambio, los postulantes del sistema indígena originario campesino tienen un sólo requisito: haber ejercido como autoridades originarias bajo su sistema de justicia. Con lo que, constitucionalmente, se estaría aceptando inclusive magistrados analfabetos para el más importante Tribunal del país, únicamente en atención a su condición genética-racial.

Por otro lado, el art. 200 del nuevo texto constitucional establece que el periodo de funciones de los Magistrados del Tribunal Constitucional, al igual que en el caso de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia será de seis años, sin derecho a reelección inmediata; cesarán en sus funciones por cumplimiento de mandato, sentencia ejecutoriada emergente de un juicio de responsabilidades, renuncia, fallecimiento y las demás causales previstas por Ley. Al parecer la citada norma es bastante clara.

Sin embargo, pensamos que esta última previsión podría ser utilizada para incorporar en la Ley reglamentaria correspondiente como causal de cesación la revocatoria de mandato. Basamos esta aseveración en la forma complaciente en que el gobierno actual viene dando respuesta a los pedidos y planteamientos de diversas organizaciones sociales afines a la actual coyuntura política boliviana que han reclamado el desarrollo de la revocación de mandato a autoridades del Poder Judicial.

En fin, en caso de ser así, estaríamos sin duda, ante un factor importante de anulación de la independencia de las altas autoridades del

⁵⁷⁰ URENDA DÍAZ J.C., “*La Constitución Antidemocrática del MAS*”, Disponible en: www.autonomiaya.org, Consultado el 10 de julio de 2009.

Poder Judicial, que podrían ser removidas de sus funciones a simple solicitud de los litigantes, lo que obviamente nos llevaría a cuestionarnos sobre la imparcialidad de sus fallos.

Por último, es realmente preocupante comprobar que el art. 123 del nuevo texto constitucional, al proclamar el principio de irretroactividad de la Ley, establece como excepción a la regla la aplicación retroactiva de la ley en determinadas materias, entre ellas la de persecución penal y sanción de la corrupción; pues textualmente dispone:

"La ley sólo dispondrá para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución." (Las negrillas son nuestras).

Queremos pensar que la citada norma efectúa tal previsión con el fin de sentar las bases para una lucha frontal contra la corrupción en Bolivia. Sin embargo, cabe advertir que la misma contradice el principio universal de la irretroactividad de la ley sancionadora, por el que a nadie le pueden aplicar una ley posterior para sancionar una conducta que en el momento de ser asumida no era considerada delito. De igual manera, contradice el principio universal de la legalidad penal, por el que ninguna conducta humana puede ser objeto de persecución y sanción si en el momento de ser asumida no existe una ley vigente que la tipifique como delito. Finalmente contradice la norma prevista por el art. 116.11 del propio texto constitucional, la que recogiendo los principios antes referidos, textualmente dispone que *"cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible"*.

De igual modo, la citada norma constitucional contradice las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; es decir, las normas de los tratados, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos que han sido suscritos y ratificados por el Estado boliviano, las que, en resguardo de los principios de la irretroactividad y legalidad penal, de manera uniforme prohíben la aplicación retroactiva de una ley penal o de naturaleza sancionadora⁵⁷¹.

Efectivamente, consideramos que el art. 123 de la nueva Constitución en el fondo tiene una marcada intencionalidad política; la de eliminar la oposición desplegando una persecución penal a partir de la elaboración de una ley que, sobre la base de los criterios del oficialismo tipifique conductas que no lo estuvieron en el pasado como delitos de corrupción y agrave las penas, para que aplicando retroactivamente esa ley se puedan abrir las acciones judiciales para neutralizar o eliminar la acción opositora no sólo de las altas autoridades del Poder Judicial, sino de los líderes nacionales, departamentales o municipales que no sean afines al gobierno. Y es que como dice José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵⁷² la norma objeto de análisis vulnera el derecho al debido proceso de las personas, así como el derecho a la seguridad jurídica y pone en amenaza de restricción el derecho político de participación en la conformación de los órganos del poder constituido y en el ejercicio de la función pública.

En definitiva, es a todas luces evidente que el panorama de la justicia en general y de la justicia constitucional, en particular, no es nada

⁵⁷¹ Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 11.2) prevé lo siguiente: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 15.1) prevé lo siguiente: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 9.1) dispone: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

⁵⁷² RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “Hacia una Nueva Constitución...”, op. cit., p. 40.

halagüeño. Es más esperemos, que una vez desarrollada íntegramente la nueva Constitución el control de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales de los bolivianos, no se encuentren sujetos al poder político del partido oficialista de turno.

IV.5. Los Derechos Fundamentales en la nueva Constitución.-

Como afirma Edgar CARPIO MARCOS⁵⁷³ la interpretación de los derechos fundamentales⁵⁷⁴ está asociada a la interpretación de la Constitución. Después de todo,

⁵⁷³ CARPIO MARCOS, E. “*La Interpretación de los Derechos Fundamentales*”, en Interpretación Constitucional, Tomo II, Mac-Gregor, Eduardo Ferrer (coordinador.), México D.F., 2005, p. 321 y ss.

⁵⁷⁴ Para Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE la concepción actual de derechos fundamentales se caracteriza por una doble cualificación de tales derechos. Para este autor los derechos fundamentales se conciben, por un lado, como derechos subjetivos de libertad, dirigidos al Estado, del titular individual de derechos fundamentales y por otro y al mismo tiempo como normas objetivas de principio y decisiones axiológicas que tienen validez para todos los ámbitos del Derecho. BOCKENFÖRDE E.W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Traducción de REQUEJO PAGÉS J.L., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1993, p. 95.

En igual sentido Francisco FERNÁNDEZ SEGADO apunta que la moderna doctrina constitucional ha roto con la añeja concepción estrictamente subjetivista de los derechos fundamentales; ya que a su criterio es claro que los derechos fundamentales se han convertido en nuestros días en un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente. Para el autor las libertades ya no pueden contemplarse tan sólo como derechos subjetivos de individuos aislados que se realizan en la soledad de sus micromundos, manteniéndose ajenos e indiferentes a la esfera estatal; por el contrario señala que los derechos fundamentales deben abordarse como elementos del ordenamiento jurídico, es decir como normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico que aspira a tener validez como decisión jurídico-constitucional para todos los sectores del Derecho. FERNÁNDEZ SEGADO F., “*El Sistema Constitucional ...*”, op. cit., 164.

Ahora bien, como dice Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE el descubrimiento del carácter objetivo de valor de los derechos fundamentales adquiere significado general mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania; en dos fases: Por un lado, la parte de derechos fundamentales en su conjunto aparece como un orden objetivo axiológico y como un sistema de valores que demanda aplicación en todos los ámbitos del Derecho. De otro, simultánea y subsiguientemente los derechos fundamentales en particular se interpretan como normas de principio jurídico-objetivas y que deciden axiológicamente. BÖCKENFÖRDE E.W., op. cit., 107. De igual forma opina Konrad HESSE para quien el carácter objetivo de valor de los derechos fundamentales no sólo rige allí donde el Estado participa directamente en las relaciones jurídicas, sino que rige más bien de modo universal. HESSE K., “*Derecho Constitucional y...*”, op. cit., 39.

Refuerza este criterio J.P. MÜLLER citado por Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE al caracterizar la nueva comprensión de los derechos fundamentales en el sentido de que éstos están determinados como principios elementales de ordenación para la vida social, es decir desde la universalidad y no desde la bilateralidad; ya que los derechos fundamentales no son ni Derecho Público ni Derecho Privado, son Derecho Constitucional “superpuesto.” Derecho fundamental, que con su fuerza normativa penetra de modo inmediato en el ámbito de las relaciones jurídicas especiales. Es aquí donde surge el llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales.

Sobre el efecto irradiación de los derechos fundamentales Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE señala que la peculiaridad del mismo estriba en que no constituye un nuevo ámbito objetivo del Derecho Constitucional; permite que cada ámbito del Derecho, Civil, Administrativo, Penal, etc., permanezca como tal, pero se impone en ellos acuñándolos e influyéndolos. Para el autor alemán, estos ámbitos del Derecho quedan en cierto modo conformados constitucionalmente.

el reconocimiento de los derechos fundamentales constituye uno de los capítulos más importantes de cualquier norma suprema y las disposiciones que los contienen expresan las cuotas de peculiaridad que se han puesto de relieve para justificar un tratamiento *ad-hoc* de su interpretación. En este entendido, es importante analizar los cambios que promulga la nueva Constitución en lo que se refiere a los derechos fundamentales.

Para empezar nuestro análisis, recordemos que en Bolivia, antes de la aprobación del nuevo texto constitucional, los derechos fundamentales se hallaban reconocidos en el art. 7 de la Constitución de 1994. Sin embargo, como dijimos en su momento, el referido art. 7 no fue considerado por el Tribunal Constitucional un catálogo que agotaba la enumeración de los derechos fundamentales. Afirmación que se sustentó, entre otras, en lo establecido en el Título Segundo de la Parte Primera de la Constitución Política del Estado de 1994 (arts. 9 al 35) donde se encontraban consagradas las denominadas garantías constitucionales normativas.

Estableciendo el art. 35 de la referida Constitución que *“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*

Siguiendo este criterio el efecto irradiación no se limitaría al Poder Judicial; sino que más bien afectaría a las tres funciones del Estado; ya que se extendería por parte del juez a la aplicación e interpretación de prescripciones del Derecho Privado, Penal, Administrativo, etc.; por parte del legislador o normador a la conformación material de prescripciones de Derecho, con lo que, éstas toman en si el contenido objetivo de valor de los derechos fundamentales y la actuación del ejecutivo en el ámbito de sus funciones. BÖCKENFÖRDE E.W., op. cit., 110.

En el mismo sentido Néstor Iván OSUNA PATIÑO señala que el conjunto de disposiciones constitucionales que contienen los derechos fundamentales aparecen como la expresión de un orden objetivo axiológico, como un sistema de valores que demanda aplicación en todos los ámbitos del Derecho, a la vez que los derechos fundamentales, en particular, se interpretan ya no sólo como fuentes de derechos subjetivos, sino también como normas objetivas de principio. En esta nueva vertiente objetiva los derechos fundamentales inundan, como decisión constitucional fundamental, toda la actividad de los poderes públicos y señalan los principios conforme a los cuales ha de interpretarse el Derecho. OSUNA PATIÑO N.I., op. cit., 33.

Ahora bien, como consecuencia de lo anterior se han presentado problemas en la interpretación de la parte material de la Constitución; más aún, como sostiene Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA si ésta parte material empieza a considerarse jurídicamente vinculante; lo que a su vez ha provocado la contraposición entre Constitucionalismo y Positivismo hablándose del Estado Constitucional como modelo superador del Estado de Derecho, que ya tuvimos ocasión de analizar al abordar el activismo judicial, en el segundo capítulo de esta investigación. GARCÍA DE ENTERRÍA E., *“La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional, la Constitución Española de 1978.”* Estudio Sistemático, Editorial Civitas, Madrid, 1981, p. 115-128.

forma republicana de gobierno”. De este modo, la referida norma constitucional se constituyó jurisprudencialmente en una cláusula abierta porque además de permitir al órgano de la jurisdicción constitucional interpretar los derechos previstos en otros artículos de la propia Constitución, también por vía de una interpretación integradora, le permitía aplicar los Instrumentos Internacionales que consagran derechos humanos y de los que es parte Bolivia. Esta tendencia, fue reafirmada a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano; así entre otras la SC. 1662/2003-R de 17 de noviembre estableció:

“... este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tiene carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de habeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda.”

De esta manera, el Tribunal Constitucional dejó claro que en Bolivia los derechos fundamentales no sólo eran aquellos previstos en el art. 7 de la Constitución de 1994; es más ni siquiera sólo aquéllos positivizados en la misma; sino que de acuerdo al art. 35 de la Ley Fundamental son derechos fundamentales también los enunciados por los Instrumentos Internacionales a los cuales se adhirió Bolivia y que forman parte del bloque de la constitucionalidad, como son: Declaraciones, Tratados o Convenciones sobre Derechos Humanos.

Esta aclaración es muy importante porque si bien es cierto, que el art. 7 de la Constitución de 1994 tenía un catálogo muy restringido de derechos, esto no fue óbice para que el Tribunal Constitucional mediante la cláusula prevista en el art. 35 de la referida Constitución tutelara derechos previstos en Tratados y Pactos Internacionales; supliendo de esta forma la necesidad de una reforma constitucional en la que se implementasen nuevos derechos en la Constitución boliviana.

En consecuencia, es inevitable pensar que durante su funcionamiento el Tribunal Constitucional tuvo un papel preponderante en el momento de interpretar los derechos fundamentales, estableciendo en muchos casos el núcleo mínimo de éstos a través de su jurisprudencia⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ Sobre el núcleo mínimo de los derechos fundamentales; hoy en día parece ser aceptada de manera general la idea de que el mismo está fijado por la conexión de los derechos fundamentales con el valor de la dignidad humana. En este sentido Hans Peter SCHNEIDER subraya que atribuir a los derechos fundamentales una función objetiva no supone prejuzgar su carácter de fines en sí mismos y expresión de la dignidad humana; se trata de asignarles además de su peso específico jurídico-individual una significación que difícilmente puede sobrevalorarse para la totalidad jurídico-constitucional de la comunidad política. SCHNEIDER H.P., *Peculiaridad y Función de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*, Traducido por ABELLÁN J., Revista de Estudios Políticos, Número 7, Madrid, 1979, 10-35. A su vez Gregorio PECES-BARBA afirma que los derechos fundamentales son un subsistema, es decir que los derechos constituyen un conjunto de normas entrelazadas y con un origen común que procede como derivación inmediata de la norma básica, de la fuente jurídica última del sistema, y que en sus contenidos realizan de manera directa, los valores morales asumidos por el poder como hecho fundante básico, como valores políticos. Para el autor la unidad que permite la agrupación integrada de los derechos en un subsistema, y la superioridad de este criterio, respecto de un análisis de los mismos como normas separadas, deriva de ese enganche con las normas identificadoras del ordenamiento. PECES-BARBA G., *Curso de Derechos ...*, op. cit., 360-361.

En este sentido para Peter HÄBERLE el subsistema de derechos fundamentales, supone la conexión de lo individual como relación de la moralidad privada, y lo supraindividual, necesidad del poder de la vida social y del Derecho para alcanzar ese objetivo de desarrollo de la dignidad de cada uno. HÄBERLE P., op. cit., 56. Continuando con el criterio de Gregorio PECES-BARBA es preciso referirnos a su afirmación en sentido de que los derechos fundamentales, precisamente por su origen común del valor libertad principalmente y complementariamente de los valores de igualdad, de seguridad jurídica y de solidaridad, suponen una explicitación y un intento de desarrollar integralmente la idea de la dignidad humana, no pueden entenderse aisladamente, sino que esa raíz común conlleva una interdependencia y una mutua implicación que se suele explicitar señalando que la libertad es indivisible.

Criterio similar guarda Robert ALEXY cuando señala que se debe poner de manifiesto la existencia de puntos comunes en las diferentes concepciones de dignidad y defender a partir de estos puntos comunes la posibilidad de consensuar un contenido que permita hablar de un concepto unitario y de diferentes concepciones de la dignidad de la persona. En el entendido de que a través del derecho general de libertad se trata de proteger jurídicamente la dignidad humana. Para el citado autor se hace necesario subrayar que el objetivo es el aseguramiento de la dignidad de la persona a través del Derecho. ALEXY R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducido por GARZÓN VALDÉS E., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. 48.

Si bien, es cierto que resulta difícil determinar de manera plena qué es la dignidad de la persona humana, hay autores que entienden, por el contrario, que sí es posible determinar cuándo se vulnera la dignidad; entre ellos Von MÜNCH citado por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO entiende que la dignidad entraña la prohibición de hacer del hombre un objeto de la acción estatal ya que cuando la Constitución establece que la dignidad de la persona es fundamento de la paz social, pone de manifiesto que ésta no es conseguible sin la dignidad de la persona; o lo que es lo mismo no hay paz social sin dignidad de la persona y no hay dignidad de la persona si falta la paz social. FERNÁNDEZ SEGADO F., *La Dignidad de la Persona ...*, op. cit., 214. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha modulado el criterio de VON MÜNCH, *La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional*, 19-21 citado por FERNÁNDEZ SEGADO F., En sentido de que sólo se produce una conculcación de la dignidad de la persona cuando al tratamiento como objeto se suma una finalidad subjetiva: es decir sólo cuando el tratamiento constituye expresión del desprecio de la persona, o hacia la persona, considera el referido Tribunal alemán que existe una vulneración de la dignidad personal. Así lo ha establecido también el Tribunal Constitucional español mediante su jurisprudencia; así, la STC 120/1990 señala: *“que sólo en la medida en que los derechos individuales sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquellos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser tomada en consideración por el Tribunal como referente. No en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se*

Al respecto, cabe advertir que en el proceso constituyente que dio lugar a la nueva Constitución boliviana se tomaron en cuenta estos aspectos; no otra cosa se entiende del hecho de que el nuevo texto constitucional, de un lado, haya positivado el bloque de constitucionalidad integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el Estado boliviano (art. 410.II); y, de otro lado, interrelacionando el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constitucionalizando diversos criterios de interpretación, como es la interpretación conforme a los tratados internacionales (art. 13.IV), el principio *pro-hómine* en sus directrices de preferencia de normas y preferencia interpretativa (art. 256) y emanado de éste, el principio *pro operario* (art. 48.II), todos de la nueva Constitución.

De forma que, en lo que respecta a este punto, se debe destacar que a partir del nuevo texto constitucional existe en Bolivia un nuevo techo de interpretación a la hora de realizar el control de constitucionalidad, que no se agota en los preceptos de la Constitución (sus principios y valores); por cuanto, el parámetro de juicio de constitucionalidad también está integrado por las normas internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado⁵⁷⁶.

deduzcan". Para Francisco FERNÁNDEZ SEGADO la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional español sobre el tema sostiene que de la dignidad de la persona dimanán unas exigencias mínimas en el ámbito de cada derecho en particular, y un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar. Además para el autor está claro que en el ordenamiento constitucional español la dignidad de la persona no puede ser entendida como derecho fundamental, ya que la dignidad debe ser considerada como la fuente de todos los derechos.

En definitiva, para Francisco FERNÁNDEZ SEGADO dignidad y derechos no se hallan en el mismo plano; ya que la dignidad se proclama como valor absoluto, con lo que incluso a una persona que se comporte indignamente deba reconocérsele igual dignidad que a cualquier otra, y por lo mismo a su criterio la dignidad se convierte en la fuente de los derechos de la persona; de todos los derechos independientemente de su naturaleza ya que dimanán de esa dignidad inherente a todo ser humano. FERNÁNDEZ SEGADO F., "*La Dignidad de la Persona ...*", op. cit., 222.

⁵⁷⁶ Es muy interesante la opinión expresada por René BALDIVIESO GUZMÁN cuando señala que Bolivia como Estado soberano forma parte de la comunidad internacional formada por las Naciones Unidas y, en lo regional, es parte de la Organización de Estados Americanos. Esta circunstancia le ha llevado, como a otros Estados, a contraer compromisos de orden jurídico, político, cultural y social, en virtud de los cuales está reatado a normas de Derecho Internacional que resguardan la vigencia del sistema democrático. En su opinión eludir este vínculo para satisfacer sólo requerimientos unilaterales, de corte partidista o totalitario, pondría al Estado boliviano en la situación de haber quebrantado un orden jurídico-internacional con las consecuencias internacionales respectivas. BALDIVIESO GUZMÁN R., "*Una Constitución para...*", op. cit., p. 173-174. Sobre estas consecuencias Javier EL-HAGE señala que es prioritario que la nueva Constitución consulte el Derecho Internacional y se mantenga dentro de sus márgenes, sobre todo en áreas particularmente sensibles, como son la democracia, los derechos humanos, las inversiones extranjeras y el control de drogas. Opina que en caso de que la Constitución no observara las obligaciones internacionales del Estado boliviano, es predecible que traería para el país más problemas

Finalmente, es importante señalar que sobre este tema han surgido voces que señalan que el techo de interpretación de los órganos constitucionales estaría únicamente conformado por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y no sobre lo que dicen sus intérpretes. Por lo que a nuestro criterio, tal situación podría ser salvada en una Ley de desarrollo del Tribunal Constitucional Plurinacional que tendrá que sancionarse a la brevedad posible, más aún teniendo en cuenta nuestra tradición de cultura jurídica positivista que quiere encontrarlo todo en el texto de la ley.

IV.5.1. Una visión general a la situación de los Derechos Humanos en la nueva Constitución.

De antemano, consideramos pertinente reconocer que la nueva Constitución tiene grandes virtudes en lo referido a los derechos fundamentales, cuyo catálogo ha ampliado de manera considerable, consagrando derechos que no lo estuvieron en la Constitución de 1994⁵⁷⁷. Sin embargo, el nuevo texto constitucional presenta algunas deficiencias, como el hecho de no haber incluido en el catálogo de derechos fundamentales derechos de suma importancia; de otro lado, presenta graves riesgos y peligros para el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados.

Entre las omisiones se pueden destacar muchas; así, entre los derechos civiles no se han consagrado el derecho a la nacionalidad, el derecho al nombre, el derecho de acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva, el derecho a la objeción de conciencia, derecho a la rectificación de la información, el derecho a la igualdad; entre los derechos políticos no se ha consagrado el derecho de acceder a las funciones públicas, el derecho a participar en la vida cívica de la comunidad; entre los derechos sociales no se han consagrado los derechos del genoma humano, como el de acceder y gozar de los descubrimientos científicos y tecnológicos,

que soluciones, y que, por ende, no se le podría augurar más que un camino plagado de tortuosos desencuentros. EL-HAGE J., *“Límites de Derecho Internacional para la Asamblea...”*, op. cit., p. 348-349.

⁵⁷⁷ En la parte de Anexos de esta Investigación hemos realizado un cuadro comparativo entre los derechos contemplados en la Constitución de 1994 con la actual.

el derecho a no ser objeto de manipulaciones genéticas; los derechos culturales no han sido consagrados expresamente, pues el nuevo texto constitucional solamente consigna normas que imponen obligaciones positivas para el Estado a objeto de garantizar el ejercicio de los derechos culturales pero que no están consagrados. De los derechos omitidos pensamos que dos son de vital importancia: el derecho a la nacionalidad; y el derecho de acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva.

Con relación a los riesgos y peligros que conlleva la técnica jurídica con la que ha encarado el constituyente el tema de los derechos fundamentales en la nueva Constitución, cabe formular las siguientes consideraciones.

- a) En primer lugar, en los 95 artículos del nuevo texto constitucional referidos a los derechos fundamentales no existe una clara diferenciación entre los que son genuinamente derechos con los que son principios o directrices constitucionales de la política social, económica y cultural del Estado para garantizar el goce pleno y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales de orden social⁵⁷⁸.

En efecto, en la parte del catálogo de los derechos fundamentales el proyecto incluye un conjunto de directrices constitucionales de

⁵⁷⁸ Luis Christian RIVAS SALAZAR, al respecto critica de manera frontal el nuevo texto constitucional, preguntándose ¿cuál es el significado jurídico de la afirmación según la cual todo individuo “puede exigir la materialización de sus derechos económicos, sociales y culturales indispensables para su dignidad y para el libre desarrollo de su personalidad” (art. 22)? ¿Frente a quién “cada uno” tiene derecho “a condiciones de trabajo justas y convenientes” (art. 23-1) y a un “empleo justo y adecuado” (art. 23-3)? ¿Cuáles son las consecuencias de la exigencia de que cada uno tenga derecho a “participar libremente en la vida cultural de la comunidad y a compartir los progresos científicos y sus ventajas” (art. 27-1)? Se dice que “todos tienen derecho a un orden social e internacional en el que los derechos y libertades expuestos en la presente Declaración se realicen plenamente” (art. 28) en el supuesto de que no sólo sea posible, sino que también exista en la actualidad un método conocido con el que se pueda satisfacer estas exigencias. RIVAS SALAZAR L.C., “*Los Pseudoderechos*”, Artículo de Opinión publicado en el Matutino de Circulación Nacional “La Prensa”, el 5 de noviembre de 2008.

la política social, económica y cultural que deberá asumir el Estado con relación a los derechos fundamentales⁵⁷⁹.

- b) En segundo lugar, pero íntimamente relacionado con lo anterior José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵⁸⁰ señala que la nueva Constitución ha consagrado derechos fundamentales que en la práctica no son realizables si el Estado no crea y produce las condiciones necesarias ya que la realización material de los derechos económicos, sociales y culturales, así como gran parte de los derechos colectivos o de los pueblos no depende solamente de su consagración normativa en la Constitución sino que requiere de la adopción de políticas legislativas, administrativas hasta jurisdiccionales para su realización, pero especialmente requiere asignaciones presupuestarias.

En consecuencia, piensa que el Estado tendrá graves dificultades para dar concreción a las referidas normas. Pues se puede proclamar que todos los bolivianos y bolivianas tienen el derecho de trabajar, pero si no hay fuentes laborales por falta de políticas estatales que generen fuentes de empleo, el derecho se hace irrealizable. Opina que no debe olvidarse que los derechos

⁵⁷⁹ Así, por ejemplo, en la sección II del Capítulo Quinto, el art. 48 del nuevo texto constitucional, consigna normas que establecen un conjunto de directrices de la política social del Estado respecto al derecho al trabajo, muchas de ellas irrealizables en un corto plazo, como la obligación que impone al Estado de garantizar la incorporación de las mujeres al trabajo y de los jóvenes al sistema productivo; en el Capítulo Sexto, el proyecto consigna normas que en materia del derecho a la educación y derechos culturales, establecen principios y obligaciones positivas para el Estado, algunos de ellos irrealizables, como el previsto por el art. 77.1; otras normas definen el contenido ideológico de la educación, como las normas previstas por el art. 78 ; otras que definen los objetivos, como las previstas por el art. 80; finalmente, en la sección III del Capítulo Sexto, el nuevo texto consigna un conjunto de normas que establecen directrices constitucionales sobre la política cultural, con especial énfasis a la cultura de los pueblos indígena originario campesinos. Para Pablo DERMIZAKY PEREDO la mayoría de cláusulas de la nueva Constitución son programáticas, es decir, meramente declarativas, propias de un programa electorero, que no de una ley fundamental. Así señala textualmente: “*Véanse, a propósito, los artículos 16, 18, 19, 20, 33, 35-I, 37, 41, 54, 67, 267 y 313, relativos a derechos expectaticios sobre salud, educación, vivienda, medio ambiente, erradicación de la pobreza, “reivindicación marítima”, etc*”. Por lo que en su opinión resulta ilusorio “garantizar” su cumplimiento en *parrafadas ampulosas*, cuando las condiciones reales no permiten la prestación de servicios básicos a la población. DERMIZAKY PEREDO P., “*Aventuras y Desventuras de...*”, op. cit.

⁵⁸⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución...*”, op. cit., p. 45.

sociales y culturales, al ser derechos prestacionales, requieren de grandes inversiones económico-financieras que de no ser cumplidas por el Estado, originan el peligro de generar frustraciones colectivas, con una pérdida de legitimidad y de credibilidad hacia la Constitución.

Lo anterior, es una opinión bastante generalizada entre los constitucionalistas bolivianos que hemos venido nombrando a lo largo de estas páginas. Pues consideran que uno de los mayores peligros que encierra el nuevo texto constitucional está que el mismo consigna muchas proclamas con un Estado que nominalmente garantiza su ejercicio, pero que en su horizonte no está garantizado el ejercicio efectivo y goce pleno de esos derechos si se toma en cuenta la realidad económica del mismo.

Sin embargo, en este sentido consideramos que uno de los pocos aciertos de la nueva Constitución boliviana es precisamente el haber incluido en el catálogo de derechos fundamentales diversos derechos sociales.⁵⁸¹ Pues con la Constitución de 1994 estos

⁵⁸¹ Sobre la fundamentalidad de los derechos sociales existen aún hoy en día muchas polémicas. Al respecto consideramos que es justamente en los derechos sociales donde el valor dignidad debe estar más presente. En este sentido María José AÑON ROIG y José GARCÍA AÑON consideran que la vinculación efectiva de los derechos sociales como normas objetivas se despliega en distintos planos. En primer lugar, los derechos sociales pueden limitar la libertad de configuración del legislador; y en segundo lugar la relevancia objetiva de las normas de derechos sociales se manifiesta en la no admisibilidad de la total inacción de los poderes públicos a la hora de implementar los programas sociales establecidos en la Constitución. Sin embargo lo anterior no constituye un impedimento para que los derechos sociales puedan articularse como pretensiones exigibles judicialmente, es decir como derechos subjetivos. En consecuencia, si se reconoce la dimensión objetiva de los derechos sociales se entiende que estos al igual que los derechos civiles y políticos son un orden objetivo axiológico que se configura como un sistema de valores que puede ser aplicado en todos los ámbitos del Derecho. AÑON ROIG M.J. y GARCÍA AÑON J., op. cit., p. 68.

En este entendido de lo que se trata es de establecer la fundamentalidad de los mismos ya no solamente por criterios materiales o formales sino por el denominado contenido esencial de los derechos fundamentales o lo que es lo mismo su conexión con la dignidad humana. Al respecto José Ramón COSSIO DÍAZ señala que el contenido esencial viene a ser la garantía instaurada por el constituyente a efecto de que la dignidad de la persona se realice a través de las manifestaciones por él elegidas de los valores constitucionales hasta en tanto las mismas no sean modificadas por el llamado poder revisor de la Constitución. COSSIO DÍAZ J.R., *“Estado Social y ...”*, op. cit., p. 69.

Robert ALEXY incluye a los derechos llamados por él de prestaciones “en sentido estricto” como parte de los derechos fundamentales, llamándoles derechos fundamentales sociales; ya que, a su criterio así los primeros estén positivizados como derechos y los segundos como principios ambos son normas porque dicen lo que debe ser. ALEXY R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducido por GARZÓN E.,

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 435 y sgtes. En relación con la citada afirmación Óscar RODRÍGUEZ OLVERA señala que si toda norma se constituye en una serie de reglas y principios, además de valores, ésta no puede ser conceptualizada como una figura estática. Por lo que todo lo que forma parte del texto constitucional tiene valor normativo vinculante. Lo que a su criterio no significa dotar a todos los derechos sociales en el máximo grado de protección constitucional, pero si a algunos de ellos, ya sea por voluntad constituyente, por la actividad legislativa, por la jurisprudencia constitucional, etc. RODRÍGUEZ OLVERA O., *“Teoría de los Derechos Sociales en la ...”*, op. cit., p. 230. Siguiendo con el criterio de Óscar RODRÍGUEZ OLVERA más importante que contemplar a los principios como mandatos de optimización es el reconocer que entre estos principios siempre hay la posibilidad de colisiones que deben ser resueltas a través de la ponderación.

Entonces, pensamos que se debe procurar señalar cuál de los principios colisionados posee mayor peso específico en el caso concreto. En igual sentido Peter HÄBERLE rechaza la posibilidad de la existencia de un núcleo absoluto en cada derecho fundamental que no pueda ser afectado bajo ninguna circunstancia ya que, a su criterio este núcleo debe ser ponderado favorablemente. Para este autor el núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales es determinado por el sistema de ponderación. HÄBERLE P., op. cit., p. 81. Es más, para Martín BOROWSKY es imposible fijar el núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales sin recurrir a la ponderación. Para el citado autor la Teoría de Principios y con ella la Teoría de los Derechos Limitables es hasta ahora el mejor camino hacia un mayor entendimiento de la estructura de los derechos fundamentales. BOROWSKY M., *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, Traducido por BERNAL PULIDO C., Universidad de Externado Colombia, Bogota, 2003, p. 100 y sgtes.

Para algunos autores sin embargo el núcleo esencial no está determinado por la ponderación de derechos. En este sentido Luis PRIETO SANCHÍS sostiene que el núcleo mínimo de fundamentalidad está dado por la resistencia de los derechos o lo que para el autor es que exista una garantía mínima que permita que un derecho sea exigible y por lo tanto fundamental. PRIETO SANCHÍS L., *“Estudios sobre Derechos...”*, op. cit., 103 y sgtes. En cambio para otros autores como Antonio Enrique PÉREZ LUÑO el contenido esencial de los derechos fundamentales debe ser entendido en relación con los fines objetivamente establecidos en la Constitución y en función de los cuales se reconocen los derechos y libertades fundamentales. PÉREZ LUÑO A.E., *“Derechos Humanos...”*, op. cit., p. 31.

Por último, para otros el problema consiste en darle un nuevo enfoque a la dignidad humana. Así José Ramón COSSIO DÍAZ señala que hoy en día los derechos subjetivos públicos han dejado de constituirse en el eje de las construcciones del Derecho Constitucional y el criterio de fundamentalidad de los derechos no puede darse sólo por aspectos formales o materiales. En este entendido para el autor es destacable el nuevo tratamiento que se da a la dignidad de la personas en dos sentidos: por un lado la dignidad se integrará en lo material a partir de las interrelaciones entre los valores de igualdad y libertad con lo que, el valor libertad deja de ocupar a su criterio la posición excluyente que venía teniendo. COSSIO DÍAZ J.R., *“Estado Social y...”*, op. cit., p. 72-76. Esta nueva composición llevará a las constituciones a establecer un nuevo catálogo de disposiciones relacionadas con lo social y la problemática que representa el otorgamiento de prestaciones desde ella misma. Por otro lado a juicio del citado autor este nuevo enfoque sobre la dignidad significará un cambio en los modos; ya que si antes se hablaba de una libertad puramente negativa donde el Estado reducía su conducta a abstenerse, en adelante se entenderá necesaria su constante y actuante presencia.

Así lo entiende también Oscar RODRÍGUEZ OLVERA cuando sostiene que la dignidad humana es un elemento inescapable de la convivencia social, el centro de gravedad para fundamentar que los derechos sociales requieren una apertura aún mayor en su reconocimiento, establecimiento, promoción y recepción constitucional. RODRÍGUEZ OLVERA O., *“Teoría de los Derechos Sociales en...”*, op. cit., p. 191.

En igual sentido Pedro DE VEGA GARCÍA señala que cuando no existe lo que los alemanes llaman Verfassungsgefühl (sentimiento constitucional) la justicia constitucional tampoco resulta necesaria. Por otro lado el citado autor afirma que la justicia constitucional debe ser interpretada y entendida en el contexto social y político en el que emerge; porque es en él donde adquiere su mayor plenitud y mayor coherencia. Es así que a su criterio será el propio ordenamiento constitucionalizado el que asumirá la protección y prosecución de la dignidad de la persona. DE VEGA GARCÍA P., *Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*, en Revista de Estudios Políticos, N° 7, Madrid, enero-febrero de 1979, p. 98-110. Siguiendo con el criterio de José Ramón COSSIO DÍAZ se entiende que la idea de dignidad no es ya una cuestión de tratamiento y desarrollo puramente individualista; sino que es un fin del Estado y la sociedad; por lo que la vinculación de todos los poderes debe observar sus contenidos de acuerdo a la propia Constitución; entendiéndose como órgano encargado de este control al Tribunal Constitucional.

derechos, en algunos casos, ya fueron considerados derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional⁵⁸², mediante la

⁵⁸² El art. 1.II de la CPE.1994 establecía: “*Bolivia es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia*”. Fue justamente en este sentido que los Magistrados del Tribunal Constitucional, entre ellos, Martha ROJAS ÁLVAREZ consideraron que este Estado Social se caracterizaba por la superación de la contradicción entre la titularidad formal de derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo, la prosecución de los medios por parte del Estado que aseguren al hombre la posibilidad de su existencia. La diferencia axiológica entre el Estado Democrático Liberal y el Estado Social y Democrático, radica en que los valores básicos del primero, se centran en la libertad, la propiedad privada, la igualdad y la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio, en tanto que el Estado Social y Democrático de Derecho intenta reforzar esos valores y efectivizarlos, dándoles una base y contenido material, partiendo del razonamiento de que individuo y sociedad no pueden realizarse el uno sin el otro, buscando materializar los derechos y alcanzar una justicia material. Consecuentemente el Estado Social exige la efectivización no sólo de los derechos civiles y políticos, sino también de los derechos económicos, sociales y culturales, por los cuales se busca la satisfacción de las necesidades básicas fundamentales de todos los individuos de una sociedad, garantizando estándares mínimos de salario, alimentación, salud, educación, etc. ROJAS ÁLVAREZ M., op. cit., p. 21-22. De igual forma para Willman Ruperto DURÁN RIBERA el principio rector del Estado Social es la igualdad, y a través de él se intenta dotar de contenido material a los derechos de corte liberal. DURÁN RIBERA W.R., “*Principios...*”, op. cit., p. 72.

Al respecto René BALDIVIESO GUZMÁN sostiene que el control de constitucionalidad está dirigido a preservar la vigencia y aplicación de la Ley Fundamental, es decir la supremacía de ésta para su debido acatamiento, que habrá de redundar principalmente en beneficio de la persona como destinataria de toda norma jurídica, más aún cuando están en juego sus derechos fundamentales. Pero también resultarán favorecidos la vigencia del Estado de Derecho y el Sistema Democrático, para lo cual es destacable la labor que realiza el Tribunal Constitucional boliviano, a partir de la interpretación de las normas de la Constitución y, en su caso, de las normas previstas por los tratados o convenciones internacionales, dando así concreción normativa a las cláusulas abstractas de la Constitución y a las normas convencionales, posibilitando primeramente el goce pleno y ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos y progresivamente el desarrollo de los derechos sociales. BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Apuntes sobre Derecho Procesal*”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 11, Tomo I. Fundación Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2004, p. 282-283.

Por otra parte como dice Luis Alberto HUERTA GUERRERO la lista de derechos establecida en los textos constitucionales no se puede considerar cerrada o taxativa. Por esta razón se incorpora en ellos la denominada “cláusula abierta de derechos” como ocurre en Bolivia y otros países de la Región Andina. En este sentido en Bolivia la interpretación constitucional se vuelve imprescindible para dar una respuesta a la interrogante de sí el proceso de amparo puede ser empleado para proteger derechos reconocidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Para tal fin la interpretación de la cláusula abierta prevista en el art. 35 de la CPE.1994 realizada por el Tribunal Constitucional se ha convertido en un elemento importante a tomar en consideración para encontrar una respuesta positiva a la inquietud planteada. HUERTA GUERRERO L.A., “*Los Procesos de Amparo y Hábeas ...*”, op. cit., p. 170-171.

En este sentido, como acertadamente refiere René BALDIVIESO GUZMÁN el Tribunal Constitucional boliviano ha admitido que el Estado, al haberse adherido a los instrumentos internacionales pertinentes, se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo que equivale a decir que está reconocida la vinculatoriedad de las jurisprudencia generada por la Corte Interamericana o Comisión Interamericana en el ámbito de los derechos humanos. Esto resulta lógico porque es una consecuencia de lo anterior, es decir resultado de la tarea integradora asumida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Bolivia, lo que le ha permitido una aplicación directa en la fundamentación de sus decisiones de la jurisprudencia de la Corte Interamericana o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de las Convenciones o Declaraciones Internacionales sobre la materia. BALDIVIESO GUZMÁN R., “*La Interpretación de los Derechos Fundamentales de Acuerdo a las Normas y Decisiones Internacionales*”, en Revista Boliviana de Derecho N° 1, Santa Cruz de la Sierra, 2006, p. 7. En este sentido la jurisprudencia constitucional

interpretación amplia del art. 35 al que tantas veces hemos hecho alusión en este trabajo. Así, pues se debe señalar que el contenido del derecho al trabajo, por ejemplo, varía de acuerdo a las circunstancias históricas de cada momento. Pues, no puede entenderse que el contenido de este derecho obligue al Estado a garantizar a todos los ciudadanos en todo momento un puesto de trabajo, lo que sería ideal, pero imposible en un sistema de economía de mercado⁵⁸³. Se trata más bien de que el Estado social y democrático de Derecho asuma la responsabilidad activa respecto a los derechos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales reconociendo su carácter fundamental y resguardándolos en sede constitucional.

IV.5.2. Algunas contradicciones en materia de derechos fundamentales en la nueva Constitución.

Decíamos a lo largo de estas páginas que la primera y más grande contradicción de esta Constitución es que, por un lado, mediante el art. 14.II constitucional se establece la prohibición y sanción a toda forma de discriminación fundada en razón de raza, cultura, nacionalidad, idioma y por otro lado, el art. 235.7 del mixto texto constitucional establece que para desempeñar la función pública se deben hablar obligatoriamente, al menos dos, de los idiomas oficiales de Bolivia. Lo que nos obliga a reflexionar, de que con la nueva Constitución, por ejemplo, para ser miembro del Tribunal Constitucional, no se precisa ser abogado, pero si se necesita hablar dos idiomas oficiales, el castellano y alguno de los treinta y seis reconocidos por la nueva Constitución, con la agravante que aún no se sabe a ciencia cierta cuáles son estos idiomas.

referida al recurso de amparo constitucional, en el marco de los arts. 19 y 35 de la CPE, le ha permitido al Tribunal Constitucional un mayor campo de acción tutelar para su ejercicio jurisdiccional cuando se trata de proteger derechos fundamentales.

⁵⁸³ CARMONA CUENCA E., “*Las Normas Constitucionales de Contenido Social: Delimitación y Problemática de su Eficacia Jurídica*”, disponible en www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3 pdf, consultado el 28 de marzo de 2008. 116.

Por otro lado, pero siempre en el ámbito del derecho de no discriminación, la nueva Constitución, con referencia al ejercicio del derecho de sufragio en sus arts. 278.1 y 284.11, implícitamente reconoce el derecho al doble voto o derecho a sufragar dos veces a los ciudadanos y ciudadanas miembros de los pueblos indígena originario campesinos, con lo que, en contradicción de lo previsto por el citado art. 14.II de la Norma Suprema, se vuelve a aplicar criterios discriminatorios en contra de los ciudadanos y ciudadanas pertenecientes a las áreas urbanas.

En síntesis, como ya había afirmado Fernando MOLINA⁵⁸⁴ se confirma el carácter híbrido e incluso contradictorio de la filosofía de esta Constitución, que por un lado apunta a la centralización y la acumulación del poder, y por el otro ofrece garantías políticas y oportunidades de gobierno a un sinnúmero de entidades subnacionales, en particular a los pueblos indígenas; con factores que permiten la discriminación del colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas. Ello se refleja en las vías y mecanismos de acceso al ejercicio del poder político, social y económico, así como en la configuración de los escenarios de participación de la colectividad social en la conformación de los órganos del poder constituido.

De este modo, se puede inferir que la participación de los ciudadanos y ciudadanas de los pueblos indígena originario campesinos en la elección de los representantes nacionales será doble ya que participarán en la elección por votación universal y también en la elección realizada dentro de su unidad territorial, lo que en la práctica dará lugar a un doble voto; en cambio, los ciudadanos y ciudadanas de las áreas urbanas solamente tendrán derecho a un voto.

⁵⁸⁴ MOLINA F., “*Constitución e Ideología*”, op. cit. p. 24.

De igual forma y siempre en el marco del derecho a lo no discriminación, el nuevo texto constitucional, entre tanto como vimos antes, prevé una norma que prohíbe enfáticamente toda forma de discriminación fundada en razón de origen y raza⁵⁸⁵, de manera contradictoria otorga un trato discriminatorio a los bolivianos y bolivianas de las áreas urbanas en el aprovechamiento de los recursos naturales renovables, con relación a los miembros de los pueblos indígena originario campesinos⁵⁸⁶, en franca contradicción con lo previsto por el art. 349.1 del mismo texto constitucional;⁵⁸⁷ ya que como señala José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵⁸⁸ entre tanto esta norma define la propiedad y dominio directo del pueblo boliviano sobre los recursos naturales, aquellas normas determinan el uso exclusivo de los recursos renovables a favor de los bolivianos y bolivianas que pertenecen a los pueblos indígena originario campesinos.

En síntesis, como hemos podido apreciar, no se necesita ser muy perspicaz para darse cuenta que la nueva Constitución establece claramente un trato preferencial a los pueblos indígena originario

⁵⁸⁵ El tantas veces citado art. 14.II de la NCPE.

⁵⁸⁶ En efecto, en el Capítulo Cuarto del Título II, el art. 30.11.17) del proyecto de Constitución prevé lo siguiente: "En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: 17) A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento **exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio**" (las negrillas son del autor); en concordancia con la norma glosada el art. 388 del proyecto prevé lo siguiente: "*Las comunidades indígena originario campesinas situadas dentro de áreas forestales serán titulares del derecho exclusivo de su aprovechamiento y de su gestión, de acuerdo con la ley*"; el art. 374.11 del proyecto dispone que "El Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua"; el art. 395 del texto constitucional dispone que "Las tierras fiscales serán dotadas a indígena originario campesinos, comunidades interculturales originarias, afrobolivianos y comunidades campesinas que no las posean o las posean insuficientemente"; finalmente, el art. 353 dispone textualmente lo siguiente: "*El pueblo boliviano tendrá acceso equitativo a los beneficios provenientes del aprovechamiento de todos los recursos naturales. **Se asignará una participación prioritaria a los territorios donde se encuentren estos recursos, y a las naciones y pueblos indígena originario campesinos***". RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., "*Hacia una Nueva Constitución...*", op. cit., p. 36. (Las negrillas son nuestras).

⁵⁸⁷ Art. 349.1 de la NCPE: "*Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo*".

⁵⁸⁸ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., "*Hacia una Nueva Constitución...*", op. cit., p. 38.

campesinos en la medida en que les reconoce más derechos que al resto de ciudadanos; lo que significa una clasificación de los bolivianos y bolivianas en dos categorías, unos de primer nivel, los que pertenecen a los pueblos indígena originario campesinos, y otros de segundo nivel, los que pertenecen a las áreas urbanas.

En conclusión y siguiendo a Pablo DERMIZAKY PEREDO⁵⁸⁹ en el nuevo texto constitucional lo comunitario se convierte en el elemento caracterizador del nuevo orden constitucional. Así al parecer estamos frente a una categorización de los bolivianos y bolivianas, con una finalidad clara, la de construir un Estado corporativo, en el que el colectivo social constituido por las naciones y pueblos indígena originarios campesinos tendrá una hegemonía en el ejercicio del poder político del Estado y se constituirá en la nueva casta dominante con tendencias a perpetuarse en el poder, con discriminación del otro colectivo social que será excluido y marginado de la estructura económica-financiera, la estructura jurídica, la estructura política y, porqué no, de la estructura social boliviana.⁵⁹⁰

⁵⁸⁹ DERMIZAKY PEREDO P., *"Las Aventuras y Desventuras..."*, op. cit., p. 52.

⁵⁹⁰ Muchos constitucionalistas se han pronunciado al respecto señalando que la Constitución boliviana es una propuesta de constitución colectivista, y la inconfundible señal de que la palabra "comunitario" está presente por todo el texto, y que por todas partes se hace referencia a lo inválidos que somos los bolivianos y a la necesidad de que el Estado provea todo y planifique nuestras vidas y nuestros destinos. Opinan que el hecho de que el individuo deba vivir en función de un colectivo, implica que debe existir un ente centralizado (que pueden ser los caciques de la tribu o el Estado) que lo coaccione para obligarle a canalizar todas sus acciones en pos de lograr una meta o un plan colectivo único y definido por ellos. COCA OLMOS L., *"La Constitución Colectivista"*, Artículo de Opinión publicado en el Matutino de Circulación Nacional "Los Tiempos", el 5 de noviembre de 2008.

Esta idea fue plasmada por HAYEK, F., *"Camino de servidumbre"*, Alianza, Madrid, 2003, p. 54 y sgtes. que describe este nuevo Colectivismo: *"No debe existir actividad espontánea, sin guía, porque podría producir resultados imprevisibles sobre los cuales el plan [el plan colectivo único] no se ha manifestado. Podría producir algo nuevo, inimaginado por la filosofía del planificador. El principio se extiende incluso a los juegos y diversiones. Dejo al lector que adivine si fue en Alemania o en Rusia donde se exhortó oficialmente a los jugadores de ajedrez así: Así señalan que el colectivismo implica la supremacía de una entelequia inexistente a la que se suele llamar "interés colectivo" o "pueblo" que de acuerdo con Ayn Rand en "La virtud del egoísmo" no es más que "una cantidad de individuos" y "todo conflicto presunto o implícito entre el "interés público" y los intereses privados significa que deberán sacrificarse los intereses de ciertos hombres a favor de los intereses y los deseos de otros"*.

En conclusión, para un sinnúmero de autores el colectivismo requiere de una mentalidad tribal que considera la vida humana como medio, como el combustible para poner en marcha cualquier proyecto público. La libertad, la soberanía y la independencia individuales son consideradas por los planificadores

IV.5.3. Sobre la catalogación de los derechos fundamentales en la nueva Constitución.

Iniciemos este punto, señalando que para destacar un grupo de derechos indispensables para preservar la dignidad humana, el proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente incurrió en graves errores conceptuales, como el de crear un grupo de derechos denominados "fundamentalísimos", entre los que se consagraban los siguientes derechos: a la vida, a la integridad física, psicológica y sexual; al agua y alimentación; a la educación; a la salud; al medio ambiente y vivienda; y el acceso a los servicios básicos. El error fue corregido por el Congreso Nacional, en el marco de los acuerdos logrados mediante el "diálogo"; de manera que en la versión final del proyecto de Constitución, los derechos que fueron consagrados como "fundamentalísimos", encabezan el catálogo de los derechos fundamentales, pero ya no llevan ese rótulo.

Sin embargo, a criterio de José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵⁹¹ la corrección introducida no ha superado los errores conceptuales con los que se ha manejado el tema. Toda vez que con la corrección ha surgido un nuevo problema y es que solamente los derechos consagrados en el Capítulo Segundo, del Título II, arts. 15 al 20, de la nueva Constitución son catalogados como derechos fundamentales, el resto de los derechos consagrados en los siguientes capítulos son catalogados como derechos constitucionales y no fundamentales, tal es el caso de los derechos plasmados en el Capítulo Tercero, los derechos civiles y políticos; en el Capítulo Cuarto, los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; en el Capítulo Quinto, los derechos económicos

obstáculos que les impiden disponer de las vidas de las personas para alcanzar sus planes ideales. El político colectivista es un "cavernícola que no puede entender razón alguna por la cual su tribu no tiene el derecho de aplastarle la cabeza a cualquier individuo si así lo desea", es un obsesivo con el absurdo ideal que ha querido construir e imponer a todos, un desquiciado que no entiende por qué puede haber gente tan malvada que no comprenda su verdad única y absoluta, un demente que cree que los hombres son "demasiado débiles o egoístas para derramar toda la sangre necesaria" para concretar el plan que ha diseñado. RAND. A., "La Virtud del Egoísmo", Editorial Grito Sagrado, Buenos Aires, 2006, p. 134.

⁵⁹¹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., "Hacia una Nueva Constitución...", op. cit., p. 29.

y sociales; el Capítulo Sexto, la educación, interculturalidad y derechos culturales; y el Capítulo Séptimo, la comunicación social.

Entonces, a nuestro modo de entender, lo anterior significa que los derechos a la vida, a la integridad física, psicológica y sexual; al agua y alimentación; a la educación; a la salud; al medio ambiente, vivienda y el acceso a los servicios básicos, son catalogados expresamente como derechos fundamentales. Los demás derechos, al no estar incluidos en el Capítulo respectivo de los derechos fundamentales sino en los otros capítulos, implícitamente son catalogados como derechos constitucionales⁵⁹².

Sin embargo, consideramos que este no es un aspecto que deba preocuparnos sobremanera ya que como señalamos anteriormente la nueva Constitución, lo que no ocurría con la Constitución de 1994, de un lado, ha positivado el bloque de constitucionalidad integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el Estado boliviano (art. 410.II); y, de otro lado, ha constitucionalizado diversos criterios de interpretación, como ser la interpretación conforme a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado (art. 13.IV), el principio *pro hómine* en sus directrices de preferencia de normas y preferencia interpretativa (art. 256) y emanado de éste, el principio *pro operario* (art. 48.II). Lo que implica que a partir del nuevo texto constitucional, existe un nuevo techo de interpretación a la hora de ejercer el control de constitucionalidad, que no se agota en los preceptos de la Constitución (sus principios y valores), por cuando, el parámetro de juicio de constitucionalidad en la nueva Constitución también está integrado por

⁵⁹² Para José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ lo razonable era que en el identificador de cada Capítulo se consigne la catalogación de los derechos que se consagran como fundamentales; así, por ejemplo, en el Capítulo Tercero debió consignarse como identificador "Derechos Fundamentales Cíviles y Políticos"; en el Capítulo Cuarto "Derechos Fundamentales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos". RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., "*Hacia una Nueva Constitución...*", op. cit., p. 28.

las normas internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado.

Efectivamente, si con la anterior Constitución el Tribunal Constitucional ya tutelaba derechos que ni siquiera estaban positivizados en el referido texto, con la nueva Norma Suprema esta no será una permisión, sino una imposición.

A lo largo de este capítulo, nos hemos adentrado en la realidad del proceso constituyente boliviano, evidenciando que el mismo estuvo marcado por diversos incidentes que no permitieron que la Asamblea Constituyente pudiese aprobar un texto constitucional fruto de un acuerdo entre todos los representantes nacionales. Pues, como ya señalamos antes los debates constituyentes no fueron tomados en cuenta a la hora de aprobar la referida Constitución que ha sido tachada de racista e ilegal por varios sectores de la sociedad boliviana. Incluso desde una posición legalista no nos queda más remedio que reconocer que la nueva Constitución es un acuerdo extra-constitucional porque fue promovida por el Poder Legislativo que tuvo que asumir brevemente y por urgencia las atribuciones de la Asamblea Constituyente.

En ese orden de ideas, consideramos que la implementación de la nueva Constitución en Bolivia, será extremadamente complicada, por lo que el órgano que jugará un papel preponderante en la interpretación de la misma, será sin duda el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional; el cual en su condición de máximo intérprete de la Constitución y guardián de los derechos y garantías fundamentales deberá interpretar las contradicciones y omisiones que como vimos contiene el nuevo texto constitucional. Por otro lado, deberá lograr un equilibrio entre lo que conocemos comúnmente como justicia occidental con las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas reconocidos en la nueva Constitución con la Justicia Comunitaria reconocida también en el nuevo texto.

Finalmente, como señalamos antes si bien, el hecho de que el nuevo texto constitucional, de un lado, haya incorporado un catálogo más extenso de derechos y de otro, preserve la justicia constitucional, nos hacen pensar que no todo el horizonte es tan gris como pensábamos en Bolivia. Cabe advertir, que ambas circunstancias, no pueden traducirse por sí solas, en una verdadera defensa y protección de los derechos fundamentales, si frente a la posible violación de éstos por parte del Estado no se encuentra una justicia constitucional que vele por los principios y valores de la Constitución, es decir que garantice el principio de supremacía constitucional, y en consecuencia la defensa de la Constitución. Pues, como acertadamente apunta Diego VALADÉS⁵⁹³, ahí donde no existen órganos de poder controlados, donde los titulares de esos órganos carecen de legitimidad, donde la vida política transcurre al margen del pluralismo y donde las libertades públicas están condicionadas, no se requiere ni se puede ejercer la justicia constitucional.

⁵⁹³ VALADÉS D., “*El nuevo Constitucionalismo Iberoamericano*”, en la Constitución Española de 1978, 20 Años de Democracia, Congreso de Diputados y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 488.

CAPÍTULO V

EL AMPARO CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN BOLIVIA POSIBLES CAMBIOS TRAS LA REFORMA CONSTITUCIONAL

V.1. Una Introducción Necesaria.-

A lo largo de todo nuestro trabajo hemos venido afirmando que, si bien, con la reciente reforma constitucional, la justicia en general y especialmente la justicia constitucional han dado un cambio trascendental en la judicatura boliviana. No se debe olvidar que la Ley del Tribunal Constitucional que se ocupa de desarrollar el procedimiento de todos los recursos constitucionales no ha sido derogada. Es decir, que en la práctica el amparo constitucional, al igual que la mayoría de recursos constitucionales, no han cambiado en su forma de tramitación.

Ahora bien, cabe advertir que el nuevo texto constitucional cuando se refiere al amparo constitucional cambia la denominación de recurso que tenía en la Constitución de 1994, por la de acción de amparo constitucional, lo que además de generar cierta desorientación en los ciudadanos, que ya conocen esta acción por el denominativo de recurso de amparo constitucional, no consideramos que vaya a causar mayores inconvenientes. Pues la naturaleza y forma de tramitación del amparo, repetimos, no ha tenido modificaciones relevantes; como podremos ver más adelante, en el momento de establecer algunas diferencias entre los dos textos constitucionales.

En este contexto y a modo de aclaración es necesario señalar que en este capítulo de nuestra investigación, abordaremos los antecedentes históricos del amparo constitucional, su incorporación al ordenamiento jurídico boliviano, su tramitación y el modelo de tutela que brinda el mismo a la hora de resguardar los derechos fundamentales. Para así, en el último capítulo concentrarnos en el activismo judicial que desarrolló el Tribunal Constitucional boliviano en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales a través del amparo.

V.2. Breve referencia histórica del Recurso de Amparo Constitucional.-

Primeramente, debemos señalar que a través de estas páginas no se pretende hacer un análisis exhaustivo del recurso de amparo constitucional y su incorporación a los diversos ordenamientos jurídicos que lo contemplan, ni profundizar en su naturaleza jurídica. Nuestra pretensión es la de desarrollar esta garantía constitucional en la legislación boliviana, por la importancia que ha tenido la misma a la hora de tutelar los derechos fundamentales en Bolivia.

Dicho lo anterior, es pertinente señalar que tal y como apunta Eduardo FERRER MAC-GREGOR⁵⁹⁴ el amparo como institución procesal constitucional es un fenómeno globalizado. Con independencia de la denominación que cada país le ha otorgado, este instrumento comparte la misma naturaleza jurídica, convirtiéndose en el mecanismo de mayor amplitud en la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales en los países latinoamericanos, expandiéndose de manera progresiva a Europa. En Iberoamérica la acción, recurso, juicio, proceso, garantía o derecho de amparo según el *nomen iuris* que se le ha dado por la normativa, la jurisprudencia o la doctrina de cada país, ha sido reconocido en 19 países.⁵⁹⁵

⁵⁹⁴ FERRER MAC-GREGOR E., “Breves Notas sobre el Amparo Iberoamericano” (*Desde el Derecho Procesal Constitucional Comparado*), en *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Porrúa, México DF, 2006, p. 12.

⁵⁹⁵ MAC-GREGOR FERRER E., *Ibidem*. 12. señala que a nivel constitucional el amparo se prevé en Argentina (art. 43, párrafos 1 y 2), Bolivia (art. 19), Brasil (art. 5, LXIX y LXX), Colombia (art. 86), Costa Rica (art. 48), Chile (art. 20), Ecuador (art. 95), El Salvador (art. 247), España (arts. 53.2 y 161.1.b), Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183), México (arts. 103 y 107), Nicaragua (arts. 45 y 188), Panamá (art. 50), Paraguay (art. 134), Perú (art. 200.2) y Venezuela (art. 27). En este entendido, el citado autor refiere que Uruguay y Republica Dominicana son los únicos países iberoamericanos que no prevén disposición constitucional específica. En el primer país sin embargo se puede desprender de manera implícita del art. 72 de la Constitución que establece: “*La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.*”. Republica Dominicana es el país que de manera más reciente incorporó la institución vía jurisprudencial, ya que no existe norma constitucional o legal que lo regule.

De forma que como dice José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁵⁹⁶ el amparo es una acción tutelar de tramitación especial y sumarísima que tiene por objeto la restitución o restablecimiento inmediato de los derechos fundamentales y garantías constitucionales normativas, con excepción de la libertad física o individual, en los casos en los que sean amenazados, suprimidos o restringidos por actos u omisiones ilegales o indebidas de autoridades públicas o particulares. Tiene por finalidad asegurar a las personas el goce efectivo de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, protegiéndolas de toda amenaza, restricción o supresión ilegal o arbitraria proveniente de actos, decisiones, u omisiones de órganos del poder público o de otros particulares.

Ahora bien, para constitucionalistas españoles de la talla de Luis PRIETO SANCHIS⁵⁹⁷, el recurso de amparo no es propiamente un recurso, sino un proceso diferenciado y distinto destinado exclusivamente a depurar la violación de derechos fundamentales producida por poderes públicos, o al menos la violación de derechos no remediada por los órganos encargados de hacerlo. En consecuencia, el amparo presenta un alcance revisor de los actos u omisiones de estos poderes pero circunscrito al restablecimiento o preservación de los derechos sin que pueda extender sus facultades correctoras a la interpretación o aplicación del Derecho efectuada por la administración o por los jueces.

Efectivamente, el amparo es una institución procesal previa para proteger los derechos fundamentales de las personas de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y bajo ciertos supuestos por parte de un particular. Se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley.⁵⁹⁸

En resumen, podemos concluir que el amparo constitucional es una acción concebida como garantía constitucional, vale decir, un mecanismo destinado a proteger y

⁵⁹⁶ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional Procesos Constitucionales en Bolivia*”, Kipus, Cochabamba, 2004, p. 365.

⁵⁹⁷ PRIETO SANCHIS L., “*Estudios sobre Derechos...*”, op. cit., p. 236.

⁵⁹⁸ ORTIZ GUTIÉRREZ J.C., “*La Acción de Tutela en la Carta Política de 1991, El Derecho de Amparo y su Influencia en el Ordenamiento Constitucional en Colombia*”, en *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Porrúa, México DF, 2006, p. 221.

garantizar la vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, excepto aquellos referidos a la libertad individual, siempre que la legislación correspondiente prevea un recurso destinado exclusivamente a este fin. Su objetivo es reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de haberse producido esa violación o amenaza.

V.2.1. Antecedentes generales del Recurso de Amparo Constitucional.

Rodolfo BATIZA⁵⁹⁹ menciona como antecedente del amparo al interdicto pretoriano del *homine libero exhibendo* o a la *intercessio tribunicia* del Derecho Romano. Sin embargo, Eduardo FERRER MAC-GREGOR⁶⁰⁰ establece que esta aseveración es parcialmente cierta solamente para el juicio de amparo mexicano. Principalmente porque en esta legislación uno de los sectores de protección de este recurso es la libertad e integridad personal. Sin embargo, en la mayoría de países de Iberoamérica la protección de la libertad e integridad física se realiza a través de otra garantía constitucional diferenciada denominada hábeas corpus.

En cambio, José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁶⁰¹ afirma que se pueden evidenciar antecedentes remotos del recurso de amparo en el derecho anglosajón, como ser el *Common Law* que trató asuntos inherentes a la seguridad personal y a la propiedad. Posteriormente a fines del siglo XIII, los barones ingleses obligaron al Rey Juan Sin Tierra a firmar un documento político, base de los derechos y libertades de Inglaterra y origen de varias garantías, denominado *Bill Of Rights* que declaró la ilegalidad de muchas prácticas de la Corona Inglesa y

⁵⁹⁹ BATIZA R., “*Un Preterido Antecedente Remoto del Amparo*”, en Revista Mexicana de Derecho Público, Número 4 abril-junio de 1947, México, Vol I, p. 429-437.

⁶⁰⁰ FERRER MAC-GREGOR E., op. cit., p. 10.

⁶⁰¹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional...*”, op. cit., p. 362.

desarrolló el derecho de petición, portación de armas, libertad de la tribuna, libertad en la elección de los comunes, etc.

En este contexto, Héctor FIX-ZAMUDIO⁶⁰² desarrolla la incorporación del amparo en México estableciendo tres etapas sucesivas mediante las cuales fue perfeccionándose. En primer término el amparo surgió con este nombre en la Constitución del Estado de Yucatán de 31 de marzo de 1841⁶⁰³ de acuerdo con el proyecto elaborado en el mes de diciembre de 1840 por el jurista mexicano Manuel Crescencio Rejón. En el ámbito nacional mexicano el amparo fue establecido en el Acta de Reformas de 18 de mayo de 1847, que debe su nombre a que dicho documento introdujo modificaciones a la Constitución Federal Mexicana de 1824, cuya vigencia fue restablecida. El Acta de Reformas se inspiró en el Proyecto redactado por el jurista y político mexicano Mariano Otero, considerado el segundo padre del amparo; ya que en el art. 25 del referido documento constitucional, se implantó la disposición calificada como “Fórmula de Otero,⁶⁰⁴” que todavía hoy subsiste, y de acuerdo con la cual la sentencia que otorgue la protección no debe contener declaraciones generales, de manera que cuando se combate la inconstitucionalidad de una ley, dicha tutela se traduce en la inaplicación del ordenamiento impugnado exclusivamente en beneficio de la parte reclamante.

⁶⁰² FIX-ZAMUDIO H., “*Ensayos Sobre el Derecho de Amparo*”, Editorial Porrúa, México DF., 2003, p. 261.

⁶⁰³ Para FIX-ZAMUDIO H., Ibidem. p. 362. El motivo por el cual el amparo mexicano apareció en una entidad federativa se debe a que en esa época se libraba una lucha encarnizada entre los partidarios del restablecimiento del sistema federal, que eran los miembros del partido liberal, y los conservadores, que sostenían el régimen unitario consagrado en las Siete Leyes Constitucionales de 1836, y en esos momentos dominaba en el Estado de Yucatán un gobierno local partidario de la unión federal.

