

VII. CONCLUSIÓN

1. Del análisis efectuado, queda evidenciado que con la promulgación de la ley, no se ha superado con creces la estructura colonial y monocultural heredada del pasado, como lo establecía ambiciosamente el preámbulo del último proyecto.
2. La Ley de Organización Judicial del 19 de mayo de 1972, establecía tribunales en materia: civil, familiar y penal.
3. La Ley de Organización Judicial del 18 de febrero del 1993, incorporó tribunales en materia del Trabajo y Seguridad Social, Administrativa, Minería, del Menor –posteriormente de la Niñez y Adolescencia –, y de Sustancias Controladas.
4. La ley establece la elección de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, elegidos mediante sufragio universal y la elección de Magistrados Suplentes.
5. Excluye a los Conjuces.
6. Los Vocales de los Tribunales Departamentales de Justicia, serán designados por el Tribunal Supremo de Justicia, de las temas presentadas por el Consejo de la Magistratura.
7. Los jueces serán designados por el Consejo de la Magistratura.
8. Excluye a los juzgados de Instrucción.
9. Establece el procedimiento previo de la conciliación.
10. Le asigna competencia administrativa a los órganos jurisdiccionales.
11. Instituye El Defensor del Litigante.
12. Instituye la Escuela de Jueces del Estado.

COMENTARIO A LA LEY DEL ÓRGANO JUDICIAL. ENCAJE CONSTITUCIONAL Y CAPÍTULO PRIMERO

Pedro Talavera*

SUMARIO: I. LA CONSTITUCIÓN, EL ÓRGANO JUDICIAL Y LOS JUECES. 1. ¿Cabe hablar de un poder judicial?. 2. Naturaleza de la función judicial. 3. El juez en el Estado constitucional. 4. El "poder" de los jueces. 5. Dimensiones constitucionales de la función judicial. II. LEY DE ÓRGANO JUDICIAL. FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS (Cap. I).

I. LA CONSTITUCIÓN, EL ÓRGANO JUDICIAL Y LOS JUECES

Con carácter previo al establecimiento del *habeas corpus* (elenco de garantías procesales de los ciudadanos), dentro del capítulo primero del título IV, dedicado a las garantías jurisdiccionales, la constitución boliviana consagra el derecho fundamental a la tutela judicial, en su artículo 115. I.: "Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". En el apartado II de ese mismo artículo establece, además, los principios que deberán regir la administración de justicia del Estado boliviano: "II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones". La administración de justicia que tutele sus derechos es un derecho fundamental del ciudadano. De ahí la importancia de comprender correctamente el papel de la función jurisdiccional dentro de la estructura del Estado, tal y como ha sido diseñada por la Constitución Política del Estado (CPE).

* Universidad de Valencia

En efecto, de acuerdo con el art. 7.I, CPE: de la soberanía emanan, por delegación, "las funciones y atribuciones de los órganos de poder público". Por su parte, el art. 12.I, CPE se expresa así: "El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos". A la vista de ambos preCEPTos constitucionales podemos afirmar que la Administración de justicia se consagra como un "órgano del poder público"; es decir, como un mecanismo a través del cual el poder único del Estado (delegado soberano del pueblo) realiza su función jurisdiccional, al igual que realiza las otras tres funciones a las que alude el preCEPTo: la legislativa, la ejecutiva y la electoral. Ahora bien: ¿esto significa que el Órgano Judicial debe ser considerado como un auténtico poder independiente y autónomo del Estado, que permita calificarlo como "poder judicial", de acuerdo con la clásica categorización de Montesquieu?

De ahí surgen las tres cuestiones previas que, necesariamente, debemos formularnos al abordar el comentario del capítulo primero de la *Ley del Órgano Judicial* (LOJ), toda vez que ésta nos priva de un Preámbulo (una exposición de motivos) en la que pudiéramos fundar su contestación. Primera: ¿cabe hablar en la Constitución boliviana de un "poder judicial"?; segunda: ¿qué naturaleza tiene la función judicial tal y como se describe en la Constitución y en la LOJ?; tercera: ¿qué peculiaridad reviste la figura del juez en el Estado constitucional?; cuarta: ¿tienen poder los jueces?

I. ¿Cabe hablar de un poder judicial?

Como anotación previa en cuanto al término *poder judicial*, debemos observar que hablar de *poderes* dentro del Estado supone, de alguna manera, cuestionar la superioridad del propio Estado, lo que resulta insostenible ya que el poder es algo excluyente en sí mismo (sin contradicción); desde el momento en que hay colisión de poderes, resulta indispensable establecer cuál es el poder superior, quedando cualquier otro subordinado por el principio de jerarquía: he ahí el funcionamiento implícito de toda acción de gobierno. Está claro que no pueden gobernar varios sin establecer un principio mínimo de jerarquía, puesto que en otro caso pronto se entraría en contradicción. En efecto, pese a la independencia indiscutible de los órganos de gobierno en el ejercicio de su función, siempre se establece un orden, aunque sea implícito, para atenerse a un sistema de prioridades a seguir. También puede ser que varias instituciones de poder, desde su particular identidad, gobiernen como si de un órgano único se tratara, pero esto no tendría consistencia porque faltaría un poder superior que coordinara a todas ellas, con lo que se entraría en la dinámica de poderes sobre poderes. La idea de la pluralidad de poderes en la unidad del Estado es contraria a su propia naturaleza: incluso en el Estado federal hay un único poder, los poderes federados desaparecen tan pronto se federan, aunque se les reconozcan determinadas funciones.

