

- Corolario

El resto de las prescripciones se limitan al simple enunciado de cuestiones que posteriormente tendrán su correspondiente desarrollo y recibirán el pertinente comentario específico. La autonomía presupuestaria de la jurisdicción ordinaria y agroambiental y sus mecanismos de control (art. 7 LOJ) que deberá concretarse en la Ley de Presupuestos del Estado y controlarse por el Consejo de la Magistratura de acuerdo con lo previsto en el art. 183.II. LOJ. La responsabilidad individual de los servidores del órgano judicial (art. 8 LOJ) y el régimen disciplinario a que se encuentran sometidos también bajo el Consejo de la Magistratura (art. 9 LOJ, luego desarrollado en el art. 182.I. LOJ). Finalmente, la exención de aranceles relativos a timbres, certificados, etc. (art. 10 LOJ) constituye una medida que más debería haberse integrado en una disposición inferior de carácter reglamentario.

JURISDICCIÓN ORDINARIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Richard Eddy Cardozo Daza*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Principios mentores del constitucionalismo fundacional; 3. Pervivencia de los principios fundacionales en la constitución actual; 4. Rigidez Constitucional; 5. Normatividad de la Constitución; 6. Los derechos fundamentales como atributo insoslayable de la normatividad constitucional, y; 7. La aplicación preferente de las normas constitucionales por la jurisdicción ordinaria.

ABSTRACT: Con la promulgación del texto constitucional en vigor, Bolivia encara, desde la normatividad constitucional y legal, un proceso de cambio sin precedentes en su historia republicana. Según sus mentores, el propósito es refundar el país, a través de un nuevo orden constitucional y legal. Efectivamente, existe un nuevo cuerpo legislativo; un nuevo orden normativo que trae consigo innovaciones que, de cara a su aplicación, requieren todavía de análisis; análisis que debe conducir a la reflexión y el debate. Las páginas de este trabajo, justamente, tiene ese propósito, iniciar e incitar al debate, en torno al fundamentos y los alcances de la previsión legal contenida en el art. 15 de la Ley del Órgano Judicial, donde se establece que *"en materia judicial la Constitución se aplicará con preferencia a cualquier otra disposición legal o reglamentaria"*.

* El autor es Doctor en Derecho (área de Derecho Constitucional) por la Universidad Carlos III de Madrid; Máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid, y; Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno y Licenciado en Derecho en España.

1. Introducción

De un tiempo a esta parte, Bolivia, viene afrontando un proceso de cambio, Proceso que, para el régimen de turno, no presupone sino la refundación del país. Refundación o no, lo cierto es que el –mentado- cambio, al menos desde el punto de vista normativo, se deja notar. No podía ser de otra manera, pues todo cambio, al menos en una sociedad democrática, no puede llevarse a cabo sino desde la normatividad y, nunca mejor que desde la normatividad constitucional.

En efecto, el primer paso en este sentido de dio, como bien se sabe, con la promulgación, el 07 de febrero de 2009, de la denominada “nueva” Constitución Política del Estado (Constitución) hoy en vigor. La promulgación de esta Constitución, muy a pesar de los avatares en su fase de redacción y aprobación, indudablemente, constituye el paso inaugural. El paso más importante y fundamental que, de cara al cambio, debe constituirse, de una parte, en su fuente y fundamento y, de otra, en su límite infranqueable.

El segundo paso ha de operarse mediante o desde su desarrollo legislativo, es decir, mediante las leyes que permitan y/o doten de mejores y mayores posibilidades de eficacia, a los preceptos constitucionales. Consciente de esta “necesidad”, ha sido la propia Constitución la que ha marcado la agenda legislativa; en efecto, en su Disposición transitoria Segunda, dirá que “La Asamblea Legislativa Plurinacional sancionará, en el plazo máximo de ciento ochenta días a partir de su instalación, la Ley del Órgano Electoral Plurinacional, la Ley del Régimen Electoral, la Ley del Órgano Judicial, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización”. Dando cumplimiento a esta disposición, al presente, la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP), ha promulgado las cinco leyes, entre ellas, la Ley No. 025, Ley del Órgano Judicial (LOJ); cuyo contenido, más allá de la celeridad y poca profundidad con que fue sancionada, trae consigo, sin duda, importantes innovaciones.

El presente trabajo, con sus limitaciones, se ocupa pues de una pequeña parte de aquel contenido, más concretamente del art. 15, cuyo *nomen iuris* reza: APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES. El propósito no es sino, resaltar la importancia de dicho precepto, especialmente, de cara a la formación y afianzamiento de aquello que, ciertamente, con contadísimas excepciones, no es todavía parte de nuestros hábitos individuales y mucho menos de nuestra cultura colectiva: el respeto –incondicional- a la Constitución y las leyes.

Para tal efecto, a modo de marco teórico, un trabajo de estas características no podía empezar sino, trayendo a la memoria, los principios jurídico-políticos inspiradores del constitucionalismo fundacional (1826), de la flamante República de Bolivia, los mismos que, a día de hoy, continúan siendo la seña de identidad del constitucionalismo nacional; principios que, a pesar del transcurso del tiempo y más allá de las transformaciones que el Estado y la sociedad han sufrido, perviven en la actualidad y como tal, se constituyen en criterios rectores de la interpretación y aplicación de

la Constitución y las leyes, lo que de inicio justifica su acometimiento. Es verdad que a la luz del texto constitucional en vigor, algunos de ellos han experimentado una especie de metamorfosis, pero aun así, tal como se verá en las páginas siguientes, en el fondo siguen manteniendo su esencia, su razón de ser. Justamente de ambas cuestiones (principios fundacionales y actuales), se ocupan los puntos 2° y 3°.

Con la finalidad de aportar algunos fundamentos que permitan asumir, si cabe, con total normalidad, la posibilidad de que los jueces y tribunales puedan aplicar de manera directa y preferente la Constitución en desmedro de la ley, aun cuando ésta no ha sido declarada inconstitucional, en los puntos 4° y 5°, se abordan cuestiones referidas a los principios de rigidez y normatividad constitucional. El objetivo en esta parte del trabajo no es sino, describir los fundamentos y las proyecciones de ambos principios, de manera tal que, llegado el momento, exista la posibilidad de construir los suficientes argumentos que permitan sostener, con un mínimo de solvencia, la “tesis” final que aquí se propugna, es decir, la posibilidad real y legal, de aplicación directa y preferente, por los jueces y tribunales ordinarios, de la Constitución, incluso, en defecto de ley y aun cuando ésta no ha sido declarada inconstitucional.

Dado que la aplicación directa y preferente de la Constitución, por parte de los jueces ordinarios en el ejercicio de sus respectivas competencias repercute –por no decir se circunscribe-, principalmente, en la eficacia de los derechos y garantías fundamentales, el punto 6° se ocupa, precisamente, de esos derechos y garantías. Aquí el propósito es meramente ilustrativo, respeto la importancia y los presupuestos de los derechos fundamentales como límites frente a los poderes públicos. Finalmente, el punto 7°, sobre la base de los presupuestos descritos en los anteriores puntos, se ocupa, por así decirlo, de los ámbitos en los que cabe o cabría practicar la “tesis” que se plantea en este trabajo, que como ya se ha dicho más de una vez, consiste en aportar elementos para la construcción de argumentos que permitan sostener, con un mínimo de consistencia y coherencia, la posibilidad real y legal, de aplicación directa y preferente de las normas constitucionales por la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, antes de ingresar en el desarrollo de los puntos que se acaban de anticipar, debo, en primer lugar, agradecer a sus Directores, por la invitación para participar de este número de la revista y; en segundo lugar, de cara los lectores, debo anticipar y así dejar constancia, que todas y cada una de las valoraciones y planteamientos que se expresan aquí, apenas son un factor adicional de reflexión, el punto de partida podría llamarse, de cara a un más amplio e imprescindible debate que el tema amerita.