⁶⁰⁴ “*La fórmula Otero fue la que en 1847 acompañó la adopción del juicio de amparo como medio de control de la constitucionalidad, pero incapacitándolo para anular leyes y otras normas inconstitucionales violatorias de garantías. Cabe observar que Mariano Otero, en su célebre voto particular que estableció la fórmula, se refirió a la Constitución de Estados Unidos como paradigma que “ha presidido la marcha más admirable que se registra en la historia antigua y en la moderna” al elevar “a grandes alturas el Poder Judicial de la Federación, dándole el derecho de proteger a todos los habitantes de la república en el goce de los derechos que les aseguran las leyes constitucionales”.* Disponible en <http://www.mexicolegal.com.mx>. Consultado el 5 de julio de 2009.

De este modo, Héctor FIX-ZAMUDIO y Eduardo Ferrer MAC-GREGOR⁶⁰⁵ señalan que los miembros del Congreso Constituyente de 1856-1857 establecieron en la Constitución Federal Mexicana de 5 de febrero de 1857, los lineamientos fundamentales del amparo, por lo que esta debe ser considerada la etapa final en el nacimiento del amparo, constituyéndose en el punto de partida de su desarrollo posterior.

Sin embargo, en España los antecedentes históricos del amparo son más recientes, ya que como bien apunta Ángela FIGUERUELO BURRIEZA⁶⁰⁶ éstos se remontan a la Constitución republicana española de 1931, que en sus arts. 105 y 121 creó un Tribunal de Garantías Constitucionales, al cual se encomendó el conocimiento del recurso de amparo de garantías individuales, constituyéndose en una novedad en el ámbito jurídico europeo, que hasta la fecha había adoptado la posición Kelseniana sobre el control de constitucionalidad, por lo que talvez a pesar de su novedad la tramitación del mismo fue algo desvirtuada, sin embargo a criterio de la citada autora no se debe desmerecer que de alguna manera fue el recurso de amparo de garantías individuales el primer antecedente histórico del recurso de amparo en España⁶⁰⁷.

En fin, decíamos al principio de esta exposición que excedería el objeto de nuestro estudio analizar la incorporación del amparo en los diversos ordenamientos jurídicos. Por lo que, concluyamos afirmando que hoy en día, es un criterio generalizado que la institucionalización jurídica del amparo constitucional como lo conocemos en la mayor parte de los ordenamientos se desarrolló en México, lo que nos permite afirmar la

⁶⁰⁵ FIX-ZAMUDIO H. y FERRER MAC-GREGOR E., *El Derecho de Amparo en México*, en *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Porrúa, México DF, 2006, 467.

⁶⁰⁶ FIGUERUELO BURRIEZA Á., *“El Recurso de Amparo: Estado de la Cuestión”*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, p. 29.

⁶⁰⁷ Sobre el tema se puede consultar *“Ensayos sobre el Derecho de Amparo”* de Héctor FIX ZAMUDIO en el que el célebre constitucionalista dedica un Capítulo independiente al estudio de las similitudes entre el amparo mexicano y el español. Editorial Porrúa, México DF., 2003.

estrecha relación que existe entre los lineamientos y bases de una de las instituciones procesales más significativas de nuestra época, si se tiene en cuenta que el proceso, juicio, recurso o acción de amparo se ha adoptado de manera progresiva en la mayoría de los textos fundamentales iberoamericanos

V.2.2. Naturaleza jurídica del Recurso de Amparo Constitucional.

Para comprender los verdaderos alcances del recurso de amparo constitucional en el ordenamiento jurídico, conviene referirse al debate doctrinal existente sobre la naturaleza de este mecanismo de protección de derechos citado por el constitucionalista español Pablo PÉREZ TREMPS⁶⁰⁸ para quien puede entenderse el recurso de amparo desde dos puntos de vista: Por un lado como un mecanismo de salvaguarda de derechos constitucionalmente garantizados, es decir como un instrumento procesal de protección de situaciones subjetivas; y por otro, como un mecanismo de garantía e interpretación de la Constitución. Es decir, como algo que trascendiendo de las situaciones subjetivas, se proyecta más allá alcanzando una dimensión objetiva.

Esta doble perspectiva, no oculta un simple debate más o menos teórico y doctrinal, sino que, tras él, se esconden algunas de las claves para entender la propia dinámica del recurso del amparo y su configuración procesal.

En efecto, la primera idea clara que debe tenerse al respecto, como afirma Pablo PÉREZ TREMPS⁶⁰⁹ es que esas dos dimensiones la subjetiva y la objetiva no son dimensiones contrapuestas y excluyentes

⁶⁰⁸ PÉREZ TREMPS P., “*La Reforma del Recurso de Amparo Tribunal Constitucional, Juez Ordinario y una Deuda Pendiente del Legislador*” Ponencia realizada en el Seminario sobre la Reforma del Recurso de Amparo, Instituto Público de Derecho Comparado, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2007, disponible en <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponppt.htm>.

⁶⁰⁹ Ibidem.

entre si. Por el contrario, se trata de dos dimensiones de una misma realidad, y que, en cierta forma, no hacen más que traducir en términos procesales esa misma doble dimensión que poseen los derechos fundamentales como situaciones subjetivas y como principios o valores constitucionales. De esta forma, el recurso de amparo es un mecanismo de protección de derechos subjetivos, predicables de personas concretas, y un mecanismo de garantía e interpretación de la Constitución entendida como norma jurídica.

De igual modo, para Francisco FERNÁNDEZ SEGADO⁶¹⁰ el recurso de amparo presenta un doble carácter: subjetivo y objetivo; ya que la finalidad esencial del mismo es la protección en sede constitucional de los derechos y libertades antes señalados, cuando las vías ordinarias de protección resulten insatisfactorias⁶¹¹. Sin embargo, para el citado autor, la norma proclamada en el art. 53.2 CE, parece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo el recurso de amparo a un fin que trasciende lo singular.

Ahora bien, la característica principal del recurso de amparo, es sin duda su naturaleza subsidiaria respecto de la protección que otorgan los jueces y tribunales ordinarios. Y es que tal como apunta Francisco RUBIO

⁶¹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO F., *El Recurso de Amparo en España*, en “*El Derecho de Amparo en el Mundo*”, Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Porrúa, México DF, 2006, p. 790.

⁶¹¹ En este sentido es muy interesante el criterio asumido por Manuel ARAGÓN REYES para quien sólo a través del recurso de amparo puede realizarse la labor de concreción de los derechos fundamentales y la unificación de la doctrina sobre ellos. Ese sentido objetivo del recurso de amparo, mediante el cual cumple el Tribunal Constitucional con la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales, hace que la prescripción contenida en el art. 123.1 CE haya que entenderla como un gran acierto de los constituyentes. En consecuencia, opina que esa función de supremo intérprete de los derechos fundamentales ni podría realizarla el Tribunal Supremo, que no es el intérprete supremo de la Constitución (y que pondría en riesgo la unidad de interpretación de la Constitución misma, que requiere de un único supremo intérprete), ni se ejercería plenamente sólo a través de los procesos de inconstitucionalidad de la ley. Así como ya vimos a lo largo de nuestra investigación el referido autor concluye que es el recurso de amparo el que garantiza, de manera completa, que el Tribunal Constitucional se constituya en el supremo intérprete de la Constitución y de los derechos fundamentales. ARAGÓN REYES M., “*Problemas del Recurso de Amparo*”, en Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, N.º. 8, 2003, p. 53-74.

LLORENTE⁶¹² es justamente de esta doble exigencia de agotamiento de la vía judicial previa y de la invocación previa del derecho vulnerado de donde surge la subsidiariedad del amparo.⁶¹³

Sobre el particular, cabe advertir, que como bien dice Pablo PÉREZ TREMP⁶¹⁴ aunque la Ley del Orgánica del Tribunal Constitucional español no se refiera expresamente al principio de subsidiariedad. Éste está presente en muchos de los preceptos que regulan el recurso de amparo; exigencia de invocación de la lesión, exigencia de haber sido parte en la vía judicial previa para recurrir en amparo, entre otras.

Este carácter subsidiario del recurso de amparo, para constitucionalistas de la talla de Ángela FIGUERUELO BURRIEZA,⁶¹⁵ estuvo inspirado en el modelo del recurso de queja alemán⁶¹⁶. En el entendido de que sería el

⁶¹² RUBIO LLORENTE F., “*El Recurso de Amparo*”, en Estudios sobre Jurisdicción Constitucional, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 38.

⁶¹³ Para RUBIO LLORENTE F., *Ibidem*. la subsidiariedad del amparo tiene su origen en la Doctrina, pues en su opinión tal característica no figura ni en la Constitución ni en la Ley. A su criterio surge espontáneamente en España o su incorporación se debe a la influencia de la Doctrina alemana. Para otros autores como JIMÉNEZ CAMPO J., *Derechos Fundamentales Concepto y Garantía*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, 114 y sgtes. Es inequívoco el fundamento constitucional del principio constitucional del recurso de amparo constitucional español. Al respecto con el afán de suscitar mayores controversias PÉREZ TREMP P., “*La Reforma del Recurso de Amparo*”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 190.

⁶¹⁴ PÉREZ TREMP P., “*La Reforma del...*”, *op. cit.*, p. 191.

⁶¹⁵ FIGUERUELO BURRIEZA Á., “*El Recurso de Amparo, Estado de la Cuestión*”, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, p. 35.

⁶¹⁶ Por lo que hace al recurso federal constitucional alemán (*Verfassungsbeschwerde*) existen similitudes con el juicio de amparo mexicano, a pesar de las diferencias económicas, sociales y culturales de ambos países, y de haber surgido en épocas distintas y por causas diferentes. Así Héctor FIX ZAMUDIO refiere que mientras que el juicio de amparo mexicano surge por la influencia estadounidense en la Constitución yucateca de 1841 y en los textos federales de 1857 y 1917 conforme ya señalamos anteriormente, la queja constitucional alemana se inspira en la Constitución austriaca de 1920 y se prevé primero a nivel legislativo en la Ley sobre el Tribunal Constitucional de la Federación de 1961 y posteriormente se incorpora a nivel constitucional, mediante reforma de 1969, debiendo mencionarse los importantes precedentes de instituciones similares en el Imperio Austrohúngaro (1867), y en los mecanismos locales del Estado de Baviera de 1919 y de 1946. Entre los principales aspectos que separan ambos institutos, se encuentra la procedencia en materia electoral y los efectos de sus sentencias, ya que la queja constitucional alemana procede en dicha materia y sus fallos pueden tener el carácter *erga omnes* respecto de la inconstitucionalidad de normas legislativas. En tanto la institución mexicana resulta improcedente en materia electoral y en todos los supuestos produce efectos en el caso particular. Sin embargo, las similitudes más notables se dirigen a los derechos tutelables, en la necesidad de agotar las instancias y recursos ordinarios previos, con algunas excepciones en ambos países, y en las medidas

Poder Judicial el encargado de realizar la protección de los derechos, quedando el recurso de amparo como un recurso procesal extraordinario y excepcional para la protección de los mismos cuando éstos no hubieran sido protegidos por los jueces y magistrados. Sin embargo, opina que la idea de subsidiariedad del recurso de amparo como límite a su interposición masiva no ha dado resultado por lo menos en España⁶¹⁷.

Lo anterior nos permite concluir que al ser la subsidiariedad la característica que hace a la propia naturaleza del amparo constitucional. Y es que como afirma Pablo PÉREZ TREMPs,⁶¹⁸ el mismo sólo puede plantearse si previamente se ha hecho uso de los mecanismos ordinarios

precautorias o cautelares, conocidas en México como la suspensión del acto reclamado, en ambos casos para evitar perjuicios graves y con el objeto de impedir la consumación de la afectación de los derechos fundamentales. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *“Ensayos sobre el Derecho de Amparo”*, Porrúa-UNAM, México D.F., 2003, p. 1102. Para una aproximación a este instrumento, véase HÄBERLE, Peter, *“El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”*, Traducido RUIZ MIGUEL C., también en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*, Madrid, Dykinson, p. 227-282.

⁶¹⁷ Se debe hacer notar que ya antes de la Ley de Reforma 6/2007 de 24 de mayo y debido a la masiva interposición de este recurso ante el Tribunal Constitucional español, se había debatido mucho acerca de la posibilidad de excluir del ámbito de tutela del amparo el derecho a la tutela judicial efectiva, reservándose la tutela de este derecho y todos sus elementos a los tribunales de justicia ordinarios, así como la invocación del art. 14 en su faceta a la igualdad jurídica. Como es lógico estas posiciones fueron largamente criticadas. Sobre este tema se han pronunciado entre otros, FERNÁNDEZ FARRERES G., *El Recurso de Amparo según la Jurisprudencia Constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, 14. Para el citado autor sería absolutamente inviable una reforma legislativa que tratase de restringir los derechos fundamentales que con arreglo a la Constitución son susceptibles de amparo ante el Tribunal Constitucional. A su criterio, la expresión “en su caso” del art. 53.2 y la expresión “en los casos y formas que la ley establezca” del art. 161.1.b) también de la CE no significan que se haya desconstitucionalizado la garantía de los derechos fundamentales a través del amparo constitucional; De igual manera, DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ I., *El Derecho a la Tutela Judicial y el Recurso de Amparo*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, 16-17 y *Tribunal Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Derechos Fundamentales*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 185. señala que si bien no cabe considerar que la Constitución establezca un “derecho de amparo”, si que establece una garantía institucional del recurso de amparo y que parte del contenido esencial de dicha garantía es el ámbito de derechos protegidos en el art. 53.2 CE. A su criterio entender lo contrario equivaldría a privar de contenido normativo a este último precepto constitucional; RUBIO LLORENTE F., *El Recurso de Amparo en Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*, Editorial McGraw-Hill, 1998, Madrid, 31-57. señala que ni de los debates parlamentarios previos a la elaboración del art. 53.2 CE, ni del tenor literal del citado artículo, se puede deducir la inconstitucionalidad de la exclusión del derecho a la tutela judicial efectiva del ámbito de protección del recurso de amparo constitucional; y es claro, a su criterio, que ello contribuiría a mejorar la eficacia de dicho instrumento de protección. Sin embargo para el citado autor dicha exclusión sería un error gravísimo porque alteraría de manera radical la imbricación ya establecida entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria. Por lo tanto no propugna esta medida como solución a los problemas del recurso de amparo constitucional.

⁶¹⁸ PÉREZ-TREMPs P., *Procesos Constitucionales en Veinte Años de Jurisdicción Constitucional en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 61.

o extraordinarios que el ordenamiento otorga y que permiten reparar la lesión a los tribunales ordinarios. En este contexto, además está decir que precisamente por lo anterior el tema de la subsidiariedad del amparo es el que más controversias ha generado a la hora de delimitar el ámbito de actuaciones de la justicia constitucional y la justicia ordinaria que como vimos en los primeros capítulos de nuestro trabajo se entrecruzan cuando deben tramitar este recurso.

Finalmente, otra característica relevante que hace a la naturaleza del recurso de amparo es su carácter excepcional que como afirma Francisco RUBIO LLORENTE⁶¹⁹ está dado por el hecho de que el amparo no suspende la firmeza de las sentencias contra las que se dirige y su decisión ya no puede ser anulada. De igual manera, el amparo es también excepcional en cuanto a que el órgano jurisdiccional no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino sólo sobre aquellos sectores acotados de la misma índole que el recurso establezca particularmente.

Ahora bien, antes de adentrarnos en el análisis del amparo constitucional en la legislación boliviana, nos parece conveniente referir que el recurso de amparo constitucional no es visto con buenos ojos por muchos constitucionalistas que opinan que es el causante de la sobrecarga procesal que presentan los diferentes Tribunales Constitucionales en los que se reconoce esta garantía constitucional. Situación que ocasiona, de una parte, el considerable retraso en la concesión de la tutela solicitada, lo que no es coherente con la urgencia que debe ponerse en remediar las infracciones de los derechos fundamentales y, por otra parte, un superior retraso en el ejercicio de otras funciones encargadas al Tribunal Constitucional. En los casos de Bolivia y España se optó por realizar modificaciones en la tramitación de este recurso. En el caso español

⁶¹⁹ Ibidem. 40.

mediante Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo⁶²⁰ que modificó sustancialmente la tramitación del recurso de amparo y en Bolivia mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como veremos en las páginas que siguen.

Al respecto, cabe advertir que las modificaciones que se realicen en la tramitación del amparo constitucional deben observar cuidadosamente que no se restrinja su ámbito de protección.⁶²¹ Ya que sería realmente lamentable que se desnaturalice la esencia de esta garantía constitucional. y es que como apunta Mauro CAPPELLETTI⁶²² no cabe duda alguna que

⁶²⁰ Si bien las modificaciones a la tramitación del recurso de amparo español exceden nuestro tema de estudio es preciso señalar que esta reforma, en lo que toca al recurso de amparo, se debe principalmente al elevado número de demandas de amparo ante el Tribunal Constitucional español que se encontraba colapsado a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Lo anterior parece afirmarse en el hecho de que las reformas a la tramitación de este recurso van dirigidas a dotar de una nueva configuración al trámite de admisión del recurso de amparo, habilitándose a las Secciones del Tribunal Constitucional para el efecto, así como la objetivación del recurso de amparo constitucional, a la hora de fijar como requisito para su admisión su “especial trascendencia constitucional.” Aspectos que en su mayoría han sido favorablemente recibidos tanto por la doctrina como por los juristas en general. Aunque, a nuestro criterio el cambio de perspectiva que introduce la nueva Ley, parece haber obviado algún criterio de carácter subjetivo para determinar la trascendencia constitucional que justifique la admisión del recurso. Criterio que en último caso deberá ser modulado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sobre el tema es muy exhaustivo el análisis realizado por algunos de los más renombrados constitucionalistas españoles en: BALAGUER CALLEJÓN F., CÁMARA VILLAR G., MEDINA REY L., *“La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”*, Tecnos, Madrid, 2008.

⁶²¹ En este sentido la reforma del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) mediante la citada Ley Orgánica 06/2007 pretende fortalecer los órganos del Poder Judicial en su rol de garantes de los derechos fundamentales, tratando de evitar que lleguen al Tribunal Constitucional recursos de amparo por violaciones de derechos que hubieran podido dilucidarse en la justicia ordinaria. Sin embargo, si bien la reforma del referido art. 241.1 ha sido acogida positivamente por un buen número de juristas españoles, otros se han mostrado escépticos con los resultados de esta modificación. Así, Luis María Díez-PICAZO entre otros, sostiene que son escasas las posibilidades de que un órgano judicial que dictó una resolución supuestamente vulneradora de derechos estime *a posteriori* que efectivamente produjo una lesión en los derechos. Es decir que el órgano judicial en cuestión, en el marco del incidente de nulidad, cambie de criterio y remedie la lesión de derechos producida, es por lo menos poco probable. Díez PICAZO L.M., *Encuesta sobre la Reforma de la LOTC*, p. 31, citado por FERNÁNDEZ SEGADO F., *“La Reforma del Régimen...”*, op. cit., 171. Desde otro punto de vista, Francisco BALAGUER CALLEJÓN señala que es probable que con la reforma del art. 241.1 LOPJ se trasvase el volumen de asuntos y el retraso en resolverlos del Tribunal Constitucional, a los órganos judiciales ordinarios, en tanto que la reforma sea percibida como una vía más de impugnación de las resoluciones judiciales firmes. Para este autor todo ello permitiría aventurar que los resultados de esta medida en relación con el planteamiento de recurso de amparo no serían muy significativos, toda vez que una desmesurada utilización del incidente en la vía judicial daría lugar a un amplio porcentaje de fracaso en su promoción, lo que, a su vez, se traduciría en una escasa disminución en los asuntos que concluyan en un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. BALAGUER CALLEJÓN F., CÁMARA VILLAR G., MEDINA REY L., *“La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”*, op. cit.

⁶²² CAPPELLETTI M., “Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional”, op. cit., p. 607-608.

una de las grandes herramientas procesales de la jurisdicción constitucional de la libertad, hoy en día, es el amparo, cuya principal finalidad es la tutela de los derechos fundamentales de la persona.

V.3. Incorporación del Recurso de Amparo Constitucional al sistema procesal Boliviano.-

La incorporación del recurso de amparo constitucional al ordenamiento jurídico boliviano se produjo el 2 de febrero de 1967. Según Enrique OBLITAS POBLETE⁶²³ esta fecha marcó el inicio de una nueva etapa en la vida jurídica de Bolivia que con la sanción de la Constitución de 1967 llenó un vacío hondamente sentido por la ciudadanía frente al abuso y la prepotencia que imperaba por parte de las autoridades encargadas precisamente del cumplimiento de las leyes⁶²⁴.

De este modo y como bien apunta José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ,⁶²⁵ la citada Constitución fue promulgada con el fin de preservar los derechos fundamentales de la persona ante los actos ilegales de autoridades o de particulares; ya que, hasta entonces la defensa de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución se hacía por vía de la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, la efectividad de su ejercicio pleno pasaba

⁶²³ OBLITAS POBLETE E., *Recurso de Amparo Constitucional*, Editorial Ofset SRL., Oruro, 1979, p. 45.

⁶²⁴ Sin embargo, cabe advertir que algunos constitucionalistas bolivianos como René BALDIVIESO GUZMÁN citan, como un antecedente precario del recurso de amparo al recurso de amparo administrativo, reducido en sus alcances y efectos, previsto en el art. 29 de la Ley de Organización Política de 1888, recurso que estaba destinado a proteger con la fuerza pública, la propiedad y la posesión (siendo competentes los Prefectos de los Departamentos para conocer de estos trámites). El amparo administrativo sirvió de alguna manera como freno al avasallamiento de la propiedad privada o de la posesión legítima; sin embargo, su trámite, que en cierta manera tenía la característica de inmediatez, podía ser enervado fácilmente promoviendo conflicto de intereses acreditado documentalmente por las partes afectadas, caso en el que los antecedentes pasaban a la justicia ordinaria para la solución definitiva del problema, a iniciativa prefectural o de los litigantes. En todo caso, el amparo administrativo que tuvo vigencia hasta la promulgación de la Ley de Descentralización de 1995 puede considerarse como un medio precario de defensa del derecho de propiedad sin haber sido necesariamente precursor del recurso de amparo constitucional que tuvo mas bien su origen, como es ya sobradamente conocido, en la legislación mexicana que instituyó este recurso; aunque no se puede negar que el amparo administrativo sirvió en muchos casos para frenar así sea precariamente, atropellos contra la propiedad o la posesión. BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Derecho Procesal Constitucional...*” op. cit., p. 125.

⁶²⁵ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional, Procesos Constitucionales en Bolivia*,” Editorial Kipus, Cochabamba, 2004, p. 367.

a ser una expectativa a cumplirse luego de una larga espera o cuando ya resultaba tardía la acción de la justicia.

Ahora bien, como dice Rolando ROCA AGUILERA⁶²⁶ si bien el recurso de amparo fue incorporado en la Constitución de 1967, no se dictó ninguna ley especial para su desarrollo hasta 1975, cuando en el Código de Procedimiento Civil figura en un capítulo y luego en la Ley del Tribunal Constitucional (Ley 1836) de 1 de abril de 1998, que expresamente deroga el Capítulo III de dicho Procedimiento, o sea que desde 1998 la Ley del Tribunal Constitucional es el único instrumento legal que regula con precisión el procedimiento de los arts. 128 y 129 de la nueva Constitución⁶²⁷.

Como se puede apreciar en Bolivia el recurso de amparo constitucional está regulado por la Constitución Política del Estado y por la Ley del Tribunal Constitucional. Sin embargo, no se puede olvidar la importancia que ha tenido en el desarrollo de la naturaleza jurídica, así como en la interpretación de los derechos tutelados por este mecanismo constitucional la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional boliviano quien por mandato expreso de los arts. 129.IV y 202.6^a de la nueva Constitución Política del Estado⁶²⁸ y de la propia Ley del Tribunal Constitucional, es el órgano jurisdiccional que conoce y resuelve en grado de revisión de oficio el amparo constitucional.

Ahora bien, la potestad del Tribunal Constitucional no se reduce a la revisión formal sino a la revisión integral, tanto formal como material, de manera que su decisión no se limita a la mera aprobación o revocatoria con reenvío del caso, sino de definición en el fondo revocado la decisión del Juez o Tribunal de amparo, por lo tanto examinando el

⁶²⁶ ROCA AGUILERA R., “*Recurso de Amparo Constitucional*”, en Revista del Tribunal Constitucional N° 2, Sucre, 2000. p. 89.

⁶²⁷ Antes el recurso de amparo constitucional estaba regulado por el art. 19 de la Constitución Política del Estado de 1994.

⁶²⁸ Con la Constitución de 1994 mediante los 19.IV y 120.7^a.

caso, interpretando las normas de la Constitución, así como de la legislación ordinaria aplicable desde y conforme a la Constitución⁶²⁹.

Lo anterior, nos permite concluir que en Bolivia el papel de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos humanos ha sido y es dinámica, progresiva y no estática. Por ello, hoy en día entender la teoría de los derechos humanos no es posible solamente a través de las normas previstas en la Constitución y la Ley del Tribunal Constitucional, sino a partir de la sólida doctrina creada con la jurisprudencia constitucional. En este sentido, Juan COLOMBO CAMPBELL⁶³⁰ señala que debe tenerse muy en cuenta que el Tribunal Constitucional es el intérprete oficial y supremo de la Constitución. Ello permite que por la vía de la hermenéutica la Constitución perdure y se proyecte, es decir que no quede anticuada en la medida que los conceptos abstractos que contiene puedan ser definidos aplicándolos o adaptándolos a la realidad de cada país.⁶³¹

V.4. Normas que regulan la tramitación del Amparo Constitucional en Bolivia.-

Decíamos anteriormente que el amparo constitucional en Bolivia esta regulado por un lado, por la Constitución y por otro, por la Ley del Tribunal Constitucional. Sin embargo, cabe advertir que en lo concerniente a la Constitución Política del Estado nuestro análisis partirá de lo previsto por el art. 19 de Constitución de 1994; por dos aspectos: El primero, la plena vigencia de la Ley del Tribunal Constitucional, aprobada

⁶²⁹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, La nueva era del constitucionalismo boliviano*”, en Revista del Tribunal Constitucional N° 3, Sucre, 2000, p. 55.

⁶³⁰ COLOMBO CAMPBELL J., “*Funciones del Derecho Procesal Constitucional*”, en Revista del Tribunal Constitucional N° 5, Sucre, 2002.

⁶³¹ Sobre la importancia de las sentencias constitucionales, el ex-Presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia, Willmán Ruperto DURÁN RIBERA, refiere que tres aspectos merecen ser subrayados en la labor del Tribunal: El primero la prontitud y oportunidad con la que este órgano jurisdiccional ha sustanciado y emitido sus sentencias; pues, las mismas han sido dictadas dentro del término promedio de una semana, siendo que la Ley le otorga un plazo de seis semanas para emitir sus fallos, luego del sorteo; el segundo, la motivación de sus sentencias cuentan con una cadena sólida, argumentativa y coherente; el tercero la estricta sujeción del Tribunal a la Constitución; con ello se quiere poner de relieve que sus resoluciones no son el resultado de presiones externas que alteren la convicción de los magistrados, sino de la valoración jurídica que en cada caso específico correspondió hacer. DURÁN RIBERA W.R., “*El Aporte del Tribunal Constitucional al Fortalecimiento del Estado de Derecho y la Democracia*”, Tribunal Constitucional, Sucre, 2005, 12.

antes de la Constitución actual; que como ya dijimos es la que regula el procedimiento del amparo y en segundo lugar, como veremos a continuación, la redacción tanto de la Constitución de 1994, como de la actual Norma Suprema, en lo que respecta al amparo constitucional son casi idénticas. En consecuencia, la naturaleza del amparo en Bolivia no ha sido modificada por la nueva Constitución. De todas maneras, en nuestro análisis realizaremos una comparación de los dos textos constitucionales.

V.4.1. Constitución Política del Estado.

- Art. 128 de la nueva Constitución Política del Estado:

“La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos que los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”

- Art. 19.I de la Constitución de 1994:

“Art. 19º.- I. Fuera del recurso de hábeas corpus a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos o garantías de las personas reconocidos por ésta Constitución y las leyes”

Este artículo como apunta Stefan JOST⁶³² es el que instituye, en ambas Constituciones, la garantía jurisdiccional del amparo constitucional, como un procedimiento jurisdiccional de tramitación especial y sumarísima, que tiene por objeto la restitución o restablecimiento de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Observemos que con excepción de la nomenclatura que difiere en ambos artículos y la alusión al recurso de hábeas corpus que hacía la anterior Constitución la naturaleza del recurso se mantiene intacta.

⁶³² STEFAN J., RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., MOLINA RIVERO G., CAJIAS J. HUASCAR, “La Constitución Política del Estado, Comentario Crítico”, Editado por la Fundación Honrad Adenauer, Impreso en CREAS SRL., La Paz 1998, p. 68.

- **Art. 129.I de la nueva Constitución Política del Estado:**

“La acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución, ante cualquier juez o Tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados.”

- **Art. 19.II de la Constitución de 1994:**

“El recurso de amparo se interpondrá por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente -salvo lo dispuesto en el artículo 129 de esta Constitución-, ante las Cortes Superiores en las capitales de Departamento o ante los jueces de partido en las provincias, tramitándose en forma sumarísima. El Ministerio Público podrá también interponer de oficio este recurso cuando no lo hiciera o no pudiere hacerlo la persona afectada”.

Para René BALDIVIESO GUZMÁN⁶³³ del citado párrafo se infiere claramente quiénes pueden o deben interponer el recurso; aunque en la anterior Constitución estaban especificadas individualmente las autoridades competentes para conocer el recurso. El nuevo texto es más genérico ya que posibilita plantear la acción de amparo ante todo juez competente. Por lo que en la práctica los demandantes están remitiéndose a la Ley del Tribunal Constitucional que en su art. 95 establece que son competentes para conocer el amparo en las capitales de Departamento, las Salas por turnos de las Cortes Superiores y en las Provincias los Jueces de Partido.

En ese entendido, la acción de amparo constitucional debe interponerse contra la persona o el servidor público que causó la lesión al derecho o garantía fundamental. Ahora bien, en los supuestos de cambio de autoridad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la SC 0264/2004-R, de 27 de febrero ha establecido que:

⁶³³ BALDIVIESO GUZMÁN R., *“Derecho Procesal Constitucional...”*, op. cit., p. 127-129.

“... la demanda debe estar dirigida contra la “autoridad” que ostente el cargo desde el cual se realizó el acto ilegal o se incurrió en la omisión indebida, sin que ello implique que, en caso de existir responsabilidades personalísimas, como la penal, el funcionario que haya accedido al cargo con posterioridad al acto lesivo de derechos, tenga que asumir las consecuencias únicamente por encontrarse en funciones al momento de iniciarse la demanda y porque ésta haya sido dirigida en su contra”.

Por otra parte, pueden presentarse casos especiales, como el de los tribunales colegiados, donde todos sus miembros ostentan legitimación pasiva y por tanto la acción debe dirigirse contra todos quienes asumieron la decisión lesiva de derechos o garantías⁶³⁴. De igual forma, cuando existen instancias superiores que revisaron la Resolución considerada ilegal, la acción deberá ser interpuesta no sólo contra la autoridad que pronunció la resolución que se impugna, sino también contra aquélla que la revisó⁶³⁵.

Finalmente la Constitución de 1994 facultaba al Ministerio Público para interponer el amparo en el caso en que no pudiera hacerlo la persona afectada, legitimación que la nueva Constitución no contempla. Sin embargo, no debemos olvidar que tanto la Constitución de 1994, en su art. 129 como la actual Constitución en el art. 222.I legitiman al Defensor del Pueblo para interponer el amparo sin necesidad de tener mandato expreso, lo que constituye una excepción a la regla establecida por dicho precepto constitucional en sentido de que es imprescindible otorgar poder al que va a representar al recurrente. Finalmente, la Constitución actual, al igual que la anterior, prevé el carácter sumario del trámite a fin de que su brevedad contribuya a una eficaz y oportuna protección de los derechos.

- Art. 129.II de la nueva Constitución Política del Estado:

⁶³⁴ Consultar SC. 1098/2003-R de 4 de agosto.

⁶³⁵ Consultar SC 1740/2004-R de 29 de octubre

“La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa”.

La anterior previsión es sin duda una clara muestra de la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ya que en la anterior Constitución no se preveía un plazo para la interposición del amparo y fue el órgano constitucional, en atención a la naturaleza jurídica de los derechos tutelados por el amparo que estableció el plazo de 6 meses para la interposición del amparo que ahora se encuentra positivizado en el nuevo texto constitucional. Así entre otras, la SC 0635/2003-R de 9 de mayo:

*“...que el **principio de inmediatez** no importa la utilización discontinúa o esporádica de los medios y recursos previos a la interposición del amparo, pues los reclamos deben ser interpuestos ante la instancia ordinaria o administrativa competente **oportunamente**, debiendo el agraviado por la lesión, hacer el seguimiento respectivo de su reclamo hasta agotar todas las instancias en el tiempo razonable, y para el caso de no obtener respuesta ni la cesación de la vulneración podrá acudir en el plazo de seis meses ante la jurisdicción constitucional a fin de que se compulse la amenaza, restricción o supresión al derecho fundamental. Este razonamiento, resulta lógico, puesto que responde no sólo al principio de inmediatez sino también a los principios de preclusión y celeridad, los mismos que no sólo dependen de los actos de la autoridad sino también del peticionante, quien debe estar compelido por su propio interés a realizar el seguimiento que corresponda a su solicitud, de modo que cuando no ha sido diligente en propia causa no se puede pretender que esta jurisdicción esté supeditada en forma indefinida para otorgarle protección.”*

En este contexto, Enrique OBLITAS POBLETE⁶³⁶ señala que resulta obvio suponer que el amparo debe ser presentado en cuanto se tenga conocimiento de la amenaza o acto que lesione uno o varios de los derechos y garantías establecidos por la Constitución.

⁶³⁶ OBLITAS POBLETE E., op. cit. 50

- **Art. 129.III de la nueva Constitución Política del Estado:**

“La autoridad o persona demandada será citada en la forma prevista para la Acción de Libertad, con el objeto de que preste información y presente, en su caso, los actuados concernientes al hecho denunciado, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde la presentación de la Acción”.

- **Art. 19.III de la Constitución de 1994:**

“La autoridad o la persona demandada será citada en la forma prevista por el artículo a objeto de que preste información y presente, en su caso los actuados concernientes al hecho denunciado, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.”

Como vemos ambas redacciones son casi exactas y según José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ,⁶³⁷ se refieren a que una vez presentado el amparo, el juez o tribunal competente en el plazo de 24 horas admitirá el recurso, en su caso, si no cumple con los requisitos y condiciones de admisibilidad, dispondrá que el recurrente subsane los defectos formales en el plazo de 48 horas siguientes a su notificación; si no se subsanan las observaciones, se rechazará el recurso remitiendo el Auto de rechazo, en revisión al Tribunal Constitucional en el plazo de 24 horas siguientes. Para el caso de admitirlo, el Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales, señalará audiencia pública que deberá realizarse dentro de las 48 horas siguientes a la citación del recurrido, ordenando que éste comparezca ante su despacho a objeto de informarle sobre los hechos denunciados.

De igual manera, cabe señalar que la Constitución de 1994 establecía que debía citarse a la autoridad o persona recurrida para que presente la información vinculada al hecho en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. Como hemos visto la actual Constitución contempla la misma

⁶³⁷ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “Jurisdicción Constitucional...”, op. cit., 410.

previsión, sólo que añade que el plazo de 48 horas debe ser computado desde la presentación de la acción. En este punto, se debe hacer notar que el mismo plazo y el momento desde el cuál debía computarse estaba previsto en el art. 100 de la LTC, que sin embargo fue declarado inconstitucional mediante SC 0062/2000 de 30 de agosto, por lesionar el derecho a la defensa de los demandados.

- **Art. 129.IV de la nueva Constitución Política del Estado:**

“La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente recibida la información de la autoridad o persona demandada y, a falta de ésta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca la persona accionante. La autoridad judicial examinará la competencia de la servidora pública o del servidor público o de la persona demandada y, en caso de encontrar cierta y efectiva la demanda, concederá el amparo solicitado. La decisión que se pronuncie se elevará de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo.”

- **Art. 19.IV de la Constitución de 1994:**

*“La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente de recibida la información del denunciado y, a falta de ella, lo hará sobre la base de prueba que ofrezca el recurrente. La autoridad judicial examinará la competencia del funcionario a los actos del particular y encontrando cierta y efectiva la denuncia, concederá el amparo solicitado **siempre que no hubiera otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos y amenazados**, elevando de oficio su resolución ante el Tribunal Constitucional para su **revisión**, en el plazo de veinticuatro horas”.*

En este artículo, nuevamente podemos observar que ambas Constituciones tienen una redacción igual. Sin embargo, cabe señalar que

esta norma constitucional ha generado una cierta polémica entre algunos constitucionalistas. Y es que como bien apunta José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁶³⁸ El art. 202 de la nueva Constitución asigna al Tribunal Constitucional Plurinacional, entre otras, la atribución de conocer y resolver en grado de revisión y de oficio la acción de amparo constitucional. Lo cual podría desgastar la imagen institucional del órgano de control de constitucionalidad por la excesiva carga procesal que se generara con tal previsión. En consecuencia, lo correcto era conceder al Tribunal Constitucional Plurinacional la potestad de seleccionar los casos a revisar; para establecer precedentes por los que los casos análogos puedan resolverse⁶³⁹.

Por lo demás el citado artículo aborda temas netamente procesales. Sin embargo, es preciso señalar que la ejecución prevista por el art. 129.IV de la nueva Constitución se efectúa cuando el Tribunal de Garantías Constitucionales, en sentencia, declara procedente el recurso y otorga el amparo solicitado. Pues si se otorga la tutela la sentencia tiene que ser ejecutada de inmediato sin observación ni resistencia alguna, con la finalidad de restituir o reestablecer de manera inmediata el derecho restringido o suprimido. De esta forma, queda claro que si el recurso es declarado improcedente en sentencia, no existe nada que ejecutar, por lo tanto la autoridad o funcionario recurrido no puede invocar la norma

⁶³⁸ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Hacia una Nueva Constitución...*”, op. cit., p. 149.

⁶³⁹ Aunque este tema excede el objeto de nuestra investigación, cada día son más los constitucionalistas que piensan que a la hora de tramitar los recursos de amparo debería establecerse una especie de “*certiorari*”. Este tema fue ampliamente debatido en el Seminario sobre la Reforma del Recurso de Amparo en España, antes de la promulgación de la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo. Así para muchos de los constitucionalistas presentes en el referido Seminario la discrecionalidad del Tribunal Constitucional no tendría por qué ser copia exacta del “*certiorari*” norteamericano, sino una adaptación y modulación del mismo para hacerlo coherente con el sistema jurídico de cada país, que es exactamente lo que han hecho en Alemania, aunque sin olvidar que en el fondo (no en la forma) vendría a tener un significado equivalente al “*certiorari*” norteamericano. Para Manuel ARAGÓN REYES la nueva fórmula alemana viene a tutelar los casos de perjuicios de especial gravedad para el demandante y a poner sólo en manos del Tribunal Constitucional los problemas que tengan una fundamental relevancia constitucional, con lo cual se salvaguardan los dos sentidos (subjetivo y objetivo) que el recurso de amparo tiene. En consecuencia, esta fórmula comporta, claro está, la imposición a los demandantes de la carga de que expongan fundadamente la gravedad del perjuicio así como la fundamental relevancia constitucional del problema. ARAGÓN REYES M., “*La Reforma del Recurso de Amparo*”, Ponencia presentada en el Seminario sobre la Reforma del Recurso de Amparo, Universidad Carlos III, Madrid, 2007.

constitucional para ejecutar la resolución que fue impugnada a través del amparo.

- **Art. 129.V de la nueva Constitución Política del Estado:**

“La decisión final que conceda la acción de amparo constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo quedará sujeta a las sanciones previstas por ley”.

- **Art. 19.V de la Constitución de 1994:**

“Las determinaciones previas de la autoridad judicial y la decisión final que conceda el amparo serán ejecutadas inmediatamente y sin observación, aplicándose, en caso de resistencia, lo dispuesto en el artículo anterior”.

René BALDIVIESO GUZMÁN⁶⁴⁰ señala que el citado párrafo, en ambos casos, se refiere a que tanto las medidas previas adoptadas por el juez de amparo como la resolución que lo conceda deberán ser ejecutadas de inmediato y sin observación alguna. La última parte a su criterio se circunscribe a la previsión establecida para la acción de libertad en el art. 127 de la nueva Constitución.⁶⁴¹

En igual sentido Rolando ROCA AGUILERA⁶⁴² señala que este párrafo es el que fija la responsabilidad judicial de las autoridades

⁶⁴⁰ BALDIVIESO GUZMÁN R., *“Ley del Tribunal Constitucional...”*, op.cit., p. 207-209.

⁶⁴¹ Anteriormente era el art. 18.IV de la CPE del 94 el que establecía esto, sólo que en ese caso nos remitía a lo dispuesto por el art. 123.3 de la misma Ley Fundamental, que facultaba al Consejo de la Judicatura el ejercer poder disciplinario sobre vocales, jueces y funcionarios judiciales. Tal previsión está concebida en el citado precepto constitucional, con los siguientes términos: *“La autoridad judicial que no procediera conforme a lo dispuesto por este artículo quedará sujeta a sanción con arreglo al art. 130º atribución 3º de esta Constitución”, o sea someterse al régimen disciplinario del poder judicial”.*

⁶⁴² ROCA AGUILERA R., *“Recurso de Amparo...”*, op. cit., p. 96.

judiciales, en las tramitaciones de las acciones de libertad y acciones de amparo constitucional como una forma de garantizar aún más los derechos tutelados por estos mecanismos.

En síntesis, tal como afirma Stefan JOST⁶⁴³ podemos concluir que el amparo constitucional en Bolivia esta orientado al control del ejercicio real y efectivo de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, restableciéndolos de forma inmediata si fueran restringidos o suprimidos por actos u omisiones ilegales y arbitrarias. Si bien no es una función completa y exclusiva del Tribunal Constitucional, sino compartida con los tribunales ordinarios, el órgano constitucional es el que conoce en grado de revisión los fallos o resoluciones dictados en el amparo constitucional.

Finalmente, para una mejor comprensión se presenta un cuadro comparativo, en el que se pueden establecer las diferencias entre el recurso de amparo constitucional previsto en la Constitución de 1994 y la acción de amparo constitucional contenida en la nueva Constitución.

CPE 1994 Recurso de amparo constitucional	NUEVA CONSTITUCIÓN Acción de amparo constitucional
Principio de inmediatez: La Constitución no establecía el plazo para la interposición del recurso de amparo constitucional. El plazo de seis meses fue fijado por la jurisprudencia constitucional.	Principio de inmediatez: La vigente Constitución establece el plazo de 6 meses para la interposición de la acción de amparo constitucional.
Competencia del juez o tribunal: El recurso se presentaba ante las Cortes Superiores en las capitales de Departamento o ante los Jueces de Partido en las provincias.	Competencia del juez o tribunal: La acción se interpone ante cualquier juez o tribunal competente.
Trámite: Recibido el recurso, debía citarse a la autoridad o persona demandada, personalmente o mediante cédula, para que presente la información vinculada al hecho denunciado en el plazo máximo de 48 horas.	Trámite: Recibido el recurso, se cita a la autoridad o a la persona demandada en forma personal o mediante cédula para que presente la información vinculada al hecho denunciado, en el plazo máximo de 48 horas desde la presentación de la acción*

⁶⁴³ STEFAN J., op. cit, p. 155.

	* La misma frase estaba contenida en la LTC (art. 100 LTC), que sin embargo fue declarada inconstitucional en la SC 62/2000, por lesionar el derecho a la defensa.
La Resolución final se pronunciaba en audiencia pública, y debía ser remitida ante el TC en el plazo de 24 hrs.	No existe modificación.

V.4.2. Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional.

Las normas contenidas en esta Ley promulgada el 1 de abril de 1998 y vigente después de la promulgación de la nueva Constitución desarrollan, en sus cuatro Títulos, las atribuciones y funcionamiento del Tribunal Constitucional. El Título Cuarto está destinado, particularmente, a regular los procedimientos constitucionales, o sea que es la parte procesal de la Ley del Tribunal Constitucional. Ahora bien es el Capítulo X en que establece el trámite del amparo constitucional (arts. 94 al 104), dentro de los lineamientos procesales determinados, ahora, por los arts. 128 y 129 de la nueva Constitución⁶⁴⁴.

- **El art. 94 de la LTC**, establece que el amparo:

“procederá contra toda resolución, acto u omisión indebida de autoridad o funcionario siempre que no hubiera otro medio o recurso para la protección inmediata de los derechos y garantías, o contra todo acto u omisión indebida de persona o grupo de personas particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y las leyes”.

En este artículo, en opinión de René BALDIVIESO GUZMÁN,⁶⁴⁵ se encuentran reafirmados los rasgos propios del amparo constitucional: la inmediatez y la subsidiariedad, a lo que debe añadirse que la legitimación pasiva puede recaer en una autoridad o funcionario, o en una persona o grupo

⁶⁴⁴ Anteriormente, como ya se señaló, la norma que regulaba el recurso de amparo constitucional era el art. 19 de la CPE del 94.

⁶⁴⁵ BALDIVIESO GUZMÁN R., “La Ley del Tribunal Constitucional...”, op. cit., p. 207-237.

de personas particulares, aspecto que también señala el citado art. 128 de la actual Constitución, antes analizado.

- **El art. 95 de la LTC**, establece que los órganos jurisdiccionales competentes para conocer el amparo, son:

“... las Cortes Superiores de Distrito en las Capitales de Departamento y los Jueces de Partido en las Provincias.”

- **El art. 96 de la LTC**, prevé las causales de **improcedencia** de los recursos de amparo que se dan en los siguientes casos:

“1) Tratándose de resoluciones que podrían ser modificadas o revisadas como consecuencia de estar pendiente un recurso para tal objeto; 2) cuando se hubiere interpuesto anteriormente un recurso con identidad de sujeto, objeto y causa, o cuando el recurrente hubiera consentido expresamente en los actos impugnados o cuando cesaren los efectos del acto reclamado; 3) también hay improcedencia del recurso tratándose de resoluciones judiciales que podrían ser modificadas o suprimidas mediante otro recurso aún cuando no se haya usado oportunamente el mismo”.

Como se puede observar y tal como afirma Pablo DERMIZAKY PEREDO⁶⁴⁶ los tres numerales que componen el art. 96 de la LTC, prevén de forma clara las causales de improcedencia de esta acción, que a su vez fijan la naturaleza del amparo, y que fueron ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como tendremos ocasión de analizar más adelante.

De igual forma, Gonzalo CASTELLANOS TRIGO⁶⁴⁷ señala que de la citada norma se puede colegir que es improcedente el amparo, si la resolución

⁶⁴⁶ DERMIZAKY PEREDO P., “Derechos y Garantías Fundamentales”, Editorial Alexander, Cochabamba, 2006, p. 142.

⁶⁴⁷ CASTELLANOS TRIGO G., “Sistema de Recursos Judiciales”, Editorial Alexander, Cochabamba, 2003, p. 346.

impugnada por vía del mismo, estuviera objetada por algún medio de defensa o recurso con anterioridad, y existiera la posibilidad que dicha resolución pueda ser revisada, modificada, revocada, anulada. Es decir, el amparo constitucional no puede ingresar a resolver un derecho o garantía que todavía no ha adquirido la calidad de cosa juzgada formal, y que está en plena discusión en la vía judicial o administrativa. Por lo que antes de recurrirse en amparo constitucional deben haberse agotado todos los procedimientos legales previos en relación con el hecho o el acto que da lugar el recurso.

- **El art. 97 de la LTC,**⁶⁴⁸ establece los requisitos de forma y contenido para presentar el amparo, los cuales están señalados en los seis incisos de esta norma. René BALDIVIESO GUZMÁN⁶⁴⁹ los clasifica de la siguiente manera: Los de forma están consignados en los párrafos I, II, y IV, de dicho precepto. En tanto que los de fondo se hallan indicados en los párrafos III, V y VI. Los primeros podrán ser subsanados en el plazo de 48 horas bajo alternativa de rechazo, mientras que los segundos determinarán la denegación del amparo. Estas resoluciones deberán ser remitidas al Tribunal Constitucional para efectos de revisión.

Sobre el tema es importante señalar que el citado art. 97 fue modulado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en sentido de que entre los requisitos de forma para la presentación del amparo, se estableció la necesidad de acreditar la personería del recurrente, conforme el art. 129.III de la nueva Constitución⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Art. 97 de la LTC:

“El recurso será presentado por escrito con el cumplimiento de los siguientes requisitos de contenido:

I. Acreditar la personería del recurrente;

II. Nombre y domicilio de la parte recurrida o de su representante legal;

III. Exponer con precisión y claridad los hechos que le sirvan de fundamento;

IV. Precisar los derechos o garantías que se consideren restringidos, suprimidos o amenazados;

V. Acompañar las pruebas en que se funda la pretensión; y

VI. Fijar con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o garantía o amenazado.”

⁶⁴⁹ BALDIVIESO GUZMÁN R., *“Ley del Tribunal Constitucional...”*, op. cit., p. 218-219.

⁶⁵⁰ Anteriormente era el art. 19.II de la CPE del 94, el que fijaba tal exigencia.

- **El art. 98 de la LTC**⁶⁵¹ de acuerdo a René BALDIVIESO GUZMÁN⁶⁵² tiene vital importancia en la tramitación del amparo constitucional porque establece concretamente cuáles son los requisitos de forma y cuáles los de fondo en la presentación de esta acción. Pues lo de orden formal podrán ser subsanados en el plazo de 48 horas, mientras que los de fondo, ósea los de contenido, determinarán el rechazo de la acción.

Al respecto, Gonzalo CASTELLANOS TRIGO⁶⁵³ señala que para que la demanda de amparo produzca efectos jurídicos es necesario que contenga determinadas enunciaciones y esté revestida de ciertas formalidades o requisitos que expresamente la ley especifica y que son obligatorias. De lo contrario el juez o tribunal como director del proceso puede rechazarla de oficio, expresando el defecto que contenga la demanda constitucional de amparo.

- **El art. 99 de la LTC**,⁶⁵⁴ dice Elizabeth ÑIGUEZ DE SALINAS⁶⁵⁵ que en situaciones especiales, cuando las circunstancias de hecho así lo justifiquen el Juez o Tribunal de amparo puede dictar medidas cautelares para evitar que se consuma la amenaza de restringir o suprimir el derecho o garantía constitucional en que se funda el amparo interpuesto. Indica también que el recurrente puede pedir en cualquier momento la adopción de medidas cautelares antes de emitirse la resolución con la misma finalidad, y sobre todo para garantizar la efectividad de la tutela, por ejemplo la suspensión de una

⁶⁵¹ Art. 98 de la LTC: “El Tribunal o juez competente en el plazo de 24 horas admitirá el recurso de amparo constitucional que cumpla los requisitos de forma y contenido exigidos por el artículo precedente; caso contrario será rechazado. Los defectos formales podrá subsanar el recurrente en el plazo de 48 horas de su notificación, sin ulterior recurso”.

⁶⁵² BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Ley del Tribunal Constitucional...*”, op. cit., p. 221-222.

⁶⁵³ CASTELLANOS TRIGO G., op. cit., p. 345.

⁶⁵⁴ Art. 99 de la LTC: “*A tiempo de admitir el recurso el Tribunal o juez competente podrá adoptar las medidas cautelares necesarias para evitar la consumación de la amenaza de restricción o supresión del derecho o garantía en que se funda el recurso, que a su juicio pueda crear una situación insubsanable por el amparo. El recurrente también podrá solicitar la adopción de medidas cautelares en cualquier momento, con carácter previo a la resolución final*”.

⁶⁵⁵ ÑIGUEZ D. SALINAS E., “*Recurso de Amparo Constitucional*”, op. cit., 58.

medida de desapoderamiento si se ha denunciado la vulneración del debido proceso en el trámite judicial respectivo.

- **El art. 100 de la LTC,**⁶⁵⁶ tal cual apunta René BALDIVIESO GUZMÁN⁶⁵⁷ tiene suma relevancia porque establece que a tiempo de admitirse el amparo la autoridad competente fijará día y hora para audiencia pública la que deberá efectuarse en el plazo de 48 horas, “ordenando la citación personal o por cédula de autoridad o del particular recurrido emplazamiento que será obedecido sin observación ni excusa”. En consecuencia, la audiencia pública cobra importancia, porque resulta determinante para que el juez recoja elementos de convicción imprescindibles, teniendo en cuenta que el procedimiento del amparo, al igual que el de la acción de libertad es oral.

Cabe advertir, sin embargo, que la norma prevista por el art. 100 de la LTC dispone que la audiencia pública debe realizarse indefectiblemente dentro del plazo máximo de 48 horas contadas a partir de la providencia de admisión de la demanda. Empero, dicha norma contradice, como ya señalamos anteriormente lo previsto en el art. 129.III de la nueva Constitución que dispone que la autoridad o persona demandada será citada en la forma prevista por el artículo anterior a objeto de que preste información y presente, en su caso, los actuados concernientes al hecho denunciado, en el plazo máximo de 48 horas. Lo que entendemos significa que el plazo se computa a partir de la citación practicada y no de la providencia de admisión. Al respecto, el Tribunal Constitucional, dentro de un recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, promovido de oficio por la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, mediante SC. 0062/00 de 30 de agosto de 2000, declaró inconstitucional la frase del art. 100 de la Ley del Tribunal Constitucional que señala “... contadas a partir de la providencia de admisión...”.

⁶⁵⁶ Art. 100 de la LTC: “A tiempo de admitir el recurso se fijará día y hora para audiencia pública, que deberá tener lugar indefectiblemente dentro del plazo máximo de 48 horas contadas a partir de la providencia de admisión, ordenando la citación personal o por cédula de la autoridad o el particular recurrido, emplazamiento que será obedecido sin observación ni excusa”.

⁶⁵⁷ BALDIVIESO GUZMÁN R., “Ley del Tribunal Constitucional...”, op. cit. p. 225.

En consecuencia, a partir de la citada Sentencia el plazo de 48 horas se computa a partir de la citación legal al recurrido. Ello en resguardo del derecho al debido proceso de este último, pues requiere contar con un plazo razonable para elaborar su informe respecto a los hechos denunciados de ilegales y acumular la respectiva prueba que respalde su acto o resolución, frente a la pretensión del recurrente⁶⁵⁸.

- **El art. 101 de la LTC,**⁶⁵⁹ establece que si a la audiencia señalada no concurre él o la recurrente, deberá realizarse la misma igualmente, de manera que el juez o tribunal de amparo deberá pronunciar la sentencia respecto al fondo del asunto sobre la base de la denuncia planteada en el memorial del recurso así como las pruebas acompañadas.

Al respecto, corresponde aclarar que en muchos casos se ha producido la siguiente situación: Resulta que los tribunales de garantías constitucionales, en aquellos casos en los que la parte recurrente no ha concurrido a la audiencia, declararon improcedente el recurso sin efectuar la compulsa de los antecedentes ni analizar los fundamentos jurídicos expuestos en el recurso y en el informe bajo la presunción de que la incomparecencia significaba un consentimiento tácito de los hechos ilegales denunciados. Criterio que pensamos no resulta nada razonable; pues la incomparecencia no significa necesariamente que la parte recurrente renuncie a sus pretensiones o decida consentir el hecho ilegal denunciado; pueden concurrir diversos factores que impidan su asistencia a la audiencia. De igual manera, como afirma José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁶⁶⁰ es importante tener presente que la

⁶⁵⁸ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional...*”, op. cit. 407.

⁶⁵⁹ Art. 101 de la LTC: “*La audiencia se realizará indefectiblemente y no podrá ser suspendida por la incomparecencia del recurrido o del Ministerio Público. Tampoco podrá decretarse recesos o cuartos intermedios durante su desarrollo. El recurrido deberá comparecer por sí o mediante apoderado y elevar informe sobre los hechos denunciados. Instalado el acto, el recurrente podrá ratificar, modificar o ampliar los términos de su demanda, acto seguido, el recurrido prestará informe. Ambas partes podrán ofrecer pruebas relativas al objeto del recurso. El Tribunal o juez competente, con requerimiento del Ministerio Público o sin él y examinando lo alegado por las partes, pronunciará resolución final en la misma audiencia, sin que obste la ausencia del recurrido o la falta de presentación del informe*”.

⁶⁶⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional...*”, op. cit., p. 409.

audiencia tiene por objeto el que la parte recurrida presente su informe sobre los hechos ilegales denunciados en el amparo lo que significa que la audiencia no está establecida para que la parte recurrente presente fundamentos de su recurso, pues ellos ya están expresados en el memorial del amparo constitucional. Por lo mismo no es imprescindible la concurrencia de la parte recurrente a la audiencia.

En igual sentido, Jorge ASBÚN ROJAS⁶⁶¹ refiere que el art. 101 de la LTC debe ser interpretado desde el punto de vista garantista y no en el sentido formal que le estaban otorgando a esta norma los jueces ordinarios, más aún cuando por su propia naturaleza el Tribunal Constitucional está obligado a profundizar y hacer efectivo el carácter garantista del amparo, otorgándole su verdadera dimensión protectora.

- **El art. 102 de la LTC,**⁶⁶² como apunta Pedro GARECA PERALES,⁶⁶³ determina las formas de resolución y el procedimiento a seguir en cada situación por lo que, en caso de ser favorable la resolución se ejecuta de inmediato sin perjuicio de la revisión que haga el Tribunal Constitucional.

⁶⁶¹ ASBÚN ROJAS J., “Control Constitucional en Bolivia, Evolución y Perspectiva”, en Jurisdicción Constitucional, Editorial el País, Santa Cruz de la Sierra, 2000, p. 93.

⁶⁶² Art. 102 de la LTC:

“I. La resolución concederá o denegará el Amparo. Será ejecutada, sin perjuicio de la revisión, inmediatamente y sin observaciones.

II. La resolución que conceda el amparo, determinará también la existencia o no de responsabilidad civil y penal, estimando en el primer caso, el monto indemnizable por daños y perjuicio y, en el segundo, disponiendo la remisión de antecedentes al Ministerio Público.

III. La resolución denegatoria del amparo demandado, impondrá y fijará costas y multa al recurrente.

IV. La ejecución de los efectos dispuestos en los parágrafos II y III, se hará efectiva, una vez absuelta la revisión, por el Tribunal o juez de instancia.

V. La resolución será elevada en revisión de oficio ante el Tribunal Constitucional en el plazo de 24 horas.

VI. Sin perjuicio de la ejecución del fallo si el Tribunal que declare procedente el recurso no contara con los elementos necesarios que permitan la calificación de los daños y perjuicios, abrirá término de ocho días para que se acrediten los mismos y pronunciará resolución en el plazo de tres días, ordenando la retención de haberes, y el embargo de los bienes de la autoridad recurrida a los efectos de dicha reparación.”.

⁶⁶³ GARECA PERALES P., “El Hábeas Data, Bolivia en el Constitucionalismo Iberoamericano”, Talleres Gráficos “Gaviota del Sur SRL., Sucre, 2004, p. 103.

Por otro lado, es preciso señalar que la resolución que conceda el amparo establecerá si hay o no responsabilidad civil o penal de la autoridad recurrida de manera que, en el primer caso, fijará el monto indemnizable y en el segundo dispondrá la remisión de antecedentes al Ministerio Público para efectos de orden penal. Por el contrario, si la autoridad judicial deniega la concesión del recurso fijará para el recurrente el pago de multa y costas que se hará efectivo luego de la revisión que haga el Tribunal Constitucional, aprobando el fallo dictado, para lo cual la resolución y los antecedentes del caso serán enviados en el plazo de 24 horas.

Ahora bien, sí para la calificación de daños y perjuicios la autoridad judicial no contase con los suficientes elementos de juicio, abrirá un término de ocho días para que sean demostrados los mismos. La resolución será dictada en el plazo de tres días, ordenando la retención de haberes y el embargo de los bienes de la autoridad demandada a fin de garantizar la reparación correspondiente. El Auto que califique los daños y perjuicios será también elevado al Tribunal Constitucional para su revisión.

En este contexto, para Francisco FERNÁNDEZ SEGADO⁶⁶⁴ queda claro que el art. 102 de la LTC dispone de modo taxativo que la resolución que conceda el amparo determinará también la existencia o no de responsabilidad civil y penal estimando en el primer caso el monto indemnizable por daños y perjuicios y, en el segundo, disponiendo la remisión de antecedentes al Ministerio Público.

Finalmente, Pablo DERMIZAKY PEREDO⁶⁶⁵ efectuando un análisis del amparo constitucional en Bolivia, señala que los arts. 94 al 104⁶⁶⁶ de la Ley del

⁶⁶⁴ FERNÁNDEZ SEGADO F., *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia...* op. cit, p. 70.

⁶⁶⁵ DERMIZAKY PEREDO P., *"Derechos y Garantías Fundamentales..."*, op. cit. p. 142.

⁶⁶⁶ Arts. 103 y 104 de la LTC:

El art. 103 de la Ley del Tribunal Constitucional señala: *"Si la autoridad judicial, en la tramitación de los recursos de Habeas Corpus y Amparo Constitucional, no procediere conforme a lo dispuesto por los Artículos 18 y 19 de la Constitución Política del Estado y lo establecido en los capítulos IX y X del*

Tribunal Constitucional se refieren a esta acción determinando los casos en que procede y en los que no procede, su forma y contenido, el trámite que debe seguir, las disposiciones que contendrá, la resolución, la responsabilidad de los jueces y tribunales cuando se apartaren de lo dispuesto en los 128 y 129 de la nueva Constitución y en los arts. 9 y 10 del Título Cuarto de la Ley del Tribunal Constitucional, relativos a los procedimientos constitucionales, así como en casos de desobediencia de funcionarios públicos y de personas particulares.

En conclusión, tal cual señala Gonzalo CASTELLANOS TRIGO⁶⁶⁷ el amparo constitucional, tanto en la anterior como en la nueva Constitución tiene un sustento constitucional y está previsto para restituir el orden y la legalidad de forma inmediata y sin discusión por parte de los funcionarios públicos y particulares, caso contrario si no cumplieren una resolución constitucional, o no la hicieren cumplir, serán sometidos a proceso penal; para tal efecto se remitirán todos los antecedentes necesarios para que el Ministerio Público actúe conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal.

Para terminar, esta síntesis de las disposiciones jurídicas bolivianas que regulan la tramitación del amparo constitucional cabe advertir, como decíamos al iniciar esta exposición, que actualmente la Ley del Tribunal Constitucional sigue teniendo plena vigencia por lo que los jueces ordinarios que tramitan las acciones tutelares previstas por la nueva Constitución siguen rigiéndose por lo establecido en la misma y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que como hemos podido apreciar ha

presente Título, los antecedentes serán remitidos a conocimiento del Consejo de la Judicatura para fines del Artículo 123, atribución tercera de la Constitución”.

El art. 104 de la Ley del Tribunal Constitucional establece: *“Los funcionarios públicos y personas particulares que recibieren una orden judicial dictada en recurso de Habeas Corpus o Amparo Constitucional y no la cumplieren y no la hicieren cumplir, serán sometidos a proceso penal, a cuyo efecto se remitirán antecedentes al Ministerio Público”.* Nota: Conforme al art. 179 bis del Código Penal (Desobediencia a resoluciones en procesos de hábeas corpus y amparo constitucional) *“el funcionario o particular que no diere exacto cumplimiento a las resoluciones judiciales, emitidas en procesos de hábeas corpus y amparo constitucional, será sancionado con reclusión de dos años y con multa de cien a trescientos días”.*

⁶⁶⁷ CASTELLANOS TRIGO G., op. cit., p. 362.

efectuado una interpretación amplia de todos los preceptos constitucionales que regulan la tramitación, en nuestro caso, del amparo constitucional.

V.5. Naturaleza Jurídica del Amparo Constitucional en Bolivia.-

Conviene aclarar, primeramente que de acuerdo al citado art. 128 de la nueva Constitución, el amparo constitucional es una acción de defensa de todos los derechos fundamentales y garantías previstos en la Constitución y en los Pactos y Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el país, tal cual establece el art. 410 del mismo texto constitucional. Salvo los derechos a la libertad y a la vida, cuando éste último se encuentre vinculado a la libertad, caso en el cual estarían bajo la protección de la acción de libertad. De igual manera, los derechos a la intimidad, privacidad personal o familiar, a la imagen, honra y reputación, están bajo la tutela de la acción de protección de privacidad y finalmente los derechos colectivos que se encuentran protegidos mediante la acción popular.

Ahora bien, decíamos anteriormente que además de las leyes que regulan la tramitación del amparo constitucional en Bolivia. A la hora desentrañar la verdadera naturaleza de este mecanismo constitucional fue de suma relevancia la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional, como veremos seguidamente.

V.5.1. El Amparo Constitucional es una garantía constitucional de carácter jurisdiccional.

En primer lugar es preciso referir que la actual acción de amparo constitucional, comparte con el anterior recurso de amparo el carácter extraordinario, la tramitación especial y sumaria; por ende presenta las mismas características: sumariedad, generalidad y el carácter inmediato de la protección. Pues la Constitución actual, al igual que la de 1994, prevé un trámite corto para la pronta tutela de los derechos supuestamente lesionados y, además, no reconoce ningún fuero, privilegio ni inmunidad con relación a las autoridades o personas accionadas.