Como veremos detalladamente en el corolario, en el modelo clásico de Estado de derecho (el Estado liberal) ha existido *de facto* y *de iure* la primacía jerárquica de uno de los poderes: a través del dogma del "imperio de la ley", se consagra la superioridad del legislativo (en realidad, el único poder existente al que se someten ejecutivo y judicial, meros ejecutores). Más adelante veremos que en el actual modelo del Estado constitucional, esa primacía del legislativo ya no existe como tal. En España, por ejemplo, el *poder judicial* (único al que constitucionalmente se denominó con el calificativo de *poder*, frente al ejecutivo al que se denominó *Gobierno* y al legislativo que se denominó *Cortes*), se diseñó como un claro producto de la ingeniería constitucional, empeñada en el dogma de la división de poderes y dispuesta a reconducir a este punto todo el panorama político, pretendiendo exaltar la independencia judicial como garantía del sistema democrático de derechos y libertades, pero recurriendo a una categoría inapropiada, como han señalado los más importantes tratadistas¹.

No obstante, admitamos provisionalmente, como hipótesis de trabajo, que pueda hablarse de tres poderes en la estructura del Estado, dejando aparte la tesis expuesta de la unidad del poder: ¿Define así la Constitución boliviana al Órgano judicial como un poder real del Estado? La respuesta no puede ser positiva. El examen del texto constitucional permite afirmar que no hay un efectivo *poder judicial*, puesto que, a diferencia de los otros dos, no aparece configurado como institución concreta, lo que además se configura como un obstáculo para su comprensión. Decir que el poder lo forman los jueces es pura ambigüedad, porque falta el órgano².

En efecto, el *legislativo* sí puede concebirse como poder del Estado, porque ese poder no está en los diputados y senadores, sino en el órgano institucional que los acoge y les atribuye su potestad: las Cámaras de Diputados y Senadores (no legislan los diputados y senadores sino la Asamblea Legislativa Nacional)³. De igual modo, el *ejecutivo* puede considerarse un poder del Estado porque no reside en el jefe del gobierno, ni en los ministros, ni en la administración, sino el Gobierno como órgano (los proyectos de ley, los decretos, etc., son del Gobierno en quien radica la potestad ejecutiva⁴). Tales órganos se especifican como *instituciones* que realizan funciones como desarrollo del poder general del Estado, que se percibe en el caso concreto. Cada órgano de poder cuenta con una estructura precisa: unos titulares que dirigen el ejercicio de ese poder y unos funcionarios que lo ejecutan a través de la *burocracia*, que es el orden jerarquizado.

¹ Vid. por todos, ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *El poder judicial*, Tecnos, Madrid 1986, pp. 12-13.

² AROZAMENA SIERRA, T. "El principio de unidad jurisdiccional", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. IV, Madrid, 1991, dice que el "Poder Judicial es el conjunto de los órganos dotados de jurisdicción y todos y cada uno son poder judicial en la medida que son titulares y ejercientes de la potestad jurisdiccional. Pero también se ubica el Poder Judicial en su dimensión organizativa, en una visión no ceñida a la estructura de la organización".

³ Artículo 145 CPE: "La Asamblea Legislativa Plurinacional está compuesta por dos cámaras, la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, y es la única con facultad de aprobar y sancionar leyes que rigen para todo el territorio boliviano".

⁴ Artículo 165. CPE: "I. El Órgano Ejecutivo está compuesto por la Presidenta o el Presidente del Estado, la Vicepresidenta o el Vicepresidente del Estado, y las Ministras y los Ministros de Estado. II. Las determinaciones adoptadas en Consejo de Ministros son de responsabilidad solidaria".

Cuando la Constitución boliviana diseña el *Órgano Judicial* no habla de los jueces como poseedores de un poder, ni contempla un organismo judicial en el que resida la potestad jurisdiccional (aunque se refiera, de manera equívoca, a la Administración de justicia como *Órgano Judicial*). Por el contrario, el art. 178. I CPE lo expresa con meridiana claridad: "La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos". En otras palabras, los jueces son meros delegados del pueblo, que es donde reside el poder de juzgar. Carecen los jueces de legitimidad originaria (ya que no son elegidos); su legitimación radica exclusivamente en su sometimiento estricto a la Constitución y a las leyes (art. 3 LOJ, cuando define la imparcialidad), que sí son expresión del poder soberano del pueblo. Así lo confirma también el art. 11 de la LOJ, cuando define la jurisdicción: "Es la potestad que tiene el Estado Plurinacional de administrar justicia; emana del pueblo boliviano y se ejerce por medio de las autoridades jurisdiccionales del *Órgano Judicial*".

Así pues, decir que los jueces son un *órgano de poder*, una institución del Estado que materializa el *poder judicial*; decir que todos ellos ejercen la titularidad de esa institución y que simultáneamente son los funcionarios encargados de realizar la función de juzgar, no parece coherente con los principios constitucionales del Estado boliviano (ni, en general, con los principios del Estado de derecho). Semejante afirmación (existencia del *poder judicial*) proclamaría abiertamente que los jueces, lejos de ser un poder del Estado, serían un *poder en sí mismos*, como lo es el *pueblo*. La condición de poder soberano del pueblo resulta incuestionable (basta leer el art. 11 CPE para comprobarlo)⁵. Y, como consecuencia del principio democrático, cualquier participación en el poder del Estado lleva implícita la condición de contar con la aCPEtación del pueblo a través de su declaración de su voluntad electoralmente manifestada. Esto exigiría que los jueces fueran democráticamente elegidos, o bien que efectivamente fueran un poder social que se impusiera en la sociedad política y adquiriera la condición de poder en el Estado. Este último argumento resulta insostenible, porque ni son un poder social; ni aunque lo fueran (a imagen de un partido político) podrían sustraerse a la exigencia del sufragio para acceder a la condición de poderes del Estado, a fin de que el pueblo ratificara su condición de poder.