2. Principios mentores del constitucionalismo fundacional

Como bien se sabe, el fundamento ideológico del constitucionalismo boliviano o fundacional, halla sus raíces en los principios básicos del denominado liberalismo

democrático, mentor y emergente de las dos grandes revoluciones: la Americana¹ y la Francesa, a saber: a) Soberanía popular; b) Principio de representación; c) Principio de división de poderes; d) Principio de rigidez constitucional; e) Principio de respeto y reconocimiento de determinados derechos; y; f) El principio de legalidad².

a) Soberanía popular. En el antiguo régimen, -contra el que se gestaron las revoluciones, francesa y americana- el poder pleno y supremo del Estado se le atribuía a una única persona física: el Rey o monarca. Sin embargo, a partir de dichas dos grandes revoluciones, la titularidad de tal poder cambia y pasa al pueblo o nación, considerada ésta, como persona moral distinta y superior a los individuos que lo integran³. En efecto, el constitucionalismo bolivariano, siguiendo el trazo revolucionario, establecerá que "*La soberanía emana del pueblo, y su ejercicio reside en los poderes que establece esta Constitución*" (art. 8 CB 1826) y, más adelante, prescribirá que "*La soberanía reside en la Nación; ella es inalienable e imprescriptible; y ninguna persona, familia, ni fracción del pueblo pueden atribuirse su ejecución*" (art. 26 CB. 1851). Por lo tanto, el concepto de soberanía, desde un principio, responderá a los planteamientos defendidos por Rousseau, es decir: única, imprescriptible e inalienable por un lado, y de ejercicio delegable por el otro⁴.

b) Principio de representación. Siempre siguiendo las doctrinas revolucionarias, el principio de soberanía vendrá complementada con otro principio, el de representación, el mismo que a diferencia del viejo sistema, supondrá que los órganos y poderes constituidos representan a todo el pueblo y no así -ni sólo así- al clero, la nobleza o la burguesía a la que otrora pertenecían. En otras palabras, los miembros de las cámaras representativas a partir de ambas revoluciones, ya no -o no sólo- representarán a electores o estamentos concretos, sino a la nación en su totalidad; no reflejarán una voluntad preexistente ni expresarán deseos o instrucciones consignadas en cuadernos, sino que van a crear, por sí mismos, la voluntad nacional, pues ahora, todos representan a la Nación en su conjunto y no a las partes que la componen, ni a las circunscripciones que las eligieron⁵. Esta doctrina de la representación en su versión revolucionaria, como no podía ser de otra manera, igualmente será recogida por el constitucionalismo bolivariano y a partir de allí, será acogido sin mayores transformaciones en las subsiguientes constituciones que comprenden todo el período constitucional⁶.

c) División de poderes. Como bien se sabe, la doctrina política del Siglo XVIII se propuso limitar el poder absoluto del Monarca mediante una distinción y disociación del que de manera unitaria se le atribuía⁷. Así pues, de la mano de su principal exponente, Montesquieu, la doctrina de la división de poderes inauguralmente será recogida y articulada -en el contexto internacional- por la Constitución americana de 1787 y por la francesa de 1791 y, a partir de ambas constituciones, en el resto del constitucionalismo moderno, tanto de Europa como de América Latina⁸. En este contexto, Bolivia y más propiamente el constitucionalismo bolivariano, no será la excepción, pues, como ya se ha visto, a semejanza del constitucionalismo americano y francés, recogerá la doctrina de la división de poderes estableciendo que "*El poder supremo se divide para un ejerció en cuatro secciones, Electoral, Legislativa, Ejecutiva y Judicial*" (art. 9, CB 1826). Principio que, con apenas pequeños retoques -más de forma que de fondo- se mantendrá intangible durante todo el constitucionalismo nacional.

d) Principio de rigidez constitucional. Este principio, es sin duda, cardinal para el ejercicio y eficacia de los restantes principios hasta ahora señalados, fundamentalmente, porque su estricto cumplimiento, implica, por un lado, la virtualidad de todos los principios y, por el otro, un límite al ejercicio de los mismos. En otras palabras, el principio de rigidez constitucional implica la garantía de estabilidad constitucional⁹, básicamente, en dos ámbitos: el procesal o formal y el funcional o material, en sí, el segundo es consecuencia del primero. En el plano procesal o formal, la rigidez constitucional supone que la Constitución no puede ser reformada sino a través de un procedimiento -normalmente- cualificado y preestablecido por la propia norma fundamental; dicho procedimiento será distinto, tanto cualitativa como cuantitativamente, en relación con la reforma -o formación- del resto del ordenamiento jurídico. En cambio en el plano funcional o material, vinculado además con los principios de supremacía y normatividad constitucional, supone que "*Cada poder ejercerá las atribuciones que le señala esta Constitución, sin excederse de sus límites respectivos*" (art. 10, CB 1826) y por consiguiente, "*Los poderes constitucionales no podrán suspender la Constitución, ni los derechos que corresponden a los bolivianos, sino en los casos y circunstancias expresadas en las misma Constitución...*" (art. 157, CB 1826)¹⁰.

¹ Precisamente en este sentido, Urcullo Reyes, Jaime, dirá que "la Constitución norteamericana fue el modelo que siguió la primera constitución boliviana", vide, "El control jurisdiccional de revisión judicial o difuso de Bolivia", en, *VV AA: La justicia constitucional en Bolivia 1998-2003*, Tribunal Constitucional/AECI, Sucre, 2003, pág. 74.

² A la luz de estos principios, está claro que la organización del poder, o lo que es lo mismo, el sistema de gobierno fundacional, en modo alguno se inspira en las instituciones medievales, sino más bien, hundía sus bases fundamentales en las nuevas doctrinas -iusnaturalismo racionalista y contractualismo, entre otros- que aparecieron y dieron lugar a las dos revoluciones: americana y francesa.

³ Fioravanti, Maurizio: *Los derechos fundamentales. Apuntes de la historia de las constituciones*, Trotta, 3ª ed. Madrid, 2000, pág. 61.

⁴ Rousseau, Jean Jacques: *El contrato social*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 44.

⁵ Villarroya Joaquín, Tomás, refiriéndose al cambio del titular de la soberanía a partir de la revolución francesa, en: *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 16.

⁶ En sí, hasta la Constitución de 1995, el principio en cuestión, poco o nada habrá de cambiar. Empero, donde sí

ha de sufrir una cierta mutación, será en la reforma constitucional de 2004.

⁷ Villarroya, Joaquín, Tomás: "Breve historia del constitucionalismo...", op. cit. pág. 15.

⁸ Justamente en este sentido, Aja Eliseo, dirá que las constituciones americana de 1787 y francesa de 1789-1791 "constituyeron el modelo de los primeros textos constitucionales liberales y tuvieron gran influencia sobre todos los movimientos liberales", vide, "Introducción al concepto de constitución", en: nota introductoria a la publicación de Lassalle, Ferdinand: "*¿Que es una Constitución?*", Ariel Derecho, Barcelona, 2001, pág. 13; Más sobre la influencia de ambos constitucionalismos, vide. García de Enterría, Eduardo: *La constitución como norma y Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 23 y ss. y Aragón Reyes, Manuel: "Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional", en: *Revista de Estudios Políticos*, No. 50, Madrid, 1986, págs. 9-30.

⁹ Sobre el concepto y alcance de la rigidez constitucional, vide, Roura Gómez, Santiago A.: *La defensa de la constitución en la historia constitucional española: rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español*, CEPC, Madrid, 1998.

¹⁰ Vide, Vaca Díez, Hormando: *Pensamiento constitucional...*, op. cit. pág. 35.

En coherencia con los citados preceptos, el art. 164 de la Constitución de 1826, establecía un procedimiento "cualificado" de su propia reforma¹¹, procedimiento que a su vez –en los diferentes textos constitucionales– se mantendrá sin mayor modificación. En términos generales, dicho procedimiento podía calificarse como semirrígido¹² y plebiscitario a la vez, básicamente, por las características del procedimiento y la necesaria intervención de dos legislaturas distintas. A la primera legislatura, le correspondía la iniciativa o "moción" de reforma, es decir, sólo éste –apoyada por dos terceras partes de la cámara de Tribunales– podía promover una eventual reforma constitucional, proposición que a su vez, de darse el caso, debía concretarse a través de una ley que contemplaría "las bases sobre las que deba recaer la reforma en cuestión". En cambio, a la segunda legislatura, le correspondía ratificar "en sus primeras sesiones sobre la conveniencia o no de la reforma planteada", pero, siempre en los términos propuestos por la anterior legislatura, es decir, sin poder modificar el texto o los asuntos y/o instituciones fijados en la proposición de reforma.

Sin embargo, en los hechos, las reformas al texto de la Constitución a lo largo del constitucionalismo nacional, pocas veces –por no decir ninguna– han sido respetuosas con el procedimiento de reforma constitucional preestablecido¹³.

e) Principio de respeto y reconocimiento de determinados derechos.