De igual modo, es necesario precisar que para la presentación del amparo constitucional, a diferencia de la acción de libertad, se deben cumplir con ciertos requisitos formales y de contenido previstos en el citado art. 97 de la LTC, y que seguramente serán recogidos en la nueva Ley de desarrollo. Sin embargo, por la propia naturaleza del amparo, los defectos formales, ante la lesión evidente de un derecho, no pueden ser un obstáculo para brindar la protección inmediata que se busca a través de la acción de amparo constitucional.

De acuerdo con lo anterior, Luis Alberto HUERTA GUERRERO⁶⁶⁸ refiere que el amparo boliviano es una garantía constitucional jurisdiccional porque es un instituto jurídico consagrado en la Ley Fundamental con la finalidad de otorgar protección a las personas en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y sus garantías constitucionales normativas, contra los excesos, abusos o arbitrariedades de funcionarios públicos, autoridades o personas particulares, expresados a través de resoluciones, actos u omisiones ilegales o indebidas.

En efecto, la protección del amparo no es pasiva, sino activa, por cuanto el amparo constitucional permite restablecer o restituir el derecho fundamental o garantía constitucional normativa en aquellos casos en los que estén restringidos o suprimidos o, en su caso, evitar la consumación de la amenaza inminente de restricción o supresión de los mismos. Y es que como señala José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ,⁶⁶⁹ el amparo constitucional es una acción jurisdiccional de carácter tutelar, que se sustancia ante la autoridad judicial competente, como es el Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales, en un procedimiento especial y extraordinario sobre la base de la pretensión de amparo que es la declaración de la voluntad de la persona legitimada, fundada en la amenaza, restricción o supresión de alguno de sus derechos fundamentales o garantías constitucionales, pretensión que es

⁶⁶⁸ HUERTA GUERRERO L.A., “*Derechos Humanos en el Tercer Milenio*”, en *Derechos Humanos y Justicia Constitucional*, Memoria del Tribunal Constitucional N° 4, Sucre, 2000. p. 26.

⁶⁶⁹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional...*”, op. cit., p. 368.

dirigida contra la autoridad, funcionario público o particular de quien emana el acto ilegal o indebido; quien deberá responder a la pretensión presentando el informe respectivo sobre los hechos denunciados.

De manera que ambas posiciones, la pretensión de amparo y la respuesta a la misma, forman el objeto procesal del amparo constitucional que delimita el ámbito de acción del Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales, que tienen a su vez la misión de reconocer los derechos y garantías del recurrente disponiendo cuantas medidas sean necesarias para restablecer o preservar su libre ejercicio.

V.5.2. El Amparo Constitucional tiene carácter extraordinario.

Como ya señalamos, el carácter extraordinario del amparo constitucional en Bolivia, como bien señala José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁶⁷⁰ se debe al hecho de que a través de él se impugna una resolución, acto u omisión ilegal e indebida que restringe, suprime o amenaza restringir o suprimir un derecho fundamental o garantía constitucional normativa.

En este entendido el amparo constitucional se constituye en un proceso jurisdiccional autónomo e independiente con un régimen jurídico procesal propio. Es de tramitación especial y sumarísima, pues se desarrolla en única instancia, es decir sin recurso ulterior alguno, con la celeridad y rapidez necesarias, sin lugar a incidentes dilatorios.

V.5.3. El Amparo Constitucional es de naturaleza subsidiaria.

Al igual que en acápites previos comenzamos señalando que la Constitución actual, al igual que la anterior, reconoce también los dos principios informadores del amparo constitucional como son la subsidiariedad y la inmediatez. Gracias al primero de ellos, la acción de amparo constitucional sólo puede ser presentada cuando la persona no cuente con otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías

⁶⁷⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A. “*Jurisdicción Constitucional...*”, op. cit., p. 369.

restringidos, suprimidos o amenazados; lo que supone el agotamiento de todos los medios de impugnación, administrativos y judiciales antes de la interposición de la acción. Al respecto, la amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional desarrollada sobre este principio es aplicable también a las causas que se tramiten con la nueva Constitución, en virtud a que su configuración no ha sido modificada.

Efectivamente, el amparo como garantía constitucional instituida para proteger derechos y garantías fundamentales, está regido por el principio de subsidiariedad, tal cual se infiere claramente del citado párrafo I del art. 129 de la nueva Constitución y del art. 96 de la LTC que prescribe las causales de improcedencia del amparo, entre ellas, en su inc. 3), respecto a: *"Las resoluciones judiciales que por cualquier otro recurso puedan ser modificadas o suprimidas aún cuando no se haya hecho uso oportuno de dicho recurso"*.

De estos preceptos, como bien apunta José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁶⁷¹ se infiere que la subsidiariedad del amparo constitucional debe ser entendida como el agotamiento de todas las instancias dentro del proceso o vía legal, sea administrativa o judicial, donde se acusa la vulneración de derechos. Dado que donde se deben reparar los derechos fundamentales lesionados es en el mismo proceso, o en la instancia donde han sido conculcados, y cuando esto no ocurre queda abierta la protección que brinda el amparo constitucional.

En el mismo sentido, Luis Alberto HUERTA GUERRERO⁶⁷² señala que el amparo es considerado como un mecanismo de protección subsidiario, lo cual implica que esta garantía constitucional sólo debe ser empleada cuando no exista otro medio judicial que permita proteger de manera efectiva un derecho constitucional. En consecuencia, si dicho medio existe, no procede acudir al amparo.

⁶⁷¹ Ibidem op. cit., p. 370.

⁶⁷² HUERTA GUERRERO L.A., *"Los Procesos de Amparo y Hábeas Corpus..."*, op. cit., p. 172-173.

El carácter subsidiario del amparo, ha sido desarrollado por la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional; así tenemos las SS.CC. 1089/2003-R, 552/2003-R, 106/2003-R, 374/2002-R, entre otras, que señalan:

“que no podrá ser interpuesta esta acción extraordinaria, mientras no se haya hecho uso de los recursos ordinarios o administrativos y, en caso de haber utilizado los mismos deberán ser agotados dentro de ese proceso o vía legal, sea judicial o administrativa, salvo que la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales ocasione perjuicio irremediable e irreparable.”

Del entendimiento jurisprudencial citado, se extraen las reglas y sub-reglas de improcedencia de amparo por subsidiariedad citadas en SC. 1089/2003-R.⁶⁷³ Para José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁶⁷⁴ es muy importante, sin embargo, hacer notar que el principio de subsidiariedad del amparo constitucional, cede ante el principio de inmediatez en los supuestos en que no existan otros medios o recursos idóneos o eficaces para la protección de los derechos o garantías invocados como restringidos, suprimidos o amenazados.

Esto determina, a nuestro criterio que en los casos en que el agotamiento de las vías ordinarias existentes se constituya en un obstáculo formal para acceder a la protección con la inmediatez que el caso singular exige, en

⁶⁷³ SC. 1089/2003-R: *“1) las autoridades judiciales o administrativas no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre un asunto porque la parte no ha utilizado un medio de defensa ni ha planteado recurso alguno, así: a) cuando en su oportunidad y en plazo legal no se planteó un recurso o medio de impugnación y b) cuando no se utilizó un medio de defensa previsto en el ordenamiento jurídico; y 2) las autoridades judiciales o administrativas pudieron haber tenido o tienen la posibilidad de pronunciarse, porque la parte utilizó recursos y medios de defensa, así: a) cuando se planteó el recurso pero de manera incorrecta, que se daría en casos de planteamientos extemporáneos o equivocados y b) cuando se utilizó un medio de defensa útil y procedente para la defensa de un derecho, pero en su trámite el mismo no se agotó, estando al momento de la interposición y tramitación del amparo, pendiente de resolución. Ambos casos, se excluyen de la excepción al principio de subsidiariedad, que se da cuando la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales denunciados, ocasionen perjuicio irremediable e irreparable, en cuya situación y de manera excepcional, procede la tutela demandada, aún existan otros medios de defensa y recursos pendientes de resolución.”*

⁶⁷⁴ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *“Jurisdicción Constitucional...”*, op. cit. p. 372-374.

razón a que la apertura posterior de la tutela resultaría irreparable por tardía. Atendiendo al fin de protección de la norma y a la eficacia que reclama todo derecho o garantía fundamental. En tales supuestos no es exigible el agotamiento de las vías ordinarias, abriéndose, consecuentemente la jurisdicción constitucional para otorgar en su caso, la tutela invocada, dado que el amparo no sólo procede cuando no existe otra vía legal para la tutela de los derechos conculcados, sino también, en los casos en que aquella resulta ineficaz, por tardía, para proteger el derecho fundamental conculcado o amenazado; o sea que se da la excepción a la regla de subsidiaridad⁶⁷⁵.

Sobre el tema el Tribunal Constitucional en su uniforme jurisprudencia, entre otras, en la SC 0811/2003-R establece:

*“El amparo constitucional instituido como garantía para otorgar tutela contra actos ilegales u omisiones indebidas, que amenacen, restrinjan o supriman derechos y garantías constitucionales, está regido por el principio de subsidiariedad, el mismo que implica que el agraviado no podrá presentar el recurso directamente ante el conocimiento de la lesión a su derecho, salvo el caso de que no exista otro medio o recurso inmediato para la protección del mismo, pues en los demás casos deberá utilizar los recursos idóneos para hacer cesar los efectos del acto reclamado hasta extenuarlos, **dado que la única excepción a la regla que conlleva el citado principio, es que los efectos del acto ilegal u omisión indebida puedan tener consecuencias irremediables mientras se tramitan los recursos o medios ordinarios**”.*

⁶⁷⁵Este criterio, fue manifestado por algunos constitucionalistas españoles que se ocuparon de la justicia constitucional boliviana, entre otros, Miguel Ángel MONTAÑÉS PARDO señala que dentro del carácter subsidiario del amparo, siempre hay excepciones, por ejemplo si alguien denuncia que no ha sido parte en un proceso porque no lo han citado, difícilmente puede denunciar esas lesiones en el proceso, ya que lo que previamente está denunciado es que no ha sido parte del mismo, por eso habrá que ver en cada país cuales son los sistemas de nulidad establecidos, de revisión, de audiencia al rebelde si lo hay, etc. Pero, si hay un procedimiento por limitado que sea para que el Poder Judicial revise lo hecho hay que acudir a él antes que al amparo constitucional. MONTAÑÉS PARDO M.A., *“Hábeas Corpus y Amparo Constitucional. Derechos que Protegen”*, en Memoria del II Seminario Taller Nacional, Derechos y Garantías Constitucionales, Sucre, 2003, p. 121.

V.5.4. El Amparo Constitucional está regido por el principio de inmediatez.

Profundizando el carácter inmediato del amparo constitucional, concordamos con José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁶⁷⁶ cuando refiere que el objeto del amparo constitucional es el de otorgar tutela efectiva, idónea e inmediata a los derechos fundamentales restringidos o suprimidos de manera ilegal o indebida, por lo cual uno de los principios que rigen a esta acción tutelar es la inmediatez.

En efecto, este principio tiene una doble dimensión ya que en primer lugar implica que el juez o tribunal de garantías constitucionales debe tramitar el proceso con la celeridad que el caso requiera, es decir, sin dilaciones indebidas; por ello el legislador ha previsto una configuración procesal especial que permita un trámite sumarísimo despojado de todo incidente dilatorio. En segundo lugar, significa que el titular del derecho fundamental restringido o suprimido debe plantear el recurso de amparo constitucional de manera inmediata, es decir, una vez que tome conocimiento del acto o resolución ilegal, si no cuenta con ningún otro medio legal ordinario o en su caso, cuando agote los medios o recursos ordinarios, sean jurisdiccionales o administrativos, que le franquea el ordenamiento jurídico.

Sobre la base de las mencionadas consideraciones, es que antes del proceso constituyente, el Tribunal Constitucional había previsto un plazo de caducidad o de extinción de la acción de amparo. Lo que significaba que el derecho de activar la acción de amparo prescribía si el titular no la ejercía dentro del plazo previsto para el efecto; plazo que jurisprudencialmente se había fijado en seis meses de acuerdo al siguiente razonamiento.⁶⁷⁷

a) Presunción de libre consentimiento.

⁶⁷⁶ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional...*”, op. cit., p. 374.

⁶⁷⁷ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional...*”, op. cit., p. 377.

Tomando en cuenta que los derechos fundamentales son potestades, capacidades, facultades que tiene toda persona para hacer o dejar de hacer algo, su ejercicio es una potestad privativa de la persona, de manera que en el marco del principio general de que los derechos se ejercen y las obligaciones se cumplen, si se ha vulnerado el derecho de una persona, y ésta toma conocimiento material de esta restricción o supresión y decide no accionar el amparo, dejando transcurrir un periodo largo de tiempo, se presume que la referida persona ha consentido libremente la supresión o restricción de su derecho.

Sobre la base del anterior razonamiento, Gonzalo CASTELLANOS TRIGO⁶⁷⁸ señala que una de las causales de improcedencia del amparo es por actos consentidos; es decir cuando el acto ilegal que restrinja, suprima o amenace restringir o suprimir los derechos y garantías de una o varias personas, haya sido consentido libre y expresamente por la mismas.

b) Preservar los derechos de terceras personas.

De igual manera, para aquellos casos en los cuales determinadas personas hubiesen concurrido a un acto administrativo o judicial para adquirir un derecho de buena fe, es el caso de las subastas públicas en la que se adjudica un bien subastado⁶⁷⁹. En estos casos, es lógico pensar que la interposición del recurso debe tener un término de interposición ya que de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a la seguridad jurídica de terceras personas ajenas al proceso principal. Lo que implica que el recurso de amparo debe ser presentado dentro de los seis meses desde que ocurrió el acto ilegal u omisión indebida

⁶⁷⁸ CASTELLANOS TRIGO G., op. cit., p. 347.

⁶⁷⁹ Ya que puede darse el caso de que en el proceso de ejecución en el que se dispuso la subasta del bien se hubiese lesionado el derecho al debido proceso del ejecutado; si la persona cuyo derecho fue lesionado no activa inmediatamente el amparo constitucional, deja transcurrir 2 años al cabo de los cuales recién plantea la acción, al darse curso a la tutela solicitada, disponiendo la nulidad del proceso, y por ende la nulidad de la subasta, se lesionaría el derecho de esa persona que adquirió de buena fe el derecho de propiedad del bien subastado. RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional...*”, op. cit., p. 377.

o una vez agotados los medios y recursos judiciales ordinarios o administrativos idóneos para hacer cesar el acto.

Sobre el tema, el Tribunal Constitucional en su reiterada jurisprudencia, entre otras, en la SC 635/2003-R de 9 de mayo, estableció:

*“que el **principio de inmediatez** no importa la utilización discontinúa o esporádica de los medios y recursos previos a la interposición del amparo, pues los reclamos deben ser interpuestos ante la instancia ordinaria o administrativa competente **oportunamente**, debiendo el agraviado por la lesión, hacer el seguimiento respectivo de su reclamo hasta agotar todas las instancias en el tiempo razonable, y para el caso de no obtener respuesta ni la cesación de la vulneración podrá acudir en el plazo de seis meses ante la jurisdicción constitucional a fin de que se compulse la amenaza, restricción o supresión al derecho fundamental. Este razonamiento, resulta lógico, puesto que responde no sólo al principio de inmediatez sino también a los principios de preclusión y celeridad, los mismos que no sólo dependen de los actos de la autoridad sino también del peticionante, quien debe estar compelido por su propio interés a realizar el seguimiento que corresponda a su solicitud, de modo que cuando no ha sido diligente en propia causa no se puede pretender que esta jurisdicción esté supeditada en forma indefinida para otorgarle protección.”*

Sin embargo, cabe advertir que el Tribunal Constitucional, en atención a la naturaleza jurídica de los derechos tutelados por el amparo constitucional, también estableció que el plazo de 6 meses fijado para la interposición del amparo constitucional no es rígido ni cerrado⁶⁸⁰.

⁶⁸⁰ SC 0762/2003-R de 6 de junio estableció que: “El recurso de amparo constitucional, adoptado en Bolivia como una acción tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, tiene por naturaleza jurídica el de ser un recurso regido por los principios de subsidiariedad e inmediatez, debiendo en atención a este último principio, el recurrente solicitar su tutela en forma inmediata, es decir, una vez que se opere la vulneración del derecho y agote las vías legales ordinarias, a cuyo efecto se ha establecido como un plazo razonable el de seis meses para que la persona afectada presente el recurso; no es menos cierto que, la sub-regla fijada **por el Tribunal no es rígida ni cerrada, pues podrá flexibilizarse cuando se hubiese excedido en algunos días y la lesión del derecho fundamental sea evidente** y de tal naturaleza que el órgano encargado del control de constitucionalidad no puede ni debe permitir se consume.”(Las negrillas son nuestras).

Lo anterior, era de suponer, ya que como dice Enrique OBLITAS POBLETE,⁶⁸¹ es lógico que el amparo se presente en cuanto se tenga conocimiento de la amenaza o acto que lesione uno o varios de los derechos y garantías establecidos por la Constitución. Es por esto precisamente que el Tribunal Constitucional señaló que el plazo de 6 meses para interposición del amparo sólo era exigible en los casos en los que el agraviado haya conocido la violación de sus derechos y garantías, criterio que ha sido desarrollado, entre otras, por la SC 0757/2003-R de 4 de junio.⁶⁸²

En efecto, afortunadamente, no se puede negar que varios aspectos en cuanto a la tramitación del recurso de amparo constitucional que prevé la nueva Constitución fueron redactados de acuerdo a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional. No otra cosa se entiende de la norma prevista en el art. 129.II de la nueva Constitución que como vimos antes establece que el plazo para recurrir en amparo es de seis meses. Por lo que si antes esta situación procedimental estaba regulada únicamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hoy en día esta prevista en la Constitución.

V.5.5. El Amparo Constitucional no reconoce fueros, privilegios, ni jerarquías.

Como avanzábamos antes, tanto la anterior Constitución, como la nueva, prevén que el amparo no reconoce ningún fuero, privilegio ni inmunidad con relación a las autoridades o personas accionadas. Y es que como señala Enrique OBLITAS POBLETE⁶⁸³ el amparo es tan amplio que resultaría

⁶⁸¹ OBLITAS POBLETE E., op. cit. p. 50

⁶⁸² SC 0757/2003-R: *"Sobre la exigencia de inmediatez y subsidiariedad en el recurso de amparo. Si bien es cierto que una de las exigencias para que se active la acción tutelar que otorga el amparo, es que el recurrente haya interpuesto los recursos que dispensa la ley dentro de los términos establecidos por las normas aplicables al caso, y que una vez agotadas las vías ordinarias el recurso de amparo debe interponerse en un lapso de tiempo que no exceda de los seis meses; debe precisarse que tales exigencias sólo son aplicables a los supuestos en los que el agraviado haya conocido la violación de sus derechos y garantías mediante los mecanismos (citaciones, notificaciones, etc.) que las normas procesales establecen para cada caso concreto; por tanto, tales exigencias no pueden alcanzar a los supuestos en los que el agraviado-recurrente, no fue informado conforme a derecho de la realización o consumación de los actos ilegales que invoca (...)"*.

⁶⁸³ OBLITAS POBLETE E., op. cit., 50.

ilógico que quedasen excluidos de ser demandados los funcionarios de alta jerarquía.

En igual sentido, José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁶⁸⁴ refiere que tomando en cuenta que el amparo constitucional es una acción tutelar para la protección inmediata, efectiva e idónea de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, en su tramitación no se admite la exclusión por razones de fueros o privilegios ni jerarquías; por lo que si un funcionario público o autoridad, goza de algún fuero constitucional, como la inmunidad parlamentaria o el caso de corte para su enjuiciamiento, pero mediante un acto, resolución u omisión amenaza, restringe o suprime los derechos y garantías de una persona, no puede hacer valer tal inmunidad en el trámite del amparo.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado este principio en su abundante jurisprudencia entre otras la SC. 0486/2000-R de 22 de mayo, establece:

“Que, invocar el art. 89 de la Ley del Tribunal Constitucional como fundamento para rechazar el recurso, es erróneo; dado que cuando el precepto aludido señala que “Si la autoridad demandada fuere judicial, el recurso deberá ser interpuesto ante un Juez o Tribunal de igual o mayor jerarquía”, se entiende que es para cuando tal circunstancia es posible (así el caso de jueces instructores, jueces de partido, vocales de la Corte Superior), lo que no ocurre en el caso de autos, en que las autoridades demandadas son Ministros de la Corte Suprema de Justicia, situación en la que, conforme a las previsiones y alcances del art. 18 de la Constitución Política del Estado, el recurso debe interponerse ante la Corte Superior de Distrito; pues, el precepto constitucional aludido no excluye a ningún poder u órgano del Estado para ser recurrido. Desde esta última perspectiva debe tenerse en cuenta que la Constitución es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico nacional y, por tanto, sus

⁶⁸⁴ RIVERA SANTIVÁÑEZ P., “Jurisdicción Constitucional ...”, op. cit., 375.

preceptos deben ser aplicados con preferencia a cualquier otra norma de menor jerarquía (art. 228 de la Constitución Política del Estado).⁶⁸⁵”

Así pues, tal y como hemos venido señalando hasta el momento, la naturaleza jurídica de la acción de amparo constitucional prevista en la nueva Constitución, conserva íntegramente la misma naturaleza que preveía la Constitución de 1994. En consecuencia, entendemos que al haber sido desarrollada dicha naturaleza por el Tribunal Constitucional vía jurisprudencial, ésta será preservada cuando se implemente el nuevo órgano constitucional y se desarrolle una nueva ley orgánica para el ahora Tribunal Constitucional Plurinacional.

La anterior afirmación la hacemos en el entendido de que fue justamente gracias a esta interpretación que en la actualidad el amparo constitucional es considerado como el mayor mecanismo constitucional de resguardo de los derechos fundamentales en Bolivia.

V.6. El sistema de protección de los Derechos Humanos mediante el Amparo Constitucional en Bolivia.-

Demos comienzo a este punto señalando que sobre los derechos tutelados por el amparo constitucional, existen tres posiciones que pueden ser identificadas en la doctrina y en la legislación comparada. La primera, sostiene que a través del amparo sólo pueden ser protegidos algunos derechos previstos en la Constitución, como es el caso de Colombia y España; la segunda sostiene que mediante esta acción pueden ser tutelados todos los derechos y garantías consagradas en la Constitución y, la tercera, que sostiene que, a través del amparo a parte de los derechos positivizados en las Constituciones, también pueden ser tutelados los derechos consagrados en los pactos internacionales sobre derechos humanos.

⁶⁸⁵ De igual manera la SC 0186/2000-R establece que “(...) en el ejercicio de la jurisdicción constitucional le compete velar por la correcta aplicación de las garantías jurisdiccionales de Hábeas Corpus y de Amparo Constitucional, en defensa y protección de los derechos fundamentales de la persona, conforme a los Arts. 18, 19 y 120-7ª de la Constitución Política del Estado, y I-II, 89 y siguientes y 94 y siguientes de la Ley N° 1836; **garantías jurisdiccionales procedentes contra los actos ilegales y las omisiones indebidas de autoridades de los tres órganos de gobierno, sin excepción, así como de particulares en general, que vulneren los derechos fundamentales.**” (Las negrillas son nuestras)

En ese orden de ideas, aludiremos brevemente a la tutela que el Tribunal Constitucional otorgó a los derechos fundamentales mediante el amparo constitucional con la Constitución de 1994 para luego pasar a analizar si la misma se mantendrá en la actual Constitución.

V.6.1. Modelo de protección de los Derechos Humanos mediante el Amparo Constitucional con la Constitución de 1994.

En Bolivia la tutela que brindaba el recurso de amparo constitucional, según José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ,⁶⁸⁶ tenía un alcance amplísimo; dicho desde otra perspectiva no tenía limitación alguna con relación a los derechos humanos tutelables, pues de una lectura del art. 19.I de la CPE de 1994 se infería que este recurso brindaba protección tanto a los derechos positivizados en la Constitución boliviana, así como a todos los derechos humanos consagrados en Tratados, Convenciones o Convenios Internacionales incorporados al Derecho interno del país mediante leyes de la república.

El motivo principal para esta permisión, como apunta René BALDIVIESO GUZMÁN,⁶⁸⁷ se debió a que el art. 7 de la Constitución de 1994 preveía un catálogo muy reducido de derechos, ya que como vimos anteriormente, solamente consagraba una parte de los derechos civiles y políticos y una reducida parte de los derechos económicos, sociales y culturales. Partiendo de esta realidad y tomando como premisa esencial el que los derechos humanos sean protegidos por el Estado el Tribunal Constitucional realizó una interpretación integradora, de la cláusula abierta prevista en el art. 35 de la Constitución de 1994, estableciendo que los Tratados, Convenciones o Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Bolivia forman parte del bloque de la constitucionalidad boliviano, por lo que los derechos consagrados en dichos Instrumentos Internacionales podían ser invocados por las personas y tutelados por vía del amparo constitucional.

⁶⁸⁶ Ibidem p. 152.

⁶⁸⁷ BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Los Derechos Humanos en la Constitución...*” op. cit., p. 67.

En este contexto, GUIDO IBARGUEN⁶⁸⁸ señala que para interpretar la cláusula abierta o enunciativa, prevista en el citado art. 35 de la Constitución de 1994 el Tribunal Constitucional boliviano recurrió a la doctrina del bloque de constitucionalidad originada en Francia y utilizada, entre otros países como Colombia⁶⁸⁹.

De tal forma, tal como señala Carlos AYALA CORAO⁶⁹⁰ fue a través de esta cláusula que el Tribunal Constitucional boliviano pudo declarar como derechos constitucionales a otros, aunque estos no figurasen expresamente en el texto fundamental. En consecuencia, cualquier enumeración de derechos contenida en la Constitución de 1994, debe entenderse como meramente enunciativa “*numerus apertus*”, y no limitativa o taxativa. Con lo que, son igualmente constitucionales todos aquellos derechos que no estén enumerados expresa o implícitamente en el texto fundamental, en virtud de que implícitamente son tenidos como tales.

En Bolivia la doctrina del bloque de la constitucionalidad apareció por primera vez en la SC 95/2001 de 21 de diciembre que estableció:

“... es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a las personas el efectivo ejercicio de sus derechos... proclamados por la Constitución, los tratados, convenios y convenciones

⁶⁸⁸ IBARGUEN B.G. op. cit., p. 145.

⁶⁸⁹ Respecto a esta doctrina, Rodrigo UPRIMNY señala que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales suelen hacer remisiones, expresas o tácitas a otras reglas y principios, que sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia Constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional. Los casos más evidentes son aquellos ordenamientos donde la Constitución prevé expresamente que, por ejemplo, ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, tal y como lo hacen varias Constituciones Latinoamericanas. En otros eventos, la referencia puede ser más compleja, como la llamada cláusula de los derechos innominados o no enumerados de la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos, según la cual, el reconocimiento de ciertos derechos en la Constitución y en la carta de derechos no puede ser interpretado como una negación de aquellos que el pueblo se ha reservado. UPRIMNY R., “*Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*”, en http://www.djs.org.co/pdf/libros/ru_procedimientoPenal.pdf, 02-02-2008.

⁶⁹⁰ AYALA CORAO C., “*Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos*”, Editorial del IIDH, San José, 1998, p. 47.

suscritos y ratificados por el Estado como parte del bloque de constitucionalidad, así como en las leyes ordinarias”.

Posteriormente la SC.1662/2003-R de 17 de noviembre, determinó:

“... que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda”.

En ese orden de ideas, José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁶⁹¹ refiere que el Tribunal Constitucional boliviano a través del amparo constitucional, interpretó los derechos fundamentales consagrados en el catálogo de la Constitución de 1994 de conformidad con las normas previstas por las declaraciones, tratados o convenciones internacionales sobre derechos humanos, así como también con la jurisprudencia de los organismos supraestatales de protección de los derechos humanos especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, a partir de la citada jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional boliviano, que por mandato del art. 44 de la LTC, todavía vigente, tiene carácter obligatorio y vinculante,⁶⁹² en el Sistema Constitucional boliviano, las Declaraciones, Tratados, Convenciones o

⁶⁹¹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Tribunal Constitucional y Protección de los Derechos Humanos*”, Editorial del Tribunal Constitucional, Sucre, 2004, p. 16-17.

⁶⁹² Respecto al carácter vinculante de las sentencias constitucionales en Bolivia BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Ley del Tribunal Constitucional...*” op. cit., p. 71-78. señala que el art. 44 de la citada Ley del Tribunal es la nota más característica dentro de la actividad jurisdiccional del Tribunal, pues el texto de esta norma en su párrafo I, establece el carácter vinculante de sus resoluciones, una cuestión que ha generado críticas adversas de los propios órganos que componen el Poder Judicial, en sus niveles jerárquicos hasta el punto de que se promovió, en su momento la modificación de este artículo y reducir su alcance a las acciones de inconstitucionalidad. Sin embargo a la fecha el citado artículo mantiene su texto original.

Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos forman parte del bloque de constitucionalidad; por lo que constituyen un parámetro del juicio de constitucionalidad en el control que ejerce el máximo guardián de la Constitución.⁶⁹³

En conclusión, podemos señalar que en Bolivia, antes de la promulgación de la nueva Constitución, a pesar del restringido catálogo de derechos fundamentales que preveía el art. 7 del citado texto constitucional, el Tribunal aplicando una interpretación integradora del art. 35 de la tantas veces citada Constitución de 1994, estableció jurisprudencialmente que además de los derechos humanos positivados en la Constitución Política del Estado, también, los derechos consagrados en Instrumentos Internacionales a los que Bolivia se hubiese adherido, formaban parte del catálogo de derechos fundamentales boliviano; por lo que los mismos eran tutelables a través de las garantías constitucionales previstas por la Constitución y las leyes.

V.6.2. Modelo de protección de los Derechos Humanos mediante la Acción de Amparo en la nueva Constitución.

Como tuvimos ocasión de evidenciar en anteriores páginas, una de las bondades, por no decir la única, de la nueva Constitución es precisamente el haber incluido en el catálogo de derechos fundamentales algunos que no estaban consignados en la anterior Norma Suprema.

Si bien es cierto, que esta situación, generó una serie de críticas, a las que también nos referimos anteriormente,⁶⁹⁴ y que en su mayoría establecen

⁶⁹³ Al respecto el Tribunal Constitucional en la SC. 0102/2003 estableció: “...este Tribunal Constitucional a través de la interpretación integradora, los tratados, convenciones y declaraciones en materia de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico del Estado como parte del bloque de constitucionalidad, entonces se convierten también en parámetros del juicio de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, en ese marco se pasa a someter a juicio de constitucionalidad las disposiciones legales esgrimidas con las normas de los tratados, convenciones o declaraciones internacionales invocados, como lesionados, por los solicitantes de que se promueva el recurso”.

⁶⁹⁴ Al respecto se puede consultar: ASBÚN ROJAS J., “Porqué hay que votar No en el referéndum del 25 de enero: El grave déficit democrático e institucional del proyecto de Constitución”, El Ensayo corresponde al estudio sobre el proyecto de Constitución que esta patrocinando por el Instituto PRISMA, p. 12; LARUTA C.H., “El Destino de Bolivia”, Artículo publicado en el Matutino de circulación

la peligrosidad de la nueva Constitución al contener la misma, cláusulas programáticas o meramente declarativas, propias de un programa electorero antes que de una Constitución. Resultando ilusorio garantizar el cumplimiento de tales derechos en parrafadas ampulosas, cuando la realidad económica del país no permite asegurar el ejercicio efectivo y goce pleno de esos derechos. Sin embargo, es también cierto que éstos derechos ya estaban garantizados con la anterior Constitución debido a la interpretación amplia que el Tribunal Constitucional efectuó del art. 35 de la misma. En consecuencia, a nuestro criterio la nueva Constitución lo único que hizo fue constitucionalizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo referente a la protección de los derechos humanos.

De igual manera, es justo destacar que en la nueva Constitución boliviana, lo que no ocurría en la anterior; por un lado, mediante el art. 410.II se ha positivado el bloque de constitucionalidad integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el Estado; y por otro lado, mediante el art. 13.IV del nuevo texto constitucional se ha interrelacionando el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En otras palabras se han constitucionalizado diversos criterios de interpretación, a los que la Constitución de 1994 no se refería en absoluto⁶⁹⁵.

Efectivamente, a partir de la nueva Constitución existe un nuevo techo de interpretación a la hora de efectuar el control de constitucionalidad que no se agota en los preceptos de la Constitución, sus principios y valores, por cuanto el parámetro del juicio de constitucionalidad en la

nacional “La Razón”, el 18 de enero de 2009; DERMIZAKY PEREDO P., “*Aventuras y Desventuras de un Proyecto de Constitución*”, Artículo publicado en los matutinos de circulación nacional “La Razón”, “Los Tiempos”, “El Potosí” y “El Alto”, durante el mes de diciembre de 2008, entre, otros.

⁶⁹⁵ Como la introducción en el art. 256 del nuevo texto, del principio *pro hómine* en sus directrices de preferencia de normas y preferencia interpretativa y emanado de éste, el principio *pro operario*, previsto en el art. 48.II de la nueva Constitución.

nueva Constitución también está integrado por las normas internacionales sobre derechos humanos ratificados por Bolivia.

Lo dicho anteriormente es muy importante porque la interpretación constitucional, como vimos ya en el segundo capítulo de esta investigación, tiene caracteres diferenciales de la interpretación jurídica en general. Con mayor razón, cuando se trata de interpretar la nueva Constitución Política del Estado que configura a Bolivia como un Estado complejo al acoger también en su seno valores y principios propios de la realidad boliviana.⁶⁹⁶ Los cuales, sin duda, acentuarán la complejidad de la labor del ahora denominado Tribunal Constitucional Plurinacional a momento de ejercer el control de constitucionalidad normativo, de protección de derechos fundamentales y competencial, teniendo en cuenta que de acuerdo a lo que sostiene la doctrina y la propia jurisprudencia constitucional éstos principios y valores declarados en la Constitución son criterios que presiden la interpretación constitucional.

V.7. Breve referencia a la relevancia de la jurisprudencia en materia de Amparo Constitucional en Bolivia.-

Tal cual hicimos alusión previamente, en este capítulo hemos analizado el antes recurso de amparo constitucional y su relación con la actual acción de amparo prevista en la nueva Constitución. Para en el último capítulo de nuestra investigación, a partir de una investigación de campo, analizar la posición de activismo asumida por el órgano constitucional boliviano a través del amparo constitucional, analizando las respectivas sentencias y demostrando cuales fueron los alcances, resultados y efectos de las mismas.

⁶⁹⁶ El art. 8 de la CPE prescribe: “I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso si seas ladrón), *suma tamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble). II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”.

Sin embargo, es necesario finalizar este acápite señalando que actualmente el amparo constitucional es el procedimiento que más se ha utilizado ante el Tribunal Constitucional boliviano; demanda que se ha ido incrementando con los años, una prueba de ello son los datos estadísticos disponibles en la página web del Tribunal Constitucional de Bolivia.⁶⁹⁷

Este apreciable incremento de amparos constitucionales creó un temor plenamente justificado en los miembros del Tribunal Constitucional de un inminente colapso en el funcionamiento de este órgano por lo que solicitaron al Congreso boliviano modificar la Ley del Tribunal Constitucional incrementando el número de Magistrados de 5 a 10, o sancionar una Ley de Procedimiento del recurso de amparo estableciendo causales de inadmisión del mismo. Sin embargo, a causa de los múltiples problemas políticos que atravesaba Bolivia antes de la promulgación de la nueva Constitución, dicha Ley jamás fue considerada.

De este modo y con el afán de solucionar el problema de la sobrecarga procesal a la que se enfrentaba el órgano constitucional, los magistrados integrantes del mismo, enmarcándose en lo previsto en el art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional, que otorga a las sentencias constitucionales el carácter de vinculantes y obligatorias para todos los poderes del Estado, dictó la SC. 505/2005-R, que interpretó el art. 96 de la Ley del Tribunal Constitucional, referente a la tramitación del recurso de amparo estableciendo causales de inactivación del mismo. Exponemos a continuación un esquema de lo que estableció la referida Sentencia.

⁶⁹⁷ En 1999, de un total de 604 recursos ingresados al Tribunal Constitucional 262 eran recursos de amparo, en el año 2000 de un total de 1410 causas 574 fueron recursos de amparo. La tendencia fue aumentando y así en el año 2001 de 1838 causas, 961 fueron recursos de amparo, es decir más del 52% del total de causas; estas cifras se deben en su mayoría a la confianza que generó el Tribunal Constitucional que mediante el recurso de amparo constitucional fue tutelando derechos y garantías desconocidos hasta entonces. En el 2002 de 1970 causas ingresadas, 1131 eran recursos de amparo y para el 2003 de 2358 causas ingresadas, 1476 consignaban recursos de amparo; la tendencia fue en aumento ya que en el año 2004 de 2563 causas ingresadas, 1546 eran recursos de amparo; en el 2005 de 2402 causas, 1504 fueron recursos de amparo y en el 2006 de un total de 2072 causas, 1332 fueron recursos de amparo. Finalmente el 2007 de 2015 causas, 1194 fueron recursos de amparo. Disponible en: [http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/ Estadísticas.](http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/)

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0505/2005-R
Sucre, 10 de mayo de 2005

**TEMA: LAS CAUSALES DE IN ACTIVACIÓN PREVISTAS EN EL ART. 96 DE LA LTC
CONLLEVAN LA IMPROCEDENCIA IN LIMINE DEL RECURSO DE AMPARO
CONSTITUCIONAL Y CUANDO SE ENTRA AL FONDO DEL ASUNTO LA SENTENCIA
CONSTITUCIONAL CONCEDE O DENIEGA LA TUTELA**

El Tribunal Constitucional mediante esta Sentencia realizó un cambio jurisprudencial, en cuanto a que las causales de improcedencia del amparo previstas en el art. 96 de la LTC son interpretadas como causales de inactivación del amparo y deben ser analizadas con carácter previo a la admisión de la demanda por el Juez o Tribunal de garantías, superando el criterio sostenido en la SC 803/2000-R de 29 de agosto (que establecía que dichas causales deberían ser analizadas en el fondo de la causa).⁶⁹⁸

JURISPRUDENCIA

CAMBIO DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL RESPECTO A LAS CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL, TODA VEZ QUE ANTES SE SOSTENÍA QUE LOS SUPUESTOS CONTENIDOS EN EL ART. 96 SÓLO PODÍAN SER ANALIZADOS UNA VEZ ADMITIDO EL RECURSO, CUANDO SE PRONUNCIABA RESOLUCIÓN, Y AHORA CONSTITUYEN CAUSAL DE IMPROCEDENCIA IN LIMINE DEL MISMO.

“... las causales de **improcedencia** del recurso de amparo constitucional, previstas en el art. 96 de la LTC, hacen referencia a los supuestos en los que no es posible interponer el recurso de amparo constitucional, por existir ciertas causas que imposibilitan el desarrollo posterior del proceso. Dicho en otros términos, el precepto señala los casos de inactivación del recurso, que determinan que no se pueda incoar la causa, por existir los impedimentos expresados en el aludido art. 96 de la LTC.

(...) En consecuencia el Tribunal de amparo una vez verificada la concurrencia de las causales señaladas en el art. 96 de la LTC declarará la improcedencia *in limine* de la acción de amparo, mediante auto debidamente motivado. En sentido positivo en cambio, si se constata que procede el amparo por no existir ninguno de los supuestos de improcedencia reglada por el art. 96 de la LTC, el juez o tribunal tendrá que abocarse al análisis de los requisitos de admisibilidad.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

IMPORTANCIA DE LOS REQUISITOS DE ADMISIÓN DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL (art. 97 de la LTC,)/ Los requisitos de forma y

⁶⁹⁸ Datos obtenidos del Boletín Informativo del Tribunal Constitucional, Año 6 N° 15, abril a septiembre de 2005.

contenido que deben ser observados en forma inexcusable en la presentación de todo recurso de esta naturaleza, están dados en la SC 365/2005-R, de 13 de abril. **REQUISITOS DE ADMISIÓN DEL AMPARO CONSTITUCIONAL/ DE FORMA (SUBSANABLES) Y DE CONTENIDO O FONDO (INSUBSANABLES)**“(…) este Tribunal, mediante SC 868/2000-R, de 20 de septiembre, estableció la sub regla: *de que ante el incumplimiento de los requisitos exigidos por los incs III, IV y VI del art. 9, el recurso será rechazado, y que los defectos formales, que son los previstos en los numerales I, II y V del mismo artículo, podrán ser subsanados por el recurrente en el plazo de 48 horas de su notificación, en la forma establecida por el art. 98 de la LTC.*

LOS SUPUESTOS DE PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE AMPARO DEBEN SER COMPULSADOS CON CARÁCTER PREVIO A LA REVISIÓN DE LOS REQUISITOS DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA/ la **admisión** o el **rechazo** del amparo constitucional debe resolverse luego de presentado el recurso, para así evitar activar innecesariamente el procedimiento posterior; empero, antes de realizar la evaluación de los requisitos de admisión, el juez o tribunal de amparo está obligado a determinar si el recurso es **procedente** o **improcedente**, de acuerdo al razonamiento que a continuación se expone.

SUPUESTOS DE PROCEDENCIA (SENTIDO POSITIVO) E IMPROCEDENCIA (SENTIDO NEGATIVO) DEL AMPARO CONSTITUCIONAL (ARTS. 94 Y 96 DE LA LTC)/ El art. 94 de la LTC establece en sentido positivo, en qué casos o supuestos es posible deducir una demanda de amparo constitucional; o lo que es lo mismo, los casos en que **procede el recurso**, conforme a la terminología empleada en la ley. A su vez, el art. 96 de la misma ley, en sentido negativo, establece los casos o supuestos, en que **no procede** el amparo o lo que es lo mismo, no se puede incoar este recurso.

EL SENTIDO NEGATIVO O DE IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL/ está destinado, en el sentido de la ley, a evitar que los recurrentes y el Tribunal tengan que desplegar una actividad procesal que previsiblemente concluirá con una resolución final de improcedencia, con las consecuencias indeseables que tal situación conlleva para el recurrente y los órganos de la jurisdicción constitucional. Tiene su fundamento en razones de economía procesal y en el mandato de justicia pronta y efectiva contenida en el art. 116.X de la CPE, así como en el principio de inmediatez que informa al recurso de amparo constitucional, previsto en el art. 19 de la CPE (...).

EN CAMBIO EL SENTIDO POSITIVO O DE PROCEDENCIA DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL/ previa constatación de la procedencia del

amparo, por no existir ninguno de los supuestos de improcedencia reglada por el art. 96 de la LTC, obliga al juez o tribunal a abocarse al análisis de los requisitos de admisibilidad.

ADECUACIÓN POSITIVA DEL TERMINO PROCEDENTE QUE HASTA LA FECHA ERA UTILIZADO COMO SINÓNIMO DE CONCEDER EL AMPARO/ con la finalidad de evitar la confusión entre estos últimos términos y el contenido en el art. 96 de la LTC sobre las causas de inactivación reglada del amparo contenida en este precepto, corresponde hacer una adecuación positiva de la terminología antes utilizada, a la señalada en el art. 19.IV de la Constitución.

ADECUACIÓN POSITIVA DEL TERMINO IMPROCEDENTE QUE HASTA LA FECHA ERA UTILIZADA COMO SINÓNIMO DE DENIEGA EL AMPARO/ El art. 102 de la LTC, dispone en el párrafo I que: “La resolución **concederá o denegará** el amparo”, a su vez el párrafo III del citado artículo, señala que: “La resolución **denegatoria del amparo** demandado impondrá y fijará costa y multas al recurrente”. **En consecuencia en adelante, tanto los jueces o tribunales de amparo como este Tribunal Constitucional emplearan esta terminología al resolver el fondo de la problemática planteada en el amparo constitucional.**

REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE RECHAZO E IMPROCEDENCIA SERÁ ATRIBUCIÓN DE LA COMISIÓN DE ADMISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL/ en los casos en que los jueces o tribunales de amparo: **1.** rechacen el recurso, ya sea por incumplimiento de requisitos de fondo o por falta de subsanación de los requisitos de forma dentro del plazo establecido por el art. 98 de la LTC, o **2.** declaren la improcedencia del amparo constitucional, por alguno de los supuestos de inactivación establecidos en el art. 96 de la LTC, sus resoluciones **deben ser revisadas por la Comisión de Admisión** del Tribunal Constitucional, dada la naturaleza de las funciones que le asigna la Ley.

EL TRIBUNAL DE AMPARO TIENE LA POTESTAD DE EXIGIR CON CARÁCTER PREVIO A LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA QUE EL RECURRENTE ACREDITE HABER AGOTADO LAS VÍAS LEGALES/ dado que, de conformidad con el entendimiento anotado en el **FJ III.2** de la presente Resolución, ese es un supuesto de inactivación reglada previsto en el art. 96 de la LTC, que debe ser examinado por el juez o tribunal de amparo antes de examinar los requisitos de admisibilidad, para determinar si el recurso de amparo constitucional es procedente o improcedente, para luego, si es el caso, analizar los requisitos de admisión, habilitando así el desarrollo regular del proceso.

POTESTAD DEL TRIBUNAL DE AMPARO PARA REVISAR SI LA DOCUMENTACIÓN APAREJADA AL RECURSO (PRUEBA) ES SUFICIENTE O NO PARA RESOLVER LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA/ LA NO SUBSANACIÓN DE DICHA OMISIÓN, DA LUGAR AL RECHAZO DEL RECURSO/ La SC 659/2004-R, de 4 de mayo al referirse a la facultad que tienen los jueces o tribunales del recurso de exigir la prueba en que se fundarán para emitir la Resolución pertinente, así lo ha establecido, concluyéndose que en el caso de autos el recurrente ofreció prueba parcial, en cuyo mérito corresponde aprobar la Resolución sujeta a revisión.

Como se puede apreciar, mediante esta ingeniosa forma de resolución el Tribunal Constitucional logró evitar un colapso procesal inminente. Sin embargo, cabe cuestionarse si efectivamente el endurecimiento de las causales de admisión establecidas en la citada SC. 505/2005-R ha tenido un efecto real ya que de un análisis de las estadísticas del Tribunal Constitucional boliviano se ha evidenciado que a partir de la citada Sentencia constitucional, gran parte del trabajo de este órgano ha estado destinado a inadmitir amparos. Ahora bien, no cabe duda que en la coyuntura en que fue dictada esta Sentencia no había mayores salidas por la falta de consenso en el Congreso para promulgar una nueva Ley del Tribunal Constitucional o en su caso una Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sin embargo, a pesar de haberse aprobado una nueva Constitución, la Ley del Tribunal Constitucional, que no preveía nada sobre el tema, esta aún vigente, con lo cual actualmente la tramitación del amparo es modulada únicamente por la jurisprudencia constitucional y no por una ley de la república, con lo cual vuelve a ser imperiosa la necesidad de una Ley del Tribunal Constitucional acorde con la nueva Constitución.

En Resumen y como acertadamente apunta Víctor FAIREN GUILLEN⁶⁹⁹ uno de los rasgos comunes del Derecho Constitucional latinoamericano de los últimos 20 años, consiste en haber introducido una diversidad de mecanismos procesales de defensa de la Constitución. Bolivia no ha sido ajena a esta corriente; pues, como vimos desde la reforma constitucional de 1994, cuenta con diversos medios para ejercer el control de

⁶⁹⁹ FAIREN GUILLEN, V., “*Problemas actuales del Derecho Procesal. La defensa, la unificación, la complejidad*”, citado por CARPIO MARCOS, Edgar, “*La acción de cumplimiento*”, en *El Derecho Procesal Constitucional Peruano Tomo I*, Palomino Manchego J F, coordinador, Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2005, p. 446.

constitucionalidad y efectivizar los derechos y garantías constitucionales. Citando de manera especial al amparo constitucional que es la acción mediante la cual más derechos fundamentales se han reclamado en sede constitucional en Bolivia y es que el carácter abierto y expansivo de los derechos fundamentales, así como su consagración en cláusulas generales, amplia de modo notable las fronteras del recurso de amparo. Pues a partir de los principios constitucionales que impregnan las diversas constituciones pueden derivarse derechos no expresamente consagrados en las mismas.

CAPÍTULO VI

EL ACTIVISMO JUDICIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR MEDIO DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

VI.1. Algunos aspectos de la jurisprudencia constitucional boliviana en materia de Amparo Constitucional.-

A lo largo de las páginas precedentes hemos analizado la relevancia en cuanto culminación del Estado constitucional de Derecho de la incorporación de la justicia constitucional al ordenamiento jurídico boliviano; hemos hecho alusión también a la crisis social y política que afrontó el país y que derivó en un anómalo proceso constituyente que originó la actual Constitución Política del Estado que por su configuración de Plurinacional y Comunitario tendrá una implementación complicada por no decir quimérica.

Es cierto que las voces que auguraban la desaparición del Tribunal Constitucional boliviano en el nuevo texto constitucional no fueron escuchadas, o al menos no lo fueron en su totalidad porque el control de constitucionalidad en Bolivia seguirá siendo realizado por un órgano especializado; pero no podemos olvidar que este órgano ahora, además, tendrá el carácter de Plurinacional; lo cual, pensamos, complica el panorama de la justicia constitucional en Bolivia por las distintas razones que hemos explicado previamente pero, fundamentalmente porque la justicia comunitaria esta íntimamente relacionada con el Derecho Consuetudinario de los pueblos indígenas que proviene del Convenio Internacional N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y su compatibilización con la justicia tradicional debe ser hecha a través de una ley especial que obviamente ha de enmarcarse en el ámbito del Derecho Internacional⁷⁰⁰.

⁷⁰⁰ Sobre el tema se puede consultar CANÇADO TRINDADE A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2001; AYALA CORAO C.M. *Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 6, Sucre, 2004; BAZAN V., *Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados y Convenios Internacionales*, en Derecho Procesal Constitucional Boliviano, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra; BALDIVIESO GUZMÁN R., *“Una Constitución para todos los Bolivianos”*, Industrias Gráficas SIRENA, Santa Cruz de la Sierra,

Esto último puede no ser fácil en el caso boliviano donde, varias agrupaciones sindicales han adquirido el carácter de pueblos indígenas originarios y obviamente no cuentan con un Derecho Consuetudinario propio, como ya tuvimos ocasión de desarrollar en el Capítulo cuarto de este trabajo. Sin embargo y volviendo al tema que nos ocupa en esta última parte de nuestra investigación, es justo referir también que de un análisis del nuevo texto constitucional boliviano hemos observado con beneplácito que en materia de derechos fundamentales y garantías constitucionales la nueva Constitución ha acogido en gran parte la jurisprudencia previamente sentada por el Tribunal Constitucional.

Cabe advertir, sin embargo, que a pocos meses de la aprobación mediante referendo de la nueva Constitución boliviana, han surgido corrientes afines al actual gobierno que solicitan sea dejada sin efecto toda la jurisprudencia sentada por el anterior Tribunal Constitucional lo que consideramos sería un retroceso no sólo en materia constitucional sino sobre todo en lo que se refiere al proceso democrático boliviano.

Es por esto que en las siguientes páginas queremos exponer como el Tribunal Constitucional boliviano ha prestado una atención prioritaria al tema de los derechos fundamentales, no sólo en lo referente a la protección inmediata sino también al desarrollo de la doctrina constitucional sobre la materia, delimitando los alcances y determinando el núcleo esencial, así como el contenido de cada derecho fundamental.

Al respecto nos dice José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁷⁰¹ que en materia de derechos humanos el Tribunal Constitucional boliviano superó la corriente del formalismo legalista y se alineó a la línea del activismo judicial, la cual como vimos antes, sostiene la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a la ley y frente a los actos y decisiones de las autoridades públicas y los particulares. Por ello, desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional asumió la posición de otorgar tutela efectiva a la persona cuyos derechos fundamentales hubiesen sido vulnerados, en forma pronta y oportuna, a través de las diversas garantías constitucionales previstas por la

2007; EL-HAGE J., *“Límites de Derecho Internacional para la Asamblea Constituyente”*, Editorial Fundación NOVA, Santa Cruz de la Sierra, 2006.

⁷⁰¹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A. *“Temas de Derecho Procesal Constitucional”*, Editorial Kipus, Cochabamba, 2007, p. 123.

Constitución, entre las que por su naturaleza jurídica o por la amplitud de derechos tutelados por la misma, siempre destacó el recurso de amparo constitucional como mecanismo de freno a los excesos, arbitrariedades o abusos de autoridades públicas y particulares.

VI.1.1. Sobre el Bloque de la Constitucionalidad en Bolivia.-

Como ya tuvimos ocasión de desarrollar en los capítulos consagrados a la jurisdicción constitucional boliviana, el Tribunal Constitucional ha interpretado los derechos fundamentales consagrados en el catálogo de la Constitución boliviana de conformidad con las normas previstas en los Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos de los que Bolivia es parte, por haber suscrito o haberse adherido y ratificado los mismos⁷⁰².

De otro lado, el citado órgano constitucional ha aplicado en sus decisiones la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, misma que es vinculante para el Estado boliviano por haberse sometido voluntariamente a la jurisdicción contenciosa de dicha Corte. Finalmente, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución, ha integrado en el bloque de la

⁷⁰² En España de acuerdo a lo previsto en el art. 10.2 de la CE *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. Norma reforzada por el art. 96,1 de la misma Constitución que establece que: *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”*. Por lo que el bloque de la constitucionalidad en España debiera estar también integrado por los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos a los cuales se haya suscrito este país. Pero, en nuestra opinión, en esta tarea el órgano constitucional español no debe limitarse a interpretar los textos de los Tratados Internacionales sino que debe realizar una interpretación conforme a lo que los órganos de interpretación y aplicación de esos tratados sienten como jurisprudencia, lo cual es aplicable a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español al otorgar tutela en un recurso de amparo presentado por un ciudadano que sostenía que la jurisdicción ordinaria española no había dado cumplimiento a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un asunto sometido a su jurisdicción, por lo que en busca de que se cumpla la Sentencia dictada por este órgano supranacional recurría de amparo ante el Tribunal Constitucional español. Al respecto mediante STC 245/1991 de 16 de diciembre el Tribunal Constitucional hizo un pormenorizado análisis de la fuerza vinculante de los instrumentos internacionales, así como del respeto que debe guardar España a las Sentencias dictadas por el citado Tribunal Europeo.

constitucionalidad las Declaraciones, Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos que ha suscrito y ratificado el Estado boliviano.

Así la doctrina del bloque de la constitucionalidad apareció por primera vez en la jurisprudencia constitucional en la SC 95/2001 de 21 de diciembre, en la que el Tribunal señaló:

“que es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a las personas el efectivo ejercicio de sus derechos proclamados por la Constitución, los tratados, convenios y convenciones suscritos y ratificados por el Estado como parte del bloque de constitucionalidad, así como en las leyes ordinarias”.

Posteriormente la SC.1662/2003-R de 17 de noviembre:

“ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda”.

Este criterio se mantuvo de forma uniforme a través de la jurisprudencia constitucional; así la SC. 0220/2005-R de 15 de marzo señalaba que:

“...es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a todas las personas el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados por la Constitución, los tratados, convenios y convenciones suscritos y ratificados por el Estado como parte del bloque de constitucionalidad así como las leyes ordinarias”.

De manera que a partir de la citada jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional boliviano, que por mandato del art. 44 de la LTC tiene carácter obligatorio y vinculante,⁷⁰³ en el Sistema Constitucional Boliviano, las Declaraciones, Tratados, Convenciones o Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos forman parte del bloque de la constitucionalidad; por lo que constituyen un parámetro del juicio de constitucionalidad en el control que ejerce el máximo guardián de la Constitución.

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha integrado al catálogo de los derechos fundamentales muchos derechos que en apariencia no estaban expresamente consagrados, realizando para ello la interpretación integradora aplicando los principios de interpretación de derechos humanos, de manera que ha extraído de las normas implícitas de la Constitución derechos fundamentales; así, por ejemplo, el derecho de acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva, que se encuentra implícitamente consagrado por el art. 16 de la Constitución y deriva del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los que nos referiremos detalladamente más adelante.

Ahora bien, como es lógico la posición de activismo asumida por el Tribunal Constitucional boliviano no dejó indiferentes a los demás poderes del Estado. Siendo la situación más tensa las relaciones con la Corte Suprema de Justicia máxima instancia del Poder Judicial boliviano a la hora de aplicar la justicia ordinaria.

En este sentido una de las líneas de activismo judicial más claras y más consecuentes del Tribunal Constitucional boliviano fue la adhesión del

⁷⁰³ Respecto al carácter vinculante de las sentencias constitucionales en Bolivia como ya establecimos en el Capítulo anterior para algunos constitucionalistas como René BALDIVIESO GUZMÁN "*Ley del Tribunal Constitucional...*" op. cit., 71-78. el art. 44 de la LTC es la nota más característica dentro de la actividad jurisdiccional del Tribunal, pues el texto de esta norma en su párrafo I, establece el carácter vinculante de sus resoluciones, una cuestión que ha generado críticas adversas de los propios órganos que componen el Poder Judicial, en sus niveles jerárquicos hasta el punto de que se promovió, en su momento la modificación de este artículo y se intentó reducir su alcance a las acciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, a día de hoy el citado artículo mantiene su texto original.

órgano constitucional a la tesis permisiva respecto a la procedencia del amparo constitucional contra las decisiones judiciales con calidad de cosa juzgada, pues a partir de esa posición el Tribunal Constitucional anuló decisiones judiciales principalmente a través del amparo constitucional, concediendo tutela a alguna de las partes que intervinieron en un proceso ordinario, por la grave vulneración a sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, entre ellos, principalmente el derecho al debido proceso.

Destaca José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁷⁰⁴ que las tensiones se fueron acentuando en la medida en que el Tribunal Constitucional fue generando jurisprudencia constitucional y, a través de ella, precedentes obligatorios con fuerza vinculante tanto horizontal como vertical, de manera que, mediante sus sentencias constitucionales, fue anulando decisiones judiciales aplicando sus precedentes; además, fue exigiendo el cumplimiento y aplicación de los precedentes por los tribunales judiciales de la jurisdicción ordinaria.

VI.1.2. El Recurso de Amparo Constitucional entre la Jurisdicción Constitucional y la Ordinaria. Un debate sobre la cosa juzgada.-

Para abordar este punto es necesario recordar que como señalamos en páginas anteriores el amparo constitucional en Bolivia al igual que en España es competencia tanto de la judicatura ordinaria como del Tribunal Constitucional; y es justamente esta doble jurisdicción la que ha generado el problema relativo a que debe ser la jurisdicción constitucional, como justicia constitucional orgánicamente distinta la que tramite el recurso de amparo constitucional⁷⁰⁵. En este entendido en

⁷⁰⁴ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Temas de Derecho Procesal Constitucional*”, Editorial Kipus, 2007, p. 183.

⁷⁰⁵ Este tema ya fue ampliamente abordado a lo largo de toda nuestra investigación y esta muy ligado a las fricciones que ha ocasionado entre la judicatura ordinaria y constitucional la tramitación del recurso de amparo. Sin embargo, a mayor abundamiento, es muy interesante el estudio realizado por Pedro CRUZ VILLALÓN en sentido de que mucho se ha especulado acerca de que el recurso de amparo es una mezcla inacabada de jurisdicciones. Así para algunos pertenece a una jurisdicción de normas, para otros a una

Bolivia el garante de los derechos fundamentales, al igual que el de los derechos e intereses legítimos, es también, ante todo, el juez ordinario predeterminado por la ley, a través de los procedimientos tutelares previstos en la Constitución, entre los que destaca el amparo ordinario. En la medida en que funcionalmente la justicia constitucional boliviana cuando se trata del control de la constitucionalidad de los derechos fundamentales responde a un modelo no concentrado, sino difuso. Por otra parte, esta justicia constitucional difusa de derechos fundamentales es, con arreglo a nuestra Constitución, la única exigida sin excepción alguna.

A pesar de ello, como ya vimos en páginas anteriores, mucho se ha discutido sobre la naturaleza del órgano constitucional, en especial sobre si es o no un órgano jurisdiccional en sentido estricto, aunque la polémica sólo tangencialmente afecta a nuestra investigación; parece oportuno citar a Vicente GIMENO SENDRA⁷⁰⁶ cuando señala que lo esencial para la configuración jurídica de un órgano es la función que desarrolla y la función que desarrolla el Tribunal Constitucional es típicamente jurisdiccional⁷⁰⁷. Lo cual, a su criterio, no impide sostener que también ejerza una función política principalmente cuando realiza el control de constitucionalidad mediante los procedimientos de inconstitucionalidad. Sin embargo, como bien señala Antonio CARRETERO PÉREZ⁷⁰⁸ el Tribunal Constitucional en su condición de

jurisdicción de conflictos o para algunos a una jurisdicción de derechos. Para el citado constitucionalista está claro que el problema fundamental no consiste en determinar estos aspectos sino más bien en admitir la inacabada construcción teórica del recurso de amparo español. CRUZ VILLALÓN P., “*Sobre el Amparo*”, op. cit., p. 11.

⁷⁰⁶ GIMENO SENDRA V., “*Fundamentos de Derecho Procesal*”, Madrid, 1982, p. 99.

⁷⁰⁷ La naturaleza jurisdiccional de la actividad del Tribunal Constitucional es defendida por varios constitucionalistas, entre muchos: PÉREZ GORDO Alfonso., “*El Tribunal Constitucional y sus funciones*”, Barcelona, 1982, p. 127; ALMAGRO NOSETE José, “*Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución*”, en la obra colectiva, “*Lecturas sobre la Constitución española*”, Madrid, 1978, p. 332; CARRETERO PÉREZ Antonio, “*El Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas*”, en el Tribunal Constitucional, Instituto de Estudios Fiscales I, Madrid, 1981, p. 614.

⁷⁰⁸ CARRETERO PÉREZ A., “*El Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas*”, op. cit., p. 615.

intérprete supremo de la Constitución debe interpretar el significado de las normas constitucionales y no le está permitido invadir el ámbito de atribuciones de ningún otro Poder del Estado.

Por otro lado, es cierto también que en ocasiones el Tribunal Constitucional, al realizar esta labor de interpretación, define el sentido y el contenido de la norma o de un concepto básico constitucional, con lo que de alguna manera, como dice Faustino CORDÓN MORENO⁷⁰⁹ es el órgano constitucional y no el legislador constituyente, quien en definitiva establece el significado de la norma o el precepto constitucional cuestionado. Pero esto como bien dice el citado autor, también lo hacen, en su ámbito, los jueces y tribunales ordinarios integrantes del Poder Judicial y nadie discute su naturaleza de órganos jurisdiccionales.

En este sentido afirma Vicente GIMENO SENDRA⁷¹⁰ que la función que ejerce el Tribunal Constitucional cuando conoce de un recurso de amparo, es claramente jurisdiccional ya que si damos por válida la idea de que la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas es una función compartida por los órganos de la jurisdicción ordinaria y por el Tribunal Constitucional, se debe concluir que en estos casos el Tribunal Constitucional desempeña una verdadera función jurisdiccional, ya que como dice Faustino CORDÓN MORENO⁷¹¹ sería absurdo pensar que los Tribunales ordinarios ejercen una función política al tutelar los derechos fundamentales.

Ahora bien, la pacífica noción del amparo constitucional como mecanismo procesal de tutela destinado únicamente a la protección de los derechos fundamentales, encontró un problema en la legislación

⁷⁰⁹ CORDON MORENO F., “*El Proceso de Amparo Constitucional*”, La Ley, Madrid, 1992, p. 12.

⁷¹⁰ GIMENO SENDRA V., “*Fundamentos de Derecho Procesal*”, op. cit., p. 89.

⁷¹¹ CORDON MORENO F., “*El Proceso de Amparo Constitucional*”, op. cit., p. 13.

boliviana, a la hora de interpretar el art. 116.III de la CPE de 1994 que establecía:

“La facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contenciosa-administrativa y la de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional.”

Siendo la redacción del art. 179.I del nuevo texto constitucional similar.

“La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces;...”

A pesar de la redacción aparentemente clara del citado art. 116.III de la CPE de 1994 la interpretación de esta norma constitucional ocasionó una serie de problemas entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional a la hora de sustanciar amparos sobre sentencias con calidad de cosa juzgada. Por ello el Tribunal Constitucional basaba sus actuaciones en el principio de la concepción de Constitución normativa y la idea de supremacía constitucional que es donde se configuran los órganos constitucionales con la finalidad de resguardar la integridad de la Constitución, verificando la compatibilidad o simetría que debe tener el resto del ordenamiento jurídico con las normas, valores y principios establecidos en la Ley Fundamental. Por ello, a partir de la creación de los Tribunales y Salas constitucionales, la potestad jurisdiccional del Estado, podría diferenciarse en jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional.

En coherencia con lo antes expuesto, el Tribunal Constitucional interpretó el art. 116.III de la CPE de 1994 en la SC. 85/2006-R aprovechando el criterio sentado hasta la fecha por la jurisprudencia constitucional de la siguiente manera:

“...el art. 116. III de la CPE establece que la “Facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contenciosa-administrativa...corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional”. A su vez, el párrafo IV del mismo precepto constitucional establece que: “El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional”.

De lo señalado resulta congruente afirmar que es atribución del Tribunal Constitucional interpretar la Constitución, y de la jurisdicción común, interpretar el resto del ordenamiento jurídico; o lo que es lo mismo, la legalidad infraconstitucional u ordinaria.”