Además de las observaciones anteriores, hay que señalar una paradoja. La democracia como sistema político es la vía de legitimidad para el ejercicio del poder

y éste se ejerce desde la titularidad del órgano. El poder judicial no cuenta con un órgano político ni concentrado ni difuso –ya que la plantilla judicial no tiene la condición de órgano estatal, sino de burocracia⁶–, por tanto, no se puede proveer democráticamente su titularidad (al contrario de lo que sucede en los sistemas de *common law*, en los que el juez es legislador civil ordinario por vía jurisprudencial, de ahí que sea elegido). Los jueces, además, no son órganos políticos sino técnicos, mientras que el resto de los titulares de los poderes del Estado son políticos y consiguientemente son elegidos por el supremo poder que es el pueblo. Admitir que los jueces son un poder del Estado, sin condición política, sería reconocer la existencia de rara una especie de Estado de naturaleza mixta –política y burocrática–.

Poder judicial resulta, en definitiva, un apelativo sonoro concebido para proclamar semánticamente la independencia de la jurisdicción (aunque luego resulte ser dependiente del Estado a través de los diversos mecanismos de acceso, selección y promoción en la carrera judicial). Todo ello a fin de consolidar la creencia de que la justicia se imparte, tal como demanda el Derecho, en términos de objetividad y sin el sometimiento a dictado o presiones de ninguna clase de poder (así se especifica en el art. 3 LOJ), al definir la *independencia* –no sometimiento a ningún otro órgano de poder público- y la *imparcialidad* –sin interferencias que priven de objetividad su actuación–. En consecuencia, no cabe hablar de poder judicial sino de *función estatal* con una cierta independencia⁷.

Ni en los tiempos –muy pocos– en los que tuvo plena vigencia la teoría de la división de poderes (el Estado liberal clásico) se pensó que el judicial fuera un auténtico *poder* del Estado. Conviene recordar el modesto papel que le atribuyó el propio Montesquieu: poder en «*quelque façon nulo*» (de alguna manera nulo), y describirlo como «*la bouche qui prononce les paroles de la loi*» (la boca que pronuncia las palabras de la ley). En la actualidad, pocos teóricos sustentan ya esta teoría (aunque no ha sido reemplazada por razones de conveniencia política: afirmar la necesidad de un ámbito de independencia para el cometido institucional de administrar justicia⁸), y por ello, más que de *poder judicial*, debe hablarse en puridad de la *Administración de Justicia del Estado*, para referirse de manera descriptiva al complejo institucional que cumple dicha función.

Para que existiera un auténtico *poder judicial*, deberíamos aCPEtar la realidad de los jueces *políticos* (titulares de un órgano de poder estatal), que tuvieran el monopolio del derecho pudiendo poner límites a la actividad legislativa, y convirtiéndose en creadores de derecho (legisladores) a través de sus resoluciones⁹. Pero esto sería

⁵ Artículo 11 CPE: "I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. 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. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley. 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley".

⁶ La burocracia debe ser entendida como organización jerárquica - aunque en este caso concreto trate de difundirse - y nunca como poder del Estado, si acaso como poder en el Estado.

⁷ Con la independencia judicial -dice SCHMITT, C., "La Defensa de la Constitución", Madrid, 1983- se aspira a una instancia neutral e independiente, se trata de independencia frente a las presiones de otros organismos, disponiendo de funcionarios propios y de burocracia profesional (p. 242).

⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *El poder judicial*, cit., p. 20.

⁹ Muchos autores defienden la función creadora de derecho del juez. PRIETO SANCHIS, L., "Ideología e interpretación jurídica", Madrid, 1987, que en las resoluciones del juez, pese a la ley, métodos o reglas, no se elimina su aportación subjetiva, en la misma medida en que un uso correcto de los criterios de inferencia lógica elimina la

cuestionar el sistema teórico de la división de poderes (que en la práctica se reduce a un único poder: el partido o la coalición que controla al legislativo y al ejecutivo). De ahí que muchos hayan apuntado, como resolución del problema de fondo, el diseño de un *poder judicial* basado en el principio de elección democrática de los jueces y en el jurado popular asistido por jueces técnicos, elegidos todos ellos con carácter temporal, como sucede en los otros dos órganos de poder tradicional, sin perjuicio de conservar la inevitable burocracia funcionarial que acompaña a los poderes públicos.

Esta ha sido la fórmula parcialmente adoptada por la Constitución boliviana, en el diseño de las tres piezas clave del órgano judicial. En efecto, dentro de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Supremo de Justicia está concebido como un órgano de poder político; de ahí el carácter electivo (sufragio universal) de sus magistrados (art. 182.I CPE); si bien luego ese poder se ha matizado sometándolo a un filtro parlamentario (en el fondo, a un filtro del ejecutivo), al restringir los posibles postulantes a aquellos previamente seleccionados por la Asamblea legislativa (art. 182.II CPE) y al impedirles realizar una campaña electoral (art. 182.III) un requisito bastante contradictorio con el carácter electivo del cargo que se impone también al resto de las instancias jurisdiccionales. En efecto, la misma fórmula se reproduce en el diseño del *Tribunal Agroambiental* (arts. 187-188 CPE), como cúspide de esa jurisdicción. Y también en el *Consejo de la Magistratura* (art. 194 CPE) como órgano disciplinario de las dos jurisdicciones anteriores y de las especiales.