Otra de las particularidades del Estado de Derecho decimonónico, es el reconocimiento y respeto Estado, de determinados derechos inherentes a la dignidad humana, como la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, entre otros. Sin embargo, en el caso boliviano, seguramente por el contexto histórico en el que se gesta el constitucionalismo nacional y, las limitaciones de la doctrina de los derechos fundamentales de aquellos tiempos, la primera referencia que cabe hacer sobre este principio es que, durante aquel periodo constitucional, no se puede hablar de un catálogo de derechos bien definido y coherentemente regulado, pues, los derechos que habían –muy pocos por cierto– estaban, en primer lugar, dispersos a lo largo de la Constitución y, en segundo lugar, no contaban con los suficientes mecanismos jurisdiccionales de protección.

La precariedad del reconocimiento constitucional, no deja de ser un hecho aislado, sino más bien consecuente con las prioridades del constituyente fundacional y sus sucesores. En otras palabras, las prioridades del constituyente de aquel periodo, como es de imaginar, no eran precisamente consagrar unos derechos ni mucho

menos, sino más bien, asegurar la efectividad y estabilidad de la nueva República. Sólo así se explica el hecho de que en dicho periodo constitucional, antes que un catálogo de derechos bien ordenado y definido, lo que exista sean sendos catálogos de deberes (art. 12 CB de 1826). Por lo tanto, durante el primer periodo constitucional, se puede decir que los derechos estaban relegados a un segundo plano; de hecho, en las diferentes constituciones –con excepción de la Constitución de 1851– venían recogidos en la última parte de su texto, es más, ni siquiera bajo el rótulo de derechos, sino de "garantías". Así por ejemplo, en la Constitución de 1826, determinados derechos, bajo la rúbrica de "garantías", vendrán recogidas en su último Título, el 11º, arts. 149 al 152¹⁴.

Ya desde el punto de vista de su garantía y eficacia, no obstante, conviene destacar la previsión constitucional contenida en el art. 157, cuyo texto se expresaba en los siguientes términos: "**Los poderes constitucionales no podrán suspender la Constitución, ni los derechos que corresponden a los bolivianos, si no en los casos y circunstancias expresadas en la misma Constitución, señalando indispensablemente el término que deba durar la suspensión**". (Las negrillas no corresponden al texto original)¹⁵.

f) **El principio de legalidad.** Por último, cabe recordar que el constitucionalismo bolivariano, acorde con los postulados ideológicos del Estado liberal de Derecho, recogerá de igual modo, el principio de legalidad como el marco jurídico del funcionamiento y la actividad pública estatal. Principio constitucional que como bien se sabe, por su carácter sustancial y adjetivo a la vez, es igual o tanto más importante que el resto de los principios hasta ahora anotados, pues, de su estricto cumplimiento depende –en gran medida– la realización de aquellos, fundamentalmente, en sede judicial. En este sentido y desde un principio, se establecía que "*Ni el gobierno, ni los tribunales, podrán en ningún caso alterar, ni dispensar los trámites y fórmulas, que prescriben o en adelante prescribieren las leyes...*" (art. 104)¹⁶; asimismo, de cara a los litigantes, estaba prohibido, por ejemplo, la conformación de tribunales especiales o de excepción, debido a que la norma fundamental decretaba que, "*Ningún Boliviano podrá ser juzgado en causas civiles y criminales, sino por el tribunal competente designado con anterioridad por ley*" (art. 105)¹⁷.

Como bien se sabe, este principio constitucional, no sólo se proyecta respecto a la administración de justicia propiamente dicha, sino además, sobre el resto de la administración pública, ya que toda actuación de los poderes públicos al margen de

¹¹ La principal fuente de dicho procedimiento cualificado sería la Constitución francesa de 1791, cuyo Título VII, establecía precisamente un procedimiento especial de reforma; contemplaban similar procedimiento otras constituciones del entorno, por ejemplo, la española de 1812, la portuguesa de 1822 y la noruega de 1814. En el contexto Latinoamericano, la Constitución argentina de 1819 y la venezolana también de 1819.

¹² Así, Asbún, Jorge en: *Constituyente y reforma constitucional en Bolivia*, ABEC/EI País, Santa Cruz de la Sierra, 2005, pág. 62.

¹³ En este sentido, además del trabajo señalado en la cita anterior, vide, Herrera Añez, William: "La reforma Constitucional Boliviana", en, VV AA: *Análisis de la reforma a la Constitución Boliviana*, ABEC/EI País, 2002, págs. 148; en cambio, Rivera Santibáñez, José Antonio, dirá que las reformas de 1967 y la del 2004 habrían sido efectuadas conforme al procedimiento constitucional preestablecido, vide, "Reforma Constitucional en Democracia", en, VV AA: *Análisis de la reforma a la...*, op. cit. pag. 12.

¹⁴ Vide, Vaca Díez Hormando: *Pensamiento constitucional...*, op. cit. págs. 34 y 35.

¹⁵ A propósito, este precepto constitucional –con pequeños matices, más de forma que de fondo– se mantendrá en las dos siguientes constituciones que le sucedieron al primero, desapareciendo –sin embargo y sin explicación– en los restantes tres, de las seis constituciones que forman el constitucionalismo bolivariano, vide, Vaca Díez, Hormando: *Pensamiento constitucional...*, op. cit. págs. 15-150.

¹⁶ *Ibidem.*, pág. 29.

¹⁷ *Ibidem.*

dicho principio, *prima facie* carece de validez jurídica¹⁸ y por ende, es susceptible incluso de carecer de legitimidad y/o respaldo constitucional. De ahí que, en la historia del constitucionalismo boliviano, en particular y del constitucionalismo, en general, el reconocimiento constitucional del principio de legalidad, continua teniendo su importancia, de un lado, en tanto principio articulador de la ley con la Constitución y, de otro, en tanto presupuesto indispensable para el buen funcionamiento del Estado constitucional de Derecho. Pues, en definitiva, ningún sistema jurídico desarrollado se concibe y menos se desenvuelve al margen del principio de legalidad, o lo que es lo mismo, ningún sistema jurídico desarrollado funciona a plenitud, sólo con los presupuestos de lo que se dio en llamar el ámbito de constitucionalidad, sino que requiere, además, de los efectos que despliega el principio de la legalidad en aquel ámbito¹⁹.

Así pues, a la vista de lo anotado, puede decirse que desde sus inicios, subyace en el espíritu del constitucionalismo nacional, la idea de forjar un Estado democrático de Derecho, cuyos poderes fuesen independientes, equilibrados y moderados, en procura, claro está, de garantizar, de una parte, los derechos de las personas y, de otra, la estabilidad e institucionalidad estatal.

3. Pervivencia de los principios fundacionales en la Constitución actual

A partir de la promulgación y puesta en vigencia del actual texto constitucional (febrero de 2009), el Estado boliviano, más propiamente, sus instituciones y los principios en los que se sustenta, sin duda, han experimentado un cambio bastante significativo. De una parte, se han incrementado otros principios y, de otra, los pre-existentes han sufrido una suerte de mutación, aunque como se verá seguidamente, sin perder su esencia, si acaso, únicamente su proyección.

Así pues, para lo que aquí interesa -la organización de los poderes públicos frente a los derechos- lo primero que cabe decir es que, en gran medida, el diseño constitucional refleja una organización y funcionamiento del Estado, de sus instituciones y/o poderes públicos, prácticamente, sobre los mismos principios e instituciones del constitucionalismo fundacional. Es verdad que hay mas principios²⁰, pero no menos

¹⁸ Un trabajo bastante elaborado sobre la validez jurídica en el ámbito de la administración de justicia, vide, Raz Joseph: *La ética en el ámbito público*, Gidesa, Barcelona, 2001, en especial el apartado, "Autoridad derechos y moral", pág. 250 y ss. A su vez, un estudio crítico muy prolijo de este trabajo y de otros tres autores sobre la materia, vide, Atienza Manuel y Ruiz Manero, Juan: "Tres problemas de tres teorías de validez jurídica", en VVAA: *La función judicial. Ética y democracia*, Gidesa, Barcelona, 2003, págs. 85-101.

¹⁹ Sobre la relación -se podría decir interdependiente- entre legalidad y constitucionalidad en el Estado constitucional, vide, Zagrebelsky, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley derechos y justicia*, Trotta, Madrid, 2003.