Lo cual no implica que la labor interpretativa de la legalidad ordinaria no está sujeta al control constitucional, pues, dada la fuerza expansiva de la Constitución, a la jurisdicción constitucional le compete vía amparo, el examen de los motivos y los argumentos en que la jurisdicción común funda su decisión, destinada a comprobar, en los supuestos en que tal labor interpretativa haya sido impugnada por motivación insuficiente, arbitraria o carente de razonabilidad, o en disconformidad con una interpretación conforme a la Constitución; anulando en su caso la decisión, cuando se constate que la misma ha violado algún derecho fundamental o garantía constitucional.

De ahí que, en coherencia con lo precedentemente señalado el Tribunal Constitucional en la SC. 1846/2004-R, de 30 de noviembre, estableció que:

“...corresponde a la justicia constitucional verificar si en esa labor interpretativa no se han quebrantado los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos, los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; principios a los que se hallan vinculados todos los operadores jurídicos de la nación; dado que compete a la jurisdicción constitucional otorgar la protección requerida, a través de las

acciones de tutela establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución, ante violaciones a los derechos y garantías constitucionales, ocasionadas por una interpretación que tenga su origen en la jurisdicción ordinaria, que vulnere principios y valores constitucionales.

Esto significa que los órganos de la jurisdicción ordinaria deben sujetar su labor interpretativa a las reglas admitidas por el derecho, con plena vigencia en el derecho positivo, que exige que tal labor se la realice partiendo de una 'interpretación al tenor de la norma (interpretación gramatical), con base en el contexto (interpretación sistemática), con base en su finalidad (interpretación teleológica) y los estudios preparatorios de la ley y la historia de formación de la ley (interpretación histórica).

Las reglas de la interpretación aludidas, operan como barreras de contención o controles, destinadas a precautelar que a través de una interpretación defectuosa o arbitraria, se quebranten los principios constitucionales aludidos; de modo que debe ser previsible, tanto en relación a los medios empleados cuanto en relación al resultado alcanzado; pues la interpretación de una norma no puede conducir a la creación de una norma distinta de la interpretada. En este orden, conviene precisar que la interpretación sistemática o contextualizada, puede extenderse, según los casos, al artículo del cual forma parte el párrafo o inciso analizado; al capítulo o título al que pertenece; al sector del ordenamiento con el que se vincula o pertenece; o al ordenamiento en su conjunto; y finalmente, de manera inexcusable, con las normas, principios y valores de la Constitución, dado que de todas las interpretaciones posibles que admita una norma, debe prevalecer siempre aquella que mejor concuerde con la Constitución”.

Conforme a ese razonamiento, la SC 1917/2004-R, de 13 de diciembre, en su Fj. III.2, estableció que:

“...la interpretación de la legislación ordinaria corresponde a la jurisdicción común y a la jurisdicción constitucional le compete verificar si en la labor interpretativa se cumplieron los requisitos de la

interpretación admitidos por el derecho y si a través de ese proceso interpretativo arbitrario se lesionó algún derecho fundamental”.

Añadiendo que:

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

Consecuentemente, entiende el Tribunal Constitucional boliviano, que si bien la interpretación de la legalidad ordinaria corresponde a las autoridades judiciales y administrativas es competencia de la jurisdicción constitucional, en los casos en que se impugne tal labor como arbitraria, insuficientemente motivada o con error evidente, el estudio, dentro de las acciones de tutela, de la decisión impugnada, a los efectos de comprobar si la argumentación jurídica en la que se funda la misma es razonable desde la perspectiva constitucional; razonamiento que debe ajustarse siempre a una interpretación conforme a la Constitución porque lo contrario implicaría una lesión evidente de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

En base a la interpretación jurisprudencial señalada, la SC 718/2005-R, de 28 de junio estableció que:

“...para que el Tribunal cumpla su labor de revisión de la interpretación de la legalidad ordinaria, es necesario que: “...la parte procesal, que se considera agraviada con los resultados de la interpretación porque lesionan sus derechos fundamentales, exprese

de manera adecuada y precisa los fundamentos jurídicos que sustenten su posición, fundamentos en los que deberá exponer con claridad y precisión los principios o criterios interpretativos que no fueron cumplidos o fueron desconocidos por el juez o tribunal que realizó la interpretación y consiguiente aplicación de la norma interpretada; asimismo, exponer qué principios fundamentales o valores supremos no fueron tomados en cuenta o fueron desconocidos por el intérprete al momento de desarrollar la labor interpretativa y asumir la decisión impugnada; pues resulta insuficiente la mera relación de hechos o la sola enumeración de las normas legales supuestamente infringidas; porque sólo en la medida en que el recurrente expresa adecuada y suficientemente sus fundamentos jurídicos la jurisdicción constitucional podrá realizar la labor de contrastación entre la interpretación legal realizada por la jurisdicción ordinaria y los fundamentos que sustentan la interpretación y las conclusiones a las que arribó, con los fundamentos y pretensiones expuestos por el recurrente del amparo constitucional.

Conforme a ello, y atendiendo a que la jurisdicción constitucional sólo puede analizar la interpretación efectuada por los jueces y tribunales ordinarios cuando se impugna tal labor como irrazonable, es necesario que el recurrente, en su recurso, a tiempo de cuestionar la interpretación de la legalidad ordinaria: 1. Explique por qué la labor interpretativa impugnada resulta insuficientemente motivada, arbitraria, incongruente, absurda o ilógica o con error evidente, identificando, en su caso, las reglas de interpretación que fueron omitidas por el órgano judicial o administrativo, y 2. Precise los derechos o garantías constitucionales que fueron lesionados por el intérprete, estableciendo el nexo de causalidad entre éstos y la interpretación impugnada; dado que sólo de esta manera la problemática planteada por el recurrente, tendrá relevancia constitucional.”.

Este criterio jurisprudencial se mantuvo en vigencia hasta las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional boliviano, pudiendo mencionar al respecto las SS.CC. 0107/2006-R de 25 de enero, 0769/2007-R de 27 de septiembre, 0779/2007-R de 2 de octubre,

0841/2207-R de 11 de diciembre y 0865/2007-R de 12 diciembre de 2007, entre otras.

A pesar de la claridad meridiana de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional los problemas se incrementaron en cuanto a la cuestión de los efectos sobre el litigio de fondo de una sentencia de amparo estimatoria⁷¹² puesto que en opinión de los miembros de la Corte Suprema de Justicia boliviana como consecuencia de la prohibición establecida en el citado art. 116.III de la CPE de 1994, el Tribunal Constitucional al conocer el amparo debe asumir una función meramente revisora o casacional y, por tanto debiera devolver la causa al Tribunal de origen sólo cuando, junto a la invocada violación de un derecho fundamental hayan además pretensiones conexas de legalidad ordinaria. Con lo que como dice Luis María DIEZ PICAZO⁷¹³ por un lado, queda en evidencia la dificultad para separar la protección de los derechos fundamentales y la legalidad ordinaria y por otro se demuestra los problemas que ha generado en todas las jurisdicciones constitucionales la interpretación del carácter subsidiario del recurso de amparo. Sin embargo, en el caso de Bolivia, como señalamos antes, se produce un problema aún mayor que en otras jurisdicciones, porque se da el hecho de que el Tribunal Constitucional es parte del Poder Judicial pero su

⁷¹² Ya que en estos casos el Tribunal Constitucional suele adoptar una de estas tres alternativas: a) anular el acto impugnado y devolver la causa al órgano judicial *a quo*, para que éste resuelva de nuevo de conformidad con lo dispuesto, en materia de derechos fundamentales, por la sentencia de amparo; b) anular el acto impugnado y resolver definitivamente sobre el fondo del asunto, y c) limitarse a anular el acto impugnado. Un ejemplo extremo de todo ello puede encontrarse en la STC 82/1990, del Tribunal Constitucional español que aborda el tema de la igualdad en la aplicación judicial de la ley.

⁷¹³ DIEZ PICAZO L.M^a, “*Sistema de Derechos Fundamentales*”, op. cit., p. 23. Sobre el tema, como es lógico se han pronunciado la mayoría de constitucionalistas españoles, entre ellos, RUBIO LLORENTE F., señala que la subsidiariedad del amparo tiene su origen en la Doctrina, pues en su opinión tal característica no figura ni en la Constitución ni en la Ley. A su criterio surge espontáneamente en España o su incorporación se debe a la influencia de la Doctrina alemana. De igual forma, JIMÉNEZ CAMPO J., *Derechos Fundamentales Concepto y Garantía*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, 114 y sgtes. Es inequívoco el fundamento constitucional del principio constitucional del recurso de amparo constitucional español. Al respecto con el afán de suscitar mayores controversias PÉREZ TREMPES P., “*La Reforma del Recurso de Amparo*”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, 191. Señala que en todo caso resulta más pacífico que la configuración del recurso de amparo como remedio subsidiario es la solución más funcional en un ordenamiento como el español, y su conveniencia no resulta cuestionada.

misión, finalidad y atribuciones son diferentes a las otorgadas a los órganos de justicia ordinaria.

Porque el Tribunal Constitucional es el máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, su misión consiste en preservar y defender el sistema constitucional boliviano garantizando la primacía de la Constitución, la vigencia plena y el goce efectivo de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, y el respeto de la distribución de poderes o separación de funciones. En cambio la Corte Suprema de Justicia, es el máximo tribunal de justicia ordinaria y por lo mismo el máximo intérprete de la legislación ordinaria; su misión es la de preservar el orden de legalidad, conociendo y resolviendo en grado de casación los procesos ordinarios en materia civil, penal, laboral, social, familiar, minero y administrativo, así como el de conocer y resolver los procesos contencioso administrativos.

Por ello ha de quedar claro que el Tribunal Constitucional, como bien dice René BALDIVIESO GUZMÁN,⁷¹⁴ no fue creado para hacer frente a la Corte Suprema de Justicia, fue creado con la misión de ser el guardián de la Constitución y protector de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Ahora bien, decíamos que el mayor conflicto entre ambas jurisdicciones se produjo cuando el Tribunal Constitucional declaró procedente un recurso de amparo mediante el cual dejó sin efecto una sentencia de la Corte Suprema de Justicia adhiriéndose de esta forma a la Tesis Permisiva de revisión de la cosa juzgada a través del amparo constitucional⁷¹⁵; ya que hasta la instauración del Tribunal

⁷¹⁴ BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Derecho Procesal Constitucional...*”, op. cit., p. 34.

⁷¹⁵ En Bolivia, este tema no fue abordado en el pasado, por las siguientes razones desarrolladas por el constitucionalista **a)** el amparo fue incorporado al Sistema Constitucional Boliviano recién en la reforma constitucional de 1967; **b)** el legislador no emitió una ley orgánica del recurso de amparo constitucional; **c)** dada la proscripción de la Constitución por los regímenes de facto, sumado al desconocimiento de la institución entre los años de 1967 a 1982 el recurso de amparo fue poco empleado. RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “*Jurisdicción Constitucional, Procesos Constitucionales en Bolivia*”, op.cit. p. 388.

Constitucional en Bolivia el órgano encargado del control de constitucionalidad y en consecuencia de la tramitación del recurso de amparo era la Corte Suprema de Justicia que había adoptado la Tesis Negativa de procedencia del recurso de amparo constitucional contra sentencias judiciales con calidad de cosa juzgada. Basaba su posición inicialmente en el hecho de que el principio de cosa juzgada le da el sello de firmeza y certeza a la decisión judicial impidiendo su posterior revisión por la vía del recurso de amparo constitucional; se señalaba al respecto que una revisión de la decisión judicial, vía amparo, lesionaba la seguridad jurídica de las partes litigantes y posteriormente se apoyaban en el fundamento de que la cosa juzgada constituye un límite al alcance del recurso de amparo constitucional en la tutela de derechos fundamentales y garantías constitucionales pues, de lo contrario, el amparo constitucional se convertiría en una cuarta instancia en los procesos judiciales.

Se puede observar que los fundamentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia boliviana carecían de cimientos sólidos para sustentar su posición; ya que, si bien excede el marco de esta investigación abordar el instituto procesal de la cosa juzgada debemos señalar que la misma no es un derecho fundamental sino un principio procesal que tiene su fundamento en la Ley ordinaria y si bien su finalidad es la de imprimir un carácter definitivo e inmutable a los fallos judiciales, ese carácter se adquiere cuando la decisión judicial se ajusta a las normas previstas en la Constitución. Así pues, defendemos que no es correcto señalar que la procedencia del amparo contra una decisión judicial ejecutoriada es violatoria de la Ley procesal, ya que el control de constitucionalidad que se ejerce vía amparo constitucional tiene como base la Constitución Política del Estado, y en mérito al principio de jerarquía normativa la ley procesal debe subordinarse a la Constitución y no a la inversa. Un criterio contrario al referido colocaría a los jueces y tribunales por encima de la Ley Fundamental convirtiéndolos en un poder sin control, lo cual es inadmisibles en un Estado democrático constitucional. Porque,

como advierte José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁷¹⁶ en la práctica, la sentencia judicial prevalecería sobre la Constitución no obstante su incompatibilidad; en cuyo caso la Constitución límite supremo frente a las sentencias, dejaría de ser la Ley Fundamental del ordenamiento jurídico del Estado y las sentencias y sus autores, los jueces, carecerían de límites y de los correspondientes controles⁷¹⁷.

Por otra parte, es la propia Ley Fundamental, tanto en los arts. 6.II, 34, 35, 228 y 229 de la Constitución de 1994, así como a través de los arts. 13, 14.III, 110.I y 410 del nuevo texto constitucional la que impone como límite a los órganos del poder público el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas. Por lo que no sería coherente pensar que los jueces y tribunales de justicia están exentos de esos límites impuestos por la Constitución, más aún en aquéllos casos en los cuales mediante sus sentencias vulneren franca y abiertamente el sistema de valores supremos y los derechos fundamentales o garantías constitucionales de las partes que intervienen en un proceso.

En ese orden de cosas, debemos señalar que la posición del Tribunal Constitucional fue muy clara al respecto; no otra cosa se entiende al observar que la primera sentencia mediante la cual el Tribunal abordó el problema de la cosa juzgada y adoptó jurisprudencialmente la Tesis Permisiva de revisión de la misma fue en el mismo año de inicio de sus actividades jurisdiccionales mediante AC 111/99-R en el cual estableció que:

⁷¹⁶ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A. “*El Tribunal Constitucional en el nuevo...*”, op. cit., p. 44-45.

⁷¹⁷ En igual sentido se manifiesta Eduardo CIFUENTES cuando opina que la no cuestionabilidad de las sentencias judiciales, así ellas eventualmente violen la Constitución, significa que los límites que ésta impone pueden ser ignorados por los jueces, dado que por definición no se podrá ventilar a través de un proceso de constitucionalidad la conducta de la que se deriven dichas consecuencias. CIFUENTES MUÑOZ, E. “*Tutela contra Sentencias (El Caso Colombiano)*”; en el Trabajo Colectivo “*Corte Suprema y Tribunal Constitucional. Competencias y Relaciones*,” Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca-Chile, 1998, p. 155.

“... cuando una resolución ilegal y arbitraria, afecta al contenido normal de un derecho fundamental (el de propiedad en este caso), no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta "cosa juzgada"; en cuyo caso inexcusablemente se abre el ámbito de protección del Amparo Constitucional; consagrado por el Art. 19 de la Constitución Política del Estado”.

Si bien en la referida Sentencia el Tribunal no definió qué derechos o qué garantías y en qué casos la vía del amparo era la idónea para tutelar este tipo de ilegalidades, en su abundante jurisprudencia el Tribunal poco a poco fue analizando y fundamentando su posición, es así que la SC 131/00-R de 16 de febrero de 2000, preciso que:

“...las resoluciones dictadas sin jurisdicción ni competencia no causan estado”.

Posteriormente la citada línea jurisprudencial fue concretándose, así la SC 970/01-R de 12 de septiembre de 2001, estableció que:

*“...el argumento de existir cosa juzgada, no es valedero puesto que cuando una resolución ilegal y arbitraria afecta el contenido normal de un derecho fundamental, no se puede sustentar la ilegalidad bajo una supuesta cosa juzgada, **en cuyo caso inexcusablemente se abre el ámbito de protección del Amparo Constitucional consagrado por el art. 19 de la Constitución Política del Estado**, instituido en su más amplio sentido y efectos, en resguardo de los derechos y garantías de la persona reconocidos por la Constitución y las Leyes, **contra actos ilegales u omisiones indebidas de funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir esos derechos, siempre que no haya otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los mismos, por lo que el caso se encuentra dentro de las previsiones del citado art. 19 de la Constitución Política del Estado**”.* (Las negrillas son nuestras).

En el mismo sentido la SC 1346/01-R de 18 de diciembre de 2001 estableció que:

“la cosa juzgada regulada por los arts. 1318-3) 1319 del Código Civil y 515 del Código de Procedimiento Civil, importa la existencia de una sentencia firme, estable e inmutable; la decisión judicial es inimpugnable. Sin embargo, este Tribunal ha señalado a través de reiteradas Sentencias Constitucionales que, cuando una resolución ilegal y arbitraria, afecta al contenido normal de un derecho fundamental (el derecho a defensa, debido proceso y seguridad jurídica en este caso), no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta "cosa juzgada"; en cuyo caso inexcusablemente se abre el ámbito de protección del Amparo Constitucional; consagrado por el Art. 19 de la Constitución Política del Estado.”

Sin embargo el Tribunal Constitucional poco a poco fue delimitando el alcance de esta línea jurisprudencial estableciendo que en los casos en que se alega vulneración de algún derecho y/o garantía fundamental, las partes deben acreditar esta vulneración, así la SC 1330/2003-R de 16 de septiembre de 2003 señaló que:

“Resulta imprescindible aclarar al Juez recurrido que si bien la jurisprudencia sentada por este Tribunal ha establecido que “cuando una resolución ilegal y arbitraria afecta el contenido normal de un derecho fundamental, no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta “cosa juzgada” (SSCC 111/99-R, 1446/2002-R, 378/2003-R, 572/2003-R, 739/2003-R, 875/2003-R y muchas otras), no es menos cierto que la ilegalidad de tal cosa juzgada debe ser evidente e indiscutiblemente demostrada como vulneración de derechos y garantías fundamentales de la persona, lo que no ha ocurrido en la especie ...” (Las negrillas son nuestras)

De las sentencias anotadas se puede deducir que todas ellas mantuvieron la misma línea jurisprudencial a lo largo del tiempo, reafirmando la Tesis Permisiva del Tribunal Constitucional sobre la revisión de la cosa

juzgada a través del amparo. Sin embargo, ante la masiva interposición de este recurso, con la intención de dilatar el proceso principal, el Tribunal Constitucional boliviano decidió regular de una forma más estrecha la posibilidad de revisar las sentencias con calidad de cosa juzgada; así, entre otras, la SC 1620/2003- R de 11 de noviembre, señaló que:

“(...) con relación a la garantía del debido proceso frente a actos procesales que pudiesen causar indefensión en el procesado, no toda irregularidad procedimental, (...) tiene relevancia constitucional, de manera que no puede considerarse como una lesión al derecho al debido proceso, menos puede calificarse como actos u omisiones que causen indefensión material; por lo mismo no puede activarse el amparo constitucional ante situaciones de meros errores procedimentales que bien, pueden ser corregidos en la misma vía (...)”.

Esta doctrina quedó finalmente asentada en la SC 1764/2004-R de 9 de noviembre que estableció los parámetros dentro de los cuales el recurso de amparo constitucional sería la vía adecuada para la revisión de procesos judiciales que ostenten la calidad de cosa juzgada, de la siguiente manera:

“... deberá activarse la acción del amparo constitucional, para otorgar tutela y disponer se subsanen los defectos procedimentales, sólo cuando concurren necesariamente los siguientes supuestos jurídicos: a) cuando el error o defecto procedimental en el que incurra el Juez o Tribunal, provoque una lesión evidente del derecho al debido proceso en cualquiera de sus elementos constitutivos; b) los errores o defectos procedimentales ocasionen una indefensión material en una de las partes que intervienen en el proceso judicial, impidiéndole toda posibilidad de que pueda hacer valer sus pretensiones, alegando, contrastando o probando; y c) esas lesiones tengan relevancia constitucional, es decir, que esa infracción procedimental dé lugar a que la decisión impugnada tenga diferente resultado al que se hubiera dado de no haberse incurrido en los errores o defectos denunciados.”

Esta línea jurisprudencial se siguió manteniendo, entre otras, en la SC. 0995/2004-R de 29 de junio que señaló:

“... los errores o defectos de procedimiento que materialmente no lesionan derechos y garantías fundamentales no tienen relevancia y por lo mismo, no son susceptibles de corrección por la vía del amparo, a menos que concurran necesariamente, los presupuestos jurídicos que se detallan a continuación: a) cuando el error o defecto procedimental en el que incurra el juez o tribunal, provoque una lesión evidente del debido proceso en cualquiera de sus elementos constitutivos; b) los errores o defectos procedimentales que ocasionan una indefensión material en una de las partes que interviene en el proceso judicial, impidiéndole toda posibilidad de que pueda hacer valer sus pretensiones, alegando, contrastando o probando; y c) esas lesiones tengan relevancia constitucional, es decir, que esa infracción procedimental de lugar a que la decisión impugnada tenga diferente resultado al que se hubiera dado de no haberse incurrido en los errores o defectos denunciados”.

En sentido similar, la SC. 1262/2004-R de 10 de agosto, estableció que los errores o defectos de procedimiento adquieren relevancia constitucional cuando:

“provoquen indefensión material a la parte procesal que los denuncia y sea determinante para la decisión judicial adoptada en el proceso judicial, de manera tal que de no haberse producido dicho defecto el resultado sería otro; pues no tendría sentido jurídico alguno conceder la tutela y disponer se subsanen dichos defectos procedimentales, cuando al final de ellos se arribará a los mismos resultados a los que ya se arribó mediante la decisión objetada por los errores procesales, pues en este último caso se produciría un resultado adverso al sentido y esencia de la garantía al derecho del debido proceso, ya que simplemente demoraría la sustanciación del proceso judicial para llegar al mismo resultado”.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional dejó claramente establecido que no se trata de que toda irregularidad cometida dentro de un proceso dé lugar a la procedencia del amparo contra sentencias con calidad de cosa juzgada porque si bien es frecuente que se produzcan irregularidades, ellas se corrigen dentro del propio proceso y, en su caso, algunas no afectan al resultado del mismo. Entonces, sólo deberá acudir a la vía del amparo para corregir aquellas irregularidades muy graves que afecten el resultado del proceso y no exista otra forma para corregirlas que no sea la vía constitucional. Ello significa que cuando se denuncie la vulneración del debido proceso, deberá activarse el amparo constitucional si con las irregularidades procesales se ha ocasionado una indefensión material de la parte que invoca el derecho, pues habrá de tener en cuenta que no todo error procedimental provoca indefensión, por lo mismo, no todo vicio procesal tiene relevancia constitucional.

En consecuencia, la vía tutelar sólo se activará cuando los vicios o errores procesales denunciados tengan relevancia constitucional ya que no tendría sentido tramitar un amparo constitucional para reabrir un proceso judicial que tenga como resultado final obtener la misma sentencia que la previamente impugnada⁷¹⁸.

⁷¹⁸ Aunque este tema excede el objeto de la presente investigación nos parece preciso establecer si se quiere algunas similitudes entre el contenido de la referida sentencia constitucional boliviana y la modificación al recurso de amparo constitucional español, mediante Ley Orgánica de Reforma 6/2007 de 24 de mayo, en lo que concierne al art. 49 LOTC que viene dada por la incorporación en el numeral 1 del citado artículo de la frase: “*la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso*”. En este sentido concordamos con Francisco FERNÁNDEZ SEGADO cuando refiere que la exigencia de que, en el caso español, la demanda justifique la “especial trascendencia constitucional” del recurso, como requisito para que la misma pueda ser admitida a trámite, encierra el peligro de terminar convirtiéndose en un puro formalismo con efectos que pueden llegar a ser contraproducentes, pues si la Sección, o en su caso la Sala, se limitan, en aras de la brevedad del trámite, a atender a la apariencia de esa “especial trascendencia constitucional” en función de los términos de la fundamentación esbozada en la demanda puede perfectamente acontecer que una demanda que tenga especial relevancia constitucional sea rechazada *a limine* de resultas de la deficiente fundamentación de tal trascendencia constitucional, lo que iría frontalmente en contra de la pretendida objetivación del amparo. FERNÁNDEZ SEGADO F., “*La Reforma del Régimen...*”, op. cit., p. 93-94. Ahora bien, tanto en el caso boliviano como en el español esta especial trascendencia constitucional parece estar marcada únicamente por el carácter objetivo del recurso de amparo, dejando de lado la faceta subjetiva del mismo. En igual sintonía, Pablo GARCÍA MANZANO⁷¹⁸ cuando comentaba el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Reforma del Tribunal Constitucional apuntaba a que si la modificación se orientaba a una disminución del número de recursos de amparo y a una más expeditiva decisión sobre su inadmisión *a limine*, no parece que la fórmula introducida en el inciso final del art. 49.1 LOTC conduzca, con eficacia, a dichos propósitos. Para el autor la exigencia de que la demanda justifique “la especial trascendencia constitucional” del recurso desvía el problema de fondo hacia el terreno de un requisito formal: los demandantes de amparo incorporarán a su escrito un apartado en el que

VI.1.3. El debido proceso en el activismo de la jurisprudencia constitucional.

Para abordar este punto es necesario recordar que la Constitución boliviana de 1994 contenía un catálogo reducido de derechos fundamentales, toda vez que solamente había consagrado una parte de los derechos civiles y políticos, así como otra parte de los derechos económicos, sociales y culturales y ninguno de los derechos colectivos estaba reconocido en dicho catálogo. Partiendo de esa realidad y tomando como premisa esencial el que los derechos humanos sean protegidos por el Estado, el Tribunal Constitucional integró al bloque de la constitucionalidad las Declaraciones, Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos a los que se había adherido y ratificado el Estado Boliviano, a través de la cláusula abierta prevista en el art. 35 de la Constitución de 1994, que ya tuvimos oportunidad de analizar anteriormente.

Hacemos esta precisión porque, fue justamente a la hora de tutelar el derecho al debido proceso que el Tribunal Constitucional aplicó una de sus líneas de activismo judicial más importantes para la justicia boliviana, principalmente por dos razones: la primera referente al hecho de que la Constitución de 1994 a la hora de abordar el debido proceso restringía su alcance solamente a algunos de sus elementos constitutivos; por ejemplo, no establecía ni en el catálogo restringido, ni en el resto del texto constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva y la segunda que a partir del 31 de mayo de 1999 se promulgó en Bolivia la Ley 1970 del Nuevo Código de Procedimiento Penal boliviano (NCP) modificándose esencialmente el entonces sistema penal inquisidor por el nuevo sistema penal acusatorio que dio un giro de ciento ochenta grados no sólo al procedimiento penal boliviano sino a la noción de debido proceso que se tenía hasta entonces en Bolivia. Sobre este último aspecto cabe aclarar que el Tribunal Constitucional desarrolló ampliamente el

invocarán, y alegarán, donde concurre en su caso dicha especial trascendencia constitucional. GARCÍA MANZANO P., *La Reforma de la Justicia Constitucional*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 102. Aunque, como dijimos excede a los límites de la presente investigación un análisis de las modificaciones a la tramitación del recurso de amparo en España, sobre este tema se puede consultar BALAGUER CALLEJÓN F., “*La Nueva Ley Orgánica...*”, op. cit.

contenido del derecho a la libertad mediante otra garantía reconocida por la Constitución de 1994 como es el recurso de Hábeas Corpus⁷¹⁹, por lo que analizar los derechos fundamentales desarrollados mediante este instrumento excedería el objeto de nuestra investigación. Sin embargo, por la importancia que tuvo en Bolivia el cambio de sistema procesal penal, abordaremos el tema de manera sucinta.

Para lo cual diremos que el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia desarrolló una amplia línea jurisprudencial con relación al derecho al debido proceso, partiendo por establecer su marco conceptual, sus alcances, su ámbito de aplicación y los elementos que lo integran. A ese efecto el Tribunal Constitucional interpretó la norma prevista por el entonces art. 16⁷²⁰ de la Constitución de 1994⁷²¹, en concordancia con las normas del Derecho Internacional; Así el art. 10 de la Declaración de los Derechos Humanos, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

⁷¹⁹ La nueva Constitución reconoce este instrumento con el nombre de acción de libertad en sus arts. 125 al 127.

⁷²⁰ Art. 16 de la CPE.94:

“I. Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad.

II. El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable.

III. Desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derechos a ser asistidos por un defensor.

IV. Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado.”

⁷²¹ Cabe aclarar que la actual Constitución boliviana al establecer el debido proceso toma en cuenta en su mayoría la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional estableciendo las garantías desarrolladas jurisprudencialmente en su articulado. Así con carácter general el parágrafo segundo del Art. 115 de la Constitución Política establece que el Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

Por otra parte y como una garantía aplicable al proceso penal, administrativo sancionador y disciplinario se tiene que por disposición del Art. 117. I., ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso.

El debido proceso se configura también al interior de la Constitución como un principio procesal; lo afirmado responde a lo establecido en el Art. 180. I mismo que indica que la jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales -entre otros- el debido proceso.

En ese orden de ideas el Tribunal Constitucional desde el inicio de sus actividades jurisdiccionales se preocupó de desarrollar la garantía constitucional prevista en el entonces art. 16 de la Constitución de 1994. Así la SC. 369/99-R de 26 de noviembre fue la primera que se ocupó del tema, estableciendo:

“Que el debido proceso exige que los litigantes tengan el beneficio de un juicio imparcial ante los tribunales y que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar, es decir, implica el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo.”

Posteriormente, desarrolló el concepto de debido proceso, estableciendo en la SC. 418/2000-R de 2 de mayo que:

“...el debido proceso consiste en el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar.”

Luego, tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional boliviano mediante SC. 1276/2001-R de 5 de diciembre señaló:

“El debido proceso comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”.

Partiendo de ese marco conceptual, el Tribunal Constitucional ha establecido que la importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo, por lo que su finalidad no es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatéz, libre apreciación

de la prueba, los derechos fundamentales como el derecho a la defensa y a la igualdad. Así la SC. 222/2001-R de 22 de marzo señala:

"...el Debido Proceso de Ley, consagrado por el art. 16. IV constitucional, persigue evitar la imposición de una sanción sin el cumplimiento de un proceso previo, en el que se observen los Derechos y Garantías consagrados por la Constitución y las Leyes (...) en este contexto, la motivación de los autos y sentencias se constituyen en una de las exigencias básicas del Debido Proceso".

Lo anterior, a criterio de José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁷²² significa que la satisfacción del derecho al debido proceso no se agota en la mera activación de los mecanismos procesales, sino en la creación y concesión de las garantías materiales para que la persona sometida a un proceso judicial, administrativo o disciplinario en el que deba determinarse su derecho, obligación o responsabilidad tenga la posibilidad de defender sus intereses de manera controversial, es decir tenga la posibilidad de controvertir los fundamentos, las pruebas y pretensiones en igualdad de condiciones.

Con referencia al debido proceso y su aplicación en materia penal a la hora de aplicar el nuevo procedimiento penal boliviano el Tribunal Constitucional mediante SC. 1036/2002-R de 29 de agosto estableció que:

"La política criminal de un Estado se halla articulada, fundamentalmente, en los códigos: penal, procesal penal y de ejecución penal; los que en su conjunto conforman el sistema penal de un país. Por la pertinencia del caso, corresponde ahora, a los efectos interpretativos, desentrañar la tendencia político-criminal que subyace en la Ley 1970".

En este entendido, el Tribunal Constitucional señaló que en el transcurso del desarrollo cultural de la humanidad, se han conformado, de manera básica, dos tendencias para la aplicación concreta de la ley penal sustantiva; siendo la

⁷²² RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *"Temas de Derecho Procesal Constitucional"*, Editorial Kipus, Cochabamba, 2007, p. 177.

principal diferencia entre una y otra la finalidad que persiguen, estableciendo que:

“La primera tendencia se preocupa en lograr la mayor eficacia en la aplicación de la norma penal sustantiva, como medida político-criminal de lucha contra la delincuencia o, lo que es lo mismo, persigue que se materialice la coerción penal estatal con la mayor efectividad posible. Este modelo prioriza la eficacia de la acción penal estatal en desmedro del resguardo de los derechos y garantías individuales. Esta tendencia guarda compatibilidad con el llamado sistema inquisitivo.

La segunda tendencia, en sentido inverso, busca prioritariamente dotar al proceso penal de un sistema de garantías en resguardo de los derechos individuales, impidiendo con ello el uso arbitrario o desmedido de la coerción penal. Esta tendencia caracteriza al llamado proceso acusatorio. De lo expresado, resulta predecible que la aplicación pura de cualquiera de las dos tendencias, conduce a resultados previsiblemente insatisfactorios. Así, un modelo procesal penal que persiga la eficacia de la aplicación efectiva de la coerción penal en sacrificio de los derechos y garantías que resguardan la libertad y dignidad humana, sólo es concebible en un Estado autoritario. Del mismo modo, un modelo procesal de puras garantías convertiría a los preceptos penales en meras conminaciones abstractas sin posibilidad real de aplicación concreta, dado que la hipertrofia de las garantías neutralizaría la eficacia razonable que todo modelo procesal debe tener. De ahí que la tesis que propugna el equilibrio entre la búsqueda de la eficiencia y la salvaguarda de los derechos y garantías, se constituye en la síntesis que busca cumplir eficazmente las tareas de defensa social, sin abdicar del resguardo de los derechos y garantías del imputado; bajo esta concepción político-criminal han sido configurados los más recientes códigos procesales de nuestro entorno (República Dominicana: 1984, Costa Rica: 1996, Paraguay: 1998 y Bolivia: 1999, entre otros)”.

En la misma Sentencia el Tribunal Constitucional interpretó la forma de inicio del nuevo procedimiento penal; así como también la duración e

iniciación de la etapa preparatoria prevista en el nuevo Código Procesal boliviano⁷²³. De esta manera el Tribunal Constitucional estableció que a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal el proceso penal boliviano se inicia con el acta de imputación formal ya que un entendimiento contrario conduciría a pensar que la imputación formal, en el marco del referido Código, sólo sería exigible cuando el fiscal solicita al juez medidas cautelares; extremo que no es compatible con una interpretación contextualizada de la nueva ley procesal⁷²⁴.

⁷²³ SC. 1036/2002-R: *“Para resolver la problemática planteada por los recurrentes sobre la supuesta lesión al derecho a la defensa, por haber deducido el Fiscal la imputación formal de manera casi coetánea a la acusación, en el momento en que -según su criterio- la Etapa Preparatoria estaba extinguida; conviene precisar previamente cuál es la estructura del Código de procedimiento penal boliviano y a partir de ahí, determinar cuándo se inicia el proceso y, por tanto, cuándo se extingue la Etapa Preparatoria.*

El proceso consiste en una progresiva y continuada secuencia de actos. Así, el Código procesal vigente, al igual que sus similares aludidos, con diversos matices configuran el procedimiento ordinario del juicio penal en tres partes, a saber: 1) La Etapa Preparatoria; 2) La Etapa Intermedia y 3) El juicio propiamente dicho (oral y público). A su vez, cada Etapa está integrada por subetapas o fases claramente marcadas, cumpliendo cada una de ellas una finalidad específica dentro de la genérica que todas ellas tienen en su conjunto. Así, la Etapa Preparatoria, que es la que nos interesa analizar por su pertinencia, se halla integrada por tres fases: 1) Actos iniciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria y, 3) Conclusión de la etapa preparatoria. 1) La primera fase, es decir, los actos iniciales o de la investigación preliminar, (art. 284 y siguientes CPP), comienza con la denuncia, querrela o con la noticia fehaciente que reciben las autoridades llamadas por ley (Policía-Fiscalía), sobre la comisión de un delito.

2) La segunda fase, esto es, el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza con la imputación formal (art. 301.1 y 302 CPP), y representa el inicio del proceso penal. Los supuestos 2), 3) y 4), que acoge el art. 301 no hacen al desarrollo de la Etapa Preparatoria, pues son opciones alternativas a la imputación formal.

3) La tercera fase se denomina conclusión de la etapa preparatoria, y está constituida por los "actos conclusivos", entre los cuales se encuentra la presentación de la acusación por el fiscal al juez o presidente del Tribunal (art. 323 CPP).

De lo anterior se extrae que, aunque la ley no lo diga claramente, el proceso penal se inicia con la imputación formal, a partir de la cual corre el término de los seis meses de duración de la Etapa Preparatoria establecida por el párrafo primero del art. 134 CPP, cuando textualmente dice: *"La etapa preparatoria deberá finalizar en el plazo máximo de seis meses de iniciado el proceso"*.

Queda claro que, razones de "técnica legislativa" no permitieron que esto quedara explícitamente establecido, sino de manera implícita.

⁷²⁴ *"Art. 301. Requerimiento fiscal. Recibidas las diligencias de la intervención policial o realizadas las primeras investigaciones y según el curso de la misma, el fiscal formulará su requerimiento ante el juez penal o el juez de paz, según el caso.*

Podrá solicitar:

1) la desestimación de la denuncia, querrela o de las actuaciones policiales en las condiciones del artículo 305 de este código;

2) la aplicación de criterios de oportunidad que permitan prescindir de la persecución penal cuando se den los supuestos previstos en el artículo 19 de este código;

3) la suspensión condicional del procedimiento, conforme a los presupuestos del artículo 21 de este código;

4) la realización de un procedimiento abreviado, según lo dispuesto en el artículo 420 de este código;

5) se lleve a cabo una audiencia de conciliación, en los términos del artículo 311 de este código; y

6) la notificación del acta de imputación"

"Art. 303. Notificación. El juez penal al tomar conocimiento del acta de imputación, tendrá por iniciado el procedimiento, realizando los registros pertinentes, notificando la misma a la víctima y al imputado. En la notificación el juez indicará además la fecha exacta en la que el fiscal deberá presentar su acusación, dentro

La interpretación que efectuó el Tribunal Constitucional mediante la citada SC. 1036/2002-R fue vital a la hora de aplicar el nuevo sistema procesal penal en Bolivia⁷²⁵ ya que debido a los grandes vacíos normativos de la referida ley procesal la aplicación del nuevo procedimiento boliviano estaba ocasionando un caos en la jurisdicción ordinaria.

del plazo máximo previsto para la etapa preparatoria; considerando un plazo prudencial en base a la naturaleza del hecho. Se dispondrá copia de la misma al fiscal interviniente a los efectos de su notificación”.

⁷²⁵ Consecuentemente, dado el carácter público del proceso, el cómputo de los seis meses previstos por el art. 134 CPP para el desarrollo de la Etapa Preparatoria, empieza a partir de que el Juez cautelar pone en conocimiento del encausado la imputación formal, siendo éste el actuado jurisdiccional que marca el inicio del proceso penal, y a partir de ahí, se tiene un término máximo de seis meses para presentar la acusación, ampliable únicamente en el supuesto establecido por el segundo párrafo del art. 134 CPP; sin que esto quiera decir que la extinción opere ipso facto, como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional en las SSCC 764/2002-R y 895/2002-R; pues deben desarrollarse las formalidades establecidas por el mismo artículo 134 CPP.

2) Sostener, como erróneamente lo hacen los recurrentes, en sentido de que el inicio del proceso comienza con la denuncia, supondría fisonomizar al Código procesal vigente como propio de un modelo procesal de puras garantías, con escasas posibilidades reales de aplicación de la ley sustantiva; lo que de un lado, como se precisó líneas arriba, resultaría incompatible con el sistema procesal moderno, imperante en el mundo contemporáneo y, de otro lado, dada la ineficacia previsible, el mismo no sería capaz de proteger de manera real los bienes jurídicos lesionados por las diversas acciones delictivas concretas, lo que provocaría que la misión de defensa de la sociedad que la Constitución le encomienda al Ministerio Público (Título Cuarto, Capítulo I, Parte Segunda CPE), sea una mera declaración formal, sin posibilidades de realización material.

Sin embargo, debe precisarse que este entendimiento interpretativo no significa que nuestro sistema procesal se aparte del mandato de justicia pronta y efectiva que contiene el art. 116.X Constitucional; por cuanto el plazo de tres años (art. 133 CPP) en el que deben finalizar los juicios, no se amplía con este razonamiento interpretativo; lo que no ocurre con la legislación comparada, en la que, en resguardo de la eficacia, es posible ampliar el término de los seis meses. Así, en el paraguay por ejemplo, que es el más afín al nuestro, se establecen cláusulas de resguardo de la eficiencia. En efecto, el art. 324 del Código procesal penal del Paraguay instituye, al igual que el nuestro, una duración máxima de la Etapa Preparatoria de seis meses de iniciado el procedimiento; sin embargo, los arts. 325 y 326 del aludido código paraguayo prevén dos prórrogas: 1) La prórroga ordinaria, que es aplicable para toda clase de delitos, la cual la confiere el juez a pedido fundado del fiscal; 2) La prórroga extraordinaria, que es concedida de manera excepcional para casos complejos. En cambio el nuestro, únicamente establece una ampliación de la Etapa Preparatoria para delitos cometidos por organizaciones criminales, y ningún otro resguardo más.

III.3 Oportunidad de la presentación de la Imputación formal. Si bien el Código de Procedimiento Penal no establece de manera explícita el plazo en que la imputación formal debe ser presentada por el fiscal; del contenido del art. 300, 301 y 302 CPP, se entiende que la misma debe emitirse a la conclusión de los actos iniciales de investigación, cuando, obviamente, existan indicios suficientes sobre la existencia del hecho y la participación del imputado; sin embargo, del contenido del art. 301.2 CPP, en el que se concede al Fiscal la facultad de "Ordenar la complementación de la diligencias policiales, fijando un plazo para el efecto", se extrae que, en el sentido de la ley, al fiscal no le es exigible presentar la misma en la generalidad de los casos en el momento señalado; sino sólo en aquellos supuestos en los que existen indicios suficientes.

Esto no significa, sin embargo, que el fiscal carezca en absoluto de plazo para presentar la imputación formal; pues, tal entendimiento no guardaría sujeción al mandato constitucional de celeridad procesal consagrado por el art. 116.X CPE, de lo que se extrae que el fiscal está impelido a presentar la imputación formal en un plazo que debe ser fijado por el juez, atendiendo la complejidad del asunto, en los casos en que el fiscal no lo haga en un plazo razonable; plazo que en ninguna circunstancia, puede exceder al establecido por el art. 134 CPP, para la conclusión de la Etapa Preparatoria.

III.4. Que, de otro lado, debe tenerse presente que, conforme a los principios de igualdad (art. 12 CPP), el Fiscal no puede emitir acusación de manera simultánea a la imputación formal o próxima a ésta, sino que debe existir un lapso de tiempo razonable entre la imputación formal y la acusación, que posibilite al imputado ejercer ampliamente su derecho a la defensa. Dicho término debe ser fijado por el Juez cautelar, y puede ser ampliado, en su caso, a petición de las partes, pero nunca más allá del límite de tiempo fijado para la Etapa Preparatoria.”

Posteriormente y siempre enmarcándose en el proceso de interpretación de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional efectuó un análisis del art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, estableciendo en la SC. 0491/2003-R de 15 de abril lo siguiente:

“Uno de los elementos esenciales de la garantía del debido proceso es el derecho al juez natural competente, independiente e imparcial; debiendo entenderse por Juez competente aquel que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme criterios de territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial; Juez independiente aquel que, como se tiene referido, resuelve la controversia exenta de toda ingerencia o intromisión de otras autoridades o poderes del Estado; y Juez imparcial aquel que decida la controversia judicial sometida a su conocimiento exento de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir la resolución. El cumplimiento de estos requisitos que hacen al juez natural permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que "toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial".

Concluyendo la misma Sentencia que:

“Que, en el marco antes referido y en resguardo de la garantía del debido proceso, la Constitución ha previsto en su art. 14 CPE, que "Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa,...", de otro lado, en su art. 116-II ha previsto también que "no pueden establecerse tribunales o juzgados de excepción", de manera que estas normas, en concordancia con las previstas por los arts. 16 de la Constitución, 8.1. del Pacto de San

José de Costa Rica y 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, garantizan a toda persona, a quien se acuse de alguna falta o la comisión de un delito, el derecho a ser juzgado por un juez natural, independiente, competente e imparcial.

Finalmente a través de la citada Sentencia el Tribunal Constitucional estableció que la garantía del debido proceso en el sentido que establece el art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica debe ser también proyectada al nuevo procedimiento penal boliviano:

“Que, la citada garantía ha sido también expresamente reconocida en el nuevo sistema procesal puesto en vigencia mediante el Código de Procedimiento Penal que en su Libro Primero referido a los Principios y Disposiciones Fundamentales, Título I relativo a las Garantías Constitucionales refiriéndose a la legitimidad de los tribunales y jueces establece que: "Nadie será juzgado por comisiones especiales ni sometido a otros órganos jurisdiccionales que los constituidos conforme a la Constitución y a la ley, con anterioridad al hecho de la causa." De igual forma, garantiza la imparcialidad e independencia de los jueces facultándolos incluso, para el caso de que sean interferidos, a que denuncien los hechos que afecten su independencia.”

Más adelante y con relación al mismo art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, sólo que esta vez con referencia al derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva el Tribunal Constitucional mediante SC. 0600/2003-R de 6 de mayo, dictada dentro de un recurso de amparo constitucional en el que el recurrente denunció que el Juez de Sentencia, anulando una decisión de conversión de acción penal pública en acción penal privada decretada por el representante del Ministerio Público, se negó a tramitar un proceso penal por delitos de carácter patrimonial negando en consecuencia el derecho de acceso a la justicia del recurrente, la señalada Sentencia estableció:

“Que según la norma prevista por el art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal

competente, independiente e imparcial, establecidas con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (las negrillas son nuestras), como podrá advertirse la norma transcrita consagra dos derechos humanos de la persona: 1) el derecho de acceso a la justicia; y 2) el derecho al debido proceso, entendiéndose por aquélla la potestad, capacidad y facultad que tiene toda persona para acudir ante la autoridad jurisdiccional competente para demandar que se preserve o restablezca una situación jurídica perturbada o violada que lesiona o desconoce sus derechos e intereses, a objeto de lograr, previo proceso, una decisión judicial que modifique dicha situación jurídica.

Conocido también en la legislación comparada como "derecho a la jurisdicción" (art. 24 de la Constitución Española)⁷²⁶, es un derecho de

⁷²⁶ Cabe advertir que el Tribunal Constitucional para el desarrollo jurisprudencial del derecho a la tutela judicial efectiva recurrió principalmente a la doctrina española. En este sentido, no es extraño que en las diferentes sentencias constitucionales se haga mención a la doctrina española. Por lo que en este punto nos ha interesado documentarnos sobre la actual situación del derecho a la tutela judicial efectiva en la legislación española. Ahora bien, empezamos señalando que en España el derecho a la tutela judicial efectiva como bien apunta Ángela FIGUERUELO BURRIEZA no puede encontrarse en ningún precepto de rango constitucional hasta la Constitución Española de 1978 que de forma expresa reconoce a la persona el derecho a la jurisdicción como instrumento para hacer valer sus derechos y obtener una satisfacción de estos a través de la decisión jurisdiccional. Ya que hasta entonces, era la legislación ordinaria la que cumplía tal función y además, de forma implícita el derecho a la jurisdicción se contenía en la regulación del Poder Judicial. FIGUERUELO BURRIEZA Á., "Crisis de la Justicia y Tutela Judicial Efectiva", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Nº 3, 2005, p. 87-98. Es, pues, el art. 24.1 de la Constitución Española de 1978 el primer precepto constitucional dedicado a reconocer un gran número de garantías jurisdiccionales y procesales que pasan de ser meras garantías de derechos a poseer el rango de garantías procesales con virtualidad de derechos fundamentales. Dice así este precepto: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión."

Por otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva en España está ubicado en el núcleo duro de los Derechos Fundamentales (Sección 1ª del Capítulo Segundo, del Título I) ejercitable frente a los órganos jurisdiccionales del Estado, es decir que goza del máximo techo de garantías posibles como el desarrollo por ley orgánica o la garantía extraordinaria del recurso de amparo. La legitimación se otorga a todas las personas, tanto a nacionales como a extranjeros en los que deberán concurrir los requisitos de capacidad jurídica y de obrar. También se incluyen las personas jurídicas.

Ahora bien, el problema del derecho a la tutela judicial vino dado por la amplitud de su contenido, ya que fue el más invocado por los litigantes a la hora de interponer recursos de amparo. En este sentido, no es ninguna novedad que los derechos tutelados por el recurso de amparo constitucional han generado siempre una cierta polémica, que no es el momento adecuado para abordar. Sin embargo, en los últimos años por el incremento de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional surgieron diversas posiciones siendo una de las principales a criterio de Encarnación CARMONA CUENCA la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva y la insuficiente regulación del amparo ordinario o judicial para la defensa de los derechos fundamentales. CARMONA CUENCA E., *El Recurso de Amparo Constitucional y la Defensa del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Apuntes para una Reforma*, en La Reforma del Recurso de Amparo, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 220. En este sentido se pensó en una necesaria reforma de la Ley del Tribunal Constitucional

que a criterio de Fernando JIMÉNEZ CONDE debería pasar por excluir del ámbito de protección del amparo el derecho a la tutela judicial efectiva, reservándose la tutela de este derecho y todos sus elementos a los tribunales de justicia ordinarios. JIMÉNEZ CONDE F., *Problemas Actuales del Recurso de Amparo*, en Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario N° 2, Madrid, 1990, p. 192-193. Finalmente la esperada reforma del recurso de amparo español se efectivizó mediante Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo. En ella no se pudo excluir ningún derecho tutelado por el recurso de amparo debido a que es la propia Constitución, en su art. 53.2, la que fija el objeto de protección e incluye entre los derechos protegidos por el recurso de amparo, la tutela judicial efectiva. En este entendido cualquier delimitación del ámbito de protección del recurso tendría que pasar por una reforma constitucional. Sin embargo la referida Ley 6/2007 modificó el art. 44.1 LOTC que es la norma en que se basan gran parte de recursos de amparo que invocan como vulnerados tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como el principio de igualdad jurídica. En este entendido la reforma del art. 44.1.a) que anteriormente aludía “*al agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial*”, ahora se refiere al agotamiento “*de todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.*” Así como la reforma del texto del inciso c) del referido artículo en el sentido de precisar que el requisito inexcusable para que pueda haber lugar al amparo constitucional frente a violaciones de derechos que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial de que “*se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.*”

Estas modificaciones a criterio de Francisco FERNÁNDEZ SEGADO están íntimamente ligadas con la Disposición Final Primera de la referida Ley Orgánica 6/2007, que reforma el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo relativo al incidente de nulidad de actuaciones de la siguiente manera: “*No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.*”

Para Francisco FERNÁNDEZ SEGADO esta reforma se traduce en una significativa ampliación del ámbito material que puede posibilitar el planteamiento del referido incidente, que de hallarse limitado a violaciones de algunos de los derechos del art. 24 CE, se amplía a cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE. Para el citado autor el nuevo diseño del incidente de nulidad de actuaciones es perfectamente congruente con la objetivación del amparo constitucional, lo que se comprende con facilidad si se advierte que en cuanto a la reforma del amparo pretende, en la medida de lo posible, desvincularlo de situaciones subjetivas de presunta violación de derechos, circunscribiéndolo a aquellos supuestos de especial trascendencia constitucional, convirtiendo el amparo ante el Tribunal Constitucional en lo que quizá no debiera haber dejado de ser, un recurso extraordinario. FERNÁNDEZ SEGADO F., *La Reforma del Régimen Jurídico-Procesal del Recurso de Amparo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 155. Igual sentido tiene el texto de la Exposición de Motivos⁷²⁶ de la Ley Orgánica 6/2007 cuando establece que la referida Ley de Reforma otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales *ex artículo* 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial. En este sentido la Exposición de Motivos refiere que se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Al respecto, si bien es cierto que actualmente es una realidad que la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo se ha venido desvirtuando no sólo en España, sino en todas las legislaciones que contemplan esta garantía procesal, las modificaciones que se hagan de la tramitación del mismo deben observar cuidadosamente que no se restrinja su ámbito de protección. En este sentido la reforma del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) pretende fortalecer los órganos del Poder Judicial en su rol de garantes de los derechos fundamentales, tratando de evitar que lleguen al Tribunal Constitucional recursos de amparo por violaciones de derechos que hubieran podido dilucidarse en la justicia ordinaria. Sin embargo, si bien la reforma del art. 241.1 ha sido acogida positivamente por un buen número de juristas españoles, otros se han mostrado escépticos con los resultados de esta modificación. Así, Luis María Díez-PICAZO, entre otros, sostiene que son escasas las posibilidades de que un órgano judicial que dictó una resolución supuestamente vulneradora de derechos estime *a posteriori* que efectivamente produjo una lesión en los derechos. Es decir que el órgano judicial en cuestión, en el marco del incidente de nulidad, cambie de criterio y remedie la lesión de derechos producida, es por lo menos poco probable. Díez PICAZO L.M., *Encuesta sobre la Reforma de la LOTC*, op. cit., p. 31. Desde otro punto de vista, Francisco BALAGUER CALLEJÓN señala que es probable que con la reforma del art. 241.1 LOPJ se trasvase el volumen de asuntos y el retraso en resolverlos del Tribunal Constitucional, a los órganos judiciales ordinarios, en tanto que la reforma sea percibida como una vía más de impugnación de las

prestación que se lo ejerce conforme a los procedimientos jurisdiccionales previstos por el legislador, en los que se establecen los requisitos, condiciones y consecuencias del acceso a la justicia; por lo mismo, tiene como contenido esencial el libre acceso al proceso, el derecho de defensa, el derecho al pronunciamiento judicial sobre el fondo de la pretensión planteada en la demanda, el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas, el derecho de acceso a los recursos previstos por ley. Finalmente, este derecho está íntimamente relacionado con el derecho al debido proceso y la igualdad procesal.”
(Las negrillas son nuestras).

De esta manera, a través de la integración del derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, que como dijimos no estaba consagrado en la anterior Constitución, el Tribunal Constitucional permitió a través del recurso de amparo constitucional tutelar el derecho a la tutela judicial efectiva en Bolivia. Para luego mediante la SC. 1044/2003-R de 22 de julio vincular el derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva de la siguiente manera:

“Como punto de partida, conviene precisar que del contenido del art. 16. IV CPE, en conexión con los arts. 14 y 116. VI y X constitucionales, se extrae la garantía del debido proceso, entendida, en el contexto de las normas constitucionales aludidas, como el derecho que tiene todo encausado a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley. A su vez, del texto de los referidos preceptos constitucionales, en conexión con el art. art. 6.I constitucional, se extrae la garantía de la tutela jurisdiccional eficaz, entendida en el sentido más amplio, dentro del

resoluciones judiciales firmes. Para este autor todo ello permitiría aventurar que los resultados de esta medida en relación con el planteamiento de recurso de amparo no serían muy significativos, toda vez que una desmesurada utilización del incidente en la vía judicial daría lugar a un amplio porcentaje de fracaso en su promoción, lo que, a su vez, se traduciría en una escasa disminución en los asuntos que concluyan en un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. BALAGUER CALLEJÓN F., CÁMARA VILLAR G., MEDINA REY L.F., *La Nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 153.

contexto constitucional referido, como el derecho que tiene toda persona de acudir ante un juez o tribunal competente e imparcial, para hacer valer sus derechos o pretensiones, sin dilaciones indebidas. A su vez, de ambas garantías se deriva el principio pro-actone, que tiende a garantizar a toda persona el acceso a los recursos y medios impugnativos, desechando todo rigorismo o formalismo excesivo, que impida obtener un pronunciamiento judicial sobre las pretensiones o agravios invocados.

Consiguientemente, si bien la recurrente invocó, erróneamente, como lesionado su derecho a las garantías que nacen del debido proceso, tal error no impide a este tribunal ingresar a analizar el aspecto de fondo; dado que, como se dejó precisado líneas arriba, al influjo del principio de igualdad consagrado por la Constitución, nace la garantía de la tutela judicial efectiva, a la que es acreedor todo querellante.”

De igual forma la interpretación del Tribunal Constitucional boliviano en muchos casos recurrió a emular lo sentado por sus análogos de otros países. En este entendido una de las líneas más sólidas en lo que se refiere al debido proceso es justamente la atinente a la indefensión provocada que sigue la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional español. Así la SC. 0287/2003-R de 11 de marzo, establece:

“Que, a lo referido cabe añadir, siguiendo la jurisprudencia comparada establecida por el Tribunal Constitucional de España en su SC N° 48/1984, que "la indefensión no se produce si la situación en la que el ciudadano se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o si le fue imputable por falta de la necesaria diligencia (...) no se encuentra en una situación de indefensión la persona a quien se ha dado a conocer la existencia del proceso y ha podido intervenir en él, ni aquella otra, que conociéndolo, ha dejado de intervenir en él por un acto de su voluntad." En el caso motivo de análisis, los procesados - hoy recurrentes- conocían la existencia del proceso, fueron legalmente citados con la acción penal, fueron emplazados para concurrir a la audiencia de confesión, plantearon defensa material, empero asumieron una actitud negligente, dejando de intervenir en el proceso

voluntariamente. En consecuencia, siguiendo la línea de razonamiento expresado en la jurisprudencia, nacional y comparada, citada precedentemente, se concluye que los recurrentes no fueron colocados en una situación de indefensión.”

En este marco normativo el Tribunal Constitucional boliviano desarrolló una sólida doctrina del derecho al debido proceso estableciendo también los elementos constitutivos de este derecho; así la SC. 1274/2001-R de 4 de diciembre señaló:

“... el debido proceso en materia penal, además de la presunción de inocencia, comprende las siguientes garantías mínimas para el procesado: a) el derecho de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete; b) derecho de comunicación previa y detallada de la acusación formulada; c) concesión del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho a la defensa técnica y material; e) derecho a ser asistido por un defensor oficial proporcionado por el estado si, el procesado, no tiene recurso para designar su defensor; f) derecho de interrogar a los testigos presentes; g) derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y h) derecho de recurrir del fallo ante un Juez o Tribunal superior; así está prescrito por el art. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica incorporado a la legislación interna a través de la Ley N° 1430 de 11 de febrero de 1993.”

Línea jurisprudencial de la cual han surgido diversas sub-reglas referentes a los elementos constitutivos del debido proceso.

- a) Derecho a la defensa.-** Consagrado en el art. 16.II de la Constitución de 1994 y en el art. 119.II del nuevo texto constitucional, este derecho fue entendido por el Tribunal Constitucional como la potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le concede. Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la defensa implica la

observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.⁷²⁷

- b) Derecho a un traductor o intérprete.-** Este derecho se encontraba previsto en el art. 116.X de la Constitución de 1994 y en el art. 120.II de la actual Constitución. Habiendo el Tribunal Constitucional interpretado el mismo como una de las garantías fundamentales que conforman el debido proceso y que encuentra su fundamento en el derecho a la defensa, toda vez que sólo en la medida en que las audiencias, interrogatorios y demás actuaciones del proceso penal puedan ser comprendidas por el imputado, desarrollándose en el idioma que entiende y habla, se estará garantizando el ejercicio real de ese derecho, dado que el mismo no se agota en la defensa técnica que pueda tener el imputado, sino que comprende a la defensa material, en virtud de la cual se le da una intervención activa dentro del proceso, para que pueda formular peticiones y realizar las observaciones que considere oportunas⁷²⁸.

⁷²⁷ Entre otras: la SC. 760/2003-Ry la SC. 944/2001-R, que abordó el derecho a la eficacia de las resoluciones y la SC 1490/2004-R de 14 de septiembre.

⁷²⁸ SC 0430/2004-R, de 24 de marzo: “... el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, es una de las garantías que conforman el debido proceso, y encuentra su fundamento en el derecho a la defensa, toda vez que sólo en la medida en que las audiencias, interrogatorios y demás actuaciones del proceso penal puedan ser comprendidas por el imputado, desarrollándose en el idioma que entiende y habla, se estará garantizando el ejercicio real de ese derecho, dado que el mismo no se agota en la defensa técnica que pueda tener el imputado, sino que comprende a la defensa material, en virtud de la cual se le da una intervención activa dentro del proceso, para que pueda formular peticiones y realizar las observaciones que considere oportunas.

Preservando ese derecho, el art. 116.X de la CPE, establece que el “Poder Judicial es responsable de proveer defensa legal gratuita a los indigentes, así como servicios de traducción cuando su lengua materna no sea el castellano”. A su vez, el art. 8 del CPP ha previsto que en la defensa material “El imputado, sin perjuicio de la defensa técnica, tendrá derecho a defenderse por sí mismo, a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas”, y el art. 10 del CPP, señala que: “el imputado que no comprenda el idioma español tendrá derecho a elegir un traductor o intérprete para que lo asista en todos los actos necesarios para su defensa. Cuando no haga uso de ese derecho o no cuente con los recursos suficientes, se le designará uno de oficio”.

Consiguientemente, el Código de procedimiento penal, desarrollando las normas constitucionales antes aludidas y en concordancia con el art. 8.2. del Pacto de San José de Costa Rica, ha incorporado en su texto el derecho que tiene el imputado que no comprende el español a elegir un traductor o intérprete, preveyendo la posibilidad de que se le designe uno de oficio cuando no haga uso de ese derecho o no cuente con los recursos suficientes. En consecuencia, el juzgador está en la obligación de velar porque ese derecho se efective, por lo

- c) **Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes inmediatos.**- Previsto en el art. 14 de la Constitución Política del Estado de 1994 y en el art. 121.I del nuevo texto constitucional fue interpretado por el Tribunal Constitucional como una garantía del derecho a la defensa, ejerciéndose con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer según el caso, una acusación o una imputación⁷²⁹.
- d) **Derecho a la motivación de las resoluciones.**- Finalmente el Tribunal Constitucional interpretando el art. 8.1 del citado Pacto San José de Costa Rica estableció que la garantía del debido proceso, comprende entre uno de los elementos de su contenido esencial la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa que, toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable en el momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma. Pues, la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no

que ante una solicitud efectuada en ese sentido por el imputado o su abogado defensor, el juzgador debe designar a un traductor o intérprete, lo contrario significaría vulnerar el derecho a la defensa del imputado y la garantía del debido proceso, así como también el derecho a la seguridad jurídica, entendida por este Tribunal en el AC 287/1999-R y las SSCC 194/2000-R, 300/2000-R, 567/2001-R, 493/2002-R, -entre otras-, como la condición esencial para la vida y desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran, representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben a cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarle perjuicio.”

⁷²⁹ Entre otras: SS.CC. 1348/2001-R de 20 de diciembre, 0826/2004-R de 27 de mayo, 0957/2004-R de 17 de junio, 0189/2005-R de 4 de marzo, 0057/2006-R de 18 de enero y 0697/2007-R de 13 de agosto.

había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió.

Al contrario, cuando aquella motivación no existe y se emite únicamente la conclusión a la que ha arribado el juzgador, son razonables las dudas del justiciable en el entendido de que los hechos no fueron juzgados conforme a los principios y valores supremos; es decir, que no se le convence de que se ha actuado con apego a la justicia y por ello se le abren los causes que la Ley Fundamental le otorga para que en la búsqueda de la justicia, acuda al órgano jurisdiccional, a fin de que dentro del proceso se observen sus derechos y garantías fundamentales, y así pueda obtener una resolución que ordene la restitución de dichos derechos y garantías; entre los cuales, se encuentra la garantía del debido proceso, que faculta a todo justiciable a exigir del órgano jurisdiccional a cargo del juzgamiento una resolución debidamente fundamentada⁷³⁰.

Por otra parte con relación a los efectos del derecho al debido proceso, el Tribunal Constitucional mediante SC. 0119/2003-R señaló que:

“... Se entiende que el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales; en materia penal comprende un conjunto de garantías mínimas que han sido consagrados como los derechos del procesado en los arts. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre esos derechos se tiene el derecho del inculpado a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, así como la presentación de prueba amplia y pertinente.”

⁷³⁰ Entre otras SS.CC.1009/2003-R de 18 de julio, 1797/2003- R de 5 de diciembre y 1365/2005-R, de 31 de octubre.

Finalmente con relación a los ámbitos de aplicación del derecho al debido proceso, considerando que la Constitución de 1994 al definir este derecho parecía reconocer específicamente su proyección en material penal, el Tribunal Constitucional otra vez de acuerdo a una interpretación concordada con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos estableció en la SC. 1234/2000-R de 21 de diciembre:

“Que, conforme lo ha definido este Tribunal en su jurisprudencia, la garantía del debido proceso que consagran el art. 16 de la Constitución Política del Estado y el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, es aplicable no sólo al ámbito judicial, sino también al administrativo cuando se tenga que someter a una persona a un procedimiento en el que deberá determinarse una responsabilidad”.

Como hemos podido observar el activismo judicial desarrollado por el Tribunal Constitucional boliviano con referencia al derecho al debido proceso ha sido muy importante no sólo en el ámbito penal sino en todos los ámbitos del derecho, ya que a través de la jurisprudencia constitucional se ha dado concreción normativa a los elementos que constituyen la garantía del debido proceso legal.

VI.2. La doble dimensión del Derecho a la Dignidad Humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.-

Antes de abordar el tratamiento que el Tribunal Constitucional boliviano ha dado a la dignidad humana. Coincidiendo, entre otros, con la opinión de Luis SÁNCHEZ AGESTA⁷³¹ consideramos que los derechos inviolables de la persona, en cuanto inherentes a su dignidad, se fundan en ella. En igual sentido Jesús GONZÁLEZ PÉREZ⁷³² señala que la dignidad es el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad,

⁷³¹ SÁNCHEZ AGESTA L., “El Sistema Político de la Constitución Española de 1978”, Madrid, 1980, p. 73.