De manera algo diversa, porque no hay un previo filtro parlamentario; también se reproduce el diseño como órgano de poder político, en el *Tribunal Constitucional Plurinacional* (art. 198 CPE). Resulta poco riguroso que este tribunal se haya integrado institucionalmente dentro del *Órgano Judicial*, bajo la afirmación de que "la función judicial es única" (art. 179.I CPE) y de que hay una modalidad de esa justicia que es la "justicia constitucional" (art. 179.III CPE). Por un lado, en los sistemas continentales, el órgano de control constitucional es, en cierto modo un legislador, puesto que sus resoluciones, al interpretar o desarrollar la constitución crean derecho; de ahí que no pueda formar parte de la estructura jurisdiccional (la función judicial), que por definición no puede crear derecho (usurparía la función legislativa) sino sólo aplicarlo. Por ello la jurisprudencia no es fuente de derecho. Y por ello, la denominada "justicia constitucional" tienen un carácter absolutamente distinto de la jurisdicción (no aplica leyes, sino que determina su contenido y su acomodo constitucional; es decir, algo muy cercano a la actividad legislativa). De ahí que ambas instancias se hayan distinguido no sólo con CPEtual sino también sistemáticamente. Se trata, pues, de un serio error con CPEtual y sistemático de la constitución (el *Tribunal Constitucional* requeriría de un título propio) que deberá necesariamente subsanarse

subjetividad del matemático; ya que incorporan inevitablemente al fallo elementos volitivos (p. 106). Por otro lado, RECASENS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 1980, dice que la norma general no es aplicable directamente, sino a través del juez o el órgano administrativo, lo que supone que aquél tiene dimensiones creadoras de Derecho (p. 219).

en la ley que lo desarrolle estableciendo con claridad el carácter no jurisdiccional de su actividad. Lo contrario generaría graves problemas jurídicos.

2. Naturaleza de la función judicial

Pero, si no son el *poder judicial*, entonces ¿qué son exactamente los jueces dentro del Estado? Como hemos apuntado no constituyen un poder sino que realizan una *función estatal*. Examinando desde el marco de la teoría política, el papel que se asigna a la *función judicial* a través de los jueces es muy *atípico*. Si el Estado es una entidad o un mecanismo inevitablemente político, su poder necesariamente debe tener esa misma naturaleza, lo que no es óbice para que se realice mediante funciones técnicas¹⁰.

Teleológicamente, la política oficial atiende al gobierno del Estado, configurando el poder del que está dotado y atribuyéndolo a órganos concretos (diseñados como centros de poder), que se estructuran mediante instituciones por las cuales se ejercita la gobernabilidad. Pese a que el poder estatal es único, se ejerce por cada centro de poder a través de su especialidad funcional, lo que puede entenderse como que de esta autonomía resultan poderes independientes¹¹. El ejercicio político democrático consiste en determinar qué partido ocupará la titularidad de los centros de poder (recobrando así la unidad en teoría perdida). A su vez, la titularidad del poder se concreta en las personas que están al frente de las instituciones políticas. La función de las instituciones consiste en desarrollar el programa político del partido gobernante en el ámbito de su competencia, para lo que cuentan con políticos y técnicos. Todo el poder estatal se concentra en el *órgano* y la manifestación específica de ese poder es la *función*, aunque no se observe directamente su condición política. Por ejemplo, cuando un funcionario público otorga una escritura, que (en principio) no es un acto político sino jurídico, hay que tener en cuenta que actúa en virtud del *poder estatal* que en el fondo acompaña a su función (y que en último término así se manifiesta), porque de otra manera la escritura carecería del valor jurídico reconocido en el ordenamiento. El poder radica, pues, en el *órgano* correspondiente, representado por el titular político de la institución, y el *funcionario* es el técnico que realiza la función específicamente asignada en la estructura jerárquica, con lo que, en el fondo, ejerce el poder político por delegación. En puridad, no hay un poder legislativo y otro ejecutivo, sino centros de especialización del poder unitario del Estado; un poder que se organiza institucionalmente para los fines funcionales desde un órgano político: gobierno o parlamento. De ahí el acierto de denominar constitucionalmente a ambos "órganos del poder público" (art. 12 CPE)

¹⁰ LORCA SIERO, A., *Los jueces y la constitución*, Silo, Valencia 1997, p. 62.

¹¹ En realidad el fondo del asunto no está sino en los intentos del liberalismo de limitar el poder estatal unitario asignándolo a centros de poder diferenciados para evitar, con el reconocimiento del estatus de especialización -entendido además en clave de autolimitación-, que alguien pudiera controlar el Estado, tal como sucedía con el absolutismo.

y configurarlos luego como el *órgano* legislativo (art. 142 CPE) y el *órgano* ejecutivo (art. 165 CPE)

Sin embargo, no cabe trasplantar esta misma estructura al ámbito judicial. Lo que realmente realizan los jueces es exclusivamente una *función estatal*, administrar justicia, pero carecen (y es esencial que así sea) del *órgano* institucional (de titularidad política) que les convertiría en un verdadero centro de poder estatal. En efecto, la función judicial debe ser institucionalmente reconocida por el Estado, de lo contrario las resoluciones judiciales carecerían tanto de validez como de eficacia. Pero, por otra parte, dicha función no se encuentra bajo la dependencia de un *órgano* político -salvo que se vincule a un posible y siempre contestado ministerio de justicia-, sino que se incrusta directamente en la estructura del Estado sin entidades intermedias. La consecuencia final de la inexistencia de un centro de poder judicial en el Estado, ha llevado a algunos teóricos a concebir la administración de justicia como una actividad especial del ejecutivo¹². Y si observamos el primer cometido que el art. 172.1 CPE atribuye al *órgano* ejecutivo ("Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes") no parece muy descabellado pensarlo.