²⁰ El conjunto de principios y valores que establece la Constitución, vienen en el Art. 8, en los siguiente términos: "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 ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ñi mara'i (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".

cierto es también que los fundacionales aún perviven, probablemente, como se ha dicho, con algunas innovaciones, lo que de ninguna manera significa que hayan desaparecido, máxime cuando la propia Constitución los reconoce, por ejemplo, por citar algunos, los principios de: a) Soberanía popular; b) Principio de representación; c) Principio de división de poderes; d) Principio de respeto y reconocimiento de determinados derechos; e) Principio de Estado de Derecho o de legalidad; y; f) Principio de rigidez constitucional.

Empero, antes de desarrollar cada uno de ellos, valga insistir casi a título de premisa que, cada uno de estos principios, por el hecho de que han venido transformándose al unísono con las profundas renovaciones de las concepciones jurídico-políticas que operan en la teoría y la práctica, en la actualidad ya no tienen la misma proyección conceptual con el que fueron heredados de la tradición jurídica posrevolucionaria²¹.

a) Soberanía popular.- El actual Estado boliviano, autodefinida como un "Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional y Comunitario" (art. I CB), continúa configurándose como un Estado "soberano", además, con expreso reconocimiento de que la "soberanía reside en el pueblo boliviano"; es decir, el Estado boliviano sigue abrazando el principio de la soberanía popular acuñada por Rousseau. Sin embargo, a la luz de la previsión constitucional y de cara a su aplicación práctica, dicho principio ya no representa la inconmensurabilidad del Estado o de los representantes del pueblo frente a cualesquiera otros sujetos, puesto que, desde un punto de vista del deber ser, la relación de los individuos -particulares- con el Estado soberano ya no se reduce únicamente a una relación de sujeción, sino de interacción e incluso podría decirse, de interdependencia.

A propósito, entre los factores demoleedores de la -práctica y concepción clásica- de la soberanía, Zagrebelsky²², señala que "desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la transformación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de "contexto" que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estado particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen". En el caso particular boliviano, el conjunto de estos factores, en el fondo, se pusieron de manifiesto en las demandas y reivindicaciones que dieron lugar a

²¹ Refiriéndose a dichas transformaciones, pero en un contexto general, Zagrebelsky, dirá que "...los términos y los conceptos empleados son básicamente los mismos de otro tiempo", pero, "ya no producen significados unívocos y estables", vide, Zagrebelsky Gustavo: *El derecho dúctil...*, op. cit. pág. 12.

²² *Ibidem*.

la configuración constitucional del Estado, como Estado plurinacional y comunitario, por un lado, y autonómico y descentralizado, por el otro (art. 1).

Siguiendo la misma lógica, otra de las transformaciones de la soberanía que se ha materializado en la Constitución de 2009, tiene que ver ya no con el significado sino con su ejercicio. A diferencia de las anteriores regulaciones constitucionales que delegaban el ejercicio de la misma, por así decirlo, en un cien por cien, a los poderes constituidos²³, en la actualidad dicha delegación ya no es así. En todo caso, es relativa, por cuanto el pueblo en tanto titular de la misma ya no delega por completo su ejercicio, sino que se reserva una parte para ejercerla directamente y sin intermediarios. Justamente en este sentido, el art. 7 CB, establece que la soberanía se "ejerce de forma directa y delegada". En el mismo sentido, el art. 111.1 CB, define la forma de Gobierno, como "democrática, participativa, representativa y comunitaria", y como parte de los mecanismos para el ejercicio de la democracia directa y participativa (apartado II) instituye "el referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa".

En otras palabras, a través de dichos mecanismos de participación ciudadana o de apertura democrática ciudadana al ejercicio directo de la soberanía, el diseño constitucional, a la luz de su artículo 111, configura al Estado boliviano como una República "democrática representativa y participativa", y por consiguiente, ni el ejercicio de la soberanía radica sólo en los poderes constituidos, ni la participación en la vida pública y política se reduce únicamente a los partidos políticos, sino y en todo caso, se extiende a todas aquellas comunidades que conforman la diversidad cultural y étnica del país²⁴, quienes ahora –y como nunca antes– cuentan con reales posibilidades de acceder, democráticamente, al ejercicio del poder²⁵.

b) Principio de representación.- De igual manera, el principio de representación, como vivificación del principio de soberanía popular, pervive en el actual diseño constitucional, sin duda, con una mayor legitimidad democrática, puesto que a diferencia del anterior sistema, los órganos y/o poderes constituidos, tienden a representar la integridad poblacional. En otras palabras, en consonancia con la configuración del Estado como plurinacional, comunitario y autonómico, además, bajo

²³ Desde la primera (1826) hasta la penúltima (1994), todas las constituciones sin excepción adoptarán la democracia representativa y en efecto, dirán que "La soberanía reside en el pueblo; es inalienable e imprescriptible; su ejercicio está delegado a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial", y por lo tanto, "El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y de las autoridades creadas por ley" puesto que, "Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya la soberanía del pueblo comete delito de sedición". Concepción que en la actualidad ya no tiene cabida, no al menos en los mismos términos.

²⁴ Justamente en dichos términos, la reforma constitucional de 1994 (art. 1º) ya se habrá encargado de definir al Estado boliviano de la siguiente manera "Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unidad y la solidaridad de todos los bolivianos una sociedad".

²⁵ A propósito, tanto el reconocimiento constitucional de la plurinacionalidad, así como la apertura de participación política de dichas comunidades, en los hechos, supondrá, por un lado, el reforzamiento de la democracia y del pluralismo político y, por el otro, el implícito reconocimiento de los denominados derechos colectivos, especialmente, de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; categoría de derechos que por su naturaleza plantearán, la necesidad de una suerte de redefinición de las instituciones procesales destinadas a la protección de tales derechos, fundamentalmente, en cuanto a la titularidad de tales derechos y la legitimación.

Los dos primeros, como bien se sabe, se dan casi paulatinamente e incluso, existe una parte de la doctrina que los cataloga conjuntamente como de la misma etapa; sin embargo, cabe recordar que los derechos políticos o de participación, pero de participación irrestricta –de todos los individuos– son reconocidos o admitidos con posterioridad a los primeros. En cambio, el tercero, temporalmente posterior casi en un siglo respecto del primero y el cuarto, aun se encuentra en proceso de positividad.

Dado que existen bastantes diferencias, incluso teórico conceptuales entre los derechos de primera y segunda generación, respecto de los de tercera y cuarta, catalogados también como clásicos y nuevos derechos, convengan detenerse en los orígenes y formación de los segundos.

Como la primera manifestación de estos nuevos derechos –del proletariado– se puede considerar el *Manifiesto comunista* redactado por Marx y Engels en el año 1848⁶³, cuyo contenido substancial propio del colectivismo, es distinto en gran manera al contenido de las declaraciones revolucionarias, propio del individualismo; sin embargo, no por ello deja de ser un referente obligado en la formación de los nombrados derechos, especialmente los de tercera generación, ya que sus postulados han sido posteriormente recogidos, con algunos matices claro está, por las constituciones de otros países, como por ejemplo, la Constitución francesa de la Segunda República. A la luz de sus propias características y configuración, aparentemente existe una "ruptura" entre los derechos clásicos y nuevos.

En cualquier caso, será la Constitución de México de 1917, la primera expresión jurídico-constitucional que intenta conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, es decir, estrechar los polos opuestos entre el individualismo y el colectivismo. Inmediatamente después, el texto constitucional más importante, el que mejor refleja el nuevo estatuto de los derechos fundamentales, en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, es la Constitución de Weimar (Alemania) de 1919; cuya segunda parte, bajo el título de "derechos y deberes fundamentales de los alemanes" reconoce junto a los derechos individuales los derechos sociales referidos a la protección de la familia, la educación y el trabajo.

A partir de allí, se recogerán en la Constitución española de 1931; la boliviana de 1938; la francesa de 1946; la italiana de 1947; con mayor especificidad, nuevamente, en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949; y, finalmente, con el regreso a la democracia, en las constituciones de Grecia de 1975; Portugal de 1976 y España de 1978. Textos constitucionales que, de una u otra manera, han configurado un marco de derechos fundamentales integrado, tanto por los derechos de libertad o individuales como de prestación o sociales.