⁷³² GONZÁLEZ PÉREZ J., “La Dignidad de la Persona”, Madrid, 1986, p. 81.

distinto y superior a todo lo creado, que comporta un tratamiento concorde en todo momento con la naturaleza humana.

Así, para prestigiosos constitucionalistas como Luis AGUIAR DE LUQUE,⁷³³ la dignidad es la que determina la fundamentalidad de los derechos ya que para que pueda verdaderamente afirmarse la existencia de derechos fundamentales es preciso que dicho catálogo tenga unos determinados contenidos que permitan adivinar que tras él late un reconocimiento de la dignidad de la persona; que a su criterio es el verdadero principio axiológico de todo el sistema jurídico como fundamento del orden político y de la paz social.

En coherencia con lo anterior Francisco FERNÁNDEZ SEGADO⁷³⁴ piensa que el reconocimiento de unos derechos fundamentales no es sino la manifestación obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona humana, al que se vincula íntimamente el libre desarrollo de la personalidad; ya que el hombre es una persona a la que el Estado debe facilitar el desarrollo del valor de su personalidad. Es por esto que el citado autor afirma que todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma.

Entonces, si la dignidad es fuente de todos los derechos y sí el respeto a la ley es uno de los fundamentos del orden político y la paz social, queda claro que nunca podrá ejercerse un derecho con violación del derecho de otra persona y menos aún conculcando la dignidad esencial de otro ser humano; con lo que cualquier violación de la dignidad personal producida a raíz del ejercicio de un derecho convierte dicho ejercicio en abusivo, privando a quien así actúa de toda cobertura constitucional o legal.

De esta manera como bien dice Robert ALEXY⁷³⁵ se debe poner de manifiesto la existencia de puntos comunes en las diferentes concepciones de dignidad y defender a partir de estos

⁷³³ AGUIAR DE LUQUE L., *La Noción de Derechos Fundamentales desde la Perspectiva del Constitucionalismo Iberoamericano*, en Estudios de Derecho Constitucional, Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 138.

⁷³⁴ FERNÁNDEZ SEGADO F., *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1997, 163.

⁷³⁵ ALEXY R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducido por GARZÓN VALDÉS E., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. 48.

puntos comunes la posibilidad de consensuar un contenido que permita hablar de un concepto unitario y de diferentes concepciones de la dignidad de la persona. En el entendido de que a través del derecho general de libertad se trata de proteger jurídicamente la dignidad humana. Para el citado autor se hace necesario subrayar que el objetivo es el aseguramiento de la dignidad de la persona a través del Derecho.

Si bien es cierto que resulta difícil determinar de manera plena qué es la dignidad de la persona humana, hay autores que entienden, por el contrario, que si es posible determinar cuándo se vulnera la dignidad; entre ellos Von MÜNCH citado por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO⁷³⁶ entiende que la dignidad entraña la prohibición de hacer del hombre un objeto de la acción estatal⁷³⁷, por lo que opina que en España la discusión sobre si la dignidad es o no un derecho fundamental no tiene cabida porque el hecho de que el art. 10 de la Constitución española se ubique al margen de los cinco Capítulos en los que se estructura el referido Título de la Constitución revela la intención del constituyente de enunciar más que unos derechos, unos principios rectores no sólo de los derechos y libertades que se enuncian en los artículos subsiguientes, sino, más ampliamente, del ordenamiento jurídico en su conjunto.⁷³⁸

Así lo ha establecido también el Tribunal Constitucional español mediante la STC 120/1990:

⁷³⁶ FERNÁNDEZ SEGADO F., “*La Dignidad de la Persona ...*”, op. cit., p. 214. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha modulado el criterio de VON MÜNCH, *La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional*, 19-21 citado por FERNÁNDEZ SEGADO F., En sentido de que sólo se produce una conculcación de la dignidad de la persona cuando al tratamiento como objeto se suma una finalidad subjetiva: es decir sólo cuando el tratamiento constituye expresión del desprecio de la persona, o hacia la persona, considera el referido Tribunal alemán que existe una vulneración de la dignidad personal.

⁷³⁷ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ mediante una serie de criterios identifica también las formas de afectar la dignidad humana: a) son indiferentes las circunstancias personales del sujeto, pues la dignidad se reconoce a todas las personas por igual con carácter general; b) no se requiere de intención o finalidad para que pueda apreciarse la conculcación de este valor fundamental. Ya que para el autor si objetivamente se menoscaba el respeto a la condición humana, es irrelevante la intencionalidad del agente; c) resulta también irrelevante para el autor la voluntad de la persona afectada y d) es necesario valorar las diferentes circunstancias concurrentes llegado el momento de clasificar una determinada conducta. GONZÁLEZ PÉREZ J., op. cit., p. 112-114.

⁷³⁸ Sobre el particular para FERNÁNDEZ SEGADO F., *Ibidem* p. 222; hay dos aspectos relevantes que deben ser tomados en cuenta: por un lado, la sistemática del Título, dividido en cinco Capítulos, cuyos rótulos reflejan que no en todos ellos acoge una enunciación de derechos, por lo que de la mera inserción en el Título no debe desprenderse a su criterio que se esté frente a la proclamación de un derecho fundamental, y por otro lado para el citado autor el art. 53 de la Constitución española, al enumerar las garantías de los derechos, se limita a contemplar los derechos del Capítulo 2 y los derechos del Capítulo 3.

“que sólo en la medida en que los derechos individuales sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquellos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser tomada en consideración por el Tribunal como referente. No en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan”.

En síntesis, como refiere Francisco FERNÁNDEZ SEGADO⁷³⁹ la dignidad de la persona no puede ser entendida solamente como derecho fundamental sino como fuente de todos los derechos. En el mismo sentido Antonio HERNÁNDEZ GIL⁷⁴⁰ afirma que la persona no es el resultado de los derechos que le corresponden; luego aún sin derechos, la persona existe en cuanto tal; por lo mismo para el autor, los derechos le son inherentes, traen de ella su causa; son exigibles por la dignidad de la persona.

Para el Tribunal Constitucional boliviano nuestro Sistema Constitucional está sustentado en los valores supremos de la igualdad⁷⁴¹, la libertad⁷⁴², la justicia⁷⁴³ y la dignidad humana, así

⁷³⁹ Ibidem. p. 221.

⁷⁴⁰ HERNÁNDEZ GIL A., op. cit., p. 422.

⁷⁴¹ El valor de la igualdad fue interpretado por el Tribunal Constitucional, a través de un recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad presentado por la Defensoría del Pueblo en el cual impugnaba las normas previstas por el art. 14.a) y c) del Código de Seguridad Social, por establecer un tratamiento discriminatorio a las mujeres en el acceso al sistema de la seguridad social, infringiendo la norma prevista por el art. 6-I de la Constitución de 1994 que consagraba el derecho a la igualdad y a la dignidad. Así el Tribunal mediante SC/0062/2003, de 3 de julio, aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecida en su OC 4/84 de 19 de enero de 1984, señalando lo siguiente: *"La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, como reconoce la Opinión Consultiva 4/84 de 19 de enero de 1984 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esa manera, en función del reconocimiento de igualdad ante la ley, se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, es decir que si bien ante la necesidad de lograr la efectividad de los valores consagrados en la Constitución, el legislador puede, inicialmente, ver la necesidad o conveniencia de establecer diferencias y dar un tratamiento diverso a las personas en forma legítima, sin apartarse de la justicia y de la razón, no le está permitido crear diferencias que carezcan de una justificación objetiva, razonable y proporcional, y que persigan fines arbitrarios, caprichosos o despóticos, o que de alguna manera desconozcan la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana, dando como resultado la violación de los derechos y libertades consagrados en la Constitución, o que en general sean contrarias a cualquier precepto o principio reconocido por la Carta Fundamental. En definitiva, lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, es decir que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable ni proporcional"*.

Partiendo de esa base jurisprudencial y doctrinal, el Tribunal Constitucional procedió al análisis de las normas impugnadas aplicando el test de razonabilidad, luego efectuó el contraste con la norma constitucional supuestamente infringida, llegando a la conclusión de que las normas impugnadas contradecían el art. 6-I de la Constitución de 1994 al establecer un tratamiento discriminatorio a las mujeres. Por lo que declaró la inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

En el mismo sentido aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al dictar la SC 0058/2003, de 25 de junio, dictada dentro de un recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad planteado también por la Defensoría del Pueblo que esta vez impugnaba las normas previstas por el art. 99 del Código de Familia, por establecer éstas un trato discriminatorio para las cónyuges mujeres en el ejercicio de su profesión u oficio, por lo que el Tribunal Constitucional aplicando el entendimiento jurisprudencial señalado determinó:

“Consiguientemente, está claro que el segundo párrafo del art. 99 CF, viola el principio de igualdad entre cónyuges, cuando expresa: “En particular, el marido puede obtener que se restrinja o no se permita a la mujer el ejercicio de cierta profesión u oficio, por razones de moralidad o cuando resulte gravemente perjudicada la función que le señala el artículo anterior”, resultando a todas luces inconstitucional al violar tanto el art. 6 párrafo primero como el art. 194 CPE, ya que hace una distinción injusta en razón del sexo, privilegiando al marido y colocando a la esposa en una situación inferior, sin ninguna justificación razonable, y en total desconocimiento que la estabilidad tanto del matrimonio como de la familia -instituciones ambas que están protegidas por el Estado junto con la maternidad-, está basada en los principios de equidad, justicia y plena realización de cada uno de sus miembros. Por consiguiente, marido y mujer deben ejercer en igualdad de condiciones sus derechos y sus deberes dentro del núcleo familiar, así como sus derechos fundamentales individuales, entre los que se encuentra el elegir su profesión u ocupación con arreglo a su propia capacidad, aptitudes o aspiraciones, salvo que cualquiera de ellos, en protección de la comunidad familiar, obtenga una prohibición expresa respecto al otro, tal como señala el primer párrafo del art. 99 CF. En consecuencia, al contradecir el párrafo segundo del art. 99 CF al texto constitucional, es menester declarar su inconstitucionalidad y dar curso a lo solicitado a través del presente recurso.”

⁷⁴² Es importante señalar que el valor supremo de la libertad, en el sistema constitucional boliviano, constituye el fundamento del orden político y de la paz social, junto a los derechos inviolables que le son inherentes; por ello tanto el art. 6.II de la Constitución de 1994 como el art. 22 del nuevo texto constitucional imponen al Estado como deber primordial el respetarla y protegerla.

El Tribunal Constitucional ha efectuado un extraordinario desarrollo jurisprudencial de la libertad en la dimensión de derecho fundamental; y en la dimensión de valor supremo, en su SC. 051/2005, de 18 de agosto. *“En cuanto a los valores consagrados por la norma constitucional objeto de análisis, cabe señalar que se entiende por valor libertad a la facultad natural que todo ser humano ejerce para determinar por sí mismo cada uno de sus actos o decisiones; como la capacidad de autodeterminarse en el espacio, el tiempo y la estructura social-política, sin restricciones o limitaciones que no provengan de una justa causa y estén determinadas en una ley.”*

Por otra parte, con relación a como se concreta el valor supremo de la libertad en la esfera de los derechos fundamentarles, el Tribunal Constitucional en su SC. 1420/2004-R de 6 de septiembre ha señalado que: *“El derecho a la intimidad o la privacidad es la potestad o facultad que tiene toda persona para mantener en reserva determinadas facetas de su personalidad. Es un derecho que se inscribe en el marco del valor supremo de la libertad en su dimensión referida al “status” de la persona que implica la libertad - autonomía, lo que importa que esté íntimamente relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad; la consagración de este derecho se encamina a proteger la vida privada del individuo y la de su familia, de todas aquellas perturbaciones ajenas que, de manera indebida, buscan penetrar o develar los sucesos personales o familiares.”*

En esta misma perspectiva el Tribunal Constitucional en su SC. 1662/2003-R de 17 de noviembre ha concluido que el derecho a la libertad de conciencia hace del valor supremo de la libertad.

“El derecho a la libertad de conciencia, según la doctrina es la facultad o capacidad que tiene una persona para actuar en determinado sentido, o para abstenerse de hacer algo o actuar en determinado sentido, en función a sus convicciones, a su ideología o su propia manera de concebir el mundo. Es un derecho que, si bien nace en el valor supremo de la libertad en su esfera del status personal, implica modelos de comportamiento que se estructuran sobre la base de su formación académica, social, moral y religiosa, y condicionan a la persona en su comportamiento en la sociedad y encauzan el ejercicio de su libertad; pues la formación que la persona recibe y asimila cotidianamente le permite estructurar su sistema de valores y convicciones, así como el formar los criterios propios para la calificación de lo bueno, justo, equitativo, oportuno.”

⁷⁴³ El valor de la justicia fue interpretado por el Tribunal Constitucional como un valor absoluto, *“dar a cada uno lo suyo”*, estableciendo que el mismo se encuentra indestructiblemente vinculado a la dignidad de la persona. La justicia tiene un sentido de totalidad que le lleva a no ser solamente un valor sino también la medida de los demás valores sociales y jurídicos. La justicia como valor supremo constituye uno de los pilares fundamentales para garantizar un orden político, económico y social justo y equitativo, pues ella conlleva la

como sobre los principios fundamentales de la soberanía popular, la separación de funciones de los órganos de poder, la supremacía constitucional, la jerarquía normativa, entre otros, lo que significa que tanto el orden político, como el jurídico del Estado se estructuran sobre la base de dichos valores y principios. Así lo estableció la SC. 501/2002-R de 30 de abril de 2002.

“Que, para dilucidar el problema planteado corresponde señalar que el Sistema Constitucional Boliviano está sustentado en los valores supremos de la igualdad, la libertad, la justicia y la dignidad humana, así como sobre los principios fundamentales de la soberanía popular, la separación de funciones de los órganos de poder, la supremacía constitucional, así como la jerarquía normativa, entre otros, lo que significa que tanto el orden político, como el jurídico del Estado se estructuran sobre la base de dichos valores y principios. En consecuencia, en un Estado Democrático de Derecho como es el que ha adoptado Bolivia, los gobernantes y gobernados deben sujetar y subordinar sus actos, decisiones y resoluciones a las normas previstas por la Constitución y las leyes.”

idea de un Estado democrático, participativo y pluralista fundado en el respeto de la vida, la libertad, la dignidad humana y la diversidad, así como la distribución equitativa de la riqueza social.

El Tribunal Constitucional, en su SC. 051/2005 de 18 de agosto ha establecido que: *“El valor justicia, consistente en “dar a cada uno lo suyo”, como uno de los pilares fundamentales para garantizar un orden político, económico y social justo, pues la justicia conlleva la idea de un Estado democrático, participativo y pluralista fundado en el respeto de la vida, la libertad, la dignidad humana y la diversidad, así como la distribución equitativa de la riqueza social.”*

Con relación a la naturaleza y alcance del valor supremo de la justicia, el Tribunal Constitucional, en la SC. 1846/2004-R de 30 de noviembre, al resolver un recurso de amparo ha acudido a la jurisprudencia de su homólogo español: *“Uno de los valores superiores proclamados por la Constitución es la justicia, que no sólo es un valor en sí, sino que es una medida de los demás valores jurídicos. Se ha dicho que la justicia es uno de los factores que permite dotar al concepto de derecho de todo su sentido, siendo el elemento que justifica y fundamenta el ordenamiento jurídico. Pero también se ha manifestado que “es un concepto abstracto, jurídicamente indeterminado, se perfila en muchas de sus facetas a través de diversas modalidades que de él recoge la misma norma que lo configura...” (STC 105/1994, de 11 de abril, Tribunal Constitucional de España)”*.

Sobre la base de la citada Sentencia española, en la misma Sentencia, el Tribunal Constitucional ha definido: *“En ese sentido, el valor justicia, histórica, doctrinal y jurisprudencialmente, ha sido vinculado, en su contenido, con otros valores, principios y derechos, con los que indudablemente se encuentra relacionado. Así, la justicia se ha identificado: con la igualdad, al entender que una norma es justa cuando su contenido y aplicación a supuestos de hecho similares es igualitaria; con el principio de legalidad, al deducir que una norma, resolución o acción es justa si se adecua a las normas que le son aplicables; con la seguridad jurídica, en cuanto ésta representa la garantía de la aplicación objetiva del ordenamiento jurídico a los supuestos prácticos planteados; con el contenido de los derechos humanos, al entender que es justo un ordenamiento jurídico cuando los reconoce y establece el procedimiento eficaz para su protección; con la libertad, en tanto sólo pueden ser consideradas justas las normas que respeten la libertad de los individuos y establecen los mecanismos para que éstos actúen autónomamente y participen en la organización del poder; con el principio de razonabilidad, en la medida en que las autoridades judiciales corrigen el rigorismo del principio de legalidad en la aplicación de las normas, otorgando así, un tratamiento más justo a las personas.”*

En este sentido mediante SC. 0923/2002-R, de 2 de agosto estableció el deber primordial que tiene el Estado de proteger y respetar la dignidad humana por su carácter inviolable.

“El Estado a través de los diversos órganos que lo componen está obligado por mandato constitucional a velar por la dignidad, por ser esta inherente al ser humano, la que marca su excelencia y raciocinio diferente de los otros seres vivos del universo, de manera que no se constituye en un simple derecho sino que tiene su razón y fundamento en la esencia del ser humano, en su distingo en sí mismo por el solo hecho de ser racional, de ahí que la misma sea reconocida no sólo como un simple derecho sino que se le reconozca expresamente la calidad de inviolable.”

Posteriormente, la SC. 0338/2003-R de 19 de marzo, que puede considerarse la que marcó las futuras líneas jurisprudenciales con referencia a la dignidad humana, la definió de la siguiente forma:

“... el derecho a la dignidad humana es aquel que tiene toda persona por su sola condición de "humano", para que se la respete y reconozca como un ser dotado de un fin propio, y no como un medio para la consecución de fines extraños, o ajenos a su realización personal. La dignidad es la percepción de la propia condición humana, y de las prerrogativas que de ella derivan”.

La misma Sentencia también estableció que:

“La dignidad humana, en su sentido moderno, designa un conjunto de creencias, valores, normas e ideales que, de una manera u otra, asumen como postulado que hay un valor intrínseco o una condición especial de lo humano lo que implica que hay una forma de existir superior que de hecho está viviendo la gente.”

“El respeto de todo ser humano, como un fin en sí, empieza por el respeto a la vida y al reconocimiento de los múltiples derechos en los que se despliega su dignidad, lo que presupone el reconocimiento de su derecho a la existencia.

Finalmente sobre el asunto en concreto, concluyó señalando que la retención de un paciente en un hospital por falta de cumplimiento a una obligación pecuniaria constituye un atentado del derecho a la dignidad.

“La retención de una persona para constreñirla al cumplimiento de una obligación, degrada al ser humano a una condición de objeto que puede ser utilizado como una especie de prenda para garantizar el pago de dicha obligación, lo que está totalmente prohibido por nuestro ordenamiento jurídico y es inadmisibles en un Estado de derecho”.

De esta manera la dignidad humana fue proyectada por el Tribunal Constitucional sobre todos los derechos fundamentales. En este sentido, entre otras, las SS.CC. 0026/2003-R de 8 de enero, 199/2003-R de 21 d febrero, 511/2003-R de 16 de abril.

Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Constitucional mediante la SC. 686/2004-R de 6 de mayo ha establecido que en el sistema constitucional boliviano, la dignidad humana tiene una doble dimensión ya que, por un lado se constituye en un valor supremo sobre el que se asienta el Estado Social y Democrático de Derecho y por otro, en un derecho fundamental de la persona, conforme lo ha proclamado el art. 6.II de la Constitución de 1994; este criterio jurisprudencial se mantuvo hasta las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, entre otras, SS.CC. 1275/2004-R de 10 de agosto, 1714/2004-R de 25 de octubre, 0828/2006-R de 22 de agosto, 0040/2007-R de 31 de enero, 0502/2007-R de 19 de junio; estableciendo lo siguiente:

“La doctrina del Derecho Constitucional considera a la dignidad humana como un valor supremo inherente al Estado Democrático de Derecho, por lo mismo lo conceptúa como aquel que tiene todo hombre para que se le reconozca como un ser dotado de un fin propio, y no cual simple medio para fines de otros. Equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. En el sistema constitucional boliviano, la dignidad humana tiene una doble dimensión, de un lado, se constituye en un valor supremo sobre el que se asienta el Estado Social y Democrático de Derecho y, del otro, en un derecho fundamental de la persona, conforme lo ha proclamado el art. 6.II de la Constitución. En la dimensión de derecho fundamental, la dignidad humana es la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana (...)”.

Lamentablemente, por los motivos que ya desarrollamos ampliamente en páginas anteriores, el Tribunal Constitucional en este momento se encuentra sin actividad por lo que muchos de los contenidos normativos de los derechos fundamentales se han quedado a medio camino de

su desarrollo definitivo. Consideramos que uno de ellos ha sido justamente el valor de la dignidad humana ya que, si bien el Tribunal reconoció su doble dimensión en el sistema constitucional boliviano, el desarrollo que hizo del mismo se refirió más a su faceta de derecho y no de valor; ya que, actualmente, como tuvimos ocasión de analizar, la gran mayoría de constitucionalistas piensan que dignidad y derechos no se hallan en el mismo plano. Principalmente porque la dignidad es un valor absoluto, con lo que incluso a una persona que se comporte indignamente debe reconocérsele igual dignidad que a cualquier otra, y por lo mismo la dignidad es la fuente de los derechos de la persona; de todos los derechos independientemente de su naturaleza ya que dimanen de esa dignidad inherente a todo ser humano porque como bien dice Francisco FERNÁNDEZ SEGADO⁷⁴⁴ el contenido material, es decir el núcleo axiológico de la Constitución, debe impregnar todos y cada uno de los preceptos constitucionales; lo cual no es óbice para establecer graduaciones en la intensidad de esa vinculación entre dignidad y derechos.

V.3. La Tutela de los Derechos Fundamentales a través del Recurso de Amparo Constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.-

En Bolivia, como hemos venido reiterando a lo largo de esta investigación, la tutela que brindaba tanto el recurso de amparo constitucional de la anterior Constitución, como la nueva acción de amparo constitucional, tienen un alcance amplísimo; dicho desde otra perspectiva, no tienen limitación alguna con relación a los derechos humanos tutelables, pues de una lectura del art. 19.I de la CPE de 1994 y de los arts. 128 y 129 del actual texto constitucional se infiere que este recurso brinda protección tanto a los derechos positivizados en la Constitución Boliviana, a los derechos fundamentales o derechos constitucionales, así como a todos los derechos humanos consagrados en Tratados, Convenciones o Convenios Internacionales incorporados al Derecho interno del país mediante leyes de la República.

Por otro lado, es necesario reiterar que si bien es cierto que el catálogo de derechos fundamentales previsto en la Constitución de 1994 consagraba solamente una parte de los derechos civiles y políticos y una reducida parte de los derechos económicos, sociales y culturales, es también evidente que el Tribunal Constitucional realizando una interpretación

⁷⁴⁴ FERNÁNDEZ SEGADO F., “*La Dignidad de la Persona ...*”, op. cit., p. 228.

integradora de la cláusula abierta prevista en el art. 35 de la CPE, estableció que los Tratados, Convenciones o Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Bolivia forman parte del bloque de la constitucionalidad, por lo que los derechos consagrados en dichos Instrumentos Internacionales pueden ser invocados por las personas y tutelados por vía del recurso de amparo constitucional. Interpretación que fue constitucionalizada en el actual texto constitucional; quedando con ello constitucionalmente respaldada la referida línea jurisprudencial.

Cabe aclarar también que en las siguientes páginas abordaremos los derechos fundamentales previstos en la Constitución de 1994 ya que la nueva Constitución Política del Estado no ha podido ser interpretada todavía por la demora en la designación de los miembros y la falta de promulgación de la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. Sin embargo, como el nuevo texto constitucional, a la hora de catalogar los derechos humanos, ha tomado en cuenta, en gran parte, los criterios sentados por la jurisprudencia constitucional, consideramos que una vez implementado este nuevo órgano se mantendrá el desarrollo normativo de los derechos fundamentales efectuado por el Tribunal Constitucional a través del antes llamado recurso de amparo constitucional y hoy denominada acción de amparo constitucional. En este sentido, más adelante podremos verificar como el Tribunal Constitucional boliviano a través del recurso de amparo no se limitó a tutelar derechos civiles y políticos, sino que en muchas ocasiones dio concreción normativa a algunos derechos sociales que en algún caso se encontraban dentro del catálogo restringido de derechos fundamentales o que fueron tutelados a través de un derecho civil o político principalmente por el hecho de que tanto la Constitución de 1994 en su art. 1.II⁷⁴⁵ como la nueva Constitución en el art. 1⁷⁴⁶ establecen a Bolivia como un Estado Social que se caracteriza como bien dice Martha ROJAS ÁLVAREZ⁷⁴⁷ por la superación de la contradicción entre la titularidad formal de derechos públicos subjetivos y su ejercicio

⁷⁴⁵ Art. 1.II de la CPE. 94 “*Bolivia es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia*”.

⁷⁴⁶ Art. 1 Constitución Política del Estado: “*Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.*”

⁷⁴⁷ ROJAS ÁLVAREZ M., op. cit., 21-22.

efectivo, la prosecución de los medios por parte del Estado que aseguren al hombre la posibilidad de su existencia⁷⁴⁸.

En ese orden de ideas, podemos afirmar que la diferencia axiológica entre el Estado Democrático Liberal y el Estado Social y Democrático, radica en que los valores básicos del primero, se centran en la libertad, la propiedad privada, la igualdad y la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio, en tanto que el Estado Social y Democrático de Derecho intenta reforzar esos valores y efectivizarlos, dándoles una base y contenido material, partiendo del razonamiento de que individuo y sociedad no pueden realizarse el uno sin el otro, buscando la efectividad de derechos y así alcanzar una justicia material.

Consecuentemente, el Estado Social exige la realización efectiva no sólo de los derechos civiles y políticos, sino también de los derechos económicos, sociales y culturales, por los cuales se busca la satisfacción de las necesidades básicas fundamentales de todos los individuos de una sociedad, garantizando estándares mínimos de salario, alimentación, salud, educación, etc⁷⁴⁹.

En ese orden de cosas se pueden observar dos puntos de vista: el primero que al haberse constituido Bolivia en un Estado Social y Democrático de Derecho, los derechos

⁷⁴⁸ Si bien es cierto que el análisis del Estado Social es un tema que excede de la presente investigación sobre el tema es pertinente consultar GARCÍA PELAYO M., *“Las Transformaciones del Estado contemporáneo”*, Alianza Universidad, Madrid, 1.995; NICOLÁS MUÑIZ J., *La Declaración del Estado Social en la Constitución Española de 1978*, en Homenaje a Manuel García Pelayo, Caracas, 1980; MONEREO ATIENZA C., *Ideologías Jurídicas y Cuestión Social, Los Orígenes de los Derechos Sociales en España*, Editorial Comares, Granada, 2007; GARCIA MACHO, R., *Las Aporías de los Derechos Fundamentales Sociales y el Derecho a la Vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982; PECES-BARBA G., *“Curso de Derechos Fundamentales ...”*, op. cit.; PRIETO SANCHÍS L., *La Constitución Española de 1978, Un Estudio de Derecho y Política*, citado por HARO R., en *Algunas Reflexiones sobre la Influencia de la Constitución española de 1978 en el Constitucionalismo Latinoamericano (En Conmemoración del 25 Aniversario: 1978-2003 en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 11, Tomo I. Fundación Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2005, 57-87; PÉREZ LUÑO A.E., “Derechos Humanos, Estado de Derecho ...”* op. cit., entre otros.

⁷⁴⁹ De igual forma Willman Ruperto DURÁN RIBERA señala que el principio rector del Estado Social es la igualdad, y a través de él se intenta dotar de contenido material a los derechos de corte liberal. DURÁN RIBERA W.R., *Principios...*, op. cit., 72. En este mismo sentido Humberto NOGUEIRA ALCALÁ sostiene que los derechos de corte liberal son complementados con los denominados derechos económicos, sociales y culturales con el objetivo de ofrecer una igualdad de oportunidades en la vida nacional y un aseguramiento básico de una vida digna para todas las personas. NOGUEIRA ALCALÁ H., *“El Constitucionalismo Contemporáneo y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,”* op. cit., p. 34.

económicos sociales y culturales deben adquirir el carácter de fundamentales y el segundo referente al hecho de que en Bolivia, como ya señalábamos antes, es posible tutelar derechos sociales a través del amparo constitucional gracias a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, ya sea a partir de la interpretación de las normas de la propia Constitución o en su caso, de las normas previstas por los Tratados o Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, posibilitando de esta forma primeramente el goce pleno y ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos y progresivamente el desarrollo de los derechos sociales.

En este sentido y una vez claro que el Sistema de Protección de Derechos Humanos mediante el amparo constitucional en Bolivia se encuentra dentro del Modelo Amplio de tutela de los mismos, es preciso analizar los trabajos doctrinales efectuados por constitucionalistas bolivianos en general y por los magistrados y letrados del Tribunal Constitucional boliviano en particular. Así como efectuar una revisión de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales de acuerdo al orden en que estaban catalogados en el art. 7 de la Constitución de 1994;⁷⁵⁰ la cual como dijimos previamente no establecía diferencias entre derechos civiles y sociales. Aclarando nuevamente que el catálogo de derechos establecido por el citado art. 7 de la Constitución de 1994 no agotaba la enumeración de los derechos fundamentales ya que, como hemos referido los Títulos Primero y Segundo de la citada Constitución englobaban las denominadas garantías constitucionales entre las cuales constitucionalizaban también algunos derechos fundamentales como la libertad y el debido proceso que ya desarrollamos anteriormente.

⁷⁵⁰ Art. 7 de la CPE de 1994: “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

- a) *a la vida, a la salud, y la seguridad;*
- b) *a emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión;*
- c) *a reunirse y asociarse para fines lícitos;*
- d) *a trabajar y dedicarse al comercio, la industria o cualquier actividad lícita en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo;*
- e) *a recibir instrucción y adquirir cultura;*
- f) *a enseñar bajo la vigilancia del Estado;*
- g) *a ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional;*
- h) *a formular peticiones individual y colectivamente;*
- i) *a la propiedad privada, individual y colectivamente;*
- j) *a una remuneración justa por su trabajo que le asegure para sí y su familia una existencia digna del ser humano;*
- k) *a la seguridad social, en la forma determinada por esta Constitución y las leyes.”*

VI.3.1. Derecho a la Vida, la Salud y la Seguridad.-

El inciso a) del art. 7 de la Constitución Política de 1994 se refería a tres derechos a la vez que en algunos casos fueron abordados conjuntamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo consideramos que cada uno de ellos tiene un contenido esencial diferente que intentaremos apreciar en las sentencias del referido órgano constitucional.

- a) **Derecho a la vida.-** La Constitución Política del Estado al consagrar los derechos fundamentales de las personas, consigna en primer orden el derecho a la vida porque es el origen de donde emergen los demás derechos, en otras palabras es un derecho primigenio.

Así lo expresó el Tribunal Constitucional, por vez primera en la SC 411/2000-R,

“el derecho a la vida es el origen de donde emergen los demás derechos, por lo que su ejercicio no puede ser obstaculizado por procedimientos burocráticos ni sujeto a recursos previos, más aún cuando su titular se encuentra en grave riesgo de muerte...”

Posteriormente, a través de la SC. 687/2000-R de 14 de julio estableció:

“Que el derecho a la vida es el bien jurídico más importante de cuantos consagra el orden constitucional, de ahí que se encuentre encabezando el catálogo de los derechos fundamentales previstos en el art. 7 de la Constitución Política del Estado. Es el derecho de toda persona al ser y a la existencia, siendo su característica esencial la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones. Es un derecho inalienable de la persona que obliga al Estado en dos sentidos: su respeto y su protección. La autoridad estatal está constitucionalmente impedida de hacer cosa alguna que destruya o debilite el contenido esencial de esos derechos y debiendo crear las condiciones indispensables para que tengan cabal observancia y pleno cumplimiento.” (Las negrillas son nuestras).

Más adelante, mediante SC. 026/2003-R el Tribunal Constitucional ha reconocido la importancia de este derecho, cuando indica:

“El derecho a la vida, como lo ha proclamado la SC 687/2000-R, es el bien jurídico más importante de cuantos consagra el orden constitucional, de ahí que se encuentre encabezando el catálogo de los derechos fundamentales previstos en el art. 7 de la Constitución; es el derecho de toda persona al ser y a la existencia, siendo su característica esencial la base para el ejercicio de los demás derechos; es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones, es un derecho inalienable de la persona que obliga al Estado en dos sentidos: su respeto y su protección. (...). El derecho a la salud no significa solamente el derecho a estar en contra de la enfermedad sino el derecho a una existencia con calidad de vida. (...) El derecho a la seguridad social, como derecho constitucional, adquiere su esencia de fundamental cuando atañe a las personas cuya debilidad es manifiesta, es decir, que requieren de la misma para seguir con vida, tal el caso de los pacientes con enfermedades crónicas o incurables”.

También mediante SC. 1684/2003-R el Tribunal Constitucional interpretó las dos acepciones que tiene el derecho a la vida en nuestro ordenamiento jurídico:

“El derecho a la vida es un derecho fundamental reconocido por nuestro ordenamiento jurídico constitucional, el cuál, tiene dos acepciones, la primera amplia, consistente en el reconocimiento que tienen las personas individuales y los grupos sociales a mantener y desarrollar plenamente su existencia biológica y social, conforme a su dignidad, buscando la protección de la existencia plena y digna de todos los seres humanos y la segunda que hace referencia a éste como el derecho al mantenimiento de la existencia, tanto como estricta subsistencia en sentido global como en sentido parcial”.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional dejó claramente establecido que el derecho a la vida es un derecho exclusivo de la persona humana y no puede ser aplicado por analogía a ninguna persona jurídica como pretendía una Empresa de Teléfonos boliviana. Así la SC. 1684/2003-R de 24 de noviembre señaló:

“Que, corresponde dejar claramente establecido que en principio, las personas jurídicas (como lo es COTEL), tienen capacidad para adquirir derechos de los que puedan ser titulares las personas naturales. Sin embargo, de esa regla deben exceptuarse aquellos derechos que tiene el hombre como tal, como es el derecho a la vida (demandado como lesionado por los recurrentes), derecho fundamental previsto en el art. 7 inc. a) CPE y que se reconoce exclusivamente al ser humano.

Que, por consiguiente, una persona jurídica puede solicitar la defensa de sus derechos fundamentales a través de la acción de amparo, cuando es titular de un derecho; a contrario sensu, no se encuentra legitimada para solicitar tal protección cuando por la naturaleza del derecho vulnerado o amenazado no es titular del mismo. En consecuencia, COTEL (representada por los recurrentes) como persona jurídica, no es titular del derecho a la vida, que es un derecho fundamental de las personas físicas; por lo que de manera incorrecta se invoca en la presente acción la lesión de ese derecho, lo que también hace inviable la tutela solicitada.”

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional con referencia al derecho a la vida fue reiterada a través de los años por las sentencias constitucionales y en, algunos casos reforzada, como sucede en la SC. 0172/2006-R de 16 de febrero, que estableció que para la satisfacción de este derecho es preciso que se tutelen otros derechos, entre ellos, el derecho a la salud, al que nos referiremos a continuación.

“...este derecho comprende entre otros el derecho a la seguridad e integridad personal, la satisfacción de las necesidades básicas (alimentación, vestido, vivienda), que los ciudadanos pueden exigir

de los órganos del Estado, en cuanto a sujetos pasivos, que establezcan las condiciones adecuadas para que aquellos puedan alcanzar un estado óptimo de bienestar físico, mental y social y garanticen el mantenimiento de esas condiciones.”

b) Derecho a la Salud Física y Mental.

José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁷⁵¹ sostiene que el derecho a la salud física, psíquica y mental esta expresamente consagrado por el art. 7.a) de la Constitución, así mismo en los Instrumentos Internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 3; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en sus arts. 7 y 8; y el Pacto de San José de Costa Rica en sus arts. 4 y 5.

Para Elizabeth IÑIGUEZ DE SALINAS⁷⁵² sin derecho a la salud resulta difícil decir qué significado tiene el derecho a la vida. Es obvio que el derecho a la vida está previsto por encima del derecho a la salud. El derecho a la vida es jurídicamente superior al derecho a la salud. Por ende, la salud y la integridad física son objetos jurídicos estrechamente ligados a la vida humana y por ello, cuando se habla de salud o integridad física se está identificando a un objeto concreto del derecho a la vida.

La vinculación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud se aprecia con absoluta claridad ya que, la presencia de una patología además de conducir a la muerte desmejora la calidad de vida durante el tiempo al que todavía puede aspirarse. Se torna patente, entonces, la necesidad de proceder al tratamiento pertinente encaminado a atacar las manifestaciones de la enfermedad para impedir su desarrollo o moderar sus efectos, tratando de conservar, en lo posible, las

⁷⁵¹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *Tribunal Constitucional y Protección de los Derechos Humanos*, Tribunal Constitucional, Sucre, 2004, p. 29-30.

⁷⁵² IÑIGUEZ D. SALINAS E., op. cit., p. 196.

posibilidades que faciliten al enfermo desenvolver su propia personalidad dentro del medio social.

Willman Ruperto DURÁN RIBERA⁷⁵³ señala que el derecho a la salud es un derecho inalienable de la persona que obliga al Estado en dos sentidos: a respetarla y protegerla; por lo que la autoridad estatal está, en primer término, constitucionalmente impedida de hacer cosa alguna que destruya o debilite el contenido esencial de este derecho; y por otro lado debe crear condiciones indispensables, cabal observancia y pleno cumplimiento.

Silvia SALAME FARJAT⁷⁵⁴ señala que el derecho a la salud no significa solamente el derecho a estar en contra de la enfermedad sino el derecho a una existencia con calidad de vida. La persona y los grupos sociales especialmente la familia, como titulares del derecho a la salud, pueden exigir de los órganos del Estado que establezca las condiciones adecuadas para que éstos puedan alcanzar un estado óptimo de bienestar físico, mental y social, y garanticen el mantenimiento de esas condiciones.

Sobre el derecho a la salud el Tribunal Constitucional en la SC. 411/2000-R, de 28 de abril, refirió:

“que este derecho no puede ser obstaculizado por procedimientos burocráticos ni sujeto a recursos previos, más aún cuando su titular se encuentra en grave riesgo de muerte”. Por ello, además de consagrarlo, la Constitución prevé mecanismos de protección para el ejercicio real y efectivo del derecho a la vida cuando, en su art. 158, obliga al Estado a “defender el capital humano protegiendo la salud de la población, asegurará la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de

⁷⁵³ DURÁN RIBERA W.R., op. cit., p. 193.

⁷⁵⁴ SALAME FARJAT S., op. cit., p. 183.

las personas inutilizadas..", obliga también al Estado a establecer un "régimen de seguridad social" inspirado en los principios de universalidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad y eficacia."

Posteriormente en la SC. 0026/2003-R, 8 de enero, señaló que:

"El derecho a la salud no significa solamente el derecho a estar en contra de la enfermedad (...) sino el derecho a una existencia con calidad de vida. La persona y los grupos sociales -especialmente la familia- como titulares del derecho a la salud, pueden exigir de los órganos del estado, que establezca las condiciones adecuadas para que estos puedan alcanzar un estado óptimo de bienestar físico, mental y social (...) y garanticen el mantenimiento de esas condiciones".

El derecho a la salud es un derecho fundamental, que debe ser resguardado con mayor razón cuando se encuentra en conexitud con el primigenio derecho a la vida o a la dignidad humana (...) especialmente en el caso de personas vulnerables de la población, como son los niños, las personas con discapacidad, de la tercera edad y los enfermos terminales".

Con referencia al derecho a la salud y a un ambiente libre de contaminaciones el Tribunal Constitucional en la SC 0773/2005-R de 7 de julio, señala que:

"El término ruido, en materia de contaminación atmosférica, debe ser entendido como todo sonido indeseable que moleste, perjudique o afecte la salud de las personas, o que tenga efectos dañinos en los seres vivos" (...), en otros términos, el ruido hace referencia a la contaminación sonora, a los sonidos molestos que pueden producir efectos fisiológicos y psicológicos nocivos para una persona o para un grupo de personas. (Reglamento de la LMA.)

Entre los efectos nocivos del ruido está la pérdida de las facultades auditivas, deficiencias para la comprensión oral, interferencia en la comunicación hablada (...) perturbación del sueño, del descanso

y relajación, creación de estados de cansancio, neurosis, incremento de la agresividad, hipertensión.

Es deber del Estado y la sociedad mantener la atmósfera en condiciones que permitan la vida y su desarrollo en forma óptima y saludable (...) así como establecer, regular y controlar a través de sus organismos competentes, los niveles de ruidos originados en actividades comerciales, industriales, domésticas, de transporte u otras a fin de preservar y mantener la salud y el bienestar de la población.(arts. 40 y 42 de la LMA).”

En síntesis, de acuerdo al criterio jurisprudencial sentado por el Tribunal Constitucional boliviano el derecho a la salud no significa solamente el derecho a estar en contra de la enfermedad sino el derecho a una existencia con calidad de vida. En este sentido la persona y los grupos sociales -especialmente la familia- como titulares del derecho a la salud, pueden exigir de los órganos del Estado, que establezca las condiciones adecuadas para que estos puedan alcanzar un estado óptimo de bienestar físico, mental y social y garanticen el mantenimiento de esas condiciones, estando el estado obligado a proteger este derecho con mayor razón cuando se encuentra en conexitud con el primigenio derecho a la vida especialmente en el caso de personas vulnerables de la población, como son los niños, las personas con discapacidad, de la tercera edad y los enfermos terminales a los que nos referiremos detalladamente cuando analicemos el derecho a la seguridad social.

- c) **Derecho a la seguridad.-** El Tribunal Constitucional al desarrollar el núcleo del derecho a la seguridad en Bolivia se refirió en su mayoría a la seguridad jurídica. De esta manera fue uno de los primeros derechos que interpretó el órgano constitucional boliviano y que como señalamos antes ocasionó algunos inconvenientes a la hora de resolver los recursos de amparo constitucional sobre sentencias con calidad de cosa juzgada. Así la SC. N° 287/1999-R de 28 de octubre define el derecho a la seguridad jurídica:

“es condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio”.

Partiendo de ese marco conceptual, el Tribunal Constitucional estableció que la seguridad jurídica no se construye vulnerando o desconociendo los derechos fundamentales y garantías constitucionales, al contrario la seguridad jurídica de los ciudadanos sólo se logra asegurando a todas las personas el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados por la Constitución, los tratados, convenios y convenciones suscritos y ratificados por el Estado como parte del bloque de constitucionalidad, así como las leyes ordinarias; y ello sólo es posible en la medida en que las autoridades públicas encuadren sus actos y decisiones en lo establecido por la Constitución y el sistema de valores y principios consagrados en ella, haciendo una aplicación objetiva de la Ley. Aunque la citada línea jurisprudencial puede ser considerada como la más importante en el desarrollo del derecho a la seguridad jurídica, manteniéndose hasta la fecha; el Tribunal Constitucional mediante SC. 130/2000-R de 16 de febrero, complementó lo anterior señalando que:

“...esa seguridad jurídica comprende el derecho del recurrente a que se respeten los fallos alcanzados dentro del proceso que en la época en que fueron tramitados se circunscribían a los parámetros procesales que con relación a la competencia de la autoridad jurisdiccional que conocía los mismos, estaban vigentes, sin que una disposición emitida mediante Circular de la Corte Suprema de Justicia, en fecha muy posterior a la ejecutoria de las resoluciones antedichas, pueda desconocer el derecho así consagrado, ya que,

además, se estaría conculcando el principio contenido en el art. 33 de la Constitución Política del Estado.”

Posteriormente el Tribunal Constitucional, al conocer y resolver un amparo constitucional, mediante SC. 753/2003-R de 4 de junio ha sostenido que:

“La seguridad jurídica trasladada al ámbito judicial implica el derecho a la certeza y la certidumbre que tiene toda persona frente a las decisiones judiciales, las que deberán ser adoptadas en el marco de la aplicación objetiva de la Ley y la consiguiente motivación de la Resolución”.

De esta manera es posible afirmar que la seguridad jurídica se orienta a lograr la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado, prevalezca sobre cualquier expectativa o indeterminación.

De ahí que como precisa José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁷⁵⁵, en las resoluciones jurídicas que se desarrollan en el ámbito judicial, el debido proceso sea un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica, pues un proceso justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y sobre todo, la indefensión jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger.

VI.3.2. Derecho de Asociación.

Señala acertadamente Elizabeth IÑIGUEZ DE SALINAS⁷⁵⁶ que las asociaciones desempeñan un papel fundamental en los diversos ámbitos de la

⁷⁵⁵ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., *“Temas de Derecho Procesal Constitucional”*, op. cit., p. 253.

⁷⁵⁶ IÑIGUEZ D. SALINAS E., *Importancia de la Jurisprudencia como Precedente en la Resolución de Causas*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 1, Sucre, 1999, p. 95.

actividad social, contribuyendo a un ejercicio activo de la ciudadanía y a la consolidación de una democracia avanzada, representando los intereses de los ciudadanos ante los poderes públicos y desarrollando una función esencial e imprescindible, entre otras, en las políticas de desarrollo, medio ambiente, promoción de los derechos humanos, juventud, salud pública, cultura, creación de empleo y otras de similar naturaleza.

Sobre el particular la SC 112/2004-R de 11 de octubre establece que:

*“el derecho de asociación proyecta su protección desde una doble perspectiva (...) por un lado, como derecho de las personas en el ámbito de la vida social, y, por otro lado, como capacidad de las propias asociaciones para su funcionamiento.”*⁷⁵⁷

En íntima relación con el derecho de asociación, al menos en la legislación boliviana, se encuentra el derecho de sindicación que implica la facultad de toda persona de asociarse con otra para demandar el respeto de sus derechos laborales, gremiales u otros que tengan que ver esencialmente con las conquistas sobre el trabajo, industria y comercio⁷⁵⁸. El titular de este derecho y quien lo ejerce es él o la trabajadora, entendiéndose como tal a toda persona que presta sus servicios a favor de otra y recibe como retribución un salario. El bien de la personalidad protegido a través del derecho a la sindicación es la libertad, el poder elegir asociarse con otros pares para defender sus comunes intereses. Sobre el particular la SC 0888/2003-R, 1 de julio, establece que:

“El derecho al trabajo o a dedicarse a una actividad lícita, en casos en que deba desarrollarse en asociaciones o sindicatos constituidos por personas

⁷⁵⁷ La citada Sentencia establece dos perspectivas del derecho de asociación: *“La primera perspectiva del derecho de asociación conlleva aspectos positivos, como la libertad y la voluntariedad en la constitución de las asociaciones (...) paralelamente a la titularidad del derecho a constituir asociaciones, sin perjuicio de las condiciones que para su ejercicio establece la legislación vigente, y los derechos inherentes a la condición de asociado.*

La segunda perspectiva recoge la capacidad de las asociaciones para inscribirse en el registro correspondiente; para establecer su propia organización en el marco de la ley; para la realización de actividades dirigidas al cumplimiento de sus fines en el marco de la legislación sectorial específica; y, finalmente, para no sufrir interferencia alguna de las administraciones (...) salvo la que pudiera venir determinada por la concurrencia de otros valores, derechos o libertades constitucionales que deban ser objeto de protección al mismo tiempo y nivel que el derecho de asociación”.

⁷⁵⁸ HAYES MICHEL M.Y., op. cit., p. 149.

que se asocian para prestar determinado servicio, están garantizados a cada uno de los afiliados (...); en tanto y en cuanto cumplan con los requisitos que se exigen y que estén establecidos en su estatuto o reglamentos.

El Estado podrá negar a una entidad colectiva que ejerza una determinada actividad o servicio siempre que ello esté previsto en las normas internas que rijan a la misma (...); lo que implicaría simplemente una limitación legal, empero si el afiliado ha cumplido con todas las exigencias la negativa a que desarrolle el servicio se tendrá como una omisión indebida supresiva y lesiva a los citados derechos”.(Las negrillas son nuestras).

VI.3.3. Derecho al Trabajo.

El derecho al trabajo en la legislación boliviana es, sin duda una de las conquistas sociales más importantes de toda la historia republicana; buena prueba de ello es que desde su fundación como República en 1825, las once primeras Constituciones políticas promulgadas e inspiradas en la concepción individualista del liberalismo económico, no hacen referencia alguna al derecho al trabajo; aunque ya se habían dictado varias leyes aisladas relativas al salario, asociación sindical, huelga, duración de la jornada, indemnización de incapacidades resultantes de accidentes de trabajo, etc⁷⁵⁹.

Fue recién en la Constitución décimo segunda aprobada y sancionada el 30 de octubre de 1938, que se incorporó el régimen social con la consagración de algunos derechos en la Constitución, a favor de los trabajadores. Régimen Social que se ha mantenido y ampliado con nuevas concesiones en las subsiguientes hasta la reforma de 1994, mediante la cual el derecho al trabajo da un nuevo giro; primero, en lo referente a la obligación del Estado de garantizar la continuidad del empleo, instituyendo en esta forma la consagración del derecho a la estabilidad laboral y después mediante la creación del Tribunal Constitucional que posibilita la tutela constitucional de este derecho mediante el recurso de amparo constitucional. Sobre el derecho al

⁷⁵⁹ ARNEZ GUTIÉRREZ A., *Derechos Laborales y Sociales*, en la Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003, Editorial Kipus, Cochabamba, 2003, p. 578.

trabajo⁷⁶⁰ en un Estado Social de Derecho como es Bolivia, la SC 0203/2005-R establece:

“Por otra parte, al ser Bolivia un Estado Social y Democrático de Derecho cual lo reconoce el art. 1.II de la CPE, con una economía de libre mercado, el derecho al trabajo no tiene carácter prestacional, porque no implica la obligación del Estado de otorgar a todos los ciudadanos un puesto de trabajo, sino que lo obliga a adoptar políticas que favorezcan la creación de puestos de trabajo tanto en el sector público como privado, y a tutelar este derecho fundamental contra actos que priven o restrinjan el ejercicio de este derecho o actitudes discriminatorias, a fin de garantizar iguales oportunidades para conseguir y tener estabilidad en un puesto de trabajo, en mérito al cumplimiento de los requisitos generales exigidos para el mismo”.

María Yamile HAYES MICHEL⁷⁶¹ señala que el sujeto del derecho al trabajo es toda persona o grupos de personas y el sujeto pasivo es el Estado, los particulares, las empresas privadas y toda persona que pretenda restringir, amenazar o suprimir en forma ilegal el ejercicio de este derecho. El objeto del mismo radica en permitir a la persona procurarse ingresos económicos para la satisfacción de sus necesidades y las de su familia, así como expandir su creatividad y superarse como ser humano en todos los ámbitos. En este sentido la SC 583/2006-R de 20 de junio establece que:

⁷⁶⁰ “A ese efecto, cabe expresar que el derecho fundamental al trabajo ha sido definido por la jurisprudencia constitucional contenida en la SC 1132/2000-R de 1 de diciembre, como: “(...) la potestad, capacidad o facultad que tiene toda persona para desarrollar cualquier actividad física o intelectual tendiente a generar su sustento diario como el de su familia. (...) la propia Ley Fundamental establece el límite del mismo al señalar expresamente que tal derecho debe ejercerse de manera que no afecte el bien común ni el interés colectivo (...)”.

De esta definición general se extrae que el derecho al trabajo es una manifestación de la libertad del ser humano, que le reconoce y garantiza el desempeño libre de una actividad legítima, en condiciones dignas y justas, y que a la vez constituye un medio para conseguir recursos económicos que sufraguen las necesidades de la persona y de su familia, conllevando por tanto como finalidad última, la tutela al trabajador y a su dignidad y no así al trabajo como término genérico. El derecho al trabajo incluye en su núcleo tanto el trabajo subordinado como el no subordinado o independiente, así como también la libertad de trabajo, es decir el libre albedrío de la persona para escoger cualquier ocupación, arte u oficio, siempre que no afecte el bien común ni el interés colectivo.”

⁷⁶¹ HAYES MICHEL M.Y., *Los Derechos Humanos en los Instrumentos Internacionales y la Jurisprudencia Constitucional*, Editorial Talleres Gráficos Gaviota del Sur SRL, Sucre, 2007, p. 136-148.

“El derecho al trabajo reconocido por el art. 7 inc. d) de la CPE entendido como “la potestad, capacidad o facultad de toda persona para desarrollar cualquier actividad física o intelectual”, e incorporada en el art. 23 de la Declaración universal de los derechos humanos cuando señala que: ‘1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo...’ (...) que le asegure a ella, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana.⁷⁶²”

Con referencia a los límites en el ejercicio del derecho al trabajo René BALDIVIESO GUZMÁN⁷⁶³ destaca que sí bien las garantías para el ejercicio de los derechos del individuo son amplias, existe un límite fijado para su correcto ejercicio, por la propia Constitución por las leyes y aún por los instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales, en el sentido de que los derechos de las personas encuentran ese límite en los derechos de los demás.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional mediante SC 1132/2000-R, 1 de diciembre, ha señalado que:

“La propia Constitución es la que marca el límite al derecho al trabajo, al establecer que el mismo debe ejercerse de manera que no afecte el bien común ni el interés colectivo”.

Sobre el derecho a las condiciones dignas de trabajo María Yamile HAYES MICHEL⁷⁶⁴ hace hincapié en que estas condiciones están estrechamente ligadas a la garantía de un ambiente de seguridad e higiene adecuado donde el

⁷⁶² En armonía con estas declaraciones, el Tribunal Constitucional ha desarrollado este derecho en la SC 102/2003, en sentido de que el derecho al trabajo: *“supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por igual trabajo, sin ninguna distinción.”*

⁷⁶³ BALDIVIESO GUZMÁN R., *“Derecho Procesal Constitucional”*, op. cit., p. 218-219.

⁷⁶⁴ HAYES MICHEL M.Y., op. cit., p. 140.

trabajador y la trabajadora desarrollen sus tareas. En ciertos tipos de trabajo su desempeño debe ir acompañado de la utilización de medios idóneos de protección y seguridad dotados para ese fin. El Estado debe crear una infraestructura que facilite a los trabajadores y a sus familiares una vida no sólo económicamente decorosa, sino además auténticamente humana.

Silvia SALAME FARJAT⁷⁶⁵ señala que el derecho al trabajo es una manifestación de la libertad del ser humano, que le reconoce y garantiza el desempeño libre de una actividad legítima, en condiciones dignas y justas, y que a la vez constituye un medio para conseguir recursos económicos que sufragen las necesidades de la persona y de su familia. Señala que la finalidad del derecho al trabajo es la tutela al trabajador y su dignidad, y no así al trabajo como término genérico

Sobre el trabajo digno el Tribunal Constitucional boliviano no se ha limitado a citar las normas constitucionales bolivianas, sino que ha acudido a los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, que forman parte del bloque de la constitucionalidad en Bolivia; así vemos que la SC 0059/2006 de 5 de julio⁷⁶⁶ se ha constituido en un parámetro a seguir a la hora de tutelar los

⁷⁶⁵ SALAME FARJAT S., *Protección de los Derechos Fundamentales en Bolivia* en Temas Constitucionales N°8, Tribunal Constitucional Ecuador, Quito, 2006, p. 103.

⁷⁶⁶ SC 0059/2006 de 5 de julio: Establece: “*que el art. 157 la CPE, consagra el principio protectorio -llamado también de proteccionismo- al disponer que "I. El trabajo y el capital gozan de la protección del Estado. La ley regulará sus relaciones estableciendo normas sobre contratos individuales y colectivos, salario mínimo, jornada máxima, trabajo de mujeres y menores, descansos semanales y anuales remunerados, feriados, aguinaldos, primas u otros sistemas de participación en las utilidades de las empresas, indemnización por tiempo de servicios, desahucios, formación profesional y otros beneficios sociales y de protección a los trabajadores. II. Corresponde al Estado crear condiciones que garanticen para todos posibilidades de ocupación laboral, estabilidad en el trabajo y remuneración justa", garantizando constitucionalmente los llamados derechos sociales, tanto en el plano individual del trabajo, como en el colectivo y también derechos de la seguridad social. En su primera parte, específicamente se garantiza a los trabajadores condiciones dignas y equitativas de trabajo, jornada limitada, descanso y vacaciones pagadas, retribución justa, salario mínimo, igual remuneración por igual tarea, participación en las ganancias de la empresa, con control de la producción y colaboración en la dirección, protección contra el despido arbitrario y otros beneficios sociales y de protección a los trabajadores.*

Este principio protectorio, llamado también, de protección tutelar, a favor del trabajador, pro operario, -entre otros-, responde a la necesidad de mantener la igualdad entre las partes que intervienen en el contrato de trabajo, compensando la desigualdad económica y la debilidad del trabajador frente al empleador. Se entiende que la norma de trabajo quebranta el tradicional principio de la igualdad jurídica de las partes creando una desigualdad protectora del trabajo humano y de la persona del trabajador; sin embargo, esta desigualdad protectora persigue en definitiva una igualdad de hecho, para paliar la menor capacidad de negociación del trabajador a la hora de pactar las condiciones de su contrato.”

derechos fundamentales. Porque la citada Sentencia reconoce la existencia de un régimen constitucional social, que se encuentra comprendido en el Título Segundo (Régimen Social), Parte Tercera, arts. 156 al 164 de la CPE referido al Régimen de los Trabajadores y el Empleador, determinando de manera categórica que el trabajo es un deber y un derecho, y constituye la base del orden social y económico; Igualmente que el trabajo y el capital gozan de la protección del Estado. Correspondiendo a éste la obligación de crear condiciones que garanticen para todos posibilidades de ocupación laboral,

En la doctrina, se ha entendido que en los países de América donde la legislación laboral no representa el resultado de una lucha de clases, sino que ha sido otorgada en aplicación de los principios de justicia social, que desde hace tiempo han sido incorporados a la cultura contemporánea como integración de los principios igualitarios afirmados por la revolución francesa, el derecho al trabajo no es un derecho de excepción que sanciona privilegios conquistados con la fuerza, sino que constituye un derecho.

En este contexto, corresponde señalar que el principio protectorio jerarquiza a la persona humana y a su obra que es el trabajo, dignificándolo y revalorizando su condición de hombre; máxime, si la filosofía del derecho, en su vertiente más moderna, contiene una "filosofía del hombre", que es sujeto único de derechos y deberes jurídicos. El punto central es la dignidad del hombre, es decir, de lo que se llama su "personalidad"; el derecho tiene como misión esencial la de garantizar su respeto en la relación recíproca de hombre a hombre según el postulado de alteridad (condición de ser otro). En la personalidad, -según esta línea de pensamiento - se encuentra el derecho superior y fundamento del hombre en si mismo, sobre su dignidad, sobre su libertad, y sobre su propia identidad. Este derecho fundamental impide que el hombre sea insertado en una "relación de medio" respecto de fines perseguidos por otros, con desmedro de su propia integridad. Este derecho, supone de modo necesario una amplia esfera de garantías que le proporcione protección jurídica suficiente e idónea.

Así, las Leyes adjetivas laborales constituyen una de las fuentes normativas operativas del Régimen Social establecido en la Constitución Política del Estado, y en realidad, las normas de trabajo, tienden a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y empleadores; conforme se evidencia de los derechos sociales y protectorios a favor del trabajador en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Internacional sobre Eliminación de toda forma de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de Discriminación de la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño. Estas Convenciones y Declaraciones Universales han ampliado y reforzado las garantías ya establecidas y se presentan destinadas a brindarle una eficacia concreta mediante el establecimiento de mecanismos de control.

En realidad la universalidad de los derechos del hombre, la protección de su trabajo y de percibir por ello una retribución justa ha sido reafirmada con la incorporación de estos Pactos y Tratados Internacionales; siendo necesario proteger al trabajador de comportamientos desleales del empleador. Principios de buena fe lo exigen. El contrato de trabajo tiene características que obligan a considerarlo en base a elementales principios de cooperación, solidaridad y justicia.

Consecuentemente, no se puede cargar sobre las espaldas del trabajador los riesgos empresariales, y las desventuras patronales, es la propia economía la que debe solucionarlo. Si el trabajador no aprovecha las ganancias de la empresa, tampoco, debe cargar sus pérdidas.

En definitiva, de lo que se trata es de concluir que los derechos del trabajador y que merecen ser protegidos, no sólo tienen en cuenta el interés individual sino el de la comunidad toda, por lo que fueron calificados de orden público; se debe rescatar y destacar la dignidad del hombre y los valores humanos, en este momento donde aparentemente está triunfando la economía de mercado y en el que la economía se mundializa, tal como expresara en el mensaje de 1994 el director de la Organización Internacional del Trabajo. Recordando, para finalizar, que " La Paz universal no puede fundarse sino sobre la base de justicia social, y que la no adopción , por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano pone obstáculos a los esfuerzos de las demás naciones deseosas de mejorar la suerte de los obreros de sus propios países", (Preámbulo del Tratado de Versalles de 1919), a lo que se agrega el régimen de trabajo humano y protectorio."

estabilidad en el trabajo y remuneración justa. También la citada Sentencia reconoce la obligación del Estado de defender el capital humano protegiendo la salud de la población; asegurando la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas y; propendiendo incluso al mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar.

Sobre el derecho a la justa remuneración, base fundamental del derecho al trabajo, René BALDIVIESO GUZMÁN⁷⁶⁷ señala que éste consiste en la potestad o facultad que tiene toda persona de recibir una retribución o contraprestación adecuada conforme al trabajo desarrollado, es decir, un salario equitativo e igual por trabajo del mismo valor. Empero este derecho es concurrente al derecho al trabajo, no es independiente de este último, toda vez que se genera y se constituye en el momento en que la persona desarrolle una actividad o trabajo por cuenta de otra persona o del propio Estado. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la SC. 0465/2001-R, 17 de mayo, al señalar que:

“...el derecho a la remuneración justa esta estrechamente/ vinculado al derecho al trabajo (...) la remuneración por el trabajo efectivamente prestado es un derecho reconocido por la constitución política del estado que tiene como finalidad el asegurar a la persona y a su familia una existencia digna y la misma no puede ser retenida salvo por orden judicial y aún en este caso hasta el porcentaje fijado por ley”.

Sobre la vulneración a los derechos de un trabajador emergentes del propio contrato de trabajo la SC 0426/2003-R, 2 de abril determina que:

“ningún contrato será válido cuando restrinja derechos fundamentales de las partes (...); sin embargo dicho contrato lleva implícitos derechos fundamentales, entre otros, el derecho al trabajo, que resulta lesionado por los actos ilegales consumados”.

⁷⁶⁷ BALDIVIESO GUZMÁN R., “Derecho Procesal Constitucional...”, op. cit., p. 383.

Con referencia a las acciones de hecho que restrinjan el derecho al trabajo el Tribunal Constitucional en citada SC. 0426/2003-R, ha señalado:

“que la tutela que brinda el recurso de amparo en casos en los que se ha restringido el derecho al trabajo por vías de hecho no exime a la recurrente del pago de alquileres devengados (...); pues la demandada podrá acudir a la vía llamada por ley reclamando lo que en derecho convenga a sus intereses y le corresponda”.(Todas las negrillas son nuestras).

Se puede apreciar sin ninguna clase de dudas que el Tribunal Constitucional por medio de su jurisprudencia ha desarrollado ampliamente el contenido del derecho al trabajo; sin embargo, en los últimos años debido al creciente número de recursos de amparo por asuntos laborales, la mayoría de ellos fueron declarados improcedentes al no haber agotado los recurrentes las vías ordinarias previas a la interposición del amparo constitucional. Al respecto, si bien esta claro que no se puede desconocer la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, se debe tomar en cuenta que especialmente en el sector público, en franco desconocimiento de las garantías constitucionales así como de las normas básicas de administración de personal se procede al retiro unilateral de funcionarios y empleados públicos en base a la militancia partidaria de los mismos, cuando éstos no pertenecen al partido gobernante de turno, vulnerando su derecho fundamental al trabajo consagrado por la Constitución. En este entendido consideramos que no es preciso que todas las vulneraciones a los derechos de los trabajadores sean resueltas en la vía ordinaria, ya que la misma no brinda la inmediatez que requieren para su tutela los derechos fundamentales; más aún cuando el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que el recurso de amparo no sólo procede cuando no existe otra vía legal para la tutela de los derechos conculcados, sino también, en los casos en que aquella resulta ineficaz, por tardía, para proteger el derecho fundamental conculcado o amenazado.

VI.3.4. Derecho a la Educación.

Antes de abordar el tema del desarrollo jurisprudencial del derecho a la educación en Bolivia, creemos pertinente recordar que el presente análisis está basado en la Constitución de 1994; ya que si bien es cierto que la actual Constitución amplía el núcleo de protección estatal no sólo del derecho a la educación sino de todos los derechos sociales en general, no es menos cierto que hasta el momento el gobierno no ha aplicado ninguna política que haga realidad o que lleve a la práctica lo establecido en el nuevo texto constitucional; situación que ha empeorado considerablemente por la falta de designación de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional; por lo que actualmente en Bolivia es la jurisdicción ordinaria la que resuelve las garantías constitucionales como la acción de amparo para lo cual sigue aplicando los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional.