Decía que la función judicial era *atípica* porque se ejerce por funcionarios *dependientes* de un centro de poder -el Consejo de la Magistratura (art. 195 CPE)- indirectamente controlado por el legislativo, pero que teóricamente desempeñan su actividad -la de juzgar- con plena *independencia*. En principio, se establece la distinción, creando especialidad funcional, entre legislar, aplicar las leyes y juzgar. Resulta evidente la similitud entre la aplicación de las leyes, como actividad del ejecutivo, y el enjuiciamiento del caso concreto que realiza el juzgador (ya hemos señalado este aspecto y no procede divagar más sobre la cuestión). Sin embargo, existe un principio diferenciador de ambas funciones: por un lado, la *jurisprudencia* atribuida a los jueces (y con ella su capacidad de modular la legislación desde la interpretación) y por otro lado, algo más primario: la *oposición a la ley*.

En efecto, mientras el ejecutivo *aplica la ley automáticamente* siguiendo sus prescripciones, sin entrar en controversia sobre las cuestiones de fondo que pueda suscitar (por ejemplo, si la ley dispone que se debe hacer declaración de bienes al Fisco a partir de una determinada renta, el ejecutivo no disciende las situaciones de los obligados con la norma y actúa en todos los supuestos). Sin embargo, la función judicial resuelve las discrepancias surgidas, analizando no sólo los supuestos fácticos

¹² LORCA SIERO, A., *Los jueces y la constitución*, cit., afirma que la tesis de una actividad juzgadora concebida dentro del ejecutivo ha sido adoptada desde el comienzo del Estado de Derecho, donde se habla de división de poderes y de poder judicial, pero, dando muestras de evidente cinismo político, no se diseña un centro de poder judicial. Formalmente la cuestión se trata de obviar acudiendo a la misteriosa fórmula de la independencia, pero sin atenderse a un mínimo de coherencia, puesto que se les declara independientes y el ejecutivo controlaba en el terreno práctico las claves de su actuación: acceso a la judicatura, régimen disciplinario, traslados, suspensiones, jubilaciones... Semejante ficción -un poder de nombre, pero no de facto- se concibe no sólo para guardar las apariencias, de manera que el ejecutivo no sea juez y legislador, separándose ambas funciones, sino para dar cabida a las corrientes doctrinales, como forma indirecta de rebelión contra el Derecho positivizado, que defienden la postura de que el Derecho no sólo sea creado por voluntad del legislador, sino a través de la jurisprudencia (p. 63).

que aparecen como subsumibles en ella, sino la validez de la propia ley, puesta en relación con el resto del ordenamiento jurídico (se discutiría aquí si las cuantías fijadas son coherentes con los principios tributarios vigentes y si la obligación de declarar alcanzaría a un ciudadano concreto). El juez, por tanto, no es un aplicador matemático de la ley como sucede con el ejecutivo, sino que realiza la función de *administrar justicia*; es decir, atempera subjetivamente la letra de la ley -justicia armónica- de acuerdo con los fines últimos del Estado (art. 8.II CPE). Por tanto, el enjuiciamiento resulta ser la segunda fase que completa la realización del valor de justicia, irrenunciable en cualquier sociedad. Si la función de juzgar es *adecuar la ley* (en sus posibles tendencias distorsionadoras) *a la justicia*; esta función debe ser objetiva por principio; esto es, no puede estar comprometida con ningún interés de parte.

¿A dónde nos lleva este planteamiento? En primer lugar, a afirmar que la justicia es un asunto que compete al legislador, al gobierno y a los jueces, en cuanto implicados en los tres momentos que exige su desarrollo -generalidad, objetividad y particularidad-; por tanto, frente al *principio de legalidad*, entendido como aplicación automática y estricta de la ley, toma cuerpo la legalidad como instrumento de realización de la justicia (como valor social). En segundo lugar, la justicia a la que nos referimos no es la simple justicia legal (la del Derecho positivo, sujeta a la voluntad del gobernante), sino la concreta realización social del valor justicia que hoy se encuentra en la garantía de los principios, valores y derechos constitucionales¹³. Lo que inevitablemente conduce a la posibilidad de *revisión de la legalidad desde la justicia*, por parte de los jueces. Estamos, pues, ante el denominado "*principio de constitucionalidad*" que caracteriza la función del juez en el nuevo modelo de Estado constitucional. Veamos su especificidad.

3. El juez en el Estado constitucional

El modelo de Estado de Derecho nacido de la Revolución francesa se configura básicamente como un *Estado legislativo de Derecho*, en el cual prevalece, más allá del principio de legalidad, el denominado *Imperio de la Ley* que produce un claro y evidente desequilibrio en el principio de separación de poderes, establecido como un sistema de frenos y contrapesos recíprocos. En efecto, el legislador se convierte en omnipotente porque se arroga la legitimidad de la soberanía, de ahí que los otros poderes deban, sencillamente, someterse a sus dictados. Bajo este planteamiento las constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera, en absoluto supusieron un límite al poder

¹³ Según KANT, I., "*Principios metafísicos del Derecho*", Madrid, 1873, el Derecho natural se funda en principios a priori, mientras que el Derecho positivo tiene por principio la voluntad del legislador; el primero no puede ser atacado por las leyes positivas (p. 53 Y 79).

³⁵ Viene a confirmarlo la Constitución al declarar la nulidad de cuantas disposiciones a ella se opongan; con lo que se reconoce esta facultad al ejecutivo, tan pronto se tiende, además, a la realización de la justicia como valor.

legislativo¹⁴. En definitiva, el Estado de Derecho se desarrolla en Europa y América como *Estado legislativo de Derecho*, y ello se tradujo en la sumisión de la Administración y del Juez a la ley que, como norma general y abstracta, expresión de la voluntad general, vino considerada y presupuesta como esencialmente justa.