Ahora bien, el actual texto constitucional, donde se "explaya" como se ha dicho, sin duda, es precisamente en el reconocimiento y garantía de los denominados de-

⁶³ Pérez, L. A. E. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 7ª edición, 1998, pág. 38.

matices, continúa reflejando aquel diseño, donde existe una suerte de preeminencia del Ejecutivo en relación con el resto de los órganos constituidos. Esta situación, en cierto modo, menoscaba los avances conseguidos en relación con los restantes principios antes señalados, ya que, en los hechos, supone la hegemonía de un órgano frente al resto; lo cual, al mismo tiempo, pone en tela de juicio al propio principio de división de poderes. Para muestra, basta con corroborar, por ejemplo, las atribuciones del Presidente, establecidas en los incisos 15, 21 y 23 del art. 172 constitucional, o en su caso, las tristemente famosos leyes cortas.

De manera que, es aquí donde la arquitectura constitucional, por decir lo menos, halla sus propias falencias, ya que, lamentablemente, una lectura descriptiva, integral y sistemática revela un diseño constitucional orientado no precisamente a la configuración de un Gobierno-Estado democrático, equilibrado, moderado y con los suficientes mecanismos de control y contrapeso.

Sin embargo, también es verdad que no todo está perdido ni mucho menos, pues ni la Constitución ni las leyes son "autoaplicativas", es decir, no operan por sí mismas sino por medio y/o con la intermediación de las autoridades competentes y legalmente establecidas. Dicha autoridades, en última instancia, no son sino los jueces y tribunales jurisdiccionales que conforman el órgano judicial, especialmente el TCP, en tanto en cuanto ostenta la última palabra. Es a estas autoridades -sin dejar de lado a los no jurisdiccionales que también tienen la facultad-deber de interpretar y aplicar la Constitución y las leyes-, a quienes compete realizar una lectura prescriptiva del ordenamiento constitucional y legal; labor que habrán de afrontar, cuando así corresponda, en procura de forjar y afianzar su propia independencia y a partir de allí, una auténtica división de poderes y así contribuir a la consolidación de un Estado democrático de Derecho, equilibrado y moderado, con unos mecanismos de control y contrapeso que sean verdaderamente eficaces.

d) Principio de respeto y reconocimiento de determinados derechos.- En lo que respecta al reconocimiento y protección de los derechos y garantías fundamentales, como otro de los principios elementales de todo Estado democrático y moderno, ciertamente, la Constitución en vigor es aquí donde mejor se muestra. A diferencia de las anteriores constituciones, el actual, contempla, al menos desde el punto de vista cuantitativo, un amplio catálogo de derechos y garantías jurisdiccionales. Son un total de 111 artículos que la Constitución dedica a los derechos y garantías fundamentales; aunque también es verdad que, "no son todos los que están ni están todos los que son".

En otras palabras, *no son todos los que están*, ya que no todos los preceptos (111) instituyen derechos o garantías fundamentales. Una parte considerable de los mismos son, en todo caso, mandatos -imperativos- al Estado, al Legislador y otras instituciones o autoridades llamadas a velar por su respeto y cumplimiento, en algunos casos a través de determinadas actuaciones o medidas públicas y, en otros, a través

de decisiones políticas y legislativas²⁷. Asimismo, como se ha dicho, *no están todos los que son*, ya que, por mandato de la propia Constitución, los derechos que ella establece no son los únicos (art. 13.II), sino que cabe la posibilidad de otros y más derechos provenientes de otras fuentes, como por ejemplo, los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos y el Derecho Comunitario, tal como viene establecido por el art. 410 constitucional (bloque de constitucionalidad).

En suma, tal como se adelantó, el actual diseño constitucional, sin duda alguna, representa avances verdaderamente significativos en este ámbito, ya que al mismo tiempo, de una parte, instituye otros y más mecanismos procesales de protección que antes no existían²⁸, y de otra, mantiene al principal -aunque no el único- órgano especializado de protección de esos derechos y garantías fundamentales como es el TCP. Con lo cual, frente a los estados que confían la guarda de la Constitución y los derechos fundamentales -en tanto su contenido esencial o material- a la jurisdicción ordinaria -modelo difuso- y otros que encomiendan a un Tribunal único no integrado a dicha jurisdicción -modelo concentrado-, Bolivia, siguiendo el diseño constitucional de 1994, a través de la Constitución en vigor, mantiene el modelo concentrado, ahora bajo la titularidad del TCP²⁹. Eso sí, conviene decirlo, entre tanto no funcione con sus nuevos miembros y ejerciendo a plenitud todas sus competencias, este órgano, de momento, sólo habrá quedado en el papel.

e) Principio de Estado de Derecho o de legalidad.- De inicio, no está de más recordar que el principio de Estado de Derecho, presupone, en términos generales, el sometimiento del primero al segundo, es decir, del Estado al Derecho. Derecho que halla su máxima expresión ya no en la ley como expresión de la soberanía, sino en la Constitución en tanto "encarnación" misma de la soberanía y, por lo tanto, el Estado de Derecho de este tiempo, supone el sometimiento del Estado, ya no sólo a la ley soberana, sino a la soberanía de la Constitución³⁰. En otras palabras, a diferencias de la tradición decimonónica, la vigencia y aplicación de este principio, implica el sometimiento de los gobernantes y gobernados, en primer lugar, a la Constitución y después, sólo después, al resto del ordenamiento jurídico nacional.

27 No instituyen ni constituyen auténticos derechos ni garantías fundamentales, por ejemplo, los preceptos contenidos en los arts. 28, 42, 105, 107, 122, 124, entre otros.

28 El conjunto de mecanismos procesales son: la Acción de libertad, arts. 125-127 (antes habeas corpus); la Acción de amparo constitucional, arts. 128 y 129 (antes amparo constitucional); la Acción de protección de privacidad, arts. 130 y 131 (antes habeas data); la Acción de inconstitucionalidad, arts. 132 y 133 (incidente de inconstitucionalidad o amparo contra ley); la Acción de cumplimiento, art. 134 (nuevo), y; la Acción popular, arts. 135 y 136 (nuevo).

29 Es bueno precisar que la función de la justicia constitucional no sólo es la guarda de la Constitución, los derechos fundamentales y el ejercicio de las competencias de los órganos públicos, sino también, contribuir y de manera muy significativa, a la formación de la cultura de respeto a la Constitución y por su intermedio a la consolidación del sistema democrático. En este sentido, una obra que puede manifestar dicha dimensión de la justicia constitucional, vide, Hernández Valle, Rubén y Pérez Tremps, Pablo (Coords.): *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centro América*, Tirant lo blanch/Instituto de Derecho Público comparado Manuel García Pelayo, Valencia, 2000.

30 En este último sentido, lo suyo es hablar ya no de Estado de Derecho sin más, sino más bien de Estado constitucional de Derecho, de un tipo de estado, se podría decir, en términos de Zagrevlsky.

Lo dicho significa que los órganos judiciales ocupan en nuestro ordenamiento jurídico, una especial posición como garantes de los derechos fundamentales, que en el ejercicio de su función de tutela jurisdiccional ordinaria, habrá de redundar en una mayor eficacia de aquellos. Pues, si los derechos fundamentales, además de constituir un sistema de principios y valores objetivos, son ante todo derechos subjetivos, y éstos se definen por la justiciabilidad de sus contenidos, los jueces y tribunales han de cumplir, en el ejercicio de su función jurisdiccional, un papel muy singular respecto de la eficacia de los mismos. De donde, las limitaciones y/o restricciones a los derechos fundamentales, en los distintos procesos jurisdiccionales en los que la intervención de los jueces y tribunales ordinarios es preceptiva, sólo será legítima en aquellos supuestos, también, constitucionalmente previstos.

Así pues, la precitada previsión legal, lo que hace no es sino, instituir de manera expresa y categórica, aquello que antes apenas era implícito y acaso por tal razón, muy pocas veces conocido: el sistema dual de protección de los derechos y garantías fundamentales, un sistema que más que hereder, por así decirlo, es consecuencia del funcionamiento del sistema de control concentrado de constitucionalidad. En efecto, en los sistemas de "doble jurisdicción", esto es, ordinaria y constitucional -a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con el juicio de inconstitucionalidad de una ley atribuida en exclusividad a la jurisdicción constitucional- la tutela de los derechos y garantías fundamentales compete a ambas jurisdicciones. Dicho de otro modo, en estos sistemas, la protección de los derechos y garantías fundamentales es una tarea que compete tanto a los jueces de la jurisdicción ordinaria como a los magistrados de la jurisdicción constitucional, dando lugar de ese modo, al denominado sistema mixto o dual de protección jurisdiccional de los derechos (difusa y concentrada), según la cual, en materia de derechos fundamentales, ostentan los juzgados y tribunales ordinarios la "primera palabra", en tanto que al Tribunal Constitucional le asiste la "última"⁶⁴.