Hecha está aclaración diremos que el art. 177 de la Constitución de 1994⁷⁶⁸ calificaba a la educación como la más alta función del Estado. Para Pablo DERMIZAKY PEREDO⁷⁶⁹ a la educación le corresponde pertenecer tanto al orden público como al privado, porque todos tienen derecho a recibir instrucción y adquirir cultura y a enseñar bajo la vigilancia del Estado. Es un derecho y un deber porque no sólo abre las puertas de las escuelas y colegios y universidades, sino que la instrucción primaria es obligatoria, y como la educación es una función del Estado, éste debe cumplirla con el acatamiento y colaboración de todos. En su opinión la función de educar presupone también instruir, pues nadie puede considerarse educado si carece de instrucción; y a pesar de que instrucción y educación tienen por objeto desarrollar la personalidad del hombre para hacerlo útil a la sociedad, conviene distinguir que la primera provee conocimientos, destrezas y capacidades para la inteligencia, mientras que la segunda da preceptos morales, sentimientos y convicciones que moldean nuestro carácter.

⁷⁶⁸ Actualmente el Derecho a la educación está recogido en el art. 17 y desarrollada en los arts. 77 al 97 del nuevo texto constitucional.

⁷⁶⁹ DERMIZAKY PEREDO P., "*Derecho Constitucional*", op. cit., p. 199.

Ambas son funciones sociales; pero la educación corresponde más al ámbito del hogar, a la familia y a los grupos en que el individuo se integra, por lo que es esencialmente subjetiva. La instrucción es objetiva, porque se propone el conocimiento de la verdad. Paralelamente a la educación, el Estado debe promover la cultura nacional y popular, protegiendo la riqueza artística, colonial, arqueológica, histórica y documental, y promoviendo las manifestaciones del arte e industrias populares. Al respecto el Tribunal Constitucional en la SC 0235/2005-R, de 21 de marzo, ha establecido:

“El derecho a la instrucción y el derecho a la educación salvando las diferencias de ambas categorías conceptuales- implican que la persona tiene la potestad de acceder al conocimiento, la ciencia, la técnica (...) y los demás bienes y valores de la cultura.

Al existir un sistema nacional de instrucción, enseñanza, aprendizaje o educación, el núcleo esencial de estos derechos no está tan sólo en el acceso a dicho sistema (...) sino también a la permanencia en ese sistema.

El derecho a la educación es un derecho fundamental y constituye una función social del Estado (...) inherente a la persona.

La Constitución califica a la educación como la más alta función del Estado (...) la educación es de orden público y privado, porque todos tienen derecho a recibir instrucción y adquirir cultura” y “a enseñar bajo la vigilancia del estado” cual prevé el art. 7 incs. e) y f) de la CPE.” (Las negrillas son nuestras).

José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁷⁷⁰ considera que la educación es un derecho de carácter social, porque es inherente no sólo a la persona sino a la sociedad misma, pues a través de la educación se genera ciencia, tecnología y pensamiento, tres elementos básicos para lograr el desarrollo sostenible. Por ello está consagrada por el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A nivel interno el derecho a la educación está reconocido en el catálogo previsto por el art. 7 de la Constitución de 1994.

⁷⁷⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., op. cit., p. 185.

En igual sentido, en opinión de Stefan JOST,⁷⁷¹ la educación es un derecho de carácter social porque es inherente no sólo a la persona sino a la misma sociedad, por cuanto la educación permite generar ciencia, tecnología y pensamiento; es el instrumento de la reproducción y ampliación del conocimiento; permite cualificar la mano de obra; contribuye en la generación de la riqueza social; permite desarrollar y fortalecer la cultura; por tanto, permite establecer y mantener la libertad de un pueblo.

En ese orden de ideas aunque, como dice José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ,⁷⁷² actualmente en la doctrina constitucional aún se debate si este derecho se puede judicializar debido a que genera obligaciones positivas para el Estado. Para el autor el constituyente, al haber instituido el amparo constitucional como una acción de tutela para los derechos fundamentales, no ha establecido límite alguno respecto a sus alcances; mas bien al contrario, ha adoptado un modelo amplio al establecer que el amparo protege los derechos consagrados en la Constitución y las leyes. Es en ese marco donde el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha definido que el núcleo esencial del derecho a la educación está constituido entre otros por el derecho de acceso y el derecho a la permanencia en los centros de educación. Sobre esa base ha otorgado tutela efectiva al derecho a la educación en lo que concierne al acceso y permanencia en los centros educativos a los titulares del citado derecho.

Así, frente a acciones discriminatorias asumidas por el director de un colegio traducidas en la expulsión de un estudiante del centro por no haber aceptado llevar el uniforme oficial, debido a su precaria situación económica, mediante SC. 1017/2002-R de 21 de agosto, otorgó la tutela al estudiante respecto a su derecho a la educación, disponiendo que el director del colegio garantice su permanencia en el establecimiento educativo reincorporándolo de forma inmediata.

⁷⁷¹ STEFAN J., op. cit., p. 41.

⁷⁷² RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., op. cit., p. 210.

El Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha tutelado el derecho a la educación, entre otras, la SC. 606/2003-R de 6 de mayo de 2003 en un recurso de amparo presentado por una ciudadana denunciando que su hijo menor no fue inscrito en un Centro Educativo de nivel prebásico, por una actitud discriminatoria del Director del Colegio; la citada Sentencia estableció que:

“El art. 7-e) CPE consagra el derecho a recibir instrucción y adquirir cultura, como uno de los derechos fundamentales reconocidos por el Estado; el art. 177-I-III de la misma Carta Fundamental, declara que la educación es la más alta función del Estado, debiendo fomentar la cultura del pueblo y que la educación fiscal es gratuita, siendo obligatoria en el ciclo primario.

Que, la educación en general es un derecho y un deber de todo boliviano, en particular la educación es un derecho del niño o niña, que le permite el desarrollo integral de su persona sin discriminación alguna, como se desprende de las previsiones de los arts. 1 inc. 6) y 3 inc. 5) de la Ley 1565, de 07 de julio, o Ley de Reforma Educativa y los arts. 3 y 112 del Código Niño, Niña y Adolescente.⁷⁷³

Por otro lado, sobre la libertad de conciencia, o la objeción de la misma, Pablo DERMIZAKY PEREDO⁷⁷⁴ señala que el art. 4 del Código de la Educación Boliviana, concordante con el art. 3 de la Constitución de 1994 y el art. 86 del actual texto constitucional reconocen la libertad de enseñanza religiosa. De igual forma el Estado reconocerá una partida en el presupuesto nacional para subvencionar el servicio de la enseñanza religiosa; en este sentido señala que el Estado no puede tomar partido por una religión dada, aún cuando la mayoría la profese o pertenezca a una iglesia o comunión.

⁷⁷³ También la Sentencia en análisis estableció que: *“Que, el número recomendado de alumnos por curso en las unidades educativas públicas en áreas de población concentrada es de 30 alumnos como mínimo y 40 como máximo para nivel primario y secundario; el Director podrá adecuar el número de alumnos según la capacidad de la infraestructura y de equipamiento, como establece el art. 41 del Reglamento de Organización y Funcionamiento para Unidades Educativas de los Niveles Inicial, Primario y Secundario.*

Que, siendo obligación del Estado prestar el servicio público de la educación, por constituir un instrumento para el ejercicio de los demás derechos, corresponde conceder la tutela demandada y proteger el derecho fundamental a la educación del hijo menor de la recurrente; por lo que es viable la tutela solicitada”.

⁷⁷⁴ DERMIZAKY PEREDO P., *“Derecho Constitucional”*, op. cit. p. 223-224.

Con relación al derecho a la objeción de conciencia el Tribunal Constitucional en la SC 1662/2003-R de 17 de noviembre señaló:

“La objeción de conciencia, es la potestad que tiene una persona para resistirse a obedecer un imperativo jurídico o mandato jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia (...) que le impide sujetarse al comportamiento prescrito por el ordenamiento jurídico.

La objeción de conciencia no es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, pues forma parte constitutiva o es inherente al derecho humano de la libertad de conciencia/ (...) un derecho humano consagrado por las normas del derecho internacional de los derechos humanos; así como por la constitución de algunos países.

El derecho a la libertad de conciencia, según la doctrina es la facultad o capacidad que tiene una persona para actuar en determinado sentido, o para abstenerse de hacer algo o actuar en determinado sentido (...) en función a sus convicciones, a su ideología o su propia manera de concebir el mundo.

La libertad de conciencia es un derecho que, si bien nace en el valor supremo de la libertad en su esfera del status personal, implica modelos de comportamiento que se estructuran sobre la base de su formación académica, social, moral y religiosa (...) y condicionan a la persona en su comportamiento en la sociedad y encauzan el ejercicio de su libertad; pues la formación que la persona recibe y asimila cotidianamente le permite estructurar su sistema de valores y convicciones, así como el formar los criterios propios para la calificación de lo bueno, justo, equitativo, oportuno⁷⁷⁵.

⁷⁷⁵ Sobre los facetas del derecho a la libertad de religión la citada Sentencia señaló que: *“El derecho a la libertad religiosa comprende un amplio ámbito que incluye el tema del culto, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las iglesias y confesiones (...) el valor especial de sus ritos relacionados con el estado civil de las personas, el alcance y límites de las decisiones de sus órganos internos, las prácticas y la enseñanza, las condiciones para acreditar la idoneidad profesional de sus autoridades y las relaciones con la autoridad civil.*

Una especie del derecho a la libertad religiosa es el derecho a la libertad de culto que es la facultad o potestad que tiene la persona para exteriorizar y propagar sus creencias religiosas (...) así como la capacidad de celebrar ceremonias, ritos o actos religiosos de acuerdo a sus propias convicciones.

Los derechos a la libertad de religión y a la libertad de cultos pueden ser ejercidos en una doble dimensión (...) dada su naturaleza jurídica.

la primera dimensión se refiere a la potestad de ejercer en forma activa una fe o creencia (...) sin intervención del estado.

El derecho a la libertad religiosa es la capacidad y facultad que tienen todas las personas a profesar una religión y a difundirla en forma individual o colectiva (...) así como a celebrar ceremonias, ritos y actos de acuerdo con sus propias convicciones religiosas.

VI.3.5. Derecho de Petición.

El derecho de petición es un derecho fundamental del ámbito de los derechos políticos, consagrado en el art. 7.h de la Constitución de 1994 y en el art. 24 del nuevo texto constitucional; se trata de un derecho que a criterio de José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁷⁷⁶ se convierte en el mejor medio para que un ciudadano se vincule o se relacione con la estructura estatal y con el ejercicio del poder ya que permite un acercamiento entre el administrado y el Estado; principalmente porque se otorga a la persona la potestad de acudir al Estado en busca de una información con el fin de que se produzca un pronunciamiento oportuno respecto a un tema de su interés planteado ante la autoridad pública.

En este entendido no es una sorpresa que el derecho de petición sea uno de los más vulnerados por las autoridades públicas; por lo que el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de desarrollar una doctrina constitucional importante con relación a este derecho, conceptualizándolo, delimitando su naturaleza jurídica, sus alcances y las obligaciones que genera su ejercicio con relación a las autoridades públicas o entidades ante quienes se opone; definiendo también a quiénes es oponible el derecho de petición.

Así en la SC 189/01-R, de 07 de marzo, el Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional ha definido el contenido esencial del derecho de petición en los siguientes términos:

La segunda dimensión o ejercicio pasivo es el derecho que tiene la persona a no ser obligado a profesar o divulgar una religión que no es de su elección (...) de manera que estos derechos, en su ejercicio, implican una manifestación o exteriorización de la conciencia y las convicciones religiosas de la persona.

El ejercicio de los derechos a la libertad de religión y de cultos puede ser limitado (...) en el marco de las normas previstas por los arts. 28 de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre y 7 de la Constitución, respetando el principio de la reserva legal, con la finalidad de conservar el orden público o los derechos de las demás personas”.

⁷⁷⁶ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “Temas de Derecho Procesal Constitucional”, op. cit., p. 172.

“...la potestad, capacidad o facultad que tiene toda persona de formular quejas o reclamos frente a las conductas, actos, decisiones o resoluciones irregulares de los funcionarios o autoridades públicas o la suspensión injustificada o prestación deficiente de un servicio público, así como el de elevar manifestaciones para hacer conocer su parecer sobre una materia sometida a la actuación de la administración o solicitar a las autoridades informaciones; en sí es una facultad o potestad que tiene toda persona para dirigirse, individual o colectivamente, ante las autoridades o funcionarios públicos, lo que supone el derecho a obtener una pronta resolución, ya que sin la posibilidad de exigir una respuesta rápida y oportuna carecería de efectividad el derecho”.

Posteriormente, pero en la misma sentencia el Tribunal Constitucional ha definido las obligaciones que genera la formulación de la petición para la entidad o autoridad a quien se plantea:

“... en consecuencia, el ejercicio del derecho supone que una vez planteada la petición, cualquiera sea el motivo de la misma, la persona adquiere el derecho de obtener pronta resolución, lo que significa que el Estado está obligado a resolver la petición. Sin embargo, el sentido de la decisión dependerá de las circunstancias de cada caso en particular y, en esa medida podrá ser positiva o negativa”. Asimismo, en la citada sentencia constitucional, se han delimitado los alcances de la obligación que genera el derecho de petición, determinando que `la obligación del Estado no es acceder a la petición sino resolverla. Por ello, no se entiende conculcado el derecho de petición cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa, pues la respuesta representa en si misma, independientemente del sentido que tenga, la satisfacción del derecho de petición. En consecuencia, sólo en la situación en que transcurridos los términos o plazos que establece la ley, el Estado, a través del funcionario o autoridad correspondiente, no emite respuesta alguna el derecho de petición resulta desconocido o vulnerado”.

Poco después, el Tribunal Constitucional, siguiendo la misma corriente de activismo esbozada anteriormente, mediante SC 275/2003-R, de 11 de marzo estableció que:

"El derecho de petición es considerado como un derecho fundamental del ser humano, consiste en la facultad de toda persona para dirigirse a las autoridades públicas a fin de reclamar, pedir u observar alguna cosa incumbente a aquella, consagrándose como un derecho de los ciudadanos tendente a morigerar el poder omnimodo del Estado, constituyéndose en un instrumento de particular importancia para que la sociedad civil pueda controlar a sus autoridades y hacer valer sus derechos. Es así que el derecho a formular peticiones contenido en el art. 7 inc. h) de la CPE se refiere precisamente al derecho fundamental cuyo núcleo esencial comprende la respuesta pronta y oportuna, resolviendo en lo posible la petición en sí misma, es decir resolviendo el asunto objeto de la petición".

En este orden de ideas se entiende que el derecho de petición genera una obligación positiva para el Estado, ya que su ejercicio supone el derecho de la persona a obtener una pronta y oportuna resolución o respuesta, lo que no significa que el Estado esté obligado a dar una respuesta o resolución positiva frente a la petición formulada; lo que se exige es una pronta y oportuna respuesta, que según las circunstancias podrá ser positiva o negativa. De otro lado, corresponde señalar que el ejercicio de este derecho exige del Estado una resolución o respuesta debidamente motivada con la finalidad de que la persona titular del derecho pueda impugnar la resolución o respuesta en caso de que le sea adversa o negativa. Por lo tanto, se considera lesionado el derecho de petición en aquellos casos en los que exista una dilación indebida e injustificada en la tramitación y respuesta a la solicitud formulada; o cuando la resolución o respuesta no esté debidamente fundamentada en derecho.

De otro lado, un tema que no está desarrollado de forma suficiente en la legislación ordinaria con relación al ejercicio del derecho fundamental de petición, es el referido a las entidades o autoridades contra quienes se opone; en efecto, la Constitución de 1994 consagraba este derecho con sujeción a las

leyes que lo desarrollen; sin embargo el Poder Legislativo todavía no ha emitido ninguna ley que desarrolle el tema, lo cual no ha impedido que el Tribunal Constitucional haya procedido de acuerdo a la obligación que asumen los Estados suscribientes de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de respetar los derechos humanos reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. En el caso de que los derechos no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados parte, se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de dicha Convención las medidas legislativas o de otro carácter; por todo ello el Tribunal Constitucional decidió aplicar en Bolivia la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia que en la Sentencia T- 730/01, de 5 de julio, destaca lo siguiente:

"El derecho de petición frente a entidades privadas no ha sido reglamentado por el legislador, no obstante, la Corte ha establecido los parámetros generales para determinar su procedencia, dentro de los lineamientos de un Estado Social y Democrático de Derecho, distinguiendo tres situaciones a las cuales se les otorga diferentes grados de protección: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental sólo cuando el legislador lo reglamente..."

Así mediante SC. 1366/2004-R de 19 de agosto el Tribunal Constitucional boliviano estableció:

"La jurisprudencia glosada, permite concluir en principio, que por regla general el derecho de petición sólo es oponible o tiene como destinatarios a las autoridades públicas o a quienes ejercen autoridad-potestad de mando o decisión y por ende, vincula al administrado con la administración que representa al Estado."

Concluyendo más adelante la misma Sentencia que:

“El derecho de petición constituye una protección para los administrados, para cuya efectivización es imprescindible adoptar políticas que aseguren su ejercicio en función al desarrollo de los derechos humanos a la luz de la Constitución Política del Estado, los Convenios y Tratados Internacionales, la doctrina y la legislación comparada; en esta línea de entendimiento, el Tribunal Constitucional considera que en aplicación del principio de expansión de los derechos fundamentales, el derecho de petición es oponible ante las entidades privadas en determinados casos; concretamente: a) cuando una institución privada, presta un servicio público a la comunidad y b) cuando se trata de organismos u organizaciones que están investidos de autoridad o realizan funciones de autoridad y por ende, con capacidad de adoptar decisiones que puedan lesionar derechos fundamentales de la persona; en cuyo caso, es un imperativo el procurar una respuesta negativa o positiva a las peticiones que a ellos les sea formulado.”

VI.3.6. Derecho de Propiedad.

Los cambios en la concepción del derecho de propiedad que hubiese podido establecer la nueva Constitución boliviana han sido motivo de intensos debates, ya que antes de la aprobación del nuevo texto, existían una infinidad de rumores a cerca de la posibilidad de eliminar la propiedad privada en Bolivia o en su caso que pudiera desaparecer de la legislación la capacidad de transmisión hereditaria. Sin embargo el nuevo texto fue aprobado con un contenido muy similar al anterior; así, tanto el art. 22 de la Constitución de 1994 como el art. 56 del nuevo texto constitucional, establecen que el Estado boliviano garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo y que la misma cumpla una función social.

En ese orden de ideas, como bien precisa Pablo DERMIZAKY PEREDO⁷⁷⁷ tanto la Constitución de 1994 como la actual garantizan la propiedad privada en

⁷⁷⁷ DERMIZAKY PEREDO P., “Derecho Constitucional”, Editora, J.V., Cochabamba, 1998, p. 187.

Bolivia protegiéndola frente al propio Estado y frente a los particulares, bajo determinadas condiciones, siempre que su uso no sea perjudicial al interés colectivo. Siguiendo el anterior concepto el derecho de propiedad en Bolivia ha sido entendido como la facultad del ser humano personal y comunitariamente considerado para disponer de determinados bienes, usarlos, gozarlos y enajenarlos conforme a su libre arbitrio, dentro de las limitaciones que el ordenamiento jurídico establezca. Es titular del derecho a la propiedad todo ser humano, toda persona jurídica privada, ente colectivo o asociación civil de personas; también lo es el Estado. De otra parte quienes deben respetar este derecho son igualmente todos los particulares, personas jurídicas, todo tipo de entes colectivos y el Estado⁷⁷⁸. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado en la SC 0832/2005-R de 25 de julio que:

“la propiedad privada por mandato de la constitución sólo puede ser afectada por medio de una expropiación por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social (...) calificada conforme a ley y previa indemnización justa, es decir, que: en un estado de derecho sólo es posible afectar la propiedad privada en dos casos: 1) cuando el estado considere necesario destinarla al uso de interés público. 2) si la propiedad privada no cumple una función social, calificada mediante una ley y previo el pago del justo precio.

Cualquier forma de atentar contra la propiedad privada que no esté prevista en una ley, vulnera ese derecho y abre la jurisdicción constitucional por medio del recurso de amparo constitucional (...) que otorga la tutela inmediata frente a vías de hecho que atentan el mismo, como ocurre en autos, en el que se evidencia una total falta de respeto a la propiedad privada de la recurrente, adquirida conforme a ley, que fue tomada por la fuerza, lo que no es posible consentir bajo ninguna circunstancia, toda vez que su permisión desconocería la organización de un estado civilizado regido por normas a las que todos los ciudadanos deben someterse, en cuya cúspide se encuentra la constitución política del Estado.(Las negrillas son nuestras).

⁷⁷⁸ HAYES MICHEL M.Y., op. cit., p. 157.

Sobre el derecho a la propiedad intelectual Pablo DERMIZAKY PEREDO⁷⁷⁹ señala que afortunadamente en la actualidad los derechos de autor están declarados y protegidos en todas las legislaciones ya que, hubo un tiempo en que se afirmaba que no siendo materiales el pensamiento y la ideas no eran susceptibles de apropiación, siendo más bien patrimonio común de la humanidad. Posteriormente se concedía al autor derechos sobre sus obras, pero sólo por un tiempo limitado, y después pasaban a ser propiedad común.

El derecho a la propiedad privada fue abordado por el Tribunal Constitucional de forma conjunta con el derecho a la propiedad. Así la SC 0037/2006, de 22 de mayo, establece:

“La propiedad privada, como fundamento de las relaciones económicas, sociales y políticas, ha sido concebida a lo largo de la historia, como aquella relación existente entre el hombre y los bienes naturales o transformados ofrecidos por el medio que lo rodea (...) que de acuerdo al sistema económico, ha determinado los límites y las utilidades que el hombre puede obtener de dicha relación desde el punto de vista del uso y aprovechamiento de los bienes adquiridos.

El derecho a la propiedad aseguró a cada hombre un espacio exclusivo e imperturbable en el que no existía injerencia alguna sobre sus bienes (...) y que garantizaba un poder irrestricto y autónomo sobre sus posesiones de manera tal que se constituyeran en la base de su libre iniciativa como ciudadano y de su paulatino desarrollo económico.

La propiedad privada ha sido reconocida no sólo como un derecho sino como un deber que implica obligaciones, y en esa medida los ordenamientos jurídicos garantizan no sólo su núcleo esencial, sino su función social y ecológica (...) que permite consolidar los derechos del propietario con las necesidades de la colectividad, debidamente fundamentadas”.

“Que el derecho a la propiedad es aquel entendido como “la potestad, capacidad o facultad que tiene toda persona para poseer, usar y gozar de un bien (...) sea de carácter material, intelectual, cultural o científico.”

⁷⁷⁹ DERMIZAKY PEREDO P., op. cit., p. 199.

Otro tema que el Tribunal Constitucional interpretó con especial interés fueron las vulneraciones del derecho a la propiedad por vía de hecho, situación habitual en Bolivia antes de la instauración del Tribunal Constitucional. Al respecto René BALDIVIESO GUZMÁN⁷⁸⁰ hace referencia a que el derecho de propiedad no puede ser vulnerado mediante vía de hecho, así se trate de demostrar una presunta justicia comunitaria. Este tema, abordado antes de la promulgación de la nueva Constitución, es obvio que a partir del nuevo texto constitucional tendrá que ser resuelto en muchas ocasiones por el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional, ya que como señalamos antes, la nueva Constitución reconoce también la justicia comunitaria en Bolivia. En este sentido consideramos que como bien destaca el citado constitucionalista, debe hacerse una interpretación de los alcances de la justicia comunitaria que ante situaciones de hecho que constituyen delitos y afectan a los derechos fundamentales de los ciudadanos bolivianos de ninguna forma pueden considerarse justicia comunitaria.

El Tribunal Constitucional en un recurso de amparo en el que una comunidad indígena resolvió su supuesto derecho propietario, sobre la propiedad agrícola de otra persona, basándose en el Derecho Consuetudinario Indígena que a criterio de la Comunidad prevé acciones de hecho, como la quema de las instalaciones de la fábrica de leche y derivados que se encontraba en dicha propiedad, mediante SC. 1008/2004-R de 1 de julio,⁷⁸¹ estableció que en el caso

⁷⁸⁰ BALDIVIESO GUZMÁN R., “Derecho Procesal Constitucional” op. cit., p. 306-307

⁷⁸¹ SC. 1008/2004-R: “... De las normas referidas, se infiere que la propiedad de la recurrente y sus representados, al estar catalogada como mediana propiedad agraria, goza de la protección del estado, entre tanto demuestren que cumple una función económica – social o, en su defecto, previa constatación de lo contrario, a través de los procedimientos previstos por Ley, el Estado disponga su reagrupamiento o reversión a su dominio originario.

(...) De la interpretación de las normas referidas se concluye que el proceso de saneamiento tiene por objetivo el regularizar y perfeccionar el derecho de propiedad agraria en aquellos casos en los que denuncie o detecte conflictos de derechos; se entiende que el proceso alcanzará a la propiedad sobre la tierra que es de dominio originario del Estado, más no así a los inmuebles, instalaciones, maquinarias u otros bienes que hubiese introducido el propietario con la finalidad de desarrollar una labor productiva en la tierra dotada o adjudicada.

III.3.3. Con relación al fundamento esgrimido por los co- recurridos, Gabriel Pinto Tola y Dionisio Mamani Condori, en sentido de que **“la justicia comunitaria, en aplicación de las normas previstas por el art. 171-III de la Constitución, ha determinado que por encontrarse ociosas son de la comunidad”, cabe señalar que dicho fundamento no tiene asidero legal, por lo tanto no es atendible para justificar una acción de hecho**

que motivó el referido recurso de amparo las autoridades naturales, de la comunidad campesina, no podían resolver el conflicto aplicando un “supuesto” Derecho Consuetudinario; pues al hacerlo estarían infringiendo la Constitución, por lo mismo vulnerando los derechos fundamentales y garantías constitucionales de los propietarios y actuales detentadores de la mediana propiedad agraria denominada “Hacienda Collana”, como de facto han lesionado, al ocupar la propiedad mediante acciones y vías de hecho, *“especialmente en lo que concierne a las instalaciones destinadas a la producción industrial.”*

que vulnera el derecho a la propiedad privada consagrado por el art. 7 inc. i) de la Constitución, por las siguientes consideraciones de orden jurídico – constitucional.

En primer lugar, la norma prevista por el art. 171.I de la Constitución ha consagrado los derechos fundamentales que, según la doctrina del Derecho Constitucional de los Derechos Humanos, se conocen como derechos colectivos o de los pueblos; en este caso los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, relativos a sus tierras comunitarias de origen. Según la norma prevista por el art. 41.5 de la LSNRA “Las Tierras Comunitarias de Origen son los espacios geográficos que constituyen el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas y originarias, a los cuales han tenido tradicionalmente acceso y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural, de modo que aseguran su sobrevivencia y desarrollo. Son inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivas, compuestas por comunidades o mancomunidades, inembargables e imprescriptibles”. En el marco normativo referido, cabe señalar que, si bien es cierto que el derecho de los pueblos indígenas o comunidades campesinas sobre las tierras comunitarias de origen es un derecho material que nace de su asentamiento, posesión y uso como su propio hábitat natural, no es menos cierto que en el marco de las normas previstas por los arts. 136.I y 165 de la Constitución, que declaran el dominio originario del Estado el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, lo que significa que, en el ámbito agrario, la tierra es de dominio originario del Estado, por lo que corresponde a él regular el régimen legal sobre el uso, tenencia y aprovechamiento del mismo, a través de procesos de distribución, reagrupamiento y redistribución expresados a través del procedimiento de titulación y saneamiento previsto por Ley. Es en ese marco que las normas previstas por los arts. 42, 43 y 44 de la LSNRA establecen las modalidades, preferencias y prioridades de adjudicación y titulación de la tierra, así, con relación a los pueblos indígenas o comunidades campesinas y originarias establecen que tienen prioridad y preferencia en la titulación.

De lo referido precedentemente se infiere que, la declaración del derecho propietario y otorgamiento del respectivo título sobre las tierras comunitarias de origen, en aquellos casos en los que los pueblos indígena o comunidades campesinas no estén asentados y ocupando una determinada área geográfica no se opera de hecho sino de derecho, es decir, es el Estado que previa sustanciación de los respectivos procesos o procedimientos administrativos del que declarará la propiedad del respectivo pueblo indígena o comunidad campesina sobre una determinada extensión de tierras y otorgará el título ejecutorial, sin afectar otros derechos (...) De lo referido precedentemente se concluye que el derecho consuetudinario, cuya aplicación está reconocida por el art. 171.III de la Constitución, no es aplicable para resolver un eventual conflicto de derecho propietario sobre la tierra, así como sobre bienes inmuebles, muebles, maquinaria y semovientes introducidos a una propiedad agraria para desarrollar una actividad productiva, conflicto que se origina entre los propietarios y detentadores de la propiedad agraria con un grupo de personas que, al considerar que dicha propiedad no cumple una función económico-social, pretenden reivindicar para sí el derecho propietario; pues para este caso la Constitución ha reservado para el Estado la definición sobre el reagrupamiento, reversión y consiguiente redistribución de la tierra, a través de las instancias y autoridades estatales competentes para ello y cumpliendo con los procedimientos y formalidades respectivas, tendientes a resguardar y respetar los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas consagradas por la propia Constitución. (Todas las negrillas son nuestras).

Por otro lado, pero estrechamente ligado al derecho a la propiedad nos encontramos con el derecho a la vivienda, que como apunta Maria Yamile HAYES MICHEL⁷⁸² puede parecer extraño señalar este derecho como un derecho humano básico. Un techo inadecuado e inseguro, sin embargo amenaza la calidad de vida de los individuos, atentando directamente contra su salud física y mental. En este sentido en un estudio realizado por la Universidad Andina Simón Bolívar Filial Bolivia⁷⁸³ se señaló que la violación del derecho a la vivienda niega la posibilidad de una vida digna.

El Tribunal Constitucional, al respecto, en la SC 0172/2006-R de 16 de febrero ha señalado que:

“Los derechos a la vivienda, a la alimentación y al vestido constituyen derechos esenciales que conducen a un nivel de vida adecuado (...) por cuanto aseguran el sustento diario, la habitación y la vestimenta de las personas, la ausencia de estos bienes básicos conduce a una muerte segura. La indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos se refleja claramente en el derecho a la vivienda tal como lo han reconocido varios órganos de derechos humanos de las naciones unidas (...) así la Organización Mundial de la Salud ha señalado que la vivienda es el factor ambiental que más influencia tiene sobre las condiciones de enfermedad y el aumento de las tasas de mortalidad y morbilidad”.

De igual forma la SC 0832/2005-R de 25 de julio, señala que:

“Los principios de subsidiariedad y de inmediatez del recurso de amparo constitucional, se sobreponen la necesidad de tutelar los derechos de las personas contra los actos o vías de hecho cuando éstas afectan las condiciones mínimas de dignidad del ser humano, como ser el derecho a la vivienda y a los servicios básicos esenciales (...) (agua y energía eléctrica). La propiedad privada por mandato de la constitución sólo puede ser afectada por medio de una expropiación por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social (...) calificada conforme

⁷⁸² HAYES MICHEL M.Y., op. cit., p. 162.

⁷⁸³ Universidad Andina Simón Bolívar, *El Derecho a una vivienda Digna*”, Documentos Internacionales y Andinos sobre Servicios Públicos y Derechos Humanos, www.uasb.edu.ec, 7 de febrero de 2008.

a ley y previa indemnización justa, es decir, que: en un estado de derecho sólo es posible afectar la propiedad privada en dos casos: 1) cuando el estado considere necesario destinarla al uso de interés público. 2) si la propiedad privada no cumple una función social, calificada mediante una ley y previo el pago del justo precio.

Cualquier forma de atentar contra la propiedad privada que no esté prevista en una ley, vulnera ese derecho y abre la jurisdicción constitucional por medio del recurso de amparo constitucional que otorga la tutela inmediata frente a vías de hecho que atentan el mismo, como ocurre en autos, en el que se evidencia una total falta de respeto a la propiedad privada de la recurrente, adquirida conforme a ley, que fue tomada por la fuerza, lo que no es posible consentir bajo ninguna circunstancia, toda vez que su permisión desconocería la organización de un estado civilizado regido por normas a las que todos los ciudadanos deben someterse, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Política del Estado”.

La SC 0049/2007-R de 6 de febrero, señala que:

“Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa (...) que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

Toda persona tiene derecho a usar y gozar de sus bienes y que únicamente la ley puede subordinar ese uso y goce al interés social, por lo que nadie puede ser privado de sus bienes (...) excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas instituidas por la ley.

Los actos ilegales que restringen la propiedad privada debidamente demostrada, por medio de vías de hecho dan lugar a la protección inmediata que brinda el recurso de amparo (...) aún cuando no se hubieran agotado los recursos ordinarios y medios de defensa que otorga la justicia ordinaria para la reparación del derecho vulnerado, únicamente con la finalidad que se reponga el inmueble afectado a su propietaria, hasta que la justicia ordinaria se pronuncie al respecto.” (Las negrillas son nuestras).

Al respecto, debemos señalar que en Bolivia se entiende que la tutela al derecho a la vivienda que brinda el Tribunal Constitucional mediante el recurso

de amparo constitucional, se refiere únicamente a las personas que ostentan la calidad de propietarios, arrendatarios, inquilinos, etc. En el entendido de que mediante el recurso de amparo constitucional no es posible solicitar al Estado la dotación de viviendas en favor de aquellas personas que no cuenten con ellas.

VI.3.7. Derecho a la Seguridad Social.

En Bolivia, precisa acertadamente Sussy SAAVEDRA BLOMBERK,⁷⁸⁴ tanto la Constitución de 1994, como el nuevo texto constitucional y el Código de Seguridad Social tienden a proteger la salud del capital humano del país, la continuidad de sus medios de subsistencia, la aplicación de medidas adecuadas para rehabilitación de las personas inutilizadas y la concesión de los medios necesarios para mejorar las condiciones de vida del grupo familiar. En este sentido el Tribunal Constitucional mediante SC 0980/2005-R de 19 de agosto, establece que:

“Es obligación del Estado asegurar la continuidad de los medios de subsistencia de la población a través de los regímenes de la seguridad social, es decir, las prestaciones de corto plazo bajo los preceptos del código de seguridad social y las prestaciones de largo plazo por la ley de pensiones (...); de acuerdo al arts. 7 inc. k) de la CPE que consagra el derecho fundamental a la seguridad social, en la forma determinada por la Constitución y las leyes; siendo, por mandato del art. 158 constitucional, concordante con los arts. 1 del Código de Seguridad Social (CSS) y 1 de su Reglamento, Decreto Supremo (D.S.) 24469, de 17 de enero de 1997, así como con el art. 1 de la LP.”

Sobre la protección especial que debe brindar el Estado a los adultos mayores, mediante la renta de vejez como afirma Willman Ruperto DURÁN RIBERA⁷⁸⁵ se trata de un derecho adquirido e irrenunciable del trabajador retirado en tanto este haya aportado el número de cotizaciones exigidas por ley durante su vida

⁷⁸⁴ SAAVEDRA BLOMBERK S., *Código de Seguridad Social Boliviano*, Producciones Gráficas AVC, La Paz, 2002, p. 4.

⁷⁸⁵ DURÁN RIBERA W.R., *Líneas Jurisprudenciales Básicas del Tribunal Constitucional en la Protección de los Derechos Humanos*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2003, p. 329.

laboral activa; en consecuencia, dicha renta no puede ser suspendida en forma definitiva por ningún motivo. Por lo que constituye un acto ilegal privar de la renta de vejez en forma definitiva a un beneficiario que ha adquirido su jubilación conforme a Ley.

El Tribunal Constitucional mediante SC 0511/2003-R, 16 de abril, establece que:

“La continuidad de las rentas, para todo asegurado, tiene como premisa superior el de asegurar al rentista la provisión de medios (...) que le permitan asegurar una vida digna.

El derecho a la renta de vejez no puede ser suspendido definitivamente (...) por ninguna causa, menos constituir una sanción, al tratarse de un medio de subsistencia adquirido, irrenunciable e inalienable por ser un derecho esencial, de valor supremo para la existencia del rentista.”

Para Stefan JOST⁷⁸⁶ cuando la obligación de proteger al capital humano corresponde al Estado, existe la tendencia de que éste se desligue de esta responsabilidad. Por lo que así como se establecen limitaciones legales al ejercicio de los derechos fundamentales, todo Estado define mecanismos e instituciones que garanticen su pleno ejercicio. A esos mecanismos e instituciones se conoce como garantías constitucionales, dentro de las cuales se encuentra el amparo constitucional.

En este sentido sobre las ilegalidades cometidas por los nosocomios privados en Bolivia que vulneran el derecho a la dignidad y a la seguridad social el Tribunal Constitucional en la SC 0338/2003-R, 19 de marzo, ha establecido que:

“la retención de una persona para constreñirla al cumplimiento de una obligación, degrada al ser humano a una condición de objeto que puede ser utilizado como una especie de prenda para garantizar el pago de dicha

⁷⁸⁶ STEFAN J., op. cit. p. 46.

obligación (...) lo que está totalmente prohibido por nuestro ordenamiento jurídico y es inadmisibile en un Estado de derecho”.

Acerca de las prestaciones de las rentas de viudedad, el Tribunal Constitucional ha señalado en la SC 1173/2006-R, de 21 de noviembre:

“El derecho a la percepción de la prestación de renta de viudedad en el sistema de seguridad social militar, puede ser ejercido tanto por la esposa como por la conviviente del asegurado (...) sin que se requiera como requisito la inscripción previa en los registros de COSSMIL, al tener la condición de beneficiarias.

Los derechos de prestaciones, se adquieren con la inscripción del trabajador a la caja respectiva, y no así de los beneficiarios; máxime, se considera que pueden darse casos en los que la esposa o el esposo de un asegurado (a), es a la vez asegurada (o) en otra caja de salud (...)lo que impide que simultáneamente se inscriba como beneficiaria (o)”.(Todas las negrillas son nuestras).

El Tribunal Constitucional al resolver un recurso de amparo constitucional ha establecido como línea jurisprudencial el rechazo de toda forma de discriminación por razones de discapacidad física en el entendido de que al ponerla como obstáculo de una vinculación laboral se vulnera no sólo el derecho fundamental al trabajo que consagra la Constitución, sino los principios fundamentales referidos a la igualdad y a la dignidad. SC 638/2000-R, establece que:

“En ningún caso la limitación de un discapacitado podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que ésta sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar”.

José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁷⁸⁷ señala que el razonamiento del Tribunal Constitucional en el caso citado está sustentado no sólo en las normas

⁷⁸⁷ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A., “El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución, Reflexiones sobre la Necesidad de su Consolidación y Fortalecimiento”, IMAG, Sucre, 2007, p. 106-107.

establecidas por la Constitución, sino en los conceptos asumidos por la Organización Internacional del Trabajo, así como en las disposiciones legales que desarrollan los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Entonces, en su opinión cuando el empleador despidió unilateralmente al empleado debido a su discapacidad física quebranta este derecho a la igualdad, pues lo coloca en una situación de desventaja frente a los otros ciudadanos por el sólo hecho de tener una discapacidad física. Por otro lado vulnera el principio de la dignidad, por cuanto al privarle de su trabajo se le priva de su fuente de ingreso y, lo más probable, es que no podrá tener la vida digna que corresponde a un ser humano.⁷⁸⁸

De lo antes dicho se infiere que la finalidad de la rehabilitación es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y de ese modo se promueva su integración en la sociedad; por tanto, todo acto que no consulte esta política social contraviene los lineamientos básicos que sobre la materia sienta el orden constitucional boliviano. Sobre este particular el Tribunal Constitucional en la SC 0051/2007-R, de 21 de noviembre señala que:

“las personas discapacitadas gozan de protección reforzada y directa a través del recurso de amparo ante la lesión a su derecho a la estabilidad laboral (...) derecho, que puede inobservarse, siempre que se den las causas legalmente establecidas, previo proceso interno”.

el ámbito de protección de los trabajadores o funcionarios que presten servicios en los sectores público o privado, no sólo se refiere al trabajador en sí mismo sino que en prevención a que una ruptura de la relación laboral pueda llegar a afectar a un dependiente con discapacidad de ese trabajador o funcionario (...) garantiza su inamovilidad, instituyendo así una tutela reforzada al derecho al trabajo de las personas, en razón de su discapacidad o de la discapacidad de la persona que tenga bajo su

⁷⁸⁸ Otro aspecto que ha considerado el Tribunal Constitucional, en la referida SC 638/2000-R es que: *“conforme al Convenio sobre la Readaptación (rehabilitación) profesional y el empleo de personas inválidas, aprobado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 20 de junio de 1983 (en vigor a partir del 20.06.85) conceptualiza al inválido “como toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a consecuencia de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”, precisando en el art. 1.2 que la finalidad de la rehabilitación es la de “permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.”*

dependencia, excepto que su despido se opere por las causas señaladas por ley y previo proceso que determine haberse incurrido en dichas causales.”

De igual forma la SC 1011/2005-R, de 29 de agosto, establece que:

“las personas con discapacidad que presten servicios en los sectores público y privado, gozarán de inamovilidad en su puesto de trabajo (...) excepto por las causales establecidas por ley”(Todas las negrillas son nuestras).

En torno a la protección especial que el Estado debe brindar a la mujer embarazada Elizabeth IÑIGUEZ DE SALINAS⁷⁸⁹ sostiene que aunque la maternidad y la familia están protegidas expresamente por la Constitución, el embarazo es un hecho “perjudicial” para el normal desenvolvimiento laboral, que se materializa en los descansos, pre y post natales, horas de lactancia, permisos para controles médicos, que finalmente tiene un precio: la discriminación de la mujer en el acceso al trabajo. Pocos asumen que proteger a las mujeres en esta situación es una obligación de la sociedad y del Estado que deben brindarles las garantías necesarias para el ejercicio de sus derechos humanos, controlar el cumplimiento de las leyes dictadas en su favor y sancionar su incumplimiento. Opina que es preciso promover la efectiva implementación de los derechos humanos en materia de trabajo de las mujeres, en el orden interno y a través de Organismos Internacionales y regionales como la OIT, mediante el seguimiento y cumplimiento de los Convenios y recomendaciones de la Comisión Internacional de los Derechos Humanos y el alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU.

En una línea similar el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo ha venido protegiendo a las mujeres en estado de gestación, entre otras, la SC 0479/2006-R de 19 de mayo que establece:

⁷⁸⁹ IÑIGUEZ D. SALINAS E., *Los Derechos Humanos de las Mujeres*, en Memoria N° 4, del II Seminario del Tribunal Constitucional, Derechos Humanos y Justicia Constitucional, Sucre, 2000, p. 230.

“La inamovilidad de la mujer en periodo de gestación en su puesto de trabajo abarca hasta un año de nacido el hijo, y favorece tanto a las empleadas del sector privado sujetas a la ley general del trabajo como a las funcionarias o servidoras públicas, sin exclusión (...) tengan contratos permanentes o eventuales porque el sentido de la norma es la protección de la maternidad por parte del estado. (art. 1 Ley 975).

“No obstante de que exista un contrato de trabajo a plazo fijo, antes de cuya conclusión la mujer embarazada comunica de su estado a la entidad, y a pesar de ello es despedida al vencimiento del contrato, merece tutela (...) por constituir su despido un acto ilegal y desconocimiento de los derechos al trabajo, a la seguridad jurídica y social además de contravenir la Ley 975, (SSCC 109/2006-r y 305/2006-R, de 29 de marzo.).

La viabilidad de la protección a la estabilidad laboral de la mujer embarazada dependerá de que la desvinculación se haya producido durante el embarazo o dentro del periodo de lactancia y que la relación laboral este vigente (...) en este sentido el juez o tribunal constitucional deberá analizar la situación que arroje cada caso, la cual será determinante para la procedencia o no del recurso de amparo para evitar la afectación de las condiciones mínimas de la madre y del recién nacido”.

Con referencia a las prestaciones que la Seguridad Social debe cotizar a trabajadores enfermos terminales Elizabeth IÑIGUEZ DE SALINAS⁷⁹⁰ señala que en todos los recursos de amparo que resolvieron casos concretos planteados por pacientes afiliados o rentistas del Sistema de Seguro Social, por la suspensión del tratamiento de hemodiálisis por insuficiencia renal y la provisión de medicamentos por la enfermedad del VIH, (SIDA) el Tribunal Constitucional otorgó la tutela a favor de los afectados. En el entendido de que la seguridad social, implementada por el Código de Seguridad Social y su Reglamento, constituye una política de Estado asumida para garantizar derechos fundamentales protegidos por el art. 7 de la CPE, en el ámbito del tiempo y espacio que su régimen jurídico establece, independientemente de la obligación que éste tiene de otorgar en forma oportuna la protección a la salud

⁷⁹⁰ IÑIGUEZ D. SALINAS E., *Derecho a la Vida y a la Salud*, en la Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003, Kipus, Cochabamba, 2003.

y a la vida de las personas que estuvieran fuera del sistema, por cualquier razón, de acuerdo a las disposiciones legales vigentes sobre la materia. En este sentido Stefan JOST⁷⁹¹ sostiene que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad preservar el capital humano y garantizar el real ejercicio del derecho a la vida, la salud e integridad física y mental que consagra la propia Constitución.

El Tribunal Constitucional en la SC. 1052/2001-R de 28 de septiembre, estableció:

“Que de acuerdo a lo previsto por los arts. 16 del Código de Seguridad Social, 39 y 40 de su Reglamento, la atención de los asegurados con enfermedades crónicas, en su primera fase y dentro de los períodos establecidos, se encuentra a cargo de la Caja Nacional de Salud, mientras que la continuación del tratamiento corresponde al Ministerio de Salud y Previsión Social, conforme determina el art. 11 del D.L. N° 14643.

Que de las disposiciones legales señaladas se infiere que el tratamiento de los enfermos crónicos supone una atención que debe ser prestada en forma inmediata y continua, no debiendo ser interrumpida por trámites y resoluciones administrativas que en definitiva determinan únicamente la transferencia de responsabilidad sobre el suministro y costo del tratamiento, que pasa de una entidad a otra del Estado como es la Caja Nacional de Salud al Ministerio de Salud y Previsión Social, responsable de la protección de la salud de las personas, debiendo en su caso dicho Ministerio brindar la atención médica adecuada a través de otros centros de salud, si lo viere conveniente, y sólo en ese caso la Caja Nacional de Salud podrá suspender el tratamiento; importando toda discontinuidad en el tratamiento un atentado a la vida y a la salud del paciente, así lo ha establecido este Tribunal en las Sentencias Constitucionales Nos. 687/2000-R de 14 de Julio de 2000, 411/00-R de 28 de abril de 2000, 433/2000-R de 4 de mayo de 2000, 530/2000-R de 30 de mayo de 2000.

Que el Recurso de Amparo Constitucional, previsto por el art. 19 de la Constitución Política del Estado, procede contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de las

⁷⁹¹ STEFAN J., op. cit., p. 45.

personas, precepto que es aplicable al caso que se revisa por cuanto las autoridades de salud, recurridas, suspendieron indebidamente el tratamiento médico especializado a la paciente Kathia Ninoska Sandi Gómez, lo que importa un atentado a la vida y a la salud de ésta, derechos fundamentales cuya atención privilegiada no puede ser postergada por procedimientos burocráticos, más aún cuando la paciente se encuentra en riesgo de muerte”.(Las negrillas son nuestras).

VI.4. Algunos apuntes finales sobre el Activismo del Tribunal Constitucional.-

Comenzamos este acápite señalando que a lo largo de este Capítulo hemos intentado hacer un análisis del activismo judicial que ha ejercido el Tribunal Constitucional boliviano mediante el recurso de amparo constitucional; como ya dijimos esta no ha sido la única vía mediante la cual el citado órgano ha dado concreción normativa a los derechos fundamentales, ya que en Bolivia existen otras garantías constitucionales como la acción de libertad y la acción de protección de privacidad. Sin embargo, por la amplitud del recurso de amparo en la legislación boliviana éste ha sido el mecanismo mediante el cual se han tutelado gran parte de los derechos fundamentales. En este sentido en nuestra investigación nos hemos limitado a analizar los derechos fundamentales establecidos en el art. 7 de la Constitución de 1994 que han sido los que más concreción normativa han tenido mediante el recurso de amparo constitucional; así como otros valores y garantías desarrolladas mediante este instrumento procesal.

Dicho lo anterior, creemos que es posible afirmar, aunque sea con cautela, que la tutela de los derechos fundamentales en Bolivia se ha efectivizado desde la creación del Tribunal Constitucional, órgano constitucional que un principio se limitó a tutelar mediante el recurso de amparo derechos civiles y políticos pero, posteriormente amplió esta protección a algunos derechos sociales. Sin embargo en los últimos años varios amparos sobre derechos sociales, en especial sobre derechos laborales fueron declarados improcedentes por no agotar la vía ordinaria es decir por subsidiariedad por el Tribunal, lo que como ya referimos antes es preocupante debido a las reiteradas vulneraciones de los derechos laborales por parte de los empleadores hacia los trabajadores y por otro porque la tutela que brinda la justicia ordinaria en muchos casos es ineficaz por la dilación que implica la resolución de conflictos por la misma.

En este entendido debemos recordar que la subsidiariedad no es el único elemento que conforma la naturaleza del recurso de amparo, ya que como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia, entre otras, la SC 0980/2005-R de 19 de agosto:

“El amparo como mecanismo de protección inmediata prescindiendo incluso de su carácter subsidiario ante daño irreparable (...) porque lleva implícito el mandato del legislador constituyente de que las supuestas lesiones a los derechos fundamentales y garantías constitucionales se reparen en la jurisdicción ordinaria, y sólo en defecto de ésta, y siendo cierta y efectiva la lesión al derecho invocado, la jurisdicción constitucional otorgue la tutela, salvo los casos de daño irreparable, en los que la protección resultaría ineficaz, por tardía.

Una de las características inherentes a la naturaleza jurídica del amparo constitucional es la subsidiariedad, salvo que la restricción o supresión de los derechos o garantías constitucionales ocasione un perjuicio irremediable o irreparable, en cuyo caso, de manera excepcional, se activa el amparo constitucional (...) para otorgar una tutela efectiva e inmediata que evite la consecuencia irremediable, esto, en los casos en los que de no otorgarse la tutela al derecho o garantía constitucional vulnerados hay inminencia de un mal irreversible, injustificado y grave, que coloque al recurrente en un estado de necesidad, que justifica la urgencia de la acción jurisdiccional, ya que de continuar las circunstancias en las que se encuentra el recurrente, es inminente e inevitable la destrucción de un bien jurídicamente protegido, lo que exige una acción urgente para otorgar la protección inmediata e impostergable por parte del estado en forma directa”.

Lo antes resaltado no implica necesariamente que todos los amparos laborales sean analizados en el fondo por el Tribunal Constitucional. Sin embargo consideramos que el problema de tutelar los derechos judiciales constitucionalmente se debe en gran parte a los problemas que conlleva la determinación de su contenido esencial. En este sentido y con referencia al derecho al trabajo coincidimos con la opinión de Encarnación CARMONA CUENCA⁷⁹² que destaca que no puede entenderse que el contenido de este

⁷⁹² CARMONA CUENCA E., *Las Normas Constitucionales de Contenido Social: Delimitación y Problemática de su Eficacia Jurídica*, disponible en www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3 pdf. Consultado el 28 de marzo de 2008. p. 116.

derecho obligue al Estado a garantizar a todos los ciudadanos en todo momento un puesto de trabajo, lo cual sería un ideal, pero prácticamente imposible en un sistema de economía de mercado. Se trata más bien, de que el Estado Social y Democrático de Derecho asuma la responsabilidad activa respecto a los derechos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales reconociendo su carácter fundamental y resguardándolos en sede constitucional.

Esto no sólo posibilitaría una mejor aplicación e interpretación de los derechos sino que también implicaría la intervención del órgano constitucional para sentar precedentes sobre el contenido y desarrollo de otros derechos sociales y también de los derechos de autodeterminación que al menos en el caso boliviano tienen muy poco desarrollo.

De esta forma queda claro que la exigibilidad en sede constitucional del derecho al trabajo debe entenderse respecto al derecho al trabajo ya constituido, es decir, que se tutelan mediante el recurso de amparo aquellas vulneraciones al derecho de quienes ya ostentan la calidad de trabajadores.

Lo antes expuesto, como ya tuvimos ocasión de resaltar en anteriores páginas, en opinión de algunos autores ocasionaría que el recurso de amparo adquiriese un carácter “casacional”, o se convirtiera en una cuarta instancia procesal. Al respecto se debe señalar que los ámbitos de acción de los recursos ordinarios y del amparo constitucional son muy distintos, ya que los primeros administrando justicia ordinaria, definen circunstancias de un proceso, mediante la valoración de prueba; en cambio, el recurso de amparo constitucional busca tutelar a las partes de un proceso en el que se hayan vulnerado, o no hayan sido debidamente resguardados, los derechos y garantías fundamentales, circunscribiéndose únicamente a exigir que cualquier proceso sea llevado en el marco de lo previsto en la Constitución Política de Estado a la vez que se define y desarrolla el contenido esencial del derecho vulnerado.

Por otro lado, es al Tribunal Constitucional a quien le toca evitar que el amparo se convierta en una cuarta instancia ordinaria; ya que, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución -mediante su jurisprudencia- tendría la potestad de determinar en que

casos es posible alegar constitucionalmente la vulneración al derecho al trabajo en sede constitucional.

En síntesis, podemos afirmar que en Bolivia el recurso de amparo constitucional en gran medida ha sido modulado por la jurisprudencia constitucional. Manifestamos el temor de sea dejada sin efecto por el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional cuando comience a funcionar; lo cual sería lamentable si se restringe la tutela que brinda el recurso de amparo en materia de derechos fundamentales. Por todo ello apostamos porque el nuevo Tribunal siga realizando una interpretación extensiva del ámbito de protección de este recurso, de tal manera que los derechos que no hayan sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional hasta la fecha puedan ser protegidos mediante el amparo, estableciendo jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional, el contenido de cada uno de estos derechos y los casos específicos en los cuales podrán ser tutelados mediante el citado recurso.

Por otra parte, es pertinente señalar que, el Tribunal Constitucional boliviano a través de la jurisprudencia sentada en los casi 10 años de funcionamiento jurisdiccional que tuvo en Bolivia logró superar la tesis negativa del positivismo clásico y de las corrientes formalistas del Derecho, respecto a la fuerza vinculante de la jurisprudencia, pues como bien dice José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ⁷⁹³ el concepto del sistema de fuentes del Derecho se modifica porque se atribuye fuerza vinculante y el carácter de fuente directa o principal del Derecho a la jurisprudencia, especialmente a la jurisprudencia constitucional, ya que estamos en posición de afirmar que los jueces constitucionales, al decidir los casos sometidos a su jurisdicción crean Derecho a partir de la interpretación de normas aplicables al caso concreto y a casos futuros análogos, puesto que precisan el alcance de las normas jurídicas existentes, llenan lagunas normativas y resuelven contradicciones del ordenamiento jurídico.

En conclusión, al igual que René BALDIVIESO GUZMÁN⁷⁹⁴ creemos que es posible sostener que la defensa y protección de los derechos fundamentales, en la práctica, contribuyen a la mayor dinámica del derecho procesal constitucional; en este sentido la

⁷⁹³ RIVERA SANTIVÁÑEZ J.A. “*Temas de Derecho procesal Constitucional*”, op. cit., p. 282-283.

⁷⁹⁴ BALDIVIESO GUZMÁN R., “*Los Derechos Humanos en la Constitución...*”, op. cit., p. 70-73.

jurisprudencia constitucional referida al amparo constitucional, en el marco de los arts. 19 y 35 de la Constitución de 1994 le ha permitido al Tribunal Constitucional un mayor campo de acción tutelar para su función de garante constitucional, cuando se trata de proteger derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Después de realizar con carácter introductorio, un breve estudio del pensamiento político de la humanidad, hoy en día se sigue afirmando que el principio de separación de poderes es uno de los más importantes pilares del Constitucionalismo moderno. Aún con las innumerables modificaciones que éste ha sufrido a lo largo del tiempo, logra llegar a nuestros días para garantizar la normalidad en la actuación de los poderes del Estado a través del equilibrio de los mismos.

Así pues, hemos constatado que este principio nace para garantizar el equilibrio entre los poderes del Estado posibilitando de esta manera la actividad del control político del poder. Si bien, es cierto, que, el principio de separación de poderes no fue concebido de forma específica para el Estado democrático sino como algo común a todas las formas políticas, lo específico del Estado democrático, lo que lo diferencia de las otras formas políticas, es precisamente la separación de poderes con un objetivo único: garantizar la vigencia del Estado de Derecho y con ello el ejercicio de los derechos y libertades del individuo.

Ahora bien, la afirmación previa sólo será una realidad si se reconoce que el orden jurídico y político de un Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga por igual a todos, los gobernantes y gobernados; de manera que la Constitución al determinar el modo y forma en que debe ser organizado el Estado y ejercido el poder político es la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico, por lo que las disposiciones legales ordinarias al derivar de ella no pueden contradecirla ni desconocer los valores, principios, derechos y garantías que ella consagra. En consecuencia, en la actualidad tanto el respeto al principio de división de poderes como el resguardo a la supremacía constitucional son los dos pilares básicos del Estado Constitucional Democrático.

SEGUNDA: Si asumimos que el principio de separación de poderes no significa poderes sin control, tendremos que concluir que la implementación de la jurisdicción constitucional, dentro de un sistema jurídico-político, significa la culminación del

proceso de desarrollo del Estado de Derecho, es decir la transformación del Estado legal de Derecho en Estado Constitucional de Derecho.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional se presenta así como última garantía del principio de separación de poderes y como encargado de afirmar la primacía de la Constitución. De esta manera es como en nuestra opinión asistimos a una separación de poderes racionalizada en la que es un órgano ajeno a los demás poderes del Estado el que ejerce un verdadero y efectivo control del poder. Pero este control sólo podrá lograrse con el sometimiento no únicamente de los ciudadanos sino del propio Estado a las normas de la Constitución. Es decir, sometiendo tanto al poder como a los ciudadanos a un verdadero Estado de Derecho Constitucional. En consecuencia, sostenemos que la institución de la justicia constitucional no está en absoluto en contradicción con el principio de separación de poderes sino que constituye, por el contrario, una afirmación del mismo.

TERCERA: De igual forma hemos constatado que el control de constitucionalidad en el ejercicio de los derechos fundamentales mediante garantías constitucionales en sede constitucional es la atribución del Tribunal Constitucional que más posiciones encontradas ha venido ocasionando, llegando a afirmarse que hemos pasado de un Estado de las leyes a un Estado de los derechos o la clásica frase acerca del “gobierno de los jueces”. Ahora bien, nos parece que hoy en día no es posible afirmar que el control de constitucionalidad únicamente puede ser ejercido por el Tribunal Constitucional cuando se trata de preservar la sujeción del legislador a la Constitución y no cuando se trata de tutelar derechos fundamentales.

Precisamente, la protección de los derechos fundamentales que lleva a cabo el Tribunal Constitucional está íntimamente ligada al principio de supremacía constitucional, pues mientras que ésta última se encarga de ser el límite para que ningún acto de autoridad, ley o tratado pueda contravenir la ley fundamental, el control de constitucionalidad se encarga de hacer prevalecer la supremacía constitucional. De esta manera, al haberse concretado el principio de supremacía constitucional en la fórmula del Estado Democrático Constitucional de Derecho, se constituye en una directriz básica para la interpretación de la Constitución, que en ningún caso puede pasar por alto el

juez, ya que es justamente esta función creadora de la que la propia Constitución ha dotado a la jurisdicción constitucional, la que le permite acomodarse a cualquier cambio histórico y social.

CUARTA: La aparición del Estado Constitucional, consecuencia de la evolución del Estado Liberal de Derecho supone la consideración del principio de constitucionalidad diferente al principio de legalidad; lo que obviamente nos induce a diferenciar Constitución de ley y nos lleva a reclamar una distinta teoría del derecho desde la que se construya una también distinta teoría de la interpretación. Produciéndose por ello la contraposición entre Constitucionalismo y Positivismo; sustituyéndose el principio de legalidad por el principio de constitucionalidad, principalmente porque se atribuye a las normas constitucionales un carácter diferente al de las normas legales, para lo cual la Constitución, nuevamente, se ha de servir del principio de supremacía que le es inherente, entendiéndose, en este caso, que tal principio no se refiere únicamente a la superioridad normativa, sino también ideológica. Es decir, que no se trata solamente de hacer prevalecer las reglas jurídicas de la Constitución, sino también el espíritu político que las anima. Es innegable, entonces, que la supremacía constitucional es el elemento que perfecciona al Estado Constitucional Democrático.

De esta forma, el Tribunal Constitucional pasa a ocupar una posición diferente a la de los órganos de justicia ordinaria; especialmente cuando se trata de tutelar derechos fundamentales a través de mecanismos constitucionales como el recurso de amparo constitucional. Dicha posición de supremacía no supone solamente una ubicación especial de la jurisdicción constitucional en relación a los tribunales con los que comparte esta función de garante, sino que a pesar de no existir formalmente una relación jerárquica entre las dos jurisdicciones, la estructuración del recurso de amparo confirma la supremacía de la jurisdicción constitucional sobre la ordinaria, especialmente en los casos de países como Bolivia y España, en los que tanto la judicatura ordinaria como la jurisdicción constitucional son competentes para conocer la tramitación de este recurso.

QUINTA: Actualmente es una realidad el cambio que ha sufrido el paradigma interpretativo positivista a partir del denominado Constitucionalismo moderno y que

consiste en la nueva consideración de la labor del juez, sobre todo del juez constitucional. Pues, mientras para el positivismo, el juez no hacía más que aplicar automáticamente la ley, para este nuevo Constitucionalismo la jurisdicción constitucional debe ser entendida como aquella que encauza toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución y a través del control de la constitucionalidad.

Ahora bien, no faltan opiniones que sostienen que la jurisdicción constitucional a la hora de abordar el control de constitucionalidad, se inmiscuye en la labor del Poder Legislativo. Esta es sin duda la zona gris en la que confluyen los poderes de uno y de otro y en los que es necesaria una delimitación de competencias que se escapa por el hilo conductor existente entre una y otra función y los límites necesariamente difusos que las separan.

Por lo antes resaltado es posible afirmar que la interpretación constitucional ocupa un lugar central en todo sistema constitucional y en cualquier teoría de la Constitución de nuestros días. Esto responde sin duda al cambio en el valor y eficacia de la Ley Fundamental y en su concepción en los tiempos en que vivimos. Sin embargo, cabe advertir, que si bien es cierto que la interpretación constitucional cada vez se hace más elástica y expansiva, ello no significa que tenga que llegar a una identidad con la tarea del legislador. Antes bien se trata de reconocer que la función creadora del juez constitucional adopta un tinte diverso respecto a la de los otros órganos aplicadores del Derecho y asumir que la primacía de la Constitución, como la de cualquier otra norma jurídica, es jurídicamente imperfecta si carece de una garantía jurisdiccional que la efectivice. Si continuamos con el razonamiento anterior estaremos frente al moderno e indiscutible guardián de la Constitución que no es otro que el Tribunal Constitucional.

SEXTA: Actualmente no es posible negar el papel preponderante que desempeña la jurisdicción constitucional, en el esquema del principio de la distribución de poderes. Con lo que a nuestro criterio, la única opción lógica a seguir es la de asumir que las dimensiones a las que llega ahora la justicia constitucional otorgan al Constitucionalismo de nuestros días un sesgo por completo inédito. La imagen kelseniana del legislador negativo resulta inadecuada para dar cuenta de una realidad en

la que la jurisprudencia constitucional se ha convertido en fuente positiva de criterios interpretativos de alcance general y vinculante.

En este sentido, pensamos que mientras no se elabore una teoría más adecuada a la realidad de la justicia constitucional se debería lograr una colaboración mayor entre el legislador y el Tribunal Constitucional, a través del análisis pormenorizado de las distintas atribuciones del órgano constitucional y la consecuente posibilidad de que las mismas pudieran activarse ante el supuesto de un comportamiento omisivo por parte del legislador. No se trata, por tanto, de abandonar la teoría del legislador negativo sino de adecuar su versión tradicional a la nueva realidad constitucional, complementando la actividad del Tribunal Constitucional con la propia del legislador.

De esta forma la jurisdicción constitucional garantizaría por un lado, el principio de separación de poderes, y por otro, el reconocimiento de los derechos y libertades del individuo lo que a su vez haría de la Constitución la norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable cuya finalidad es garantizar la limitación del poder para asegurar que éste no se imponga de manera inexorable sobre la condición libre de los ciudadanos.

SÉPTIMA: A partir de la interpretación constitucional el juez ya no es sólo un vigilante del cumplimiento de la ley, sino que, además, se ha convertido en el encargado de hacer cumplir a los órganos del Estado y a los ciudadanos el orden fundamental de valores insitos en la Constitución. Es por ello que donde más se ha cuestionado la labor interpretativa del juez constitucional es justamente en el ámbito de protección de los derechos fundamentales ya que la mayoría de las constituciones modernas incluyen en su horizonte normativo referencias precisas al orden de valores, en donde encuentran su inspiración. Por lo que la perspectiva en que se sitúa la concepción de los derechos fundamentales, y de los principios inspiradores del orden político, cambia completamente de sesgo. Es decir si antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales.

De esta forma, las constituciones formales y procedimentales han cedido paso a las constituciones “rematerializadas”⁷⁹⁵, llenas de valores, principios y directrices.