La sujeción de la Administración a la ley en este modelo va mucho más allá del principio de legalidad y se establece, como decimos, en términos de subordinación: la Administración sólo puede actuar con una previa habilitación legislativa, lo que significa que para ella rige el principio *todo lo que no está permitido está prohibido*. Esa sumisión se conseguirá plenamente con el establecimiento de un control judicial sobre los actos administrativos (la jurisdicción contencioso-administrativa), auténtico hito frente a las prerrogativas del ejecutivo conservadas como el último reducto del absolutismo monárquico¹⁵. En este sentido, sorprende que la enumeración de jurisdicciones que realiza el texto constitucional boliviano (art. 179 CPE) haya obviado a la jurisdicción contenciosa, cuya singularidad (exigir responsabilidad a la Administración pública) ha sido siempre emblema del Estado de derecho.

La vinculación del Juez a la ley también se contempla en términos de subordinación: frente al legislador, que posee una legitimidad política o "de origen", los jueces tan sólo tienen una legitimidad *técnica* o "de oficio", es decir, que su actuación será acPETable en la medida en que pueda verse como una exacta aplicación de la ley. El recurso de casación, inicialmente concebido para evitar el peligro de manipulación judicial de la ley a través de su interpretación, constituye una prueba clara de este esfuerzo por garantizar la primacía del legislativo sobre el juez.

Estrechamente conectada con la vinculación del juez a la ley, este modelo postula la *independencia judicial*, principio con el que se pretende garantizar que los jueces puedan actuar libres de injerencias ajenas a la ley, particularmente de otros poderes del Estado. Por eso la independencia judicial se cifra sobre todo en la *libertad interpretativa* de los jueces: la interpretación de la ley no puede estar influida por instancias externas al propio juzgador. Pero además, para que el juez sea verdaderamente independiente suelen establecerse una serie de garantías. Se trata de *garantías orgánicas de la independencia*: un estatuto especial para los jueces, el gobierno del poder judicial separado de la política, sistemas de recusación e inhibición de jueces, retribuciones adecuadas, prohibición de militancia política y sindical, etc.

¹⁴ Vid. la teorización que realiza al respecto G. Zagrebelsky, *El derecho dual. Ley, principios, justicia* (1992), trad. M. Gascón, Madrid, Trotta 1995, pp. 13-28. Ni siquiera en la revolucionaria Declaración de 1789 se llegó a concebir un auténtico principio de constitucionalidad; precisamente porque para la mentalidad roussoniana de sus redactores "el legislador no puede lesionar los derechos individuales porque es necesariamente justo". Vid. M. Fioravanti *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (1995), trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta 1996, p. 73.

¹⁵ E. García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo* (1974), 3ª ed., Madrid, Civitas 1989.

En realidad, la independencia del juez y su vinculación a la ley son el anverso y el reverso de una misma moneda: pues si la vinculación a la ley requiere que los jueces sean independientes, tanto mayor será su independencia cuanto más exacta sea su aplicación de la ley. De ahí que la presencia de ambos principios (vinculación a la ley e independencia judicial) significa que el ejercicio de la función de juzgar se realiza conforme a parámetros jurídicos preconstituidos, o dicho de otro modo, la ausencia de razones extrajurídicas (políticas, ideológicas, etc.) como fundamento de sus decisiones. Vinculación a la ley e independencia judicial configuran, pues, la base teórica del *modelo de juez* que le es propio al Estado de Derecho. Se trata de un juez neutral, sin ideología, aséptico y apolítico. Un juez sin sentimientos y sin pasiones cuyo objetivo fundamental es garantizar la legalidad. Por lo demás, la vinculación del juez a la ley, aparte de ser una exigencia de legitimidad de su función, garantiza ciertos valores irrenunciables: la certeza o previsibilidad de las decisiones judiciales, la igualdad en la aplicación de la ley y la uniformidad jurisprudencial¹⁶.

Aunque la idea de *Estado constitucional* continúa siendo una cuestión abierta y debatida entre los teóricos del Derecho y de la Ciencia política, de una forma genérica y aproximativa, cabría denominar *constitucionales* a aquellos modelos de Estado en los que, junto a la ley existe una Constitución democrática con auténtico carácter *normativo*, que establece límites jurídicos al poder para garantizar las libertades y derechos de los ciudadanos. En otras palabras, en este modelo de Estado la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) es una auténtica norma jurídica con eficacia directa dentro del Ordenamiento. Además, dado que procede de un poder con legitimidad "cualificada" (el poder constituyente) se trata de la norma "más alta" del sistema. Eso significa que también la ley ordinaria queda sometida a los derechos, reglas y principios establecidos en la Constitución, que se convierten así en su condición de validez. En efecto, como consecuencia de la "fundamentalidad" de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional establece la *supremacía política* de la Constitución y, derivadamente, su *supremacía jurídica* bajo la forma de una especie de *supralegalidad*. Precisamente resaltando esta nota de supralegalidad suele decirse que el Estado Constitucional es un paso más en la idea de Estado de Derecho; o mejor, su culminación: si el *Estado legislativo* había supuesto la sumisión de la Administración y del Juez al Derecho, y en particular a la ley, en el *Estado Constitucional* también el legislador viene sometido a Derecho, en este caso a la Constitución. Así pues, el Estado Constitucional incorpora, junto al principio de *legalidad*, el principio de *constitucionalidad*.