Empero, dicha última palabra del TC, de ninguna manera supone para los tribunales y jueces de la jurisdicción ordinaria, delegar o abstraerse de la protección e interpretación del contenido material de la Constitución, pues, en primera instancia, quien afronta la tarea cotidiana de tutelar los derechos constitucionales de los ciudadanos, como se ha dicho, es el juez ordinario⁶⁵, en tanto juez natural de los derechos y garantías fundamentales⁶⁶. De manera que, en este tipo de sistemas, el

64 Gimeno Sendra, V. y Morenilla Allard, P.: *Los procesos de amparo. Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional y Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pág. 21; En el mismo sentido, Cruz Villalón, Pedro, en: *El recurso de amparo constitucional*, op. cit. pág. 119, y: "Sobre el amparo", REDC, No. 41, 1994, pág. 11; De igual modo, López Guerra, Luis: *El Poder Judicial en el...*, op. cit. pág. 157-181; y, entre otros, Díez-Picazo, Luis María: "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", REDC, No. 40, Madrid, 1994, pág. 14.

65 Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, "El amparo judicial de los derechos fundamentales", en, Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo, (Ed.): *La aplicación jurisdiccional de la...*, op. cit. pág. 136. En el mismo sentido la STCE No. 47/1994, dirá que el ciudadano que estime vulnerado un derecho fundamental ha de plantear ante los tribunales ordinarios todos los aspectos vinculados con el contenido constitucional de su pretensión, porque éstos son "los primeros llamados a velar por su efectividad".

66 Al respecto y en el mismo sentido, Carmona Cuenca, Encarna, refiriéndose al sistema español, dirá "que los defensores naturales de los ciudadanos no son otros que los jueces y tribunales ordinarios, y a ellos se encomienda,

5. Normatividad de la Constitución

Un repaso al constitucionalismo nacional, da cuenta que, formalmente, la expresa normatividad prevalente de la Carta fundamental. Ya venía establecida desde la Constitución de 1851 a través de su art. 82, donde se decía que "*El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, en las Cortes Superiores y Juzgados de la República. A ellos pertenece privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a las demás leyes y las leyes con preferencia a otras resoluciones*". Sin embargo, en la práctica, tal como ya se dijo, este precepto al igual que sus sucesores, muy pocas veces serán cumplidos. Sin que sirva de justificación, indudablemente, en ello mucho ha tenido que ver, además de la inestabilidad constitucional, la proliferación de los "nefastos" periodos dictatoriales o gobiernos de facto que se han sucedido a lo largo de la "dúctil" historia constitucional boliviana. De donde, los golpes de estado, gobiernos de militares y ante todo, gobiernos militares de facto⁵², constituyen la otra cara, probablemente la más oscura, del constitucionalismo nacional.

No obstante, si hay algo que merezca ser rescatado, seguramente ello tiene que ver con el hecho de que las "permanentes" respuestas del constituyente -probablemente muchas⁵³ y algunas de ellas innecesarias- en la medida de lo posible, siempre han procurado proyectar al Estado en la Constitución⁵⁴, o lo que es lo mismo, la Constitución -muy a pesar de las deficiencias tanto de efectividad y garantía, así como de desarrollo del régimen constitucional de los derechos- siempre ha procurado estar a la altura de las nuevas realidades, tanto nacional como internacional. Por lo tanto, cabría decir que el Estado boliviano, a la luz de su Constitución, ha venido y continúa "transformándose".

En efecto, es evidente que el devenir histórico de dicha transformación constitucional, ni ha sido perfecto ni tampoco ha concluido, puesto que se halla todavía en "proceso". Un proceso donde la Constitución -en tanto fuente y fundamento de la convivencia jurídico-social y política-, sin embargo, aun no termina de moldear el carácter de quienes deben habituarse a ellas⁵⁵: los bolivianos. Pues, aquella concepción tradicional de la Constitución como un mero catálogo de buenas intenciones, aunque cada vez en menor medida, aun se percibe en determinados sectores de la sociedad.

Pese a ello, el cambio continúa y sin duda, dicho cambio se ha hecho más visible en los últimos quince años: primero, como se tiene dicho, con la reforma constitu-

52 La diferencia entre "gobiernos de militares" y "gobiernos militares de facto", radica, básicamente, en que los primeros acceden al poder a través de las vías democráticas, en cambio los segundos, acceden al poder, por la vía de hecho, o lo que es lo mismo, sin respetar las vías democráticas constitucionalmente previstas.

53 Precisamente, por ello se dirá que Bolivia es, "un país pródigo en la producción de constituciones", Urcullo, Reyes, J.: <El control jurisdiccional de "Revisión Judicial" o "Difuso en Bolivia">, en, AA.VV.: *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, Tribunal Constitucional/AECI, Sucre, 2003, pág. 67.

54 En ese sentido y no necesariamente refiriéndose al constitucionalismo boliviano, García Pelayo, M.: *El <status> del Tribunal Constitucional*, REDC, No. 1, 1981, pág. 14.

55 La idea de que la Constitución debe moldear el carácter de quienes deben habituarse a ella, es una aportación de Bryce, J.: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, CEPC, Madrid, 1988, pág. 4.

general y, el amparo constitucional, en particular³⁸, puesto que se constituyen, de una parte, en mecanismo de «súper control» de los poderes públicos en las actuaciones que puedan afectar a los derechos fundamentales y, de otra, en mecanismo de interpretación uniforme del contenido material de la Constitución³⁹. Es más, a la vista de la práctica, en definitiva, cabría decir que la dimensión objetiva de dichas acciones, no se agota únicamente en el control de la doble vinculación sino que va más allá, alcanza, por así decirlo, al control de una triple vinculación⁴⁰: a la ley; a la Constitución, y; al precedente vinculante⁴¹.

4. Rigidez constitucional

Por su importancia a los fines de este modesto trabajo, convenga ocuparse del principio de rigidez, por separado y no así como parte del título anterior. En efecto, cabe empezar señalando que el principio de rigidez constitucional es un presupuesto poco menos que determinante para el ejercicio y eficacia de otros principios como la supremacía o la normatividad de la Constitución, ya que su estricto cumplimiento implica, por un lado, la virtualidad de todos los principios y, por el otro, un límite al ejercicio de los mismos. En otras palabras, el principio de rigidez constitucional presupone la garantía de estabilidad constitucional⁴², tanto en lo procesal o formal como en lo funcional o material.

Precisamente atendiendo a dicha importancia, J. Bryce, distinguirá dos tipos de constituciones: antiguos y modernos. Corresponden al primero, las que no están recogidas en un texto constitucional, en cambio a la segunda, corresponden las constituciones escritas; paralelamente, el mismo autor, identifica a las constituciones no escritas –*Common Law*– como flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus características principales, y; a las codificadas por así decirlo, como Constituciones rígidas, por no tener aquella propiedad, sino porque su estructura es dura y fija⁴³. En sí, para este autor, el carácter específico de este tipo de

constituciones consiste en que todas poseen una autoridad superior a la de las otras leyes del Estado y son modificadas por procedimientos diferentes a aquellos por los que se dicta y revoca las demás leyes⁴⁴.

Efectivamente, las Constituciones modernas no sólo proponen un modelo político en esencia diferente al Estado de Derecho liberal del siglo pasado, sino se proponen frente al estatismo liberal decimonónico como constituciones rígidas por referencias particulares de revisión y reforzadas por una difusión progresiva del control de constitucionalidad⁴⁵. Ahora bien, se dice que una constitución es rígida en la medida en que su modificación sólo es posible a través de un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario y es flexible, cuando ocurre lo contrario.

Por ello, el principio de rigidez constitucional, está estrechamente vinculada con la supremacía de la Constitución y a su vez con la garantía de su eventual invariabilidad, especialmente, por el legislador ordinario, pues, siendo la Constitución obra del poder constituyente no puede estar, en efecto, sujeto o a merced de los poderes constituidos ordinarios, salvo un poder constituido constituyente –de entre los órganos constitucionales del Estado– cuya composición y funcionamiento esté previsto, de antemano, por la propia Constitución. La cuestión de fondo radica en el hecho de que es más importante tener preestablecida una determinada estructura de gobierno que la mayoría parlamentaria de cada momento no puede alterar, que mantener abierta la posibilidad de discutir y votar constantemente cual es la mejor estructura de gobierno con la que dotar al país⁴⁶.