En consecuencia, hoy en día el juez constitucional conoce que existe un orden fundamental de valores, que ni el propio legislador constituyente puede alterar, y conforme al cual debe, en los casos oportunos, razonar jurídicamente sus sentencias. En ese orden, se establecen principios tales como la supremacía constitucional, la forma de gobierno, la democracia, o la división de poderes.

OCTAVA: La función garante de la jurisdicción constitucional es el único instrumento eficaz frente a cualquier atentado contra los derechos fundamentales. Esta situación transforma al juez constitucional en una representación inmediata del poder estatal ante el cual se puede acudir. Lo dicho se aprecia con claridad meridiana cuando los jueces constitucional tutelan los llamados derechos económicos, sociales y culturales caracterizados por la defensa frente a los poderes públicos y a los poderes privados de bienes colectivos de la comunidad.

En consecuencia, cabe señalar que la fundamentalidad de los derechos sociales debe establecerse por su contenido esencial, vital, en pro de la garantía de la dignidad humana, entendiendo que ésta es uno de los fines estatales, más aún en el caso de que éste haya adoptado la forma social del mismo. Lo que no es óbice para establecer graduaciones en la intensidad de esa vinculación entre dignidad y derechos. En este sentido son los propios órganos constitucionales, en su condición de intérpretes de la Constitución y garantes de los derechos fundamentales, quiénes, mediante su jurisprudencia, están llamados a establecer el núcleo y contenido de los derechos sociales fundamentales con el propósito de que la efectividad de los mismos sea garantizable judicialmente, manteniendo que si la Constitución puede formular positivamente los derechos sociales, debe también tutelarlos de manera efectiva.

Consideramos que el principal significado de los derechos fundamentales sociales se halla en tratar de corregir los posibles abusos de las mayorías y es

⁷⁹⁵ Denominadas así por PRIETO SANCHIS L., “*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*”, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 165.

precisamente el Tribunal Constitucional quien puede ofrecer garantías eficaces frente al riesgo notorio de un aplastamiento de las minorías y de una destrucción de estos derechos, en los que radica la posibilidad misma de la democracia; entendida ésta no como un simple ejercicio del poder por el pueblo sino como garantía de la libertad.

NOVENA: En relación a la protección de los derechos fundamentales en Bolivia, hemos podido advertir que antes de la implantación de un sistema de justicia constitucional encomendado a un Tribunal especializado, la promoción y protección de los derechos humanos era deficiente. Antes de la reforma constitucional de 1994 las acciones tutelares de derechos humanos eran competencia de la Corte Suprema de Justicia, instancia de revisión que había perdido toda credibilidad en lo que concierne a la protección de los mismos, ya que el trámite de un recurso de amparo se demoraba de dos a cuatro años desnaturalizando la esencia de esta garantía, que como se vio requiere celeridad en su tramitación para ser efectiva; por otro lado los Autos Supremos, dictados por la referida Corte, en materia de amparo, no tenían fundamentación jurídica útil y carecían de contenido constitucional porque hasta esa época el referente normativo de los jueces y tribunales de justicia bolivianos había sido la ley y no la Constitución.

En este sentido, si asumimos que una jurisdicción constitucional, dentro de un sistema jurídico político, significa la culminación del proceso de desarrollo del Estado de Derecho o dicho de un modo más preciso, la transformación del Estado legal de Derecho en Estado constitucional de Derecho, entonces no es ningún despropósito afirmar que el sistema político constitucional boliviano comienza a dar visos de ser un Estado Constitucional de Derecho a partir del año 1994, fecha en que por fin se realizaron las reformas a la Constitución en lo que podríamos determinar derecho procesal constitucional emergente ya de una jurisdicción especializada en la materia, creada en esa época.

En efecto, nadie puede negar que uno de los mejores logros del régimen democrático boliviano de las últimas décadas del pasado siglo es la creación del Tribunal Constitucional, órgano jurisdiccional que a partir del inicio de sus labores ha contribuido, de manera decisiva, a la vigencia plena de la Constitución como Ley

suprema del ordenamiento jurídico del Estado y, con ella, a la vigencia del sistema constitucional y al fortalecimiento del régimen democrático de gobierno; también al resguardo de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, constituyéndose en factor esencial del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico del Estado, así como en el proceso de racionalización del ejercicio del poder político al declarar inconstitucionales, por lo tanto anular, las disposiciones legales contrarias a la Constitución, y los actos, decisiones o resoluciones violatorios de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. De esta forma se ha convertido en el factor de equilibrio en el ejercicio del poder público del Estado.

DÉCIMA: El último proceso constituyente boliviano surgió como una demanda a la exclusión y marginación de los sectores indígenas campesinos que existía en Bolivia desde su fundación como Nación. Si bien es cierto que la reforma constitucional de 1994 recuperó la noción de que Bolivia es el producto del encuentro de múltiples raíces o matrices societales y que, por lo mismo, supone la coexistencia de diversas construcciones sociales, tanto en lo referido a sus condiciones materiales, como a sus instituciones, valores y creencias; es también evidente que con dicho reconocimiento no se superaron integralmente los problemas de exclusión y marginación social y económica. Con lo que se supone que el nuevo texto constitucional tenía como premisa fundamental reconocer la coexistencia entre las diversas cosmovisiones que habitan el territorio boliviano, ya no sólo provenientes de las diversas matrices étnicas, sino también de las distintas migraciones y del encuentro entre unos y otros.

No obstante, la realidad de la Asamblea Constituyente boliviana estuvo muy lejos de cumplir con la citada premisa ya que no pasó de ser un mero intento por consolidar un acuerdo social, su origen partidista no tardó en trastocar un escenario legítimo en una nueva tarima de protagonismo politiquero. Así de crudos fueron los hechos y los principales protagonistas fueron nuevamente los partidos políticos, que de vez en cuando y según su conveniencia, recogían algunas demandas y aspiraciones de las fuerzas sociales en pugna. Temas como las autonomías, la capitalidad o la naturaleza de la Asamblea Constituyente, encubrieron asuntos mucho más álgidos y de vital importancia, recursos naturales, tierra y territorio y el esquema del renovado Poder Público, calculado previamente para reproducir a la nueva élite originaria.

En definitiva, consideramos que estamos en posición de afirmar que en el proceso constituyente boliviano los pactos siempre se originaron entre los partidos políticos y no se dio un pacto social ni constitucional; hubieron tratos y convenios, entre partidos políticos, la Asamblea y las consultas populares se convirtieron en instrumentos útiles para reposicionar a los nuevos líderes del escenario político partidista, por lo que nunca hubo un verdadero pacto constitucional que permitiese la aprobación de una Constitución de todos y para todos los bolivianos; más aún cuando es la propia Constitución boliviana la que margina y discrimina a un sector importante de la población que está integrado por los bolivianos que no pertenecen a ninguna etnia indígena y que en el texto constitucional son tratados como parias del nuevo Estado Plurinacional Comunitario, aparte de que se impuso la versión constitucional del partido gobernante, sin dar opción a un debate amplio y democrático.

UNDÉCIMA: En el nuevo texto constitucional la República de Bolivia pasa a convertirse en el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional y Comunitario de Bolivia; estableciendo el Preámbulo de la nueva Constitución como fundamento para la eliminación de la república el supuesto origen colonial de la misma; asociando el término colonial a la invasión española del imperio incaico. Criterio, por demás incoherente; pues, no sólo durante la invasión, sino durante todo el período que abarcó el dominio español, España era un Estado monárquico no republicano.

De esta manera, el nuevo texto constitucional modifica la forma de estado republicana por el sistema de gobierno republicano. Lo cual a primera vista puede pasar inadvertido. Pero, cabe advertir que entre forma de estado y sistema de gobierno existen claras diferencias que a nuestro criterio pueden resumirse en el hecho de que la forma de estado se refiere a cómo está distribuido el poder en cuanto elemento constitutivo del Estado (relaciones que se dan entre el territorio, la población y el poder, elementos esenciales del mismo); mientras que el sistema de gobierno alude a la organización del poder en cuanto elemento constituido dentro del Estado y en consecuencia a las relaciones que se dan entre los diversos órganos constitucionales que la Constitución reconoce.

El entendimiento anterior nos permite concluir que en Bolivia se ha modificado la esencia de la estructura del Estado boliviano, con el claro propósito de construir un nuevo modelo de Estado Plurinacional Comunitario, con hegemonía social, política y económica de un colectivo social, como es el conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos; una hegemonía que le permita imponerse sobre el otro colectivo social conformado por el resto de bolivianos y bolivianas.

De igual manera, es evidente que este nuevo Estado Plurinacional Comunitario en el que se ha convertido Bolivia de acuerdo al nuevo texto constitucional, es un Estado que se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originarios campesinos bajo una misma Constitución y gobierno estatal pero con el reconocimiento a esas naciones de su territorio propio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales.

En efecto, se trata de un modelo particular de Estado que institucionaliza la fuerza participativa de las colectividades sociales: sindicatos, gremios, movimientos sociales, comités cívicos, como un segundo piso de la institucionalidad democrática, de manera que esas organizaciones se canalicen en las propias instituciones, convirtiéndose en un nivel de consulta para tratar asuntos estratégicos del país con estas organizaciones sociales de manera institucionalizada y de esa forma la sociedad civil organizada tenga una participación permanente en las grandes decisiones del Estado.

En consecuencia, el nuevo texto constitucional boliviano caracteriza un nuevo sistema político que abandonando su condición de Estado Uninacional, se configura como un Estado compuesto; y abandonando su condición de Estado Republicano, se convierte en Estado Comunitario, entendido éste como el precedente de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos.

DUODÉCIMA: La nueva Constitución boliviana define que la función judicial se ejerce a través de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción originaria campesina, las cuales tienen igual jerarquía. La primera se ejerce por el Estado, a través de los

tribunales y jueces establecidos por la Constitución y las leyes. La segunda es ejercida por las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos.

Es cierto que coexisten en Bolivia diversas construcciones sociales, tanto en lo referente a sus condiciones materiales, como a sus instituciones, valores, principios y creencias y que en el Estado boliviano existen diversos sistemas jurídicos que rigen en los pueblos indígenas originarios y que deben ser reconocidos e implementados oficialmente; pero, consideramos que la función judicial estatal debe y tiene que ser ejercida exclusivamente por el Estado, puesto que una cosa es el reconocimiento, la promoción y garantías del ejercicio de la jurisdicción comunitaria y otra muy distinta es pretender que el sistema jurídico de un determinado pueblo indígena originario se equipare a la Constitución Política del Estado y que sus autoridades naturales tengan las mismas atribuciones que los jueces y magistrados, únicamente en atención a su condición originaria y étnica.

También está claro que los pueblos indígenas originarios cuentan con un sistema jurídico propio, dada su preexistencia a la colonización española; un sistema que, entre sus elementos, tiene un verdadero Derecho Consuetudinario esto no implica que las comunidades campesinas, muchas de ellas creadas recién hace dos décadas, cuenten con un verdadero sistema jurídico, ni siquiera con un Derecho Consuetudinario; ya que es obvio que no todas las colectividades humanas asentadas en las áreas rurales del territorio del Estado boliviano son naciones originarias, ni siquiera pueblos indígenas originarios. Existen pueblos indígenas no originarios y además las comunidades campesinas no son originarias, porque su existencia no es anterior a la invasión colonial española, ni se trata de colectividades humanas que compartan una identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión.

En síntesis, podemos concluir que el sistema de justicia que en la actualidad existe en el mundo occidental es producto de la evolución de la humanidad y que este puede seguir evolucionando en todos los medios, conforme las culturas originarias vayan adaptándose a ese sistema legal y jurídico que con el paso del tiempo tiende a perfeccionarse aún más. Y es que desde ningún punto de vista es aceptable la propuesta

del paralelismo de dos sistemas jurídicos, por cuanto no se puede pensar que el sistema de justicia vigente tenga que convivir con un sistema de justicia comunitario ya superado por la evolución en general, puesto que ese sistema costumbrista corresponde a la primera fase de la evolución del Derecho.

DÉCIMO TERCERA: El nuevo carácter plurinacional del Tribunal Constitucional se encuentra descrito a la hora de abordar la composición del referido órgano ya que el nuevo texto establece que estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema jurídico ordinario y del sistema jurídico indígena originario campesino.

Consideramos que actualmente no es ninguna novedad que el control de constitucionalidad es una labor esencialmente técnico-jurídica, basada en la interpretación de las normas de la Constitución, así como en los Tratados, Convenciones o Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, además de las leyes ordinarias desde y en conformidad con la Constitución; por lo que el desempeño de esta labor requiere de conocimientos, habilidades y destrezas que se adquieren con una formación académica en el ámbito de las ciencias jurídicas. Pues, a nuestro modo de entender, no resulta razonable que formen parte del órgano de justicia constitucional personas que no tienen formación jurídica, por el sólo hecho de pertenecer a una comunidad indígena originaria.

En efecto, a partir de la implementación de este nuevo sistema existirán dos fuentes de postulación directa de los candidatos al cargo de Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, la de la Asamblea Legislativa Plurinacional, aprobada por dos tercios de votos de los miembros y la de las organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. De esta forma, creemos que ante la eventualidad de que la primera fuente no presente las postulaciones, la elección podrá realizarse validamente con la postulación hecha por la segunda fuente. Con lo que esta modalidad de elección nuevamente nos demuestra el ejercicio de la supremacía del colectivo humano conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos sobre el colectivo conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen al área urbana.

Lo anterior nos permite concluir que el constituyente boliviano, al redactar el nuevo texto constitucional, optó por la posición de dotar de una legitimación democrática directa a los jueces constitucionales porque al margen de encargarle la labor de defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales al Tribunal Constitucional Plurinacional, ha definido que los jueces constitucionales sean elegidos directamente por el pueblo mediante sufragio universal y con un sistema electoral de mayoría relativa o simple mayoría de votos; de manera que reciban el mandato directamente del pueblo, con la posibilidad de que sus cargos sean revocables por el propio electorado mediante revocatoria de mandato, olvidando que la legitimación democrática de origen no es ni puede darse de manera directa, sino indirecta; toda vez que el juez constitucional, dada la labor que desempeña, a diferencia de lo que sucede con los miembros del Legislativo y el Ejecutivo, no debe representar a mayorías ni a minorías. En consecuencia, el consenso del electorado no sólo no es necesario, sino que incluso sería peligroso para el correcto ejercicio de sus funciones.

DÉCIMO CUARTA: Resulta preocupante comprobar que en el nuevo texto constitucional, al proclamar el principio de irretroactividad de la Ley, establece como excepción a dicha regla la aplicación retroactiva de la ley en determinadas materias, entre ellas la de persecución penal y sanción de la corrupción. Queremos pensar que la citada norma efectúa tal previsión con el fin de sentar las bases para una lucha frontal contra la corrupción en Bolivia. Sin embargo, cabe advertir que la misma contradice el principio universal de la irretroactividad de la ley sancionadora, por el que a nadie le pueden aplicar una ley posterior para sancionar una conducta que en el momento de ser asumida no era considerada delito. De igual manera, contradice el principio universal de la legalidad penal, por el que ninguna conducta humana puede ser objeto de persecución y sanción si en el momento de ser asumida no existe una ley vigente que la tipifique como delito.

Asimismo, la citada previsión constitucional contradice las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; es decir, las normas de los Tratados, Convenciones y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos que han sido suscritos y ratificados por el Estado boliviano, las que, en resguardo de los principios de la

irretroactividad y legalidad penal, de manera uniforme prohíben la aplicación retroactiva de una ley penal o de naturaleza sancionadora.

En este contexto, consideramos que la nueva Constitución en el fondo tiene una marcada intencionalidad política: eliminar la oposición desplegando una persecución penal a partir de la elaboración de una ley que, sobre la base de los criterios del oficialismo, tipifique como delitos de corrupción conductas que no lo estuvieron en el pasado y agrave en consecuencia las penas, para que, aplicando retroactivamente esa ley, se puedan abrir las acciones judiciales de cara a neutralizar o eliminar la acción opositora no sólo de las altas autoridades del Poder Judicial, sino de los líderes nacionales, departamentales o municipales que no sean afines al gobierno.

Esto pondría en grave riesgo la democracia y el pluralismo político ya que es la oposición quien legitima el poder democrático, puesto que el proceso de democratización de la oposición va conjuntamente con el desarrollo de las instituciones democráticas. Por todo ello el poder democrático no se puede acreditar por si mismo, sino desde la existencia y operatividad a nivel real de la oposición. De ahí que el derecho de oposición sea uno de los principales pilares de la democracia legítima. Así pues, siempre que se pretenda ocultar la existencia de la oposición política, se estará destruyendo el Estado democrático constitucional y en consecuencia la comunidad política estará condenada a vivir precariamente y bajo constante temor.

DÉCIMO QUINTA: Con referencia al ámbito de los derechos fundamentales, consideramos pertinente reconocer que la nueva Constitución ha ampliado de manera considerable el catálogo de derechos fundamentales consagrando derechos que no estuvieron plasmados en la Constitución de 1994.

De igual forma, la nueva Constitución, lo que no ocurría con la Constitución de 1994, de un lado, ha positivado el bloque de constitucionalidad integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificadas por el Estado boliviano; y, de otro, ha constitucionalizado diversos criterios de interpretación. Lo que implica que a partir del nuevo texto constitucional, existe un nuevo techo de interpretación a la hora de ejercer el control de constitucionalidad en

Bolivia que no se agota en los preceptos de la Constitución (sus principios y valores), por cuando, el parámetro de juicio de constitucionalidad en la nueva Constitución también está integrado por las normas internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado. Efectivamente, si con la anterior Constitución el Tribunal Constitucional ya tutelaba derechos que ni siquiera estaban positivizados en el referido texto, con la nueva Norma Suprema esta no será una permisión, sino una imposición.

Ahora bien, el hecho de que el nuevo texto constitucional por un lado, incorpore un catálogo más extenso de derechos y por otro, haya creado un nuevo techo de interpretación constitucional, no puede traducirse por si solo, en una verdadera defensa y protección de los derechos fundamentales, si frente a la posible violación de éstos por parte del Estado no se encuentra una justicia constitucional que vele por los principios y valores de la Constitución, es decir que garantice el principio de supremacía constitucional y en consecuencia, la defensa de la Constitución.

DÉCIMO SEXTA: Al estar actualmente en vigencia la Ley del Tribunal Constitucional promulgada con la Constitución boliviana de 1994 debemos concluir que la forma de tramitación de todos los procesos constitucionales se mantiene. Es decir, que en la práctica el amparo constitucional, al igual que la mayoría de recursos constitucionales, no han cambiado en su procedimiento o forma de tramitación.

Ahora bien, cabe advertir que el nuevo texto constitucional cuando se refiere al amparo constitucional cambia la denominación de recurso que tenía en la Constitución de 1994, por la de acción de amparo constitucional, lo que además de generar cierta desorientación en los ciudadanos, que ya conocen esta acción por el denominativo de recurso de amparo constitucional, no consideramos que vaya a causar mayores inconvenientes. Pues la naturaleza y forma de tramitación del amparo, repetimos, no ha tenido modificaciones relevantes. Con lo que en Bolivia la acción de amparo constitucional está regulada por un lado, por la Constitución y por otro, por la Ley del Tribunal Constitucional. Sin embargo, además de las normas citadas se debe reconocer que la jurisprudencia constitucional tuvo un papel preponderante ya que fue la que fijó la verdadera naturaleza de este mecanismo de protección constitucional.

Afirmamos que en Bolivia la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional en materia de derechos humanos ha sido y es dinámica, progresiva y no estática. Por ello, hoy en día entender la teoría de los derechos humanos no es posible solamente a través de las normas previstas en la Constitución y la Ley del Tribunal Constitucional, sino a partir de la sólida doctrina previamente creada por la jurisprudencia constitucional.

DÉCIMO SÉPTIMA: El carácter abierto y expansivo de los derechos fundamentales, así como su consagración en cláusulas generales, amplía de modo notable las fronteras del recurso de amparo constitucional, como quiera que a partir de los principios constitucionales pueden deducirse derechos no expresamente mencionados en las Constituciones, o incluirse dentro del ámbito de estas garantías derechos que, según una lectura ceñida al texto normativo, estarían excluidos de las mismas. Adicionalmente el progresivo desarrollo legal de los derechos fundamentales al ampliar su contenido subjetivamente exigible, también expande las fronteras de estas garantías procesales. El Tribunal Constitucional boliviano, a través del amparo constitucional, interpretó los derechos fundamentales consagrados en el catálogo de la Constitución de 1994 de conformidad con las normas previstas por las Declaraciones, Tratados o Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, así como también con la jurisprudencia de los organismos supraestatales de protección de los derechos humanos especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así pues, señalamos que en Bolivia, antes de la promulgación de la nueva Constitución, a pesar del restringido catálogo de derechos fundamentales que preveía el art. 7 del texto constitucional de 1994, el Tribunal Constitucional aplicando una interpretación integradora del art. 35 de la misma Constitución, estableció jurisprudencialmente que además de los derechos humanos positivados en la Constitución Política del Estado, también, los derechos consagrados en Instrumentos Internacionales a los que Bolivia se hubiese adherido, formaban parte del catálogo de derechos fundamentales boliviano; por lo que los mismos eran tutelables a través de las garantías constitucionales previstas por la Constitución y las leyes.

DÉCIMO OCTAVA: El debate sobre el rigor con que el Tribunal Constitucional boliviano debe aplicar las causas de inactivación del recurso de amparo constitucional surge precisamente a partir de la SC. 0505/2005-R de 10 de mayo, mediante la cual el Tribunal Constitucional establece jurisprudencialmente una nueva forma de inactivación o si se quiere de inadmisión de los recursos de amparo constitucional por la excesiva demanda que tenía hasta esa fecha este recurso. Sin embargo, al respecto han surgido dos asuntos a nuestro criterio interesantes. De un lado, se sugiere que la inadmisión de un mayor número de casos ha solucionado el problema de congestión de expedientes en el órgano constitucional. De otro, se piensa que lo que debería hacerse es que a partir de una menor producción de sentencias constitucionales, restringidas a aspectos novedosos de interpretación, tendría que solucionar el problema que últimamente aparece como telón de fondo en la mayor parte de los estudios sobre el amparo, en especial en aquellas legislaciones como la Boliviana y Española en la que tanto judicatura ordinaria como constitucional conocen de la resolución de este recurso, cuál es la delimitación de competencias entre el órgano constitucional y los demás órganos judiciales.

Por lo que se refiere al propósito de disminuir la carga de trabajo del Tribunal Constitucional, cabe cuestionarse si efectivamente el endurecimiento de las causales de **inadmisión** establecidas en la citada SC. 505/2005-R ha tenido un efecto real ya que de un análisis de las estadísticas del Tribunal Constitucional boliviano se ha evidenciado que a partir de la citada Sentencia constitucional, gran parte del trabajo de este órgano ha estado destinado a inadmitir amparos. Ahora bien, no cabe duda que en la coyuntura en que fue dictada esta Sentencia no había mayores salidas por la falta de consenso en el Congreso para promulgar una nueva Ley del Tribunal Constitucional o en su caso una Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sin embargo, una vez vigente el nuevo texto constitucional, pensamos que para establecer mediante ley las causales de inadmisión del amparo deberían actuarse con mucha cautela porque la tendencia al *certiorari* que circula actualmente entre algunos constitucionalistas bolivianos, como solución al problema del recurso de amparo, puede acarrear graves efectos negativos en relación con el sentimiento constitucional de los ciudadanos.

En definitiva, consideramos que para aliviar la congestión del Tribunal Constitucional boliviano, las medidas más efectivas deben pasar no solo por reformas al

trámite de la hoy acción de amparo, sino por asuntos relativos a un mejor funcionamiento de la administración de justicia en general, así como a un mayor conocimiento y respeto a la jurisprudencia constitucional por parte de los otros Poderes del Estado.

DÉCIMO NOVENA: En Bolivia el tema de las relaciones entre jurisdicción ordinaria y constitucional tiene su punto álgido a la hora de tramitar los recurso de amparo constitucional, por tener ambas jurisdicciones competencia para el conocimiento de este recurso; y es justamente esta doble jurisdicción la que ha generado el problema relativo a qué debe ser la jurisdicción constitucional, como justicia constitucional orgánicamente distinta y de qué modo y manera el amparo constitucional pertenece a la misma. En este entendido en Bolivia el garante de los derechos fundamentales, al igual que el de los derechos e intereses legítimos, es también, ante todo, el juez ordinario predeterminado por la ley, a través de los procedimientos tutelares previstos en la Constitución, entre los que destaca el amparo ordinario. En la medida en que funcionalmente, la justicia constitucional boliviana cuando se trata del control de constitucionalidad de los derechos fundamentales responde a un modelo no concentrado, sino difuso. Por otra parte, esta justicia constitucional difusa de derechos fundamentales es, con arreglo a la Norma Fundamental, la única exigida sin excepción alguna.

Ahora bien, la noción del amparo constitucional como mecanismo procesal de tutela destinado únicamente a la protección de los derechos fundamentales, encontró un problema en la legislación boliviana, a la hora de sustanciar amparos sobre sentencias con calidad de cosa juzgada. Principalmente porque la Corte Suprema de Justicia máxima instancia de la judicatura ordinaria en Bolivia y cabeza del Poder Judicial consideraba que sus actos estaban exentos del control de constitucionalidad, al ser el Tribunal Constitucional un órgano de menor jerarquía.

Ahora bien, el anterior razonamiento carece de lógica ya que si bien está claro que la interpretación de la legislación ordinaria corresponde a la jurisdicción común es evidente también que a la jurisdicción constitucional le compete verificar si en esta labor interpretativa la jurisdicción ordinaria lesionó algún derecho fundamental. Sin

embargo, cabe advertir que sólo ante este supuesto único el Tribunal Constitucional está legitimado para realizar una verificación de la labor interpretativa de la jurisdicción común.

Estos roces que se presentan entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, obedecen, sin duda, a la primacía que dentro del Estado Constitucional tienen los derechos fundamentales. La introducción de una garantía judicial directa de tales derechos, así como la creación de la judicatura constitucional, diferente al máximo Tribunal de justicia ordinaria, acarrea la necesidad de una nueva concepción general de la jurisdicción, toda vez que la progresiva expansión del contenido de los derechos fundamentales, día a día, va ampliando las competencias de los Tribunales Constitucionales, como máximos tribunales de los derechos fundamentales. Es evidente, entonces que deben implementarse los mecanismos necesarios para evitar la congestión y dilación en los recursos de amparo, pero nunca al precio de sacrificar ni hacer ilusoria esta garantía constitucional. Porque no cabe duda alguna que una de las grandes herramientas procesales de la jurisdicción constitucional de la libertad, hoy en día, es el recurso de amparo constitucional.

VIGÉSIMA: A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español, en el cual el art. 53.2 de la CE establece una lista cerrada de derechos susceptibles de protección mediante el recurso de amparo, en Bolivia el carácter del recurso de amparo constitucional tiene un alcance amplísimo; dicho desde otra perspectiva no tiene limitación alguna con relación a los derechos humanos tutelables, pues a través del mismo se pueden tutelar no solo los derechos positivizados en la Constitución boliviana sino también todos los derechos humanos consagrados en Tratados, Convenciones o Convenios Internacionales incorporados al Derecho interno del país mediante leyes de la república. Con lo que en Bolivia tanto antes como después de la promulgación de la nueva Constitución nos encontramos ante un sistema amplio de protección de los derechos fundamentales a través del amparo constitucional.

Hacemos esta precisión porque fue justamente a la hora de tutelar el derecho al debido proceso cuando el Tribunal Constitucional aplicó una de sus líneas de activismo judicial más importantes para la justicia boliviana. Con referencia a una deficiencia que

contenía la Constitución de 1994 a la hora de abordar el debido proceso y que la nueva Constitución no ha corregido, pues restringía su alcance solamente a algunos de sus elementos constitutivos. Así no hacía referencia en todo el texto constitucional a la tutela judicial efectiva.

En efecto, el Tribunal Constitucional boliviano estableció que la tutela judicial efectiva es una de las garantías de inmenso valor jurídico e importancia práctica y a través del debido proceso desarrolló el contenido de este recurso. No obstante, opinamos que el órgano constitucional no dejó del todo claro que la tutela judicial efectiva tiene como característica esencial el ser una herramienta jurídica o medio para lograr un determinado fin. Así pues, pensamos que no es acertado afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva se agota con el acceso al proceso y a los recursos, la corrección de las diversas fases procesales y la obtención de una resolución fundada en derecho sobre el fondo del asunto. El derecho a la tutela judicial efectiva se constituye en una garantía de efectividad de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que supone el correcto funcionamiento de la actividad judicial. En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter garantista pero no finalista.

En este contexto, consideramos que el derecho a la tutela judicial efectiva en Bolivia aunque careció de un mayor desarrollo doctrinal que precisara más su faceta garantista, jurisprudencialmente fue el instrumento mediante el cual se protegieron derechos o intereses legítimos de los ciudadanos que habían acudido a la autoridad judicial en busca de tutela. De igual forma fue a través de este derecho que el Tribunal Constitucional boliviano interpretó el nuevo procedimiento penal, estableciendo que la libertad de configuración de los recursos judiciales en materia penal, está limitada por el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva; con lo que no queda duda alguna que el carácter de derecho de configuración legal que tiene la tutela judicial efectiva ha contribuido a dotarle de ese carácter expansivo aplicable a cualquier perspectiva jurisdiccional de garantía de derechos.

VIGÉSIMO PRIMERA: A lo largo del desarrollo de esta investigación se ha comprobado que el carácter fundamental de los derechos no debe agotarse con la positivación de éstos en constituciones o instrumentos internacionales, sino, que para

asegurar su desarrollo, debe contemplarse inexcusablemente la doble naturaleza objetiva y subjetiva de los mismos; la primera en sentido de que son la concreción jurídica como Derecho positivo de los valores superiores que enmarcan el ordenamiento jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho; y la segunda referente a la exigencia respecto a su fundamentación conjuntamente con las técnicas de positivación y protección que dan la medida del ejercicio de los derechos fundamentales (derechos de acción inmediata). Es de esta forma como los derechos fundamentales adquieren especial relevancia configurándose como un componente del orden público constitucional y por tanto ámbito esencial e indispensable del ordenamiento jurídico y de la paz social. De lo anterior se puede extraer que tanto la faceta objetiva de los derechos fundamentales como la subjetiva son imprescindibles para el desarrollo de los mismos; porque hoy en día no es posible entender los derechos fundamentales desde otra perspectiva que no sea la de la dignidad humana, que debe ser la base en la que se asienten no sólo los derechos fundamentales sino los mecanismos de garantía y protección de éstos.

VIGÉSIMO SEGUNDA: Sobre la progresiva configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos, hemos advertido que el mayor problema para el Tribunal Constitucional boliviano ha sido la determinación del contenido de los mismos. Sin embargo, a manera de ejemplo, no es razonable entender que el contenido del derecho al trabajo obligue al Estado a garantizar a todos los ciudadanos, en todo momento, un puesto de trabajo, lo que sería ideal, pero imposible en un sistema de economía de mercado. Trátase más bien, de que el Estado Social de Derecho asuma la responsabilidad activa respecto a los derechos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aceptando su carácter fundamental y resguardándolos en sede constitucional. Esto, no sólo posibilitaría una mejor aplicación e interpretación de los derechos, también implicaría la intervención del Supremo Intérprete Constitucional, para sentar precedentes sobre el contenido, desarrollo y alcances de los derechos sociales. En este sentido la exigibilidad en el ámbito constitucional, del derecho al trabajo, debería entenderse respecto al derecho al trabajo ya constituido, es decir, que se tutelén mediante el recurso de amparo aquellas vulneraciones al derecho de quienes ya ostentan la calidad de trabajadores; la tutela se limitaría al ejercicio del derecho por su titular, no así a la pretensión de quienes no están incorporados en la actividad laboral.

Finalmente, si bien es cierto que el derecho al trabajo, en la mayoría de las legislaciones debe ser previamente alegado en un proceso ordinario, esto no debería constituir un impedimento a la hora de haber agotado las vías ordinarias, siempre que las mismas sean idóneas, eficaces e inmediatas, para que el demandante pueda hacer valer sus derechos en la vía constitucional; lo anterior, para muchos autores, ocasionaría que el recurso de amparo adquiriera un carácter “casacional”, o se convierta en una cuarta instancia procesal.

Al respecto se debe señalar que los ámbitos de acción de los recursos ordinarios y del recurso de amparo constitucional son muy distintos, ya que los primeros definen circunstancias de un proceso, entre otras, mediante la valoración de prueba; en cambio el recurso de amparo constitucional busca tutelar a las partes de un proceso en el que se hayan vulnerado -o no hayan sido debidamente resguardados- sus derechos fundamentales, circunscribiéndose únicamente a exigir que cualquier proceso sea llevado en el marco de lo previsto en la Constitución. En igual sentido consideramos que el principio de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional cede ante el principio de inmediatez en los supuestos en que no existan otros medios o recursos idóneos o eficaces para la protección de los derechos o garantías invocados como restringidos, suprimidos o amenazados. Esto a nuestro criterio determina que, en los casos en que el agotamiento de las vías ordinarias existentes se constituya en un obstáculo formal para acceder a la protección con la inmediatez que el caso singular exige, no es necesario el agotamiento de las vías ordinarias, abriéndose, consecuentemente, la jurisdicción constitucional para otorgar en su caso, la tutela invocada.

Con referencia a la exigibilidad constitucional del derecho a la vivienda éste debe entenderse en igual sentido que la exigibilidad del derecho al trabajo, en el entendido de que aquel ciudadano que tenga consolidado su derecho a la vivienda y pretendiendo ejercerlo legalmente, sea impedido parcial o totalmente, pueda alegar esta vulneración en sede constitucional mediante el recurso de amparo. Lo anterior no implica que se pueda recurrir al amparo para solicitar que el Estado dote de vivienda a quienes no poseen una, puesto que la tutela a los derechos sociales fundamentales no debe ser confundida con las políticas públicas o asistenciales que el Estado tiene

obligación de implementar gradualmente y de acuerdo a sus posibilidades. El recurso de amparo constitucional no es declarativo de derechos, sino que a través de él se pueden resarcir o restablecer aquellos derechos que estando plena e indubitablemente acreditados son objeto de transgresión.

VIGÉSIMO TERCERA: Hemos podido demostrar que a partir de la implementación del Tribunal Constitucional en Bolivia se han logrado avances importantes en la protección de los derechos humanos; si bien dichas garantías en principio sólo se dieron en el ámbito de derechos civiles y políticos, porque hubo dudas y temores en el seno del Tribunal Constitucional para avanzar en materia de protección de derechos sociales. Éstos, poco a poco, se fueron tutelando, gracias a que el referido órgano generó doctrina constitucional respecto a los derechos fundamentales a tutelarse por el recurso de amparo, desarrollando los núcleos esenciales de estos derechos. Cabe advertir, sin embargo, que esta corriente activista desarrollada por el Tribunal Constitucional boliviano desde el inicio de sus funciones tuvo como cúspide para el progreso normativo de su jurisprudencia a partir del año 2001 al 2005. Lamentablemente, a partir del año 2006, por las graves convulsiones políticas y sociales que sacudieron Bolivia, los miembros del Tribunal Constitucional se vieron sometidos a un constante acoso por parte de miembros del gobierno actual, llegando muchos de ellos a dimitir de sus cargos, con lo que las funciones del Tribunal Constitucional poco a poco se fueron interrumpiendo hasta que finalmente en septiembre de 2009 la última magistrada que ejercía funciones en este órgano de justicia constitucional tuvo que presentar su dimisión al cargo debido al recorte presupuestario que el gobierno pretendía aplicar sobre este órgano lo que significaba el eventual cierre del mismo.

De esta forma, actualmente, el Tribunal Constitucional boliviano se encuentra paralizado en sus funciones a la espera de la designación de los nuevos magistrados que compondrán el ahora Tribunal Constitucional Plurinacional; además esta decir el perjuicio que supone para la justicia boliviana las más de 5685 causas a la espera de resolución y las más de 35.755 personas afectadas con la paralización de la justicia constitucional en Bolivia.

En consecuencia, es a todas luces evidente que en Bolivia el panorama de la justicia en general y de la justicia constitucional, en particular, no es nada halagüeño y la nueva Constitución que debió ser el instrumento de unificación y liberación de los bolivianos es la herramienta de confrontación, racismo, discriminación y desigualdad. Pues, en el nuevo texto constitucional lo comunitario se convierte en el elemento caracterizador del orden constitucional y a las comunidades indígenas originarias campesinas se les promete reconocerles no sólo un espacio territorial propio, sino también el derecho a su libre determinación, que como vimos anteriormente, se trata más de un autogobierno que de una libre determinación.

Así se confirma el carácter híbrido e incluso contradictorio de la ideología que nutre a esta Constitución, que por un lado apunta a la centralización y la acumulación del poder, y por el otro ofrece garantías políticas y oportunidades de gobierno a un sinnúmero de entidades subnacionales, en particular a los pueblos indígenas; con factores que permiten la discriminación del colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas.

En síntesis, no se necesita ser muy perspicaz para darse cuenta de que la nueva Constitución establece claramente un trato preferencial a los pueblos indígena originario campesinos en la medida en que les reconoce más derechos que al resto de ciudadanos; lo que significa una clasificación de los bolivianos y bolivianas en dos categorías, unos de primer nivel, los que pertenecen a los pueblos indígena originario campesinos, y otros de segundo nivel, los que pertenecen a las áreas urbanas.

De ahí que podamos afirmar que el hecho de que el nuevo texto constitucional plasme un catálogo de derechos fundamentales más amplio, no puede traducirse como una verdadera defensa y protección de los mismos, si frente a la posible violación de éstos por parte del Estado no se encuentra una justicia constitucional que garantice el principio de separación de poderes así como la supremacía constitucional. Y es que como bien apunta Diego VALADÉS⁷⁹⁶ ahí donde no existen órganos de poder controlados, donde los titulares de esos órganos carecen de legitimidad, donde la vida

⁷⁹⁶ VALADÉS D., “*El nuevo Constitucionalismo Iberoamericano*”, en la Constitución Española de 1978, 20 Años de Democracia, Congreso de Diputados y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 488.

política transcurre al margen del pluralismo y donde las libertades públicas están condicionadas, no se requiere ni se puede ejercer la justicia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH Víctor, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

ABRAMOVICH Víctor, COURTIS Christian, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Editorial Trota, Madrid, 2004.

AGNOLI Johannes, *La Transformación de la Democracia*, Editorial Siglo XXI, México D.F., 1971.

AGUIAR DE LUQUE Luis, *El Tribunal Constitucional y la Función Legislativa: El Control del Procedimiento Legislativo y de la Inconstitucionalidad por Omisión*, en *Revista de Derecho Político* N° 24, Madrid, 1987.

AGUIAR DE LUQUE Luis, *La Noción de Derechos Fundamentales desde la Perspectiva del Constitucionalismo Iberoamericano*, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

AJA Eliseo y GONZÁLEZ BEILFUSS Markus, en la obra colectiva, *Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Editorial Ariel, 1998.

ALARCÓN Carlos, *República y Constitución del MAS*, artículo publicado en el *Matutino de Circulación Nacional "La Razón"*, el 16 de junio de 2009.

ALBARRACÍN SÁNCHEZ Waldo, *Informe Defensorial, Acontecimientos Suscitados en Sucre del 23 al 25 de Noviembre de 2007*, Defensor del Pueblo de la Republica de Bolivia, Gráfica Impresores, La Paz, 2008.

ALCÍVAR SANTOS Orlando, *Reflexiones Constitucionales*, en *Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador* N° 8, *Temas Constitucionales*, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2006.

ALEXY Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducido por GARZÓN VALDÉS E., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALEXY Robert, *Tres Escritos sobre Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad de Externado, Externado, 2005.

ALMAGRO NOSETE José, *Constitución y Progreso*, Editorial Bosch, Barcelona, 1984.

ALMAGRO NOSETE José, *La Prohibición Constitucional de Indefensión*, en *Revista Poder Judicial* N° Especial VI, Closas-Orcoyen, Madrid, 1989.

ALONSO OLEA Manuel, *La Jurisprudencia Lenta y Suave del Tribunal Constitucional*, en Revista de Administración Pública N° 100, Vol. I enero-diciembre de 1983.

ALONSO GARCIA Enrique, *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ALONSO GARCÍA Enrique, *La Jurisprudencia Constitucional*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 1 septiembre-diciembre, 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ALONSO DE ANTONIO Ángel Luis y ALONSO DE ANTONIO José Antonio, *Derecho Constitucional Español*, Editorial Universitas S.A. Madrid, 1998.

ALTHUSSER Louis, *Montesquieu: La Política y la Historia*, Editorial Ariel, Barcelona, 1974.

ALVAREZ CONDE Enrique, *Curso de Derecho Constitucional Vol. I, El Estado Constitucional, El Sistema de Fuentes, Los Derechos y Libertades*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006.

ANDRÉS IBAÑEZ Perfecto y MOVILLA ALVAREZ Claudio, *El Poder Judicial*, en Temas Clave de la Constitución Española, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

AÑÓN ROIG María José, GARCÍA AÑÓN José, DE LUCAS J., MESTRE I MESTRE R., MIRAVET P., RODRÍGUEZ URIBES J.M., RUIZ SANZ M. y CORELLA SOLANES A., *Lecciones de Derechos Sociales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

APONTE CARDONA Alejandro David, *Juez Constitucional y Nuevo Eficientismo Penal: Dilemas hacia el Futuro del Derecho Público*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Edición 2000, Editorial Ciedla, Buenos Aires 2000.

ARAGÓN REYES Manuel, *El Control como Elemento Inseparable del Concepto de Constitución*, Estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol, Vol. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

ARAGÓN REYES Manuel, *La Democracia como forma jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1991.

ARAGÓN REYES Manuel, *Estado de Derecho y Democracia*, Comentario a *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, de Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA, publicado en Revista Española de Derecho Constitucional, Año N° 16, Num. 47, mayo-agosto, 1996, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

ARAGÓN REYES Manuel, *El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Num. 1, Madrid, 1997.

ARAGÓN REYES Manuel, “*La Constitución como Paradigma*”, en el Significado Actual de la Constitución, en Memoria del Simposio Internacional, México, UNAM, 1998.

ARAGÓN REYES Manuel, *Constitución, Democracia y Control*, UNAM, México D.F., 2002.

ARANA RAÑA Walter y NAVARRO BERDECIO Mónica, *El Origen e Importancia del Tribunal Constitucional de Bolivia*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 8, Sucre, 2007.

ARGUEDAS RAMIREZ Carlos Manuel, *La Interpretación Constitucional y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales Año 1 N°1, Editorial Universidad de Talca, Talca (Chile) 2003.

ARIAS DURÁN Iván, *NABOs y NICOs: La Constitución Coladera*, disponible en <http://www.columnistas.net>., consultado el 2 de julio de 2009.

ARNOLETTO Eduardo Jorge, *Curso de Teoría Política*, disponible en www.eumed.net/libros/2007b/300/, consultado el 3 de julio de 2009.

ARQUIPA ZENTENO José Antonio, *El Proyecto de Constitución Política del Estado: Una Visión desde la Oposición*, en Opiniones y Análisis del Proyecto de Constitución Reformado: Perspectivas Previas al Referéndum, Editorial Fundemos, La Paz, 2008.

ASBÚN ROJAS Jorge, *El Control de Constitucionalidad en Bolivia: Evolución y Perspectivas* en Derecho Procesal Boliviano, Academia de Estudios Constitucionales de Bolivia, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2004.

ASBÚN ROJAS Jorge, *El Grave Déficit Democrático e Institucional del Proyecto de CPE*, disponible en <http://www.columnistas.net>, consultado el 10 de julio de 2009.

ASBÚN ROJAS Jorge, *Porqué hay que votar No en el referéndum del 25 de enero: El grave déficit democrático e institucional del proyecto de Constitución*, El Ensayo corresponde al estudio sobre el proyecto de Constitución que esta patrocinando por el Instituto PRISMA.

ASTOLA MADARIAGA Jasone, *Las Mujeres y el Estado Constitucional: Un repaso al contenido de los grandes conceptos del Derecho Constitucional*, Ponencia presentada en Mujeres y Derecho, pasado y presente: I Congreso multidisciplinar de Centro-Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, 2008.

ATAHUICHI SALVATIERRA, Ricardo Tito, *La Asamblea Constituyente derivada y originaria*, en Observatorio de la Economía Latinoamericana, N° 74, febrero 2007.

AYALA CORAO Carlos, *Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos*, Editorial del IIDH, San José, 1998.

AYALA CORAO Carlos, *Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 6, Sucre, 2004.

BACHOF Otto, *Jueces y Constitución*, Traducción de RODRIGUEZ CANO Rodrigo, Taurus Ediciones, Madrid, 1963.

BALAGUER CALLEJÓN Francisco, *Fuentes del Derecho y Reforma de la Constitución*, en Revista de Derecho Político N° 36, 1992.

BALAGUER CALLEJÓN Francisco, *Fuentes del Derecho, Espacios Constitucionales y Ordenamientos Jurídicos*, en Revista Española de Derecho Constitucional N° 69. Septiembre-Diciembre, 2003.

BALAGUER CALLEJÓN Francisco, *La Constitución Europea: Forma y Contenido, Ciudadanos y Estados en la Construcción del Sistema de Fuentes de la Unión Europea*, en Revista de Derecho Político N° 64, 2005.

BALAGUER CALLEJÓN Francisco, *Los Tribunales Constitucionales en el proceso de Integración europea*, en Revista de Derecho Constitucional Europeo N° 7, 2007.

BALAGUER CALLEJÓN Francisco, CÁMARA VILLAR Gregorio, MEDINA REY L., *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008.

BALDIVIESO GUZMÁN René, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos, en Memoria del Tribunal Constitucional N° 4, Derechos Humanos y Justicia Constitucional*, Editorial Judicial, Sucre, 2000.

BALDIVIESO GUZMÁN René, *Sistemas de Protección Internacional de los Derechos Humanos* en Revista del Tribunal Constitucional N° 5, Sucre, 2002.

BALDIVIESO GUZMÁN René, *El Tribunal Constitucional a los Cinco Años de su Instalación. Visión Institucional*, en Revista del Tribunal Constitucional de la Republica de Bolivia: La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003, Editorial Tribunal Constitucional de Bolivia, Sucre, 2003.

BALDIVIESO GUZMÁN René, *Los Derechos Humanos en la Constitución y los Tratados Internacionales*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 6, Gaviota del Sur SRL, Sucre, 2004.

BALDIVIESO GUZMÁN René, *Apuntes sobre Derecho Procesal*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 11, Tomo I. Fundación Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2004.

BALDIVIESO GUZMÁN René, *Apuntes sobre Derecho Procesal Boliviano*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 11, Tomo I. Fundación

Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2005.

BALDIVIESO GUZMÁN René, *Derecho Procesal Constitucional, Tribunal, Jurisprudencia y Procedimientos en Bolivia*, Industrias Gráficas Sirena, Santa Cruz de la Sierra, 2006.

BALDIVIESO GUZMÁN René, *La Interpretación de los Derechos Fundamentales de Acuerdo a las Normas y Decisiones Internacionales*, en Revista Boliviana de Derecho N° 1, Santa Cruz de la Sierra, 2006.

BALDIVIESO GUZMÁN René, *Una Constitución para todos los Bolivianos*, Industrias Gráficas Sirena, Santa Cruz de la Sierra, 2007.

BALDIVIESO GUZMÁN René, *Tribunales Constitucionales y Democracia*, en X Seminario Internacional de Justicia Constitucional en el Siglo XXI, Memoria N° 11, Sucre, 2008.

BALDIVIESO JINÉS Marco Antonio, *Independencia del Tribunal Constitucional Boliviano*, Tesis para optar al título de Master de Derecho Constitucional, disponible en la Biblioteca de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre.

BALDIVIESO JINÉS Marco Antonio, *La propuesta de un Tribunal Constitucional Intercultural divide a los asambleístas*, publicado en el Matutino de Circulación Nacional "El Diario", 14 de mayo de 2007.

BALAGUER CALLEJÓN María Luisa, *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

BAPTISTA CANEDO Rosario, *Derechos Humanos ¿Individuales o Colectivos? Propuesta para la Nueva Constitución desde Diferentes Miradas*, en Revista de Derechos Humanos y Acción Defensorial N°2/2007, PGD Impresiones, La Paz, 2007.

BARCELLONA Pietro, *Democracia y Justicia*, Riuniti, Milan, 1993.

BARCELÓ I SERRAMALERA Mercé y DUQUE VILLANUEVA Juan Carlos., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos competenciales*, en Cuadernos y Debates N°63, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

BARDELLI LARTIRIGOYEN Juan Bautista, *El Juez Constitucional*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, N° 14, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Montevideo, 2008.

BARRANCO AVILÉS María del Carmen, *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

BATIZA Rodolfo, *Un Preterido Antecedente Remoto del Amparo*, en Revista Mexicana de Derecho Público, Número 4, Vol I, abril-junio México de 1947.

BAYÁ CAMARGO Mónica, *Los Derechos Humanos del Respeto a su Realización*, en Revista Derechos Humanos y Acción Defensorial N° 3/2008, Impresiones Quality, La Paz, 2008.

BAZAN Víctor, *Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados y Convenios Internacionales*, en Derecho Procesal Constitucional Boliviano, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2002.

BERNAL PULIDO Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

BERNAL PULIDO Carlos, “*Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad: Una respuesta a Gloria Lopera*”, en Revista española de Derecho Constitucional, Año 25, N° 74, 2005.

BETTI Emilio, *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

BIDART CAMPOS Germán, *Derecho Constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1968.

BIDART CAMPOS Germán, *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.

BIDART CAMPOS Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

BLANC ALTEMIR Antonio, *Universalidad, Indivisibilidad e Interdependencia de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

BOBBIO Norberto, “*El Tiempo de los Derechos*”, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

BOCANEGRA Raúl, *El Valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, En Revista Española de Derecho Constitucional, ISSN 0211-5743, N° 6, 1982.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, Traducido por REQUEJO PAGÉS J.L., y VILLAVERDE MENÉNDEZ I., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

BOLÍVAR Ligia, *La Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: el papel de la sociedad civil*, en Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1999.

BORDALÍ SALAMANCA Andrés, *La Defensa de la Constitución. Una Tarea en Disputa y Generadora de Conflictos entre Jueces*, en X Seminario Internacional de Justicia Constitucional en el Siglo XXI, Memoria N° 11, Sucre, 2008.

BORON Atilio, *La Filosofía Política Moderna de Hobbes a Marx*, CLACSO, Buenos Aires, 2000.

BOROWSKY Martín, *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, Traducido por BERNAL PULIDO C., Universidad de Externado Colombia, Bogota, 2003.

BORRAJO INIESTA Ignacio y GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO Amparo, *Jurisprudencia constitucional de amparo*, en Cuadernos y Debates N°63, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

BOXILL Bernard, *Igualdad, Discriminación y Trato Preferente*, Capítulo 29 del Compendio de Ética, Alianza, Madrid, 1995.

BULNES ALDUNATE Luz, *Comentarios a las Reformas de la Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional*, en la Revista del Centro De Estudios Constitucionales Año 1 N°1, Editorial Universidad de Talca, (Chile), 2003.

BRAGE CAMAZANO Joaquín., en su análisis a la obra de Ferrer Mac-Gregor E., *Interpretación Constitucional* en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 14, Universidad Autónoma de México (UNAM), 2009, Reseñas Bibliográficas II.

BRAUD P. Phillipe, *El Jardín de las Delicias Democráticas*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1993.

BRIAN Barry, *Cultura e Igualdad*, Revista Istor, México D.F., N° 7, 2001.

CALAMANDREI Piero, *La Ilegitimidad Constitucional de las Leyes en el Proceso Civil*, en *Instituciones de Derecho Procesal Civil (Estudios Sobre el Proceso Civil)*, Traducido por SENTÍS MELENDO S., El Foro Vol. III., Buenos Aires, 1996.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ Francisco, GÓMEZ MONTORO Ángel, MEDINA GUERRERO Manuel, *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*, Mc-Graw Hill, Madrid, 2000.

CÁMARA VILLAR Gregorio, *“El Principio y las Relaciones de Colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas”*, Ponencia presentada en las VII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, celebrada en Sevilla el 2002.

CÁMARA VILLAR Gregorio, *“El Principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas”*, en Revista de Derecho Constitucional Europeo N° 1, 2004.

CAMPDERRICH BRAVO Ramón, *La Palabra de Behemoth. Derecho, Política y Orden Internacional en la Obra de Carl Schmitt*, Trotta, Madrid, 2005.

CANÇADO TRINDADE Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica, Santiago, 2001.

CAPPELLETTI Mauro, *El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1966.

CAPPELLETTI Mauro, *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, Editorial Porrúa, México D.F., 1993.

CARMONA CUENCA Encarnación, *Las Normas Constitucionales de Contenido Social: Delimitación y Problemática de su Eficacia Jurídica*, disponible en www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3.pdf, consultado el 28 de marzo de 2008.

CARPIZO Jorge, *Estudios Constitucionales*, PORRUA S.A. México, 1994.

CARPIO MARCOS Edgar, *La Acción de Cumplimiento*, en *El Derecho Procesal Constitucional Peruano* Tomo I, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005.

CARPIO MARCOS Edgar, *La Interpretación de los Derechos Fundamentales*, en *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Mac-Gregor, México D.F., 2005.

CARRASCO DURÁN Manuel, *Los Procesos para la Tutela Judicial de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Teoría General del Estado*, México, 1948.

CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, *El Sistema Jurisdiccional Europeo de Protección de los Derechos Humanos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Poder Judicial* N° Especial VI, Closas-Orcoyen, Madrid, 1989.

CASCAJO CASTRO José Luis y GIMENO SENDRA Vicente, *El Recurso de Amparo*, en *Temas Clave de la Constitución Española*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

CASCAJO CASTRO José Luis, *La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

CASTAÑO Luis Ociel, *El Juez Constitucional y el llamado nuevo Derecho*, en *Control Judicial de Constitucionalidad: Garantía de los Derechos Fundamentales en la Democracia Moderna. Una Visión de Conjunto, desde el Derecho Comparado, del Ordenamiento Jurídico Colombiano*, en *Revista Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Colombia, 2007.

CASTELLANOS TRIGO Gonzalo, *Sistema de Recursos Judiciales*, Editorial Alexander, Cochabamba, 2003.

CELOTO Alfonso, *La Justicia Constitucional en el Mundo: Formas y Modelos*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°1 2004, Editorial Porrúa, México. D.F. 2004.

CIFUENTES MUÑOZ Eduardo, *Tutela contra Sentencias (El Caso Colombiano)*; en el *Trabajo Colectivo Corte Suprema y Tribunal Constitucional. Competencias y Relaciones*, en *Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca-Chile*, 1998.

CIFUENTES MUÑOZ Eduardo, *Acceso a la Justicia y Debido Proceso en Colombia*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

COCA OLMOS Luis, *La Constitución Colectivista*, Artículo de Opinión publicado en el Matutino de Circulación Nacional “Los Tiempos”, Cochabamba, 5 de noviembre de 2008.

COLOMBO CAMPBELL Juan, *Funciones del Derecho Procesal Constitucional*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 5, Sucre, 2002.

CONDE-PUMPIDO FERREIRA Cándido, *El Principio de Legalidad y el Uso de la Oportunidad en el Proceso Penal*, en Revista Poder Judicial Edición Especial VI, Madrid, 1989.

CORDÓN MORENO Faustino, *El Proceso de Amparo Constitucional*, Editorial Edilex, Madrid, 1987.

CÓRDOVA VIANELLO Lorenzo, *La Democracia Ideal en el Pensamiento de Norberto Bobbio y las Democracias Reales en América Latina*, disponible en www.bibliojuridica.org/libros.

COSSIO DIAZ Juan Ramón, *Estado Social y Derechos de Prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

CRUZ Luis M., *La Constitución como Orden de Valores. Problemas Jurídicos y Políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Editorial Comares, Granada 2005.

CRUZ VILLALÓN Pedro, *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

CRUZ VILLALÓN Pedro, *La Constitución Inédita. Estudios ante la Constitucionalización de Europa*, Editorial Trota, Madrid, 2004.

CRUZ VILLALÓN Pedro, *Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales*, disponible en www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas.

DECKER MORALES José, *Derecho Procesal Constitucional*, Impresiones Poligraf, Cochabamba, 2002.

DERMIZAKY PEREDO Pablo, *El Control de Constitucionalidad en Bolivia, Balance de un año de ejercicio jurisdiccional*, en *Derecho Procesal Constitucional Boliviano*, El País, Santa Cruz, 2002.

DERMIZAKY PEREDO Pablo, *Derechos y Garantías Fundamentales*, Editorial Alexander, Cochabamba, 2006.

DERMIZAKY PEREDO Pablo, *Aventuras y Desventuras de un Proyecto de Constitución*, artículo publicado en los matutinos de circulación nacional “La Razón”, “Los Tiempos”, “El Potosí” y “El Altoño”, durante el mes de diciembre de 2008.

DÍEZ PICAZO Luis María, *Dificultades Prácticas y Significado Constitucional del Recurso de Amparo*, en Revista Española de Derecho Constitucional N° 40, Vol 14, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

DÍEZ-PICAZO GIMENEZ Ignacio, *Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo*, en Cuadernos y Debates N° 63, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

DREIER Ralf, Traducido por QUIJANO O, *Derecho y Justicia*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1994.

DURÁN RIBERA Willman Ruperto, *El Sistema de Control de Constitucionalidad Vigente en Bolivia*, en Memoria N° 7 del VI Seminario Internacional de Justicia Constitucional y Estado de Derecho, Tribunal Constitucional, 2003.

DURÁN RIBERA Willman Ruperto, *Líneas Jurisprudenciales Básicas del Tribunal Constitucional en la Protección de los Derechos Humanos*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2003.

DURÁN RIBERA Willman Ruperto, *El Aporte del Tribunal Constitucional al Fortalecimiento del Estado de Derecho y la Democracia*, Tribunal Constitucional, Sucre, 2005.

DURÁN RIBERA Willman Ruperto, *Principios, Derechos y Garantías Constitucionales*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2005.

DUSO G, RICCIARDI M, Scattola M, MATTONI S, Visentin S, Traducido por MATTONI S., *El Poder: Para una historia de la filosofía política moderna*, Siglo XXI, México D.F., 2005.

DUVERGER Maurice, *El Control Jurisdiccional de los Gobernantes*, en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N° 319, Octubre de 2001, Santa Fe de Bogotá, 2001.

DWORKIN Ronald, *La Comunidad Liberal*, Trotta, Madrid, 1996.

DWORKIN Ronald, *“Los Derechos en Serio”*, Editorial Ariel, Barcelona, 1997.

DE BORJA LOPEZ-JURADO ESCRIBANO Francisco, *La Formulación de Criterios de Interpretación de la Constitución en la Doctrina Alemana: Parámetros de Admisibilidad*, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 12. Núm. 34, Enero-Abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1992.

DE CHAZAL PALOMO José Antonio, *La Reforma Constitucional de 1994 y el Control Concentrado de Constitucionalidad*, en Revista del Tribunal Constitucional de

la Republica de Bolivia: La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003, Editorial Tribunal Constitucional de Bolivia, Sucre 2003.

DE ESTEBAN Jorge, LÓPEZ GUERRA Luis, *El Régimen Constitucional Español*, Tomo I, Labor Universitaria, Barcelona, 1984.

DE FRANCISCO Andrés, *Giovanni Sartori y la Teoría de la Democracia*, en: Claves de razón práctica, N° 41, Madrid, 1994.

DE LUCA Javier, “*Globalización e Identidades: Claves Políticas y Jurídicas*”, Romanya Valls, Barcelona, 2003.

DE MESA GISBERT Carlos, “*La Res Pública*”, Artículo de Opinión, publicado www.laconstituyente.org.

DE MENDIZÁBAL Rafael, *La Relación Interactiva entre la Justicia Constitucional y el Poder Judicial*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 4, Sucre, 2001.

DE OTTO Ignacio, “*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*,” Editorial Ariel, Barcelona, 1999.

DE PÁRAMO ARGÜELLES Juan Ramón, *Razonamiento Jurídico e Interpretación Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 22. Enero-Abril, Madrid, 1988.

DE TOQUEVILLE Alexis, *La Democracia en América*, Traducido por ARROITA-JÁUREGUI Marcelo, Ediciones Orbis, Barcelona 1985.

DE VEGA GARCÍA Pedro, *Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*, en Revista de Estudios Políticos, N° 7, Madrid, enero-febrero 1979.

DE VEGA GARCÍA Pedro, *La Crisis de los Derechos Fundamentales en el Estado Social, en Derecho y Economía en el Estado Social*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

DE VEGA GARCÍA Pedro, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1995.

DE VEGA GARCÍA Pedro, *Prólogo a La Defensa de la Constitución*, Alianza-Universidad, Madrid, 1996.

DE VEGA GARCÍA Pedro, *Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis del Principio Democrático en el Constitucionalismo actual*, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) N° 100 abril-junio 1998.

DE VEGA RUIZ José Augusto, *El Jurado y el Juez Ordinario y Predeterminado por la Ley*, en Revista Poder Judicial N° Especial VI, Madrid, 1989.

DE CHAZAL PALOMO José Antonio, *La Reforma Constitucional de 1994 y el Control Concentrado de Constitucionalidad*, en Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003, Tribunal Constitucional de Bolivia, Sucre, 2003.

DU PASQUIER Claude, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica Portocarrero S.R.L, Traducción AYASTA GONZÁLES J., Lima, 1994.

ECHALAR ASCARRUNZ Agustín, *Definitivamente No*, disponible en www.columnistas.net.

EGUIGUREN PRAELI Francisco José, *Los Tribunales Constitucionales en la Región Andina: Una Visión Comparativa*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000.

ELEJALDE ASTUDILLO Mauricio, *Principios Básicos de Interpretación Constitucional*, en Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador N° 8, Temas Constitucionales, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2006.

EL-HAGE Javier, *Límites de Derecho Internacional para la Asamblea Constituyente*, Editorial Fundación NOVA, Santa Cruz de la Sierra, 2006.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA Eloy, *Jurisdicción Constitucional, Debido Proceso y los Márgenes de Acción del Juez Constitucional*, en la Revista del Centro De Estudios Constitucionales, Año 1 N° 1, Editorial Universidad de Talca-Chile, 2003.

ESTÉVEZ ARAUJO José Antonio, *La Constitución como Proceso*, Trotta, Madrid, 1994.

ETZIONI Amitai, *La Nueva Regla de Oro: Comunidad y Moralidad en una Sociedad Democrática*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1999.

FAIREN GUILLÉN Víctor, *Problemas actuales del Derecho Procesal. La defensa, la unificación, la complejidad*, en El Derecho Procesal Constitucional Peruano Tomo I, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005.

FARIÑAS DULCE María José, *Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológica jurídica a la "Actitud Postmoderna"*, Editorial Dykinson, Madrid 1997.

FAVOREU Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

FAVOREU Louis, *El Problema de la Supraconstitucionalidad en Francia y Europa*, Traducido por TREMEAU J, SÁNCHEZ Á. y Torres M., disponible en www.bibliojuridica.org/libros.

FERNÁNDEZ CARVAJAL Rodrigo, *El Derecho Político y el Lugar de lo Jurídico en el Conocimiento Científico de la Política*, en Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario N°15, 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003.

FERNÁNDEZ ENTRALGO Jesús, *La Motivación de las Resoluciones Judiciales en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Revista Poder Judicial* N° Especial VI, Madrid, 1989.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, *La Jurisdicción Constitucional en España*, Universidad Autónoma, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia, La Ley N° 1836, del 1 de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, en *Derecho Procesal Constitucional Boliviano*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, *La Dignidad de la Persona como Valor Supremo del Ordenamiento Jurídico Español y como Fuente de todos los Derechos*, en *Rivista di Scienze Giuridiche*, Año L, Universidad Católica del Sacro Cuore, Milan, 2003.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la (UNAM), México, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, *El Recurso de Amparo en España*, en *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Porrúa, México, 2006.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, *La Reforma del Régimen Jurídico-Procesal del Recurso de Amparo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, *El Constitucionalismo Latinoamericano. Sus Notables Aportes y sus Grandes Paradojas. Conversación con el Profesor Héctor Fix-Zamudio*, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* N° 15 de 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI Luigi, *Derechos y Garantías*, Traducido por ANDRES P. y GREPPI A. Editorial Trotta, Madrid, 1999.

FERRAJOLI Luigi, *Jurisdicción y Democracia, Jueces para la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid 2004.

FERRAJOLI Luigi, *Democracia y Garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

FERRER MAC-GREGOR Eduardo, *Breves Notas sobre el Amparo Iberoamericano (Desde el Derecho Procesal Constitucional Comparado)*, en *el Derecho de Amparo en el Mundo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Porrúa, México, 2006.

FIGUERUELO BURRIEZA Ángela, *Incidencia Positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*, en Revista de Estudios Políticos N° 81, Madrid, 1993.

FIGUERUELO BURRIEZA Ángela, *El Recurso de Amparo: Estado de la Cuestión*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2001.

FIGUERUELO BURRIEZA Ángela, *El Tratado Constitucional a la luz de los principios del Moderno Constitucionalismo*, en Revista de Derecho Político N° 64, Madrid, 2005.

FIGUERUELO BURRIEZA Ángela, *El Control de la Constitucionalidad de los Actos Parlamentarios*, disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/.