¹⁶ Una cuestión que se deriva de este modelo radica en saber si la independencia judicial, constitucionalmente prevista, exige reconocer absoluta libertad interpretativa a los jueces o si, por el contrario, pese a su independencia, la Constitución exige (también) el establecimiento de mecanismos uniformadores de jurisprudencia para que no se debiliten los valores de certeza o previsibilidad de las decisiones y la igualdad en la aplicación de la ley; valores que, como se ha dicho, se pretenden garantizar también a través de la vinculación del juez a la ley. En los sistemas de Derecho continental suele afirmarse que el establecimiento legal de mecanismos de unificación jurisprudencial no es contrario a la independencia judicial, pero tampoco resulta inconstitucional la ausencia de tales mecanismos. En suma, se sostiene que, al reconocer la independencia judicial, la constitución garantiza la absoluta libertad interpretativa de los jueces y tribunales, salvo los eventuales mecanismos de unificación de jurisprudencia a través de los recursos legalmente previstos.

Históricamente, el Estado constitucional de Derecho es la forma política que cuajó en el *constitucionalismo norteamericano* a partir de su *Declaración de independencia* en 1776. A diferencia del constitucionalismo europeo –desarrollado a partir del “Imperio de la Ley” y del mero valor político de las constituciones–, los Estados Unidos asumieron desde el principio el valor normativo de la Constitución. Este principio se ha ido incorporando al resto de países desde mitad del siglo XX. Ha sido la necesidad de poner límites al poder (incluso democráticamente ejercido) y de garantizar los derechos fundamentales lo que condujo a la construcción de este nuevo modelo de Estado. Este es el móvil que anima a Europa tras la segunda guerra mundial, plasmado en la nueva Constitución italiana (1947) y en la alemana: *Ley Fundamental de Bonn* (1949). La experiencia fascista y nazi demostraron que, en nombre de una legalidad vigente y democráticamente aprobada, podían perpetrarse los crímenes más execrables. Para evitar esta macabra paradoja se vio necesario confeccionar catálogos (constitucionales) de derechos que se situaran por encima de cualquier contingencia política. Ese mismo afán estuvo también presente en los posteriores procesos constituyentes de Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978). La oleada constituyente se extendió en los años ochenta a muchos países de América latina en un intento (también) por reconstruir su organización política tras experiencias de dictaduras militares o guerras civiles. Más recientemente este proceso se ha producido en los antiguos países socialistas¹⁷. La nueva Constitución boliviana es expresión de este nuevo modelo de Estado, tal y como se desprende del art. 9.IV y 13 CPE y expresamente se recoge en el art. 15.I de la LOJ.

Uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional de derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos (art. 13.I CPE): la eficacia de los derechos se produce no en la medida y en los términos marcados por la ley, sino en la medida y en los términos establecidos en la Constitución. Pero el reconocimiento constitucional de derechos se efectúa, por lo general, en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentes las dudas sobre su alcance y contenido. ¿Quién debe decidir ese alcance o contenido? Se trata de una cuestión polémica. El *principio democrático* parecería señalar al legislador como destinatario de este fundamental papel; pero el carácter supra-legal (*supra-mayoritario*) de los derechos (no sometidos a la contingencia política) ha conducido a que sean los jueces (constitucionales y ordinarios) quienes, en su tarea fundamental de hacer valer la constitución, ejerzan esa función. Por ello, el carácter normativo de la Constitución, comporta cambios muy profundos en la manera de concebir el Derecho y las propias instituciones jurídicas. En particular, comporta

¹⁷ Podríamos decir, incluso, que el paradigma del Estado constitucional, en cuanto que supone el establecimiento de límites al poder, tiende a implantarse incluso en el ámbito internacional mediante la ratificación de documentos normativos supranacionales (Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) y la creación de Tribunales Internacionales de Justicia llamados a garantizar su eficacia.

cambios profundos en la manera de concebir las relaciones entre legislación y jurisdicción: el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez a Derecho pero sobre todo a la ley, ha pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales antes que a la ley, lo que resulta muy polémico desde el punto de vista del principio democrático y ha catapultado al juez a una posición clave dentro del sistema como supremo garante de los derechos de los ciudadanos, por encima incluso de la ley. Esto se plasma en una doble realidad:

A. Los jueces deben hacer valer la Constitución por encima de la ley

En el Estado Constitucional el juez está vinculado a la ley (principio de legalidad) pero también a la Constitución (principio de constitucionalidad). Esa doble vinculación del juez (a la ley y a la Constitución) significa que sólo está obligado a aplicar leyes constitucionales, de manera que está obligado a realizar un juicio previo de constitucionalidad de toda ley que deba aplicar. Si entiende que la ley es constitucional (porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la Constitución), entonces debe aplicarla. Pero si la ley no resulta constitucional (porque no cabe hacer de ella ninguna interpretación constitucionalmente adecuada), entonces no está vinculado a ella y no debe aplicarla. En este segundo supuesto, en los sistemas denominados de *judicial review* (juicio directo de constitucionalidad por parte del juez ordinario), como es el caso anglosajón, los jueces pueden “desplazar” la ley y resolver el caso aplicando directamente la Constitución. En los sistemas de control concentrado, como es el boliviano (a través del *Tribunal Constitucional Plurinacional*), los jueces no pueden “ignorar” la ley sino que vendrán obligados a plantear la ‘cuestión’ al Tribunal Constitucional, que es el único órgano llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley. Como vemos, el papel del juez se relanza en relación con la ley: a pesar de no poder “saltarse la ley”, es posible que el juez pueda “esquivarla” bajo el argumento de que está haciendo una interpretación de ella conforme a la Constitución; o sea, es posible que el juez acabe aplicando la Constitución (o el entendimiento que tiene de ella) en detrimento de la ley (como hace el juez anglosajón).