Por otra parte, se dice que las constituciones del liberalismo decimonónico son en general flexibles, es decir modificables por el legislador por la vía ordinaria⁴⁷; sin embargo, amén de esta posición opuesta de la doctrina del liberalismo, en términos de Tomás y Valiente, en buena lógica, hoy es verdad dominante, la rigidez constitucional es consecuencia de la supremacía de la Constitución, que de este modo resulta protegida⁴⁸. El fundamento de dicha “superprotección” o autotutela radica en la virtualidad de su contenido, en el entendido que las leyes fundamentales, inconvencionales y difíciles de cambiar, son las que deben dirigir la vida del Estado. No pueden alterarse por los poderes establecidos, sólo pueden modificarse según sus propias normas que son difícilmente actuables; en efecto, deben dirigir estas leyes fundamentales la vida estatal en virtud de su vida irresistible hasta tiempos lejanos⁴⁹.

Ahora bien, asumiendo que la reforma de una Constitución se lleva a cabo con el propósito de su “perfeccionamiento” en interés de los destinatarios, la rigidez

³⁸ Sobre la función de hermenéutica constitucional del amparo constitucional cumple, vide, Cardozo, D. Richard Eddy: *El proceso de Amparo Constitucional. Fundamentos de doctrina y jurisprudencia*, Editorial Universitaria/ABEC, Santa Cruz de la Sierra, 2010.

³⁹ Es precisamente en su dimensión objetiva o función de hermenéutica constitucional que el recurso de amparo es apuntado como “la pieza clave para hacer efectiva los elementos básicos –principios, derechos y garantías– del sistema constitucional”, en este sentido, vide, Pérez Tremps, Pablo, en el “prólogo” al trabajo de Durán Ribera, Willman R.: *Principios, Derechos y Garantías Constitucionales*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2005, pág. 15.

⁴⁰ Se da una triple –y no sólo doble– vinculación, desde el momento en que los órganos judiciales y el resto de los órganos de la administración pública, están vinculados a tres órdenes normativos a saber: La ley, la Jurisprudencia del TC y la Constitución.

⁴¹ En este sentido, por ejemplo, Manuel Aragón Reyes dirá que “En España existe, pues, el precedente constitucional, por ello (...) el no seguimiento por la jurisdicción ordinaria de la doctrina de Tribunal Constitucional puede fundamentar la interposición de un recurso de amparo por vulneración del art. 24 CE”, vide, Aragón Reyes, Manuel: “Problemas del recurso de amparo...”, op. cit. pág. 128. Empero, debe advertirse que el control de esa triple vinculación, en modo alguno debe suponer reconducir las acciones de defensa y mucho menos la acción de amparo, por unos derroteros ajenos a su propia naturaleza.

⁴² Sobre el concepto y alcance de la rigidez constitucional, vide, Roura Gómez, Santiago A.: *La defensa de la constitución en la historia constitucional española: rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español*, CEPC, Madrid, 1998.

⁴³ Bryce, J., ob. cit. pág. 14.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 64

⁴⁵ Fioravanti, M., ob. cit. pág. 127

⁴⁶ Ferreres, C.V., *Una defensa de la rigidez constitucional*, Revista DOXA, 2001, pág. 142.

⁴⁷ Fioravanti, M., ob. cit. pág. 107

⁴⁸ Tomás y Valiente, F. ob. cit. pág. 40.

⁴⁹ Jellinek, G., ob. cit. pág. 5.

6. Los derechos y garantías fundamentales como atributo insoslayable de la normatividad constitucional

La formulación jurídico-positiva de los derechos fundamentales, en comparación a sus raíces filosóficas, como derechos constitucionales o límites frente al poder, es relativamente reciente. De hecho, sólo a partir del siglo XVIII se considerará un postulado fundamental del régimen liberal: reservar al poder constituyente, en tanto titular de la soberanía popular, la exclusividad de fijar los derechos básicos de la convivencia social a través de su inserción o positivación en normas con rango constitucional, las mismas que permitan la mejor garantía posible de esos derechos.

Como bien se sabe, la primera expresión constitucional de los derechos fundamentales -positivados- es la Americana de 1776, luego será la francesa, y así, sucesivamente hasta llegar al nuevo mundo. En el caso particular boliviano, la primera Constitución de 1826⁶², Título Primero, "De las garantías" capítulo único, art. 149-157, es una clara manifestación de los derechos fundamentales como límites frente al poder.

Sin embargo, como también se ha puesto en evidencia, una vez recogidos y/o positivados aquellos derechos en las constituciones de los estados o en otras normas del igual rango, el valor de los mismos -como límites legitimantes del poder-, pasa a depender del valor que se le asigne a dichas constituciones en cada tiempo y en cada Estado. En este sentido, la eficacia de los derechos fundamentales, como la de cualquier otra norma constitucional, sólo puede ser medida en términos jurídicos, es decir, a partir de la aptitud de su contenido normativo para la consecución de su objeto, la garantía de un determinado ámbito de libertad personal.

Asimismo, la evolución de las sociedades de la mano de las ciencias y la tecnología, generan la necesidad de incorporar en esas constituciones nuevos derechos, por ende nuevos límites en algunos casos y en otros, nuevas exigencias. Ello supone decir que desde su génesis hasta nuestros días, los derechos continúan evolucionando, o mejor dicho, transformándose a la luz de las constituciones, de modo que, los derechos que una Constitución actual reconoce, ya no son los mismos, ni cuantitativa ni cualitativamente, que los recogidos en las constituciones de los siglos pasados.

En efecto, pueden distinguirse, cuatro marcadas etapas de incorporación en las constituciones de nuevos derechos fundamentales:

- a) Derechos civiles o individuales;
- b) Derechos políticos o de participación;
- c) Derechos económicos, sociales y culturales o de prestación, y;
- d) Derechos colectivos o de cuarta generación,

⁶² Vaca-Díez, H., *Pensamiento constitucional boliviano 1826-1995*, Fondo editorial de los Diputados, La Paz, 1998, pág. 34 y 35.

Empero, dado el nuevo panorama jurídico y judicial boliviano dotado de pluralismo jurídico y de pluralidad de jurisdicciones, la cuestión es si pueden coexistir -pacíficamente- dos sistemas que responden a tradiciones jurídicas distintas, ya que como bien se sabe, el principio de legalidad responde al sistema positivista heredera de la tradición germano-románica y el *stare decisis* al sistema del *common law* heredera de la tradición anglosajona. En principio no tendría que suponer ninguna incompatibilidad, no porque el juez, en este caso, todos los jueces continúan y deben continuar vinculados al principio de legalidad³⁴. De hecho, en un Estado constitucional de Derecho, desde el momento en que el juez deja de ser el "mero aplicador de la ley", deja de estar sometido -únicamente- a la referencia textual de la disposición jurídica (principio de legalidad), pues, debe someterse también, a la (re)creación jurisprudencial del texto; recreación a la que está vinculado no sólo por imperativo constitucional y los efectos de la jurisprudencia del TC, sino además, por su propia condición de juez natural de los derechos y garantías fundamentales³⁵. Se trata por lo tanto, de una doble vinculación, por un lado, a la Constitución y, por el otro, a la ley³⁶, pero, con una particular sujeción de preferencia respecto del primero³⁷.

Evidentemente, esa doble vinculación y en particular su condición de juez natural de los derechos y garantías fundamentales, pueda llevar a todos y cada uno de los jueces a una interpretación de la legalidad alejada de los parámetros impuestos por la Constitución; de hecho, en una jurisdicción compuesta por una gama de pensantes extenso, pretender que no ocurra ello, resulta poco objetivo. Sin embargo, en aquellos sistemas donde la última palabra en la interpretación de la Constitución esta asignada a un órgano especializado e independiente de los órganos judiciales, la uniformidad es menos difícil de lo que parece, "sencillamente", porque la doctrina de dicho órgano tiene carácter vinculante -similar al *stare decisis* norteamericano- que permite uniformar las eventuales disparidades de la vasta jurisdicción ordinaria, en la interpretación material de la Constitución.