FIJALKOWSKY Jürgen, *La Trama Ideológica del Totalitarismo. Análisis Crítico de los Componentes Ideológicos en la Filosofía Política de Carl Schmitt*, Tecnos, Madrid, 1966.

FINOT Enrique, *Nueva Historia de Bolivia*, Editorial Gisbert, La Paz, 1978.

FIORAVANTI Maurizio, *Per un Nuovo Costituzionalismo*, en Democracia e Diritto N° 1, 1997.

FIORAVANTI Maurizio, *Constitución, de la Antigüedad a nuestros días*, Editorial Trota, Madrid, 2001.

FIORAVANTI Maurizio, *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones*, Editorial Trota, Madrid, 2007.

FIX-ZAMUDIO Héctor, *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional (1940-1965)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la (UNAM), México, 1968.

FIX-ZAMUDIO Héctor, *Ensayos Sobre el Derecho de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 2003.

FIX-ZAMUDIO Héctor, y FERRER MAC-GREGOR Eduardo, *El Derecho de Amparo en México*, en El Derecho de Amparo en el Mundo, Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Porrúa, México, 2006.

FORSTHOFF Ernst, *El Estado de la Sociedad Industrial*, Traducido por LÓPEZ GUERRA L., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

FORSTHOFF Ernst, *Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho, El Estado Social*, Traducido por PUENTE J., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

GALINDO DECKER Hugo, *Tribunal Constitucional*, Editorial Jurídica Zegada, La Paz, 1994.

GALINDO DE UGARTE Marcelo, *Constituciones Bolivianas Comparadas 1826-1967*, Editorial Los Amigos del Libro, Cochabamba, 1991.

GÁMEZ MEJÍAS Manuel, *El Significado Jurídico actual del Principio de División de Poderes en las Constituciones Parlamentarias*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

GARAICOA ORTIZ Xavier, *60 Años del Constitucionalismo Democrático y Social Ecuatoriano*, en Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador N° 8, Temas Constitucionales, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2006.

GARCÍA MANZANO Pablo, *El Ámbito de Protección del Proceso de la Ley 62/78*, en Revista Poder Judicial N° Especial VI, Madrid, 1989.

GARCÍA MORILLO Joaquín, *El Parlamento en la era Global*, en Cuadernos de Derecho Público N° 1, 1997.

GARCÍA PASCUAL Cristina, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*, Alfons el Magnanim, Valencia, 1997.

GARCÍA PELAYO Manuel, *El Status del Tribunal Constitucional*, en Revista Española de Derecho Constitucional Vol. I. Núm. I. Enero-abril, Madrid, 1981.

GARCÍA PELAYO Manuel, *La División de Poderes y su Control Jurisdiccional*, en Revista de Derecho Constitucional N° 1, 1983.

GARCÍA PELAYO Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1991.

GARCÍA PELAYO Manuel, *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*, en Obras Completas, T. III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

GARCÍA PELAYO Manuel, *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1995.

GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, en Revista española de Derecho Constitucional N° 11, 1984.

GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo, *La Democracia y el lugar de la Ley*, en Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, N° 92, octubre-diciembre, 1996.

GARECA PERALES Pedro, *El Hábeas Data, Bolivia en el Constitucionalismo Iberoamericano*, Talleres Gráficos Gaviota del Sur SRL., Sucre, 2004.

GARECA PERALES Pedro, *El Hábeas Data en la Constitución de Bolivia*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 11, Tomo II. Fundación Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2005.

GARGARELLA Roberto, *La Justicia frente al Gobierno*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

GARRÓN BOZO Rodrigo Javier, *Jerarquía del Derecho Comunitario*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 12, Tomo I. Fundación Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2006.

GARRORENA MORALES Ángel, *La Sentencia Constitucional*, en Revista de Derecho Político N° 11, 1981.

GIMENO SENDRA Vicente, *El Juez Imparcial en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, en Revista del Poder Judicial Edición Especial VI, Madrid, 1989.

GIMENO SENDRA Vicente y MORENILLA ALLARD Pablo, *Los Procesos de Amparo. Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional y Europeo*, Editorial Colex, Madrid, 2003.

GIMENO SENDRA Vicente, MORENILLA ALLARD Pablo, TORRES DEL MORAL Antonio, DIAZ MARTÍNEZ Manuel, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 2007.

GÓMEZ MONTORO Ángel, CAAMAÑO DOMÍNGUEZ Francisco, y MEDINA GUERRERO Manuel, *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*, Mc-Graw Hill, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Editorial Civitas, Madrid, 1984.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ Pedro José, *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, El Cano (Navarra), 2000.

GORDILLO José Miguel, *El MÁS contra el Proyecto Indígena*, Artículo publicado en la Revista Política “El Pulso”, en la tirada del 4 al 11 de enero de 2009.

GUACHALLA ESCÓBAR Jennifer, *Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas, Originarios y Comunidades Campesinas en Bolivia*, en Revista Derechos Humanos y Acción Defensorial N°3/2008, Impresiones Quality, La Paz, 2008.

GUASTINI Ricardo, *Specificità dell interpretazione costituzionale*, en *Analisi e Diritto* 1996, Turín, 1996.

IBARGÜEN BURGOS Guido Marcelo, *Garantías para la Protección de los Derechos Humanos: la Recepción del Derecho Internacional*, en Revista de Derechos Humanos y Acción Defensorial N° 2/2007, PGD Impresiones, La Paz, 2007.

GUIMARAES CHAI Cássius, *Jurisdição Constitucional Concreta, em uma Democracia de Riscos*, Ministerio Publico do Estado do Maranhão, Sao Luis, 2007.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ Ignacio, *Dignidad de la Persona y Derechos Fundamentales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

GROTE Raider, *El Desarrollo Dinámico de la preceptiva Constitucional por el Juez Constitucional en Alemania*, en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Editorial Fundación Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2004.

HÄBERLE Peter, *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Obra Coordinada por LOPEZ PINA A., Editorial Civitas-Universidad Complutense, Madrid, 1991.

HÄBERLE Peter, *Retos Actuales del Estado Constitucional*, Traducido por ARZOZ SANTIESTEBAN X., Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, Vitoria, 1996.

HÄBERLE Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Traducido por LANDA C., Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

HÄBERLE Peter, *El Estado Constitucional*, Universidad Autónoma de México (UNAM) y Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2003.

HABERMAS Jurgüen, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998.

HABERMAS Jurgüen ¿Qué significa política deliberativa?, en Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999.

HAURIOU André, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Reus, Madrid, 1927.

HAURIOU André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Editorial Ariel, Barcelona, 1980.

HAURIOU Maurice, Traducido por RUIZ DEL CASTILLO C., *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Editorial Comares, Granada, 2003.

HAYEK Friedrich, *Camino de servidumbre*, Alianza, Madrid, 2003.

HELLER Herman, *Teoría del Estado*, Traducido por TOBIO L., Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

HESSE Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Traducido por CRUZ VILLALÓN P., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

HESSE Konrad, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Traducido por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ I., Civitas, Madrid, 1995.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El Poder Constituyente Derivado y los Límites Jurídicos del Poder de Reforma Constitucional*, en Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 37, Enero-Abril, 1993.

HOBBS Thomas, *El Leviatán*, Alianza, Madrid, 1993.

HOZ DE VILA BACARREZA Víctor, *Conversando sobre la Constitución*, Editorial Kipus, Cochabamba, 1996.

HUERTA GUERRERO Luis Alberto, *Jurisprudencia Constitucional e Interpretación de los Derechos Fundamentales*, en *Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional*, Lima, 1997.

HUERTA GUERRERO Luis Alberto, *Derechos Humanos en el Tercer Milenio*, en *Derechos Humanos y Justicia Constitucional*, Memoria del Tribunal Constitucional N° 4, Sucre, 2000.

HUME David, *Ensayos Políticos*, Orbis, Barcelona, 1975.

IBARGUEN Guido, *Garantías para la Protección de los Derechos Humanos, La Recepción Internacional*, en *Revista Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia, Reforma Constitucional en DD. HH, N° 2*, La Paz, 2007.

IÑIGUEZ DE SALINAS Elizabeth, *Las Juezas en los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales*, en *la Revista del Centro De Estudios Constitucionales Año 1 N°1*, Editorial Universidad de Talca-Chile, 2003.

ISLAS COLIN Alfredo, *La República según Jean Bodin*, disponible en www.cem.itesm.mx/derecho.

JELLINEK George, *Teoría General del Estado*, Traducido por DE LOS RIOS F., Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

JIMENEZ CAMPO Javier, *Derechos Fundamentales, Concepto y Garantías*, Editorial Trota, Valladolid, 1999.

JUANES PECES Ángel, *El Principio de Presunción de Inocencia en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Revista Poder Judicial Edición Especial VI*, Madrid, 1989.

KÂGI Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado, Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el Moderno Derecho Constitucional*, DYKINSON, Madrid, 2005.

KELSEN Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, Editorial Labor, Ediciones Guadarrama Colección Punto Omega, Madrid, 1977.

KELSEN Hans, *La garanzia giurisdizionale delle costituzione en la Giustizia Costituzionale*, Giuffré, Milán, 1981.

KELSEN Hans, *¿Qué es la Justicia?*, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1981.

KELSEN Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución, La Justicia Constitucional en Escritos sobre Democracia y el Socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988.

KELSEN Hans, *Teoría General de las Normas*, Editorial Trillas, México, 1994.

KELSEN Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

LARUTA Carlos Hugo, *El Destino de Bolivia*, artículo publicado en el Matutino de circulación nacional “La Razón”, el 18 de enero de 2009.

LASERNA Roberto, *El Costo de la Reforma Constitucional*, disponible en <http://www.columnistas.net>.

LASSALLE Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

LAZARTE Jorge, *Desaparece la Nacionalidad Boliviana*, artículo de opinión publicado en el Matutino de Circulación Nacional “la Razón” el 16 de enero de 2009.

LAZZARINI José Luis, *El Juicio de Amparo*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

LEIBHOLZ Gerhard, *Problemas actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*, Madrid, 1966.

LEIBHOLZ Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia*, Madrid, 1971.

LOEWENSTEIN Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1982.

LÓPEZ GUERRA Luis, *La Libertad de Información y el Derecho al Honor*, en Revista Poder Judicial Edición Especial VI, Madrid, 1989.

LÓPEZ GUERRA Luis, ESPÍN Eduardo, GARCÍA MORILLO Joaquín, PÉREZ TREMPs Pablo y SATRÚSTEGUI Miguel, *Derecho Constitucional*, Volumen I y II, *Los Poderes del Estado. La Organización Territorial del Estado*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

LÓPEZ GUERRA Luis, *La Paradoja del Poder Judicial. Algunas Consideraciones respecto del caso español*, disponible en <http://www-en.us.es/cidc/Ponencias/judicial/lopezGUERRA.pdf>.

LÖSING Norbert, *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica*, Traducción de ANZOLA GIL M., Editorial Dykinson, Madrid 2002.

LOZANO MIRALLES Jorge y SACCOMANNO Albino, *El Tribunal Constitucional. Composición y Principios Jurídico-Organizativos (El Aspecto Funcional)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

LUCAS VERDÚ Pablo, *Estimativa y Política Constitucionales, Los Valores y los Principios Rectores del Ordenamiento Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1984.

LUCAS VERDÚ Pablo, *La Constitución Abierta y sus Enemigos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1993.

LUCAS VERDÚ Pablo, *Teoría General de las Relaciones Constitucionales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

LLAMAS CASCON Ángel, *Algunas consideraciones en torno a los derechos económicos, sociales y culturales*, en Revista Derechos y Libertades, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, N° 6, Madrid, febrero 1998.

LLASAG FERNÁNDEZ Raúl, *Jurisdicción y Competencia en el Derecho Indígena o Consuetudinario*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 12, Tomo II. Fundación Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2006.

MADISON James, HAMILTON Alexander, y JAY John, *El Federalista*, Traducción y Prólogo VELASCO G.R., Fondo Cultural Económico, México, 1957.

MANSILLA ARIAS Alejandro, *Derechos Indígenas y su Protección Constitucional Penal*, El Nuevo Sistema Procesal Penal desde la Perspectiva Constitucional, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2003.

MARÍ Enrique, *La Interpretación de la Ley, Análisis Histórico de la Escuela Exegética y su nexa con el Proceso Codificador de la Modernidad*, en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Editorial Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

MARÍN José Ángel, *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998.

MARÍN PALLÍN José Antonio, *Valor de las Pruebas Irregularmente en el Proceso Penal*, en Revista Poder Judicial Edición Especial VI, Madrid, 1989.

MARIÑO Fernando, *Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas*, en Revista Derechos y Libertades, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, N°6, Madrid, 1998.

MARTI DE LA VEGA Augusto, *La Sentencia Constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ ESTAY José Ignacio, *El Juez y los Efectos de la Constitución en el Tiempo*, en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales N°1, Editorial Universidad de Talca-Chile, 2003.

MARTÍNEZ SOSPEDRA Manuel, *Manual de Derecho Constitucional. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

MAZAL Antonio, HIERRO Liborio, GARCÍA MANRIQUE Ricardo, RUBIO LLORENTE Francisco, SOTTAS Eric, PARDO Celestino, SÁNCHEZ José María, CARRILLO Juan Antonio, FREIXES Teresa, *El Núcleo Duro de los Derechos Humanos*, Editorial Bosch, Navarra, 2001.

MAZZIOTTI Manlio, *Derechos Sociales*, Voz de la Enciclopedia del Diritto, Vol. XII, Giuffrè, Milán, 1964.

MENDOCA BONNET Daniel y GUIBOURG Ricardo, *La Odisea Constitucional, Constitución, Teoría y Método*, Ediciones Marcial Pons, Madrid 2004.

MESSINEO Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

MIGUEL HARB Benjamín, *El Sistema Penal, Constitución Política y Jurisdicción Constitucional*, en Memoria N° 5 del IV Seminario Internacional del Tribunal Constitucional, Sucre, 2000.

MIRANDA PACHECO Carlos, *Los Hidrocarburos y la Futura CPE*, Artículo publicado en el Matutino de Circulación Nacional “La Razón” el jueves 4 de diciembre de 2008.

MOLINA Carlos Hugo, *Crónica Deshilvanada sobre los Caminos de la Democracia Boliviana para Reinventarse de una Manera tan Peculiar y Provocadora*, artículo disponible en www.columnistas.net.

MOLINA Fernando, *Constitución e Ideología*, disponible en: <http://www.columnistas.net>.

MONEREO ATIENZA Cristina, *Una Teoría de los Derechos Sociales es Posible*, En Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Bolivia, octubre 2007.

MONEREO ATIENZA Cristina, *Ideologías Jurídicas y Cuestión Social, Los Orígenes de los Derechos Sociales en España*, Comares, Granada, 2007.

MONTAÑÉS PARDO Miguel Ángel, *Hábeas Corpus y Amparo Constitucional. Derechos que Protegen*, en Memoria del II Seminario Taller Nacional, Derechos y Garantías Constitucionales, Sucre, 2003.

MONTESQUIEU Charles de Secondat, *Del Espíritu de las Leyes*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

MORALES TOBAR Marco Antonio, *Derechos Humanos y Tratados que los Contienen en el Derecho Constitucional y la Jurisprudencia*, en Ius et Praxis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca-Chile, 2003.

MORTATI Constantino, *Costituzione*, en Enciclopedia del Diritto, Vol. XI, Milán, 1962.

MORTATI, Constantino, *La Constitución en Sentido Material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, *El Amparo o Tutela de Derechos Fundamentales por los Tribunales Constitucionales respecto de Resoluciones o Sentencias de Tribunales que integran el Poder Judicial: Europa y América Latina*, en Memoria del II Seminario Taller Nacional del Tribunal Constitucional de Bolivia, Sucre, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, *Consideraciones sobre la Jurisdicción Constitucional en America y Europa*, en el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, *El Constitucionalismo Contemporáneo y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en la Revista del Centro De Estudios Constitucionales, Año 1 N°1, Editorial Universidad de Talca-Chile, 2003.

OBANDO Jaime, *Sobre el Problema Nacional y Colonial de Bolivia*, Editorial Canelas, Cochabamba, 1961.

OBLITAS POBLETE Enrique, *Recurso de Amparo Constitucional*, Editorial Ofset SRL., Oruro, 1979.

ORTIZ GUTIÉRREZ Julio César, *La Acción de Tutela en la Carta Política de 1991, El Derecho de Amparo y su Influencia en el Ordenamiento Constitucional en Colombia*, en El Derecho de Amparo en el Mundo, Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Porrúa, México, 2006.

OSUNA PATIÑO Néstor Iván, *Tutela y Amparo: Derechos Protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

PECES-BARBA MARTÍNEZ Gregorio, *Los Valores Superiores en Temas Clave de la Constitución Española*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

PECES-BARBA MARTÍNEZ Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales Teoría General*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PEGORARO Lucio, *Giustizia Costituzionale Comparata*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2007.

PÉREZ Federico, *Will Kymlicka: La Defensa del Nacionalismo Minoritario*, Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía, N° 4, Barcelona, 2007.

PÉREZ LUÑO Antonio Enrique, *Delimitación Conceptual de los Derechos Humanos*, en Los Derechos Humanos, Significación, Estatuto Jurídico y Sistema, Cap. I, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.

PÉREZ LUÑO Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, en Temas Clave de la Constitución Española, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

PÉREZ LUÑO Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

PÉREZ ROYO Javier, *Introducción a la Teoría del Estado*, Editorial Blume, Barcelona 1980.

PÉREZ ROYO Javier, *Tribunal Constitucional y División de Poderes*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

PÉREZ ROYO Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2005.

PÉREZ SERRANO Nicolás, *El Principio de Separación de Poderes: Antecedentes del Problema*, en *Escritos de Derecho Político*, Tomo II, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984.

PÉREZ TREMPS Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

PÉREZ TREMPS Pablo, *La Interpretación de los Derechos Fundamentales*, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Homenaje al Profesor Joaquín García Morillo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

PÉREZ-TREMPS Pablo, *Procesos Constitucionales en Veinte Años de Jurisdicción Constitucional en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PÉREZ TREMPS Pablo, *La Reforma del Recurso de Amparo Tribunal Constitucional, Juez Ordinario y una Deuda Pendiente del Legislador*, Ponencia realizada en el Seminario sobre la Reforma del Recurso de Amparo, Instituto Público de Derecho Comparado, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2007, disponible en <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponppt.htm>.

PIZZORUSSO Alessandro, *El Tribunal Constitucional Italiano*, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.

PLATÓN, *Las Leyes*, Tomo II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

POPPER Karl, *México y la Democracia*, Revista Serie Democracia en México, No. 1, Contra-Peso, México, 2004.

PRIETO SANCHIS Luis, *La Doctrina del Derecho Natural*, en *Lecciones de Teoría del Derecho*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1996.

PRIETO SANCHIS Luis, *Ley, Principios, Derechos*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998.

PRIETO SANCHIS Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

RAMELLA Pablo, *Derecho Constitucional*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986.

RAMÍREZ ARRAYÁS José Antonio, *Interpretación Constitucional y Principio de Buena Fe*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales N°1*, Universidad de Talca-Chile, 2003.

RAMOS PASCUA José Antonio, *La Crítica de los Derechos Humanos* en el *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, N° 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2001.

- RAND Ayn, *La Virtud del Egoísmo*, Editorial Grito Sagrado, Buenos Aires, 2006.
- RAWLS John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993.
- RECASENS SICHES Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1983.
- REQUEJO PAGÉS Juan Luis y CAAMAÑO Francisco, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos de control de constitucionalidad de normas con valor de ley*, en Cuadernos y Debates N° 63, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- REQUENA LÓPEZ Tomás, *Sobre la Función, los Medios y los Límites de la Interpretación de la Constitución*, Editorial Comares, Granada, 2001.
- REVENGA SÁNCHEZ Miguel, *Notas sobre Justicia Constitucional e Interpretación de la Constitución (o en Defensa de la Interpretación como Diálogo)*, disponible en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 16, 2005.
- REYNAGA Fausto, *La Revolución India*, Editado por el Partido Indio de Bolivia, La Paz, 1969.
- RIVAS SALAZAR Luis Christian, *Los Pseudoderechos*, artículo de opinión publicado en el Matutino de Circulación Nacional “La Prensa”, 5 de noviembre de 2008.
- RIVERA CORS Roberto, *Tribunal Constitucional de Bolivia: Organización, Funciones y Atribuciones*, en Revista del Tribunal Constitucional de la Republica de Bolivia: La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003, Editorial Tribunal Constitucional de Bolivia, Sucre 2003.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *El Control de Constitucionalidad en Bolivia*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 1, Sucre, 1999.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, La nueva era del constitucionalismo boliviano*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 3, Sucre, 2000.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *El Amparo Constitucional contra Sentencias con Autoridad de Cosa Juzgada, Una Perspectiva del Tema en Bolivia*, en El Nuevo Sistema Procesal Penal desde la Perspectiva Constitucional, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2003.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. Cinco Años en defensa del Orden Constitucional y Democrático*, Editorial Porrúa, Mexico, 2004.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *Tribunal Constitucional y Protección de los Derechos Humanos*, Tribunal Constitucional, Sucre, 2004.

RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *Jurisdicción Constitucional, Procesos Constitucionales en Bolivia*, Editorial Kipus, Cochabamba, 2004.

RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *Los Pueblos Indígenas y las Comunidades Campesinas en el Sistema Constitucional boliviano, Pasado, presente y perspectivas al futuro*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 11, Tomo I. Fundación Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2005.

RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución*, Editorial Kipus, Cochabamba, 2006.

RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *El Tribunal Constitucional en el Nuevo Modelo de Estado*, en IX Seminario Internacional Constitucional y Estado de Derecho, Memoria N° 10, Sucre, 2006.

RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución, Reflexiones sobre la Necesidad de su Consolidación y Fortalecimiento*, IMAG, Sucre, 2007.

RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Kipus, Cochabamba, 2007.

RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *Sistematización de la Jurisprudencia Constitucional y Precedentes Obligatorios en Derecho Procesal Penal*, Editorial Tupac Katari, Sucre, 2008.

RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *Hacia una Nueva Constitución*, Publicado por la Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Fundación de Apoyo al Parlamento y a la Participación Ciudadana, Industrias Gráficas Serrano, La Paz, 2008.

RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *El Papel de los Tribunales Constitucionales en la Democracia*, en X Seminario Internacional de Justicia Constitucional en el Siglo XXI, Memoria N° 11, Sucre, 2008.

RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, *Legitimación y Democracia de los Jueces Constitucionales*, en Memoria N° 12 del XI Seminario Internacional. Constitucionalismo y Democracia en Iberoamérica, Sucre, 2008.

ROCA AGUILERA Rolando, *El Control y Jurisdicción Constitucionales. El Tribunal Constitucional*, en Cuadernos de Derecho N°6 de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales, Santa Cruz de la Sierra, 1997.

ROCA AGUILERA Rolando, *La República y la Constitución Bolivariana*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 1, Tribunal Constitucional, Sucre, 1999.

ROCA AGUILERA Rolando, *Recurso de Amparo Constitucional*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 2, Sucre, 2000.

RODRÍGUEZ OLVERA Óscar, *Teoría de los Derechos Sociales en la Constitución Abierta*, Editorial Comares, Granada, 1998.

ROJAS ÁLVAREZ Martha, *Derecho de Acceso a la Justicia*, Tribunal Constitucional, Sucre, 2005.

ROLLA Giancarlo, *Juicio de Legitimidad Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales*, disponible en www.iidpc.org/revistas.

ROMERO BONIFAZ Carlos, *El Proyecto de Constitución Política del Estado: Una Visión desde el Oficialismo*, en *Opiniones y Análisis del Proyecto de Constitución Reformado: Perspectivas Previas al Referéndum*, Editorial Fundemos, La Paz, 2008.

ROMERO BALLIVÁN Salvador, *Comparación de los procesos Constituyentes en el Área Andina: de Colombia (1990) a Bolivia (2009)*, en *Opiniones y Análisis del Proyecto de Constitución Reformado: Perspectivas Previas al Referéndum*, Editorial Fundemos, La Paz, 2008.

ROSSI Miguel Ángel, *La filosofía política, clásica de la antigüedad al renacimiento*, Biblioteca Virtual CLACSO, Atilio BORÓN, Buenos Aires 1999 disponible en www.ciudadpolitica.com.

ROUSSEAU Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Editorial Longseller, Buenos Aires, 2005.

RUBIO LLORENTE Francisco, *La Jurisdicción Constitucional como forma de creación de Derecho*, en *Revista española de Derecho Constitucional*, N° 22. Enero-Abril, 1988.

RUBIO LLORENTE Francisco, *Seis Tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 35, 1992.

RUBIO LLORENTE Francisco, *La Forma del Poder, Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

RUBIO LLORENTE Francisco, *Problemas de Interpretación Constitucional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, en *La Forma del Poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

RUBIO LLORENTE Francisco, *Comentario a la obra de HÄBERLE Peter, "Retos Actuales del Estado Constitucional"*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 49, enero-abril, 1997.

RUBIO LLORENTE Francisco, *La Forma del Poder: Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

RUBIO LLORENTE Francisco, *El Recurso de Amparo*, en *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

RUBIO LLORENTE F., “*Tendencias Actuales de la Jurisdicción Constitucional en Europa*” en Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional”, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

RUBIO LLORENTE F., “*La Constitución como fuente de Derecho*”, en la Constitución española y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1998.

RUBIO LLORENTE Francisco y JIMENEZ CAMPO Javier, *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

RUBIO LLORENTE Francisco y ARAGÓN REYES Manuel, *Enunciados Aparentemente Vacíos en la Regulación Constitucional del Control de Constitucionalidad*, disponible en www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3.

RUIPÉREZ ALAMILLO Javier, *Algunas Consideraciones sobre la Reforma Constitucional*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Nº 75 enero, 1992.

RUIPÉREZ ALAMILLO Javier, *Los Principios Constitucionales en la Transición Política. Teoría Democrática del Poder Constituyente y cambio jurídico-político en España*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Nº 116. abril-junio 2002.

RUIZ-GIMENÉZ CORTÉS Joaquín, *Derechos Fundamentales de la Persona, Comentario al Art. 10 de la Constitución*, en O. Alzaga, Comentario a Leyes Políticas, ALZAGA VILLAAMIL O., Editorial Edersa, Madrid, 1984.

RUIZ Miguel Alfonso, *Derechos Liberales y Derechos Sociales*, en Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho Nº 15-16, 1994, Vol II, Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho, Alicante, 1994.

RUIZ ANTÓN Luis Felipe, *El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia*, en Revista Poder Judicial Edición Especial VI, Madrid, 1989.

RUIZ-JARABO COLOMER Dámaso, *Los Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas*, en Revista Poder Judicial Edición Especial VI, Madrid, 1989.

SAAVEDRA BLOMBERK Susy, *Código de Seguridad Social Boliviano*, Producciones Gráficas AVC, La Paz, 2002.

SABINE George, *Historia de las Ideas Políticas*, Editorial FCE, Madrid, 1994.

SALAZAR UGARTE Pedro, *Nota sobre Democracia y Constitución en la obra de Hans Kelsen*, en *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Capítulo III FCE-UNAM, México, 2006.

SAMPER JUAN Joaquín, *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001

SAGÜES Néstor Pedro, *Recurso Extraordinario*, ASTREA, Buenos Aires, 1989.

SAGÜES Néstor Pedro, *La Interpretación Judicial de la Constitución*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.

SAGÜES Néstor Pedro, *Del Juez Legal al Juez Constitucional*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

SALAME FARJAT Silvia, *Protección de los Derechos Fundamentales en Bolivia* en Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador N° 8, Temas Constitucionales, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2006.

SALAME FARJAT Silvia, *Guía para Impartir Justicia Constitucional*, Editorial Gaviota del Sur, Sucre, 2009.

SALINAS Cayo, *Maquillaje Constitucional*, Artículo publicado en el Matutino de Circulación Nacional “Los Tiempos”, el 2 de noviembre de 2008.

SÁNCHEZ AGESTA Luis, *El Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1980.

SANCHO GONZÁLES Eduardo, *Efectos de las Sentencias de la Sala Constitucional y Amparo contra Sujetos de Derecho Privado*, en Memoria N° 6 del V Seminario Internacional del Tribunal Constitucional, Justicia Constitucional, Sucre, 2001.

SANGUIN Alberto, *Geografía Política*, Oikos-Tau, Barcelona, 1981.

SARTORI Giovanni, *La Sociedad Multiétnica*, Taurus, Madrid, 2003.

SILES SALINAS Jorge, *El Preámbulo de la Constitución del MAS*, Artículo de Opinión publicado en el Semanario Tribuna, enero de 2009.

SORIANO Ramón, *El Concepto de Libertad en la Sociedad Antigua: Roma*, en Anuario de Derechos Humanos, N° 2, 1983, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.

SAN MARTÍN ARZABE Hugo, *El Proceso de Reforma Constitucional en Bolivia*, en Apuntes sobre Derecho Procesal, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 10, Tomo I. Fundación Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2004.

SAN MIGUEL RODRÍGUEZ Walker, *Por los Caminos del Derecho, Las Constituciones de Bolivia*, Editorial Artes Gráficas Sagitario, La Paz, 2005.

SCHMITT Carl, *Teoría de la Constitución*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.

SCHMITT Carl, *Legalidad y Legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971

SCHMITT Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1982.

- SCHMITT Carl, *La Defensa de la Constitución*, TECNOS, Madrid, 1983.
- SCHMITT Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 1996.
- SCHNEIDER Hans Peter, *Peculiaridad y Función de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*, Traducido por ABELLÁN J., Revista de Estudios Políticos, Número 7, Madrid, 1979.
- SCHWARTZ Pedro, *En busca de Montesquieu. La Democracia en Peligro*, Editorial Encuentro, Madrid, 2007.
- SEVILLA MERINO Julia, *Estado, Derecho y Estudios de Género*, en Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante N° 1, 2003.
- SEVILLA MERINO Julia, *La igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres desde la Teoría Constitucional*, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 67, 2007.
- SMEND Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, Traducido por BENEYTO J.M., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1985.
- STEFAN Jost, RIVERA SANTIVÁÑEZ José Antonio, MOLINA RIVERO Gonzalo y CAJIAS J. Huascar, *La Constitución Política del Estado, Comentario Crítico*, Editado por la Fundación Honrad Adenauer, Impreso en CREAS SRL., La Paz, 1998.
- STERN Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987.
- TARELLO Giovanni, *¿Chi ci salvará dal governó dei giudici?*, en Mondo Operaio N° 3, Milan, 1984.
- TAYLOR Peter, *Geografía Política. Economía-Mundo, Estado-nación y localidad*, Trama, Madrid, 1994.
- TOMAS Y VALIENTE Francisco, *Escritos Sobre y Desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- TÓRREZ VILLA-GÓMEZ Andrés., *La Constitución de las Razas*, disponible en www.columnistas.net.
- TORRES MURO Ignacio, *El Futuro de la Constitución, Humanos* en el Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, N° 2, 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- TORRES DEL MORAL Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

THURY CORNEJO Valentín, *Juez y División de Poderes Hoy*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002.

TREDINNICK ABASTO Felipe, *Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*, Editorial Los Amigos del Libro, Cochabamba- La Paz, 2000.

TREDINNICK ABASTO Felipe, *Protección de los Derechos de la Persona Humana*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 6, Sucre, 2004.

TREDINNICK ABASTO Felipe, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 7, Sucre, 2006.

UPRIMNY RODRIGO, *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*, en http://www.djs.org.co/pdf/libros/ru_procedimientoPenal.pdf.

URCULLO REYES Jaime, *Proceso Democrático, Situación Jurídica y Reforma Constitucional en Bolivia*, Editorial Urquizu, La Paz, 1993.

URENDA DÍAZ Juan Carlos, *La Constitución Antidemocrática del MÁS*, disponible en: [www. autonomiaya.org](http://www.autonomiaya.org). Consultado el 10 de julio de 2009.

VALADÉS Diego, *El nuevo Constitucionalismo Iberoamericano*, en la Constitución Española de 1978, 20 Años de Democracia, Congreso de Diputados y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

VARGAS HERNANDEZ Clara Inés, *La Garantía de la Dimensión Objetiva de los Derechos Fundamentales y Labor del Juez Constitucional Colombiano en la sede de Acción de Tutela: El Llamado “Estado de Cosas Inconstitucional”*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N°1, Universidad de Talca-Chile, 2003.

VELASCO Gustavo, *Prólogo a AA.VV.: el Federalista*, FCE. México, 2001.

VELASCO ARROYO Juan Carlos, *Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia*, en Revista de Filosofía, N° 41, Madrid, 2007.

VELÁZQUEZ COELLO Santiago, *Fundamentos Nacionales e Internacionales: La Exigencia de los Derechos Sociales*, en Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador N° 8, Temas Constitucionales, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2006.

VERDUGO MARINKOVIC Mario, *Notas Sobre el Principio de la Supremacía Constitucional y los Decretos Supremos de Ejecución*, en la Revista del Centro De Estudios Constitucionales N°1, Universidad de Talca-Chile, 2003.

VIDAL PRADO Carlos, *La Reforma Constitucional de Bolivia*, en Revista del Tribunal Constitucional N° 4, Editorial Judicial, Sucre, 2001.

VIRGALA FORURIA Eduardo, *Los actos no legislativos en la Constitución Europea*, Disertación presentada en las “Jornadas sobre la Constitución europea” celebradas en Granada los días 30-31 de marzo de 2005.

VIRGALA FORURIA Eduardo, *La Actividad de Control del Gobierno realizada por el Parlamento Vasco en la I Legislatura*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 46-47, julio-octubre, 1985.

VITURRO Paula, *Sobre El Origen y el Fundamento de los Sistemas de Control de Constitucionalidad*, Editor Konrad-Adenauer-Stiftung, Buenos Aires, 2002.

WRÓBLEWSKI Jerzy, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Traducido por AZURRA A., Civitas Ediciones, Madrid, 2001.

XIOL RIOS Juan Antonio, *Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo"* en Cuadernos y Debates N° 63, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

XIRAU Ramón, *Introducción a la Historia de la Filosofía*, UNAM, México, 2003.

ZAGREBELSKY Gustavo, *La Giustizia Costituzionale*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1977.

ZAGREBELSKY Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Tecnos, Madrid, 1995.

ZAGREBELSKY Gustavo, *Derecho Dúctil*, Traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2003.

ZAGREBELZKY Gustavo, *¿Qué es ser Juez Constitucional?*, Traducido por CARBONELL Miguel, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.

ZAGREBELSKY Gustavo, *Jueces Constitucionales*, en *Boletín Comparado de Derecho Mexicano* N° 117, México, septiembre-diciembre, 2006.

ZEGADA CLAURE María Teresa, *Análisis Político de las Reformas al Proyecto de Constitución y de la Aprobación de la Ley de Convocatoria al Referéndum*, en *Opiniones y Análisis del Proyecto de Constitución Reformado: Perspectivas Previas al Referéndum*, Editorial Fundemos, La Paz, 2008.

ANEXOS

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
	15.IV. 15.V.	5	-No estar sometida a desaparición forzada por causa o circunstancia alguna. -No estar sometida a servidumbre ni esclavitud. Se prohíbe la trata y tráfico de personas.	
-Agua -Alimentación	16.I. 16.II.		-Obligación del Estado de garantizar la seguridad alimentaria.	255.II.8. 299.II.9. 309.II.; 321.II, 373.I; 374; 407.1.
- A la educación en todos los niveles	17	7.e)		9.5; 30.II.12; 70.2.; 298.II.17.; 299.II.2.; 304.III.2.;306.V 321.II; 341.4. 402.I.;407.5. 9.5; 17
	77.I	177.I	-Función suprema y primera responsabilidad financiera del Estado. Obligación indeclinable de sostenerla, garantizarla y gestionarla.	298.II.17, 299.II.2
	77.II	181 y 184	-Tuición plena del Estado y la sociedad sobre todo el sistema educativo. Armonía y coordinación bases del sistema educativo.	
	77.III	177.III	-Composición del sistema educativo: instituciones educativas fiscales, privadas y de convenio.	88.II.
	78.I 78.II		-Características de la educación -Tuición plena del Estado y la sociedad sobre el sistema educativo en base a los criterios de armonía y coordinación.	30.II.12
	78.III 78.IV 79		-Instituciones que componen el sistema educativo -Se garantiza la educación vocacional y la enseñanza técnica humanística.	
	80.I		-Fomentar el civismo, diálogo intercultural y valores ético-morales. -Objetivo de la educación: formación integral, conciencia social crítica, fortalecimiento de la unidad e identidad de todos como parte el Estado plurinacional.	107.I 1, 9.2), 3), 4), 5), 6), 21.1), 30.II.2), 3), 12).

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
Derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos	80.II		-Contribuirá al fortalecimiento de la unidad e identidad de todos y todas como parte el Estado plurinacional	
	81.I	177.III	-La educación es obligatoria hasta el bachillerato.	108.6
	81.II	177.III	-Gratuidad de la educación fiscal en todos sus niveles.	
	81.III	186	-Carácter gratuito del diploma de bachiller	
	82.I		-Se garantiza el acceso a la educación en condiciones de igualdad.	8.II, 9.5)
	82.II	180	-Apoyo a los estudiantes con menores posibilidades económicas para el acceso a diferentes niveles del sistema educativo.	8.II
	82.III		-Becas de excelencia	
	83		-Se reconoce y garantiza la participación social, comunitaria y de los padres de familia en el sistema educativo.	
	84	179	-Deber del Estado de erradicar el analfabetismo.	
	85		-Deber del Estado promover y garantizar la educación permanente de niños y adolescentes con discapacidad o con talentos extraordinarios.	70.2, 71, 300.I.30
	86	182	-Reconocimiento y garantía de la libertad de conciencia y enseñanza de la religión en centros educativos y de la espiritualidad de naciones y pueblos indígenas. Prohibición de discriminación por opción religiosa.	21.1, 21.3, 30.2
	87	183	-Reconocimiento y respeto al funcionamiento de unidades educativas de convenio, bajo normas del sistema educativo.	
	88.I	181	-Reconocimiento y respecto de las unidades educativas privadas bajo normas del sistema educativo.	
	88.II			
	89	190	-Seguimiento, evaluación y acreditación de la calidad educativa en todo el sistema educativo, a cargo de una Institución Pública.	
90.I		-Reconocimiento de vigencia de institutos de formación humanística, técnica y tecnológica.		
90.II	178	-Deber del Estado de promover la formación técnica, tecnológica, productiva, artística y lingüística.		
90.III		-Promoción de programas educativos a distancia y populares no escolarizados		

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
	91.I 91.II 91.III 92.I 92.II 92.III 93.I 93.II 93.III 93.IV 93.V 94.I 94.II 94.III 95.I 95.II 95.III 96.I 96.II	185.I 185.II 186 187 189 188.II, III 188.I 188.IV 189	<p>-Orientación de la educación Superior: Desarrollo integral de la sociedad, tomando en cuenta los conocimientos universales y los saberes de los pueblos indígenas.</p> <p>-Características de la educación superior.</p> <p>-Conformación de la Educación Superior.</p> <p>-Reconocimiento de la autonomía universitaria e igualdad de las Universidades públicas.</p> <p>-Universidad Boliviana, constituida por las universidades públicas. Sus fines son coordinados con un organismo central.</p> <p>-Extensión de diplomas académicos y títulos profesionales por las Universidades públicas.</p> <p>-Obligación del Estado de subvencionar en forma suficiente a las Universidades públicas.</p> <p>-Participación social en la universidades públicas</p> <p>-Rendición de cuentas de las Universidades Públicas.</p> <p>-Programas de desconcentración académica e interculturalidad</p> <p>-Creación de universidades e institutos comunitarios pluriculturales, en coordinación con el Estado.</p> <p>-Universidades privadas: Se rigen por las políticas, planes, programas del Sistema Educativo. Su funcionamiento se autoriza por Decreto Supremo.</p> <p>-Autorización a las universidades privadas para expedir diplomas académicos. Los títulos profesionales serán otorgados por el Estado.</p> <p>-Conformación de Tribunales examinadores para la obtención de diplomas académicos en las universidades privadas.</p> <p>-Obligación de las Universidades Públicas de crear centro interculturales de formación y capacitación técnica cultural.</p> <p>-Obligación de las Universidades de promover programas para la recuperación, preservación, divulgación de las diferentes lenguas.</p> <p>-Promoción de centros de generación de unidades productivas.</p> <p>-Responsabilidad del Estado en la formación y capacitación docente para el Magisterio Público.</p> <p>-Actualización y capacitación pedagógica de los docentes del</p>	103.I, 299.II.3, 304.III.2, 407.5

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
	44.2		- Prohibición de experimentos científicos sin consentimiento	
-Habitat -A una vivienda adecuada	19.I. 19.II.		-El Estado promoverá planes de vivienda de interés social.	298.II.36. 304.I.16., 22,
Servicios básicos: -de agua potable -alcantarillado -electricidad -gas domiciliario -postal -telecomunicaciones	20.I. 20. II. 20.III.		-Responsabilidad del Estado provisión servicios básicos. Criterios de la provisión de servicios. -Acceso al agua y alcantarillado no son objeto de concesión ni privatización, están sujetos a régimen de licencias y registros de ley.	255.II.9; 298.II.2., 3.,5., 30. 299.I.2., 3. 299.II.9. 300.I.15. 302.I.30., 40. 304.I.5.

DERECHOS CIVILES

-Autoidentificación cultural	21.1.			
-Privacidad	21.2.			
-Intimidad	21.2.			130
-Honra	21.2.			
-Honor	21.2.			
-Propia imagen	21.2.			
-Dignidad	21.2.	6.II		
-Libertad de pensamiento	21.3.			9.2; 22; 23.II.; 73.I.;
-Espiritualidad	21.3.			30.II.2.; 86; 98.II.
-Religión	21.3.	3		4; 86
-Culto	21.3.	3		4
-Libertad de reunión	21.4.	7.c)		308.II; 314
-Libertad de asociación	21.4.	7.c)		

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
-Libertad de residencia -Libertad de permanencia -Libertad de circulación en el territorio, incluye ingreso y salida del País.	21.7. 21.7. 21.7	7.b) 7.g) 7.g)		
Expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones	21.5. 106.I 106.II 106.III 106.IV	7.b)	- El Estado garantiza el derecho a la comunicación y derecho a la información - El Estado garantiza el derecho a la rectificación y a la réplica. - El Estado garantiza este derecho a los trabajadores de prensa - Reconoce la cláusula de conciencia a los trabajadores de prensa	art. 107.II
Acceder a la información, interpretarla, analizarla y comunicarla libremente, de manera individual o colectiva	21.6 107.I 107.II 107.III 107.IV		- Obligación de contribuir a la promoción de valores éticos, morales y cívicos. Emisión de programas en lenguaje educativo para discapacitados - Observancia de los principios de veracidad y responsabilidad - Prohibición de monopolios u oligopolios - Implementación de medios de comunicación comunitarios	30.II.8;70.3;103.II 25.IV;75.2; 103.II; 137; 222.4; 223;237.I.2; 242.4;
	22	6.II	La dignidad y la libertad de la persona son inviolables, respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.	
-Libertad y seguridad personal	23.I. 23.II 23.III.	7.a) y 6.II 9.I.	-Restricción en límites señalados por ley. -Evitar medidas privativas de libertad a adolescentes. Atención preferente de autoridades a adolescente privado de libertad. Detención en recintos distintos a los de los adultos. -Detención, aprehensión o privación de libertad sólo en casos y formas establecidas por ley.	73, 74; 125; 110.III

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
	23.IV. 23.V. 23.VI.	11 10 11	<p>-Ejecución de mandamiento sólo si emana de autoridad competente y es emitido por escrito.</p> <p>-Delito flagrante da lugar a la aprehensión por cualquier persona, a objeto de conducirlo ante la autoridad judicial competente, quien resolverá situación jurídica en 24 horas.</p> <p>-Ser informada de los motivos de su detención, así como de la denuncia o querrela formulada en su contra.</p> <p>-Responsables de centros de reclusión llevarán registro de personas privadas de libertad.</p> <p>-No recibirán a ninguna persona sin copiar en su registro el mandamiento correspondiente.</p>	
-Petición	24	7.h)		
-Inviolabilidad de domicilio -Secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas	25 .I. 25.II. 25.III. 25.IV.	21 y 20.I. 20.I. 20.II. 20.I in fine.	<p>-Inviolables correspondencia, papeles privados y otros. Su incautación en casos señalados por ley.</p> <p>-Prohibición de interceptar conversaciones o comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice.</p> <p>-No produce efecto legal información y prueba obtenidas con violación de correspondencia y comunicaciones.</p>	

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
--------------------	--------------	---------	--	---------------

DERECHOS POLITICOS

-Participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político. El derecho de participación comprende: <ol style="list-style-type: none"> 1. Organización con fines de participación política. 2. Sufragio 3. Procesos electorales con normas y procedimientos propios según la democracia comunitaria. 4. Elección designación y nominación directa de los representantes naciones y pueblos indígena originarios campesinos, con sus normas y procedimientos propios. 5. Fiscalización de los actos de la función pública. 	26.I.	40.I.		144.II.1
	26.II.		222	210.I
			219	208.II
				210.III
				241 y 242
-Participación en elecciones de bolivianos residentes en el exterior -Sufragio de extranjeros residentes en Bolivia en elecciones municipales	27.I.			
	27.II.	220.II		
	28		-Casos de suspensión de los derechos políticos.	144.II
-Asilo o refugio	29.I.		-No expulsión o entrega.	298.I.9
	29.II.		-Reunificación familiar de asilados o refugiados.	

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
--------------------	--------------	---------	--	---------------

DERECHOS DE LAS NACIONES Y PUEBLOS INDIGENA ORIGINARIO CAMPESINOS

<p>-A existir libremente.</p> <p>-A su identidad cultural, religión, espiritualidades, prácticas y costumbres y a su propia cosmovisión.</p> <p>-A inscribir, si desea, su identidad cultural junto a la ciudadanía boliviana en documentos de identificación.</p> <p>-A la libre determinación y territorialidad.</p> <p>-A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.</p> <p>-A la titulación colectiva de tierras y territorios.</p> <p>-A la protección de sus lugares sagrados.</p> <p>-A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.</p> <p>-A la valoración, respeto y promoción de sus saberes y conocimientos tradiciones, medicina, idiomas, rituales, símbolos y vestimenta.</p> <p>-A vivir en un medio ambiente sano.</p> <p>-A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos.</p> <p>-A la educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.</p>	<p>30.I.</p> <p>30.II.1.</p> <p>30.II.2.</p> <p>30.II.3.</p> <p>30.II.4.</p> <p>30.II.5.</p> <p>30.II.6.</p> <p>30.II.7.</p> <p>30.II.8.</p> <p>30.II.9.</p> <p>30.II.10.</p> <p>30.II.11.</p> <p>30.II.12.</p>		<p>-Concepto de Nación y pueblo indígena originario campesino</p> <p>Consulta previa obligatoria del Estado sobre explotación de recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.</p>	<p>289 y ss.</p> <p>33</p>
--	--	--	--	-----------------------------------

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
<p>-Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.</p> <p>-Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.</p> <p>-A ser consultados con procedimientos apropiados sobre medidas legislativas o administrativas que les afecten.</p> <p>-A participar en los beneficios de explotación de recursos naturales en sus territorios.</p> <p>-A la gestión territorial indígena autónoma y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio.</p> <p>-A participar en los órganos e instituciones del Estado.</p>	<p>30.II.13.</p> <p>30.II.14.</p> <p>30.II.15</p> <p>30.II.16.</p> <p>30.II.17.</p> <p>30.II.18.</p> <p>30.III.</p>		<p>-El Estado garantiza, respeta y protege estos derechos.</p>	<p>190</p> <p>2 y 255.II.4</p>
<p>Derechos de naciones y pueblos en peligro de extinción, aislamiento voluntario y no contactados:</p> <p>-A mantenerse en esa condición.</p> <p>-A la delimitación y consolidación legal de su territorio.</p>	<p>31.I.</p> <p>31.II.</p>		<p>-Protección y respeto de formas de vida individual y colectiva de las naciones y pueblos en peligro de extinción, en aislamiento voluntario y no contactados.</p>	
<p>El pueblo afroboliviano goza en todo lo que corresponda, de los derechos reconocidos a las naciones y pueblos indígena originario campesinos.</p>	<p>32</p>			

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
--------------------	--------------	---------	--	---------------

**DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS
DERECHO AL MEDIO AMBIENTE**

-A un medio ambiente protegido y equilibrado	33		-Su ejercicio debe permitir el desarrollo normal y permanente de los individuos, colectividades, generaciones presentes y futuras y de otros seres vivos.	9.6; 298.I.20 y II.6.; 299.II.1.;302.I.5.; 304.II.4 y III.3.; 312.III; 342 a 347
-Ejercer acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente	34		-Obligación de actuación de oficio de instituciones públicas frente a atentados contra el medio ambiente.	

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

- A la seguridad social	45.I 45.II 45.III 45.IV	7.k) 158.II	- Principios de la seguridad social. - Cobertura de la seguridad social - El Estado garantiza el derecho a la jubilación	67.II
- Derecho de la mujer a la maternidad segura. Especial asistencia y protección del Estado durante embarazo, parto, pre y post natal	45. V 45.VI		- Servicios de seguridad social no se privatizan ni concesionan	

DERECHO AL TRABAJO Y AL EMPLEO

- Al trabajo digno	46.I.1	7.d)		9.5; 338
- Al trabajo con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional				
- Al trabajo sin discriminación		7.j)		
- Al trabajo con remuneración o salario justo				
- A una fuente laboral estable	46.I.2			
	46.II 46.III	5	- El Estado protegerá el ejercicio del trabajo - Prohibición de trabajo forzoso y sin retribución	61.II

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
<p>- A dedicarse al comercio</p> <p>- A la industria</p> <p>- A dedicarse a otra actividad económica lícita</p> <p>- A la inamovilidad de la trabajadora embarazada y de los progenitores</p> <p>- A la negociación colectiva</p> <p>- A organizarse en sindicatos</p>	<p>47.I</p> <p>47.II</p> <p>47.III</p> <p>48.I</p> <p>48.II</p> <p>48.III</p> <p>48.IV</p> <p>48.V</p> <p>48.VI</p> <p>48.VII</p> <p>49.I</p> <p>49.II</p> <p>49.III</p> <p>50</p> <p>51.I</p> <p>51.II</p> <p>51.III</p> <p>51.IV</p> <p>51.V</p> <p>51.VI</p>	<p>7.d)</p> <p>162.II</p> <p>161</p> <p>159.I</p> <p>159.I</p>	<p>- Protección a pequeñas unidades productoras, por cuenta propia, gremiales.</p> <p>- Estado protege y fortalece las formas comunitarias de producción</p> <p>- Obligatoriedad de normas laborales</p> <p>- Principios para interpretar y aplicar normas laborales</p> <p>- Irrenunciabilidad de derechos y beneficios de los trabajadores. Nulidad de pactos contrarios</p> <p>- Privilegio de pago. Inembargabilidad e imprescriptibilidad de salarios devengados, beneficios sociales y aportes a la Seguridad Social no pagados.</p> <p>- El Estado promoverá incorporación de las mujeres al trabajo con igual remuneración</p> <p>- No discriminación contra la mujer trabajadora</p> <p>- El Estado garantizará incorporación de los jóvenes en el sistema productivo</p> <p>- La ley regulará convenios colectivos de trabajo</p> <p>- Protegerá la estabilidad laboral. Prohibición de despido injustificado y acoso laboral.</p> <p>- El Estado resolverá conflictos emergentes de relación trabajador-empleador, incluidos los de Seguridad Social</p> <p>- El Estado respetará los principios sindicales</p> <p>- Reconoce y garantiza sindicalización como medio de defensa</p> <p>- Respetará la independencia ideológica y organizativa de los sindicatos</p> <p>- Caracteres del patrimonio de sindicatos</p> <p>- Fuero sindical</p>	

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
- Derecho de los trabajadores por cuenta propia a organizarse - A la libre asociación empresarial - A la huelga	51.VII 52.I 52.II 52.III 52.IV 53 54.I 54.II 54.III 55	159.I 159.II	- Garantiza el reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones empresariales - Reconoce a las instituciones de capacitación empresariales - Caracteres del patrimonio de organizaciones empresariales - Garantiza el derecho a la huelga - Obligación del Estado de establecer políticas de empleo - Protección y defensa del aparato industrial y servicios estatales - Los trabajadores podrá reactivar empresas en proceso de quiebra, concurso, etc. - Principios del sistema cooperativo	315; 316.6;391.I 20.I; 310; 330; 335; 351.I; 369.I; 370.II; 378.II; 406.II;

DERECHO A LA PROPIEDAD

- A la propiedad privada	56.I 56. II 56.III	7-i) 22.I	- Garantiza la propiedad privada cuyo uso no sea perjudicial al interés colectivo - Garantiza el derecho a la sucesión hereditaria	Arts. 262.I; 293.I; 311.2; 315; 339; 349; 357; 372; 393; 394; 397; 398; 399; 400; 401.
	57	22.II	- Causas de Expropiación. Propiedad inmueble urbana no sujeta a reversión	Art. 401

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
--------------------	--------------	---------	--	---------------

DERECHOS DE LA NIÑEZ, DE LA ADOLESCENCIA Y JUVENTUD

<ul style="list-style-type: none"> - A su desarrollo integral. - A crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva. - A la igualdad respecto de sus progenitores. - A la identidad y filiación respecto de sus progenitores y al uso de un apellido convencional. 	58	art. 199. No como derecho específico, sino como política del Estado.	Titulares de estos derechos.	14.II	
	59.I		Sanciona la discriminación de los hijos de parte de los padres.		
	59.II				
	59.III				
	59.IV				
	60				
61.I	- Prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes en la familia y la sociedad.	9.1; 46.III			
61.II	- Prohíbe el trabajo forzado y la explotación infantil. Las actividades que realicen en el marco familiar y social estarán orientados a su formación integral y tendrán función normativa.				

DERECHOS DE LAS FAMILIAS

<ul style="list-style-type: none"> - A la igualdad de los integrantes de la familia. -Igualdad de derechos de los cónyuges. - Hace extensivos los derechos de los cónyuges a las uniones libres o de hecho, que reúnan los requisitos y a sus hijos. 	62	194.I	- Igualdad de deberes	14.II;	
	63.I			194.II	14.II
	63.II				
	64.I			- Deber de los cónyuges o convivientes, en igualdad de	

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
Derechos sexuales y reproductivos	64.II Art. 65 Art. 66		condiciones para la atención de las necesidades del hogar y la educación y formación de las hijas e hijos. - Protección y asistencia del Estado a los responsables de las familias en el ejercicio de sus obligaciones - Presunción de filiación en interés superior de las niñas, niños y adolescentes y su derecho a la identidad. Puede hacerse valer por indicación del padre o la madre, salvo prueba contraria por quien la niegue.	Arts. 14.II; 15.II.

DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

- A una vejez digna, con calidad y calidez humana	67.I			
	67.II	158.II	- El Estado debe proveer un renta vitalicia de vejez - El Estado debe adoptar políticas de protección, atención, recreación, descanso y ocupación de los adultos mayores	45.III
	68.I			
	68.II		- Se prohíbe y sanciona todo maltrato, abandono, violencia y discriminación de las personas adultas mayores	15.III
69	163	- Beneméritos de la Patria, merecen gratitud y respeto, son considerados héroes y defensores de Bolivia y recibirán pensión vitalicia.		

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

- A la protección por su familia y por el Estado. - A una educación y salud integral gratuita.	70.1			64.I <i>in fine</i>
	70.2			45.III, 85 y 105

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
- A la comunicación en lenguaje alternativo - Al trabajo en condiciones adecuadas, de acuerdo a sus posibilidades y capacidades, con remuneración justa. - Al desarrollo de sus potencialidades individuales	70.3			
	70.4			46.I.1
	70.5			
	71.I		- Prohíbe y sanciona la discriminación, maltrato, violencia y explotación de toda persona con discapacidad.	15.I
	71.II		- El Estado debe adoptar medidas de acción positiva para promover la integración de las personas con discapacidad en todos los ámbitos, sin discriminación	14.II
	71.III		- El Estado debe generar condiciones para el desarrollo de las potencialidades individuales de las personas con discapacidad.	85
72		- El Estado debe garantizar a las personas con discapacidad los servicios integrales de prevención y rehabilitación y otros beneficios de ley.		

DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

- A comunicarse libremente con su defensor, intérprete, familiares y personas allegadas.	73.I	6.II	- Deben ser tratadas con el debido respeto a la dignidad humana	22; 23.I y III
	73.II	9.II y 16.III	- Limitación de la comunicación en el marco de una investigación por la comisión de delitos a un máximo de veinticuatro horas.	23.V
	74.I		- Responsabilidad del Estado la reinserción social, respeto de sus derechos y custodia adecuada. Clasificación según la naturaleza y gravedad del delito, edad y sexo de las personas detenidas.	118.III
	Art. 74.II		- Oportunidad de trabajo y estudio en Centros Penitenciarios.	

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
--------------------	--------------	---------	--	---------------

DERECHOS DE LAS USUARIAS Y DE LOS USUARIOS Y DE LAS CONSUMIDORAS Y CONSUMIDORES

<p>- Al suministro de alimentos, fármacos y productos en general en condiciones de inocuidad, calidad y cantidad disponible adecuada y suficiente, con prestación eficiente y oportuna del suministro.</p> <p>- A la información fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen.</p>	75.1			
	75.2			
	76.I		- El Estado debe garantizar el acceso a un sistema de transporte integral en sus diversas modalidades. La ley debe determinar un sistema de transporte eficiente y eficaz, con beneficios para usuarios y proveedores.	
	76.II	Art. 153.II	- Inexistencia de controles aduaneros ni retenes de ninguna naturaleza en el territorio boliviano, con excepción de los creados por ley.	

DERECHOS CULTURALES

	98.I		- La diversidad cultural como base esencial del Estado Plurinacional	1,2,3, 9.1,30,31,32, 197, 209, 206, 211, 278, 289
	98.II		- El estado asume como fortaleza la existencia de culturas indígenas originario campesinas	9.3
	98.III		- Responsabilidad del Estado el desarrollo, protección y difusión de las culturas del país	9.2, 30.5), 30.7), 30.9), 30.II,
	99.I	191.I	- Carácter inalienable, inembargable e imprescriptible del patrimonio cultural	255.II.3). 4), 192.III
	99.II	191.II	- El Estado garantiza el registro, protección, etc. de su	255.6

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
- Al deporte - A la cultura física - A la recreación	99.III		patrimonio cultural. - La riqueza natural, arqueológica, paleontológica, histórica, documental, religiosa y folklore, es patrimonio cultural.	108.14, 298.II.25, 300.I.19, 302.I.16.
	100.I		- Las cosmovisiones, mitos, historia, oral, danzas, etc. forman parte del patrimonio de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos.	384, 385 304.I.10, 304.II.4.
	100.II		- Protección de los saberes y los conocimientos de los pueblos indígenas originarios campesinos, a través del registro de la propiedad intelectual.	30.2, 30.7, 304.II.3
	101		- Especial protección del Estado del arte y las industrias populares en su componente intangible.	30.9, 30.11
	102		- Registro y protección de la propiedad intelectual.	
	104			
105			- El Estado debe promover el desarrollo de la cultura física y de la práctica deportiva en todos los niveles, en especial con las personas con discapacidad. Garantizar los medios y recursos necesarios	300.I.17 302.I.14, 304.I.9

DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

- Al ejercicio de la función pública	144.II.2	20.2)	- Suspensión de derechos ciudadanos (causales art. 28 de la CPE) - Imprescriptibilidad de delitos cometidos por servidores públicos. Ausencia de fuero de inmunidad. - Definición de servidores públicos. Carrera administrativa. - Requisitos para acceder a la función pública - Principios de la administración pública - Obligaciones de los servidores públicos - Prohibiciones para el ejercicio de la función pública	28, 123, 127.I, 128, 134.1
	144.III	42		
	112			
		232		
		233		
		234		
	235			
	236			

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
		237 238 239 240	- Obligaciones para el ejercicio de la función pública - Causales de inelegibilidad para ocupar cargos públicos electivos - Incompatibilidad con la función pública - Revocatoria de mandato de personas que ejerzan cargos electos, excepto Órgano Judicial. Su trámite	

GARANTÍAS JURISDICCIONALES

- A la indemnización, reparación y resarcimiento de daños por vulneración de derechos	109.I	229	- Eficacia directa de los derechos	23.I
	109.II	7.a)	- Reserva legal	
	110.I	34	- Sometimiento a la justicia de quienes vulneren derechos y garantías	
	110.II	13	- Responsabilidad personal de autores intelectuales y materiales en vulneración de derechos constitucionales	
	110.III		- Inexistencia de eximentes de responsabilidad en caso de atentados contra la seguridad personal	
	111		- Imprescriptibilidad de los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y traición a la patria	28; 359.II
	112		- Imprescriptibilidad de los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio y causen daño económico. No admiten régimen de inmunidad	
	113.I			
	113.II		- Acción de repetición por parte del Estado contra la autoridad o servidor causante del daño	
	114.I	12	- Prohibición de tortura, desaparición, coacciones, exacciones, confinamiento o cualquier forma de violencia física	15.I, II, IV; 118.I
114.II		-Nulidad de las declaraciones y acciones obtenidas mediante tortura, coacción, etc.	15.I y IV	
- A la tutela judicial efectiva	115.I			180.I
- Al debido proceso (menos penal y sancionatorio disciplinario)	115.II			
		16.II		

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
- A la defensa - Al acceso a la justicia	116.I	16.IV y 16.X 16.I	- Presunción de inocencia y garantía de aplicación de la norma más favorable - Principio de legalidad de la pena e irretroactividad	256, 137
- Al debido proceso en el ámbito penal; y sancionatorio administrativo, disciplinario	116.II 117.I 117.II 117.III	33	- Prohibición de persecución penal múltiple (<i>non bis in idem</i>) - Prohibición de imponer sanción privativa de libertad por deudas y obligaciones patrimoniales, excepto casos previstos por ley	
	118.I 118.II	17 17	- Prohibición pena de infamia, muerte civil y confinamiento - Máxima sanción penal, 30 años de privación de libertad sin derecho a indulto	114 124.II
	118.III 119.I 119.II		- Fines de las penas y medidas de seguridad (educación, habilitación, inserción social con respeto a sus derechos) - Igualdad procesal	
- A la defensa - A la defensa técnica		16.II		8.II; 14.II; 180.I 115.II y 180.II
- Al juez natural - A ser juzgado en su idioma - A traductor o intérprete	120.I 120.II 121.I	14; 16.IV 14		
	121.II		- Prohibición de declarar contra sí mismo y parientes en materia penal. - Guardar silencio no debe ser considerado como indicio de culpabilidad	
- Derecho de la víctima a ser oída antes de cada decisión judicial y a ser asistida gratuitamente por un abogado del Estado en caso de ser de escasos recursos	122	31	- Nulidad de los actos de quienes usurpen funciones o ejerzan	

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
	123	33	jurisdicción o potestad que no emane de la ley - Irretroactividad de la ley, salvo materia laboral cuando beneficie al trabajador, penal cuando beneficie al imputado y corrupción	
	124.I	17	- Casos en que se comete delito de traición a la Patria: 1) Tomar armas contra su país, ponerse al servicio de estados extranjeros participantes, o complicidad con el enemigo en guerra internacional. 2) Violar el régimen constitucional de recursos naturales. 3) Atentar contra la unidad del país.	180.III
	124.II		- Se sanciona con la máxima sanción penal.	118.II

DEBERES

- Cumplir y hacer cumplir la CPE y las leyes	108.1	art. 8.a)		
- Respeto y promoción de los derechos	108.2			
- Promoción y difusión de los valores y principios	108.3			
- Defender y promover el derecho a la paz y fomentar la cultura de paz	108.4			art. 10.I
- A trabajar en actividades útiles y lícitas	108.5	8.b)		
- Adquirir instrucción hasta el bachillerato	108.6	8.c)		
- Tributar	108.7	8.d)		
- Denunciar y combatir todos los actos de corrupción	108.8			
- Asistir, alimentar y educar a los hijos	108.9	8.e)		
- Asistir, proteger a los ascendientes	108.10	8.e)		
- Socorrer en caso de desastres naturales	108.11	8.f)		
- Prestar servicio militar	108.12	8.f)		249
- Defender la unidad, la soberanía y la integridad territorial	108.13			
- Respetar los símbolos y valores nacionales	108.13			

DERECHO RECONOCIDO	Artículo CPE	CPEabrg	Garantía, promoción o política del Estado. Principios.	Concordancias
- Reguardar y proteger el patrimonio natural, económico y cultural	108.14	8.h)		
- Proteger y defender los recursos naturales	108.15	8.h)		
- Proteger y defender el medio ambiente	108.16			

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

196.I	- Vela por la supremacía de la Constitución, ejerce control de constitucionalidad y precautela respeto y vigencia de derechos y garantía constitucionales		179.III
196.II	- Función interpretativa: criterio preferente la voluntad del constituyente y el tenor literal del texto		13.IV y 256.II
197.I	- Composición: Con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino		
197.II	- Magistrados suplentes no recibirán remuneración y actuarán en ausencia del titular u otros motivos establecidos por ley.		
197.III	- Composición, organización y funcionamiento serán regulados por ley.		Disposiciones Transitorias Segunda y Quinta
198	- Elección por sufragio universal.		
199.I	- Requisitos para optar a la magistratura del TCP		
199.II	- Los candidatos serán propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos		
200	- Período de funciones, permanencia y cesación en el cargo- Prohibiciones e incompatibilidades		183, 236 y 239
201			