B. La Constitución es el reflejo de la moral social

La Constitución boliviana, en efecto, consagra una gran cantidad de principios y derechos y que son el reflejo de las concepciones morales de la sociedad. Sería, por así decirlo, una *moral positivada* o, como también se ha dicho, una especie de *derecho natural positivado*. Además, estos principios y valores constitucionales ni siquiera reflejan una concepción uniforme de la justicia. Son principios y valores tendencialmente contrastantes, por lo que la eventual presencia de varios de ellos en un caso concreto (cosa por lo demás muy frecuente) deja al juez sin guía para la acción: se abre un *ancho margen para la discrecionalidad judicial*, pues es el juez quien

debe sopesar los principios constitucionales en juego y decidir razonadamente (discrecionalmente) cuál de ellos debe prevalecer en el caso concreto¹⁸. En suma, la necesariamente abierta interpretación de las normas constitucionales, impregnadas de valores de justicia, así como la presencia en la mayoría de los casos de valores y principios constitucionales contrastantes entre sí, conduce inevitablemente a que en la resolución del caso concreto terminen triunfando las opciones valorativas del juez sobre las del legislador. Lo que contribuye a reafirmar el papel del aquel en detrimento del éste. En definitiva, el doble sometimiento del juez a la ley (principio de legalidad), y a la Constitución (principio de constitucionalidad), le exige hacer una *aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto*; es decir, debe considerar la Ley a la luz de la Constitución, desempeñando una actividad discrecional mucho más intensa que cuando se trataba simplemente de aplicar leyes.

Lo cierto es que el juez del Estado constitucional está dotado de un enorme poder. Es verdad que se trata de un poder *soportable*, porque el tipo de control que ejerce es "incidental" y porque coexiste con el órgano de control constitucional, cuya composición es abiertamente democrática (arts. 197-198 CPE). Pero también es cierto que se trata de un poder más eficaz que el del Juez constitucional, porque todo su calado se despliega cada día en los tribunales de justicia. A pesar de todo, ese *redimensionamiento de la función judicial* no supone en absoluto la disolución del principio de legalidad en relación con los jueces. Pero sí pone de manifiesto la importancia que tiene en la actuación del juez el peculiar marco creado por el Estado constitucional. De todas formas sigue aún pendiente una reflexión seria sobre el papel institucional de ese poder ante las nuevas funciones que se ha visto obligado a asumir¹⁹.

Con unos u otros matices, los jueces (los constitucionales y también los ordinarios), se han convertido en guardianes del legislador. En otras palabras, el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución que ésta aporta para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional. Si, por el contrario, entiende que el contenido de justicia material contenido en la Constitución no se ve respetado plenamente por las posibles veleidades partidistas de la ley, puede "sortearla". Ante el cúmulo de facultades que asume el juez en relación con los otros poderes del Estado, parece legítimo plantearse si asistimos al alumbramiento de un Estado judicial, caracterizado por el abierto control que realizan los jueces sobre el Poder Ejecutivo y la Administración y por su potestad de cuestionar

¹⁸ En general, "se está convirtiendo en un lugar común asumir que la importancia de los principios ... corre paralela a la progresiva judicialización del derecho", M. Atienza y J. Ruiz Manero, *los piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p.19; y en el mismo sentido L. Prieto, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992.

¹⁹ No sólo no se ha reflexionado seriamente, sino que las reacciones han sido por lo común de descalificación pura y simple para reafirmar el principio democrático. Lo que muchas veces tiene lugar, por cierto, desde una forma de "politicismo" hipertrofiado; como si el control jurisdiccional no fuese una condición de la democracia; y como si muchas de las aperturas decisionistas de los jueces no estuviesen propiciadas por una mala legislación.

la constitucionalidad de las leyes, en detrimento del Estado democrático que privilegia al Parlamento como depositario de la voluntad popular. El profesor alemán Otto Bachof, a propósito de la consideración del Poder Judicial en la Ley Fundamental de Bonn se preguntaba: «¿No se ha pedido demasiado al juez, no se le ha cargado con una función política en el fondo y esencialmente extraña a la Administración de Justicia, dando lugar con ello al peligro, a menudo presentido, de una politización de la justicia? ¿No se ha contravenido también un principio fundamental de la división de poderes, en cuanto se ha transformado a uno de los poderes del Estado en control de los restantes?».

Precisamente la toma de conciencia del papel central que los jueces vienen llamados a desempeñar en los sistemas regidos por el *principio de constitucionalidad*, debe contrapesarse la gran atención que se viene prestando a los procesos argumentativos judiciales. Y es que, siendo consustancial al constitucionalismo la centralidad de un poder judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, parece necesario exigir una rigurosa argumentación en sus resoluciones para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial. Este último es un aspecto particularmente importante. Si el juez ya no es la "boca que pronuncia las palabras de la ley" sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en definitiva, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es un ejercicio arbitrario. La amplia discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona impunidad al juez; antes al contrario, representa la exigencia de implementar controles jurídicos sobre el proceso argumentativo que conduce desde el establecimiento de las premisas fáctica y normativa del caso hasta la resolución o fallo. Este es el papel que hoy juegan las denominadas *teorías de la argumentación jurídica*: ejercer un control argumentativo sobre las decisiones judiciales para acreditar su racionalidad y erradicar toda hipotética arbitrariedad²⁰.

4. El "poder" de los jueces

Afirmado que no existe un *poder judicial* (entendido como órgano de poder dentro del Estado), pero constatada la enorme discrecionalidad que les brinda el *principio de constitucionalidad*, cabe preguntarse si los jueces realmente tienen poder. La pregunta está orientada en el sentido de intentar esclarecer la naturaleza de su posición en el sistema estatal. Se trata de determinar en qué consiste su poder institucional.

Evidentemente la ciudadanía sabe que, cuando el juez juzga, lo hace con la invocación del poder del Estado; la consecuencia que se sigue es evidente: está legitima-

²⁰ Sobre este punto vid. TALAVERA, P. *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, Santa Cruz de la Sierra, El País, 2008.