Finalmente, es aquí -con motivo del control de la doble vinculación de los jueces a la ley y a la Constitución-, donde cobran relevancia las acciones de defensa, en

³⁴ De hecho, una de las diferencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, es que "el juez ordinario está sujeto al imperio de la ley... mientras que el Tribunal no está sometido en ese sentido...", vide, López Guerra, Luis: *El Poder Judicial en el...*, op. cit. pág. 161. La diferencia está, como diría Pérez Tremps Pablo, en que "La ley debe aplicarse de acuerdo con la Constitución. En efecto, si el TC es el supremo intérprete de ésta, debe seguirse, pues, la lectura constitucional que de la ley haga éste", vide, Pérez Tremps, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 265.

³⁵ Acaso en ese sentido, se dice que "La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también el análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad", vide, Ferrajoli, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pág. 55.

³⁶ Un trabajo bastante minucioso sobre las problemáticas -y algunas alternativas de solución- que plantea esta doble vinculación de los jueces a la Constitución y a la ley, vide, García-Calvo y Montiel, Roberto: "La doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley", en, VV AA: *La función judicial. Ética y democracia*, Gidesa, Barcelona, 2003, págs. 265-274; en esta misma obra, vide, Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier: "Función legislativa y función judicial: La sujeción del juez a la ley", págs. 39-55.

³⁷ Sobre la relación de sujeción-subordinación de la ley a la Constitución, vide, Sagrebelsky Gustavo: *El Derecho dúctil...*, op. cit. págs. 14 y ss.

cional de 1994 y fundamentalmente a partir del funcionamiento del Tribunal Constitucional, ya que, su incorporación en la norma fundamental, no hizo otra cosa que fortalecer la transición de un Estado meramente formal de Derecho hacia un Estado -en términos de Zagrebelsky⁵⁶- constitucional de Derecho, o lo que es lo mismo, de una cultura del legicentrismo hacia otra de "vigencia plena" y normatividad vinculante de la Constitución.

En segundo lugar, aunque con un fundamento distinto y una proyección también distinta, con la promulgación del nuevo texto constitucional, el proceso de transformación del Estado continúa; es más, en palabras de sus mentores, la puesta en vigencia de dicho texto fundamental, supone la refundación del Estado boliviano. Sea así o no, lo cierto es que, al menos desde el punto de vista de la literalidad del texto constitucional, su normatividad y eficacia están garantizadas. Ahora falta ver, como ya se dijo, su puesta en práctica; su cumplimiento sin distinción de ninguna índole; en suma, el goce y disfrute, por todos y cada uno de los bolivianos, de dicha cualidad -normatividad- constitucional.

Ahora bien, una vez instituida y superado el imperio de la ley que emana del pueblo, lo fundamentalmente nuevo del moderno Estado Constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la "fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional" (Ihering), es decir, la vinculación de las autoridades y ciudadanos, de todas las autoridades y de todos los ciudadanos a la Constitución, en contraposición a toda forma de Estado de privilegios del viejo o antiguo régimen. Así, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico. El gran lema de la lucha por el Estado Constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrio) *government by men* debe disolverse en un (jurídico) *government by laws*⁵⁷.

En otras palabras, se trata del clásico concepto kelseniano de Constitución en sentido material, esto es, entender la norma constitucional como aquella que tiene por objeto distribuir el ejercicio del poder entre los diversos órganos estatales o, si se prefiere, en términos jurídicos, regular la creación de normas jurídicas generales y ordenar el sistema jerárquico de fuentes del Derecho⁵⁸. En este contexto, la normatividad de la Constitución está vinculada con la idea de norma fundamental <lex superior>. Al respecto, Tomás y Valiente agrega que, la institución del control de constitucionalidad de la ley, no sólo ha sido el vehículo de adaptación de la Constitución a la realidad, sino que además ha servido para consolidar el carácter de la Constitución como <norma jurídica>⁵⁹.

Por otra parte, la vinculatoriedad directa de la Constitución viene relacionada con la supremacía de la misma, esto es, que la Constitución ocupa dentro del orde-

namiento una posición fundamental, puesto que contiene: a) las normas sobre producción de normas; b) los límites de la creación legislativa por el poder constituido titular de esa potestad; y; c) el órgano jurisdiccional encargado de garantizar aquellos principios y estos límites. En este sentido, el ordenamiento es un sistema de normas, la Constitución en ella, es la fundamental, por ende, el resto del ordenamiento adquiere validez en tanto deriva de él y en ningún caso puede contrariarla. De este modo se establece en el interior del ordenamiento, en su fondo o fundamento, una norma que cumple las funciones de legitimación formal y material, antes asignadas al derecho natural o la historia.

En definitiva, o en puridad -como dice I. de Otto- sólo hay Constitución como norma cuando el ordenamiento establece que el cumplimiento de sus preceptos es obligatoria y en consecuencia que su infracción es antijurídica⁶⁰; este sentido tiene, sin duda, el art. 410.I de la Constitución en vigor, cuando establece que "*Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución*"; similar sentido tiene el art. 9.1 de la Constitución española de 1978 al declarar que "*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*".

Al respecto, López Guerra, L., entiende que el Tribunal Constitucional a través de la STC 15/82 confirma la doctrina de que los principios constitucionales son el origen inmediato de derechos y obligaciones y vinculan a todos los poderes públicos; y, que en consecuencia, incluso en los derechos que necesitan una configuración legal, la dilación en el cumplimiento por parte del legislador en el desarrollo de esos derechos, no puede privarles de todo contenido⁶¹. De este modo, aparece la Constitución no sólo como fuente vinculante del derecho ordinario, sino también de las libertades fundamentales ante los diferentes órganos, sin perjuicio de su previo desarrollo.

Finalmente, como es de sobra conocido, la teoría y la práctica de la Constitución como norma jurídica directamente vinculante, es heredera de los Estados Unidos de América, país donde esta institución nace y alcanza su plenitud hace ya más de doscientos años atrás. En cambio, en Europa, este fenómeno no se materializó sino hasta después de la segunda guerra mundial y; en Bolivia, a ciencia cierta, es decir, real y prácticamente, tan sólo en los últimos 10 años, más concretamente, entre tanto funcionaba el Tribunal Constitucional. Cosa que del régimen actual, especialmente de algunas de sus actuaciones, no puede decirse lo mismo, no al menos con un mínimo de objetividad.

⁵⁶ Probablemente sea este autor uno de los que mejor explica el tema relacionado al "Estado constitucional", vide, Zagrebelsky, G.: *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trota, Madrid, 1997, en especial las págs. 33-40.

⁵⁷ Kaigi, W. (1945), citado por García de Enterría, *La Constitución como norma y Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, pág. 49.

⁵⁸ Kelsen, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de García Maynez, México, 1979, pág. 146 y ss.

⁵⁹ Tomás y Valiente F., ob. cit, pág. 39.

⁶⁰ Otto, P.I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

⁶¹ López, G.L., *Las sentencias del Tribunal Constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, BOE, Madrid, 1998.

constitucional –que dificultad aquella pretensión– de igual modo tendrá que tener la misma pretensión, es decir, la justificación democrática de la limitación de la democracia, será fácil –légítimo– siempre que la rigidez verse sobre aspectos constitucionales que son el fundamento de la democracia misma, como ocurre sin duda respecto a los derechos fundamentales⁵⁰. Esto significa que la rigidez constitucional también tiene sus límites; de ahí que, cuanto más intensa sea la rigidez y menor sea el valor democrático de los preceptos intangibles o de rigidez agravada, más difícil será su justificación democráticas⁵¹.

De cara al futuro, en el ámbito nacional, el actual texto constitucional (art. 411) contempla dos vías de reforman: una total y otra parcial. La reforma total sólo podrá ser actuada por la Asamblea Constituyente (AC) en tanto poder constituyente derivado –a pesar de que la Constitución la define como “*originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo*”; asimismo, es también atribución exclusiva de la AC aquella reforma constitucional “*que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución*”. En ambos casos, la reforma al texto constitucional deberá ser “*aprobada por dos tercios del total de sus miembros presente*”.

En cambio, a la luz del apartado II, del mismo precepto constitucional (411) “*la reforma parcial podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional*”. Tanto la reforma total operada por la AC como la reforma parcial en los términos que se acaba de señalar, necesitará referendo constitucional aprobatorio.

Con carácter general, el actual procedimiento preestablecido, ha dejado de tener aquellas características plebiscitarias de las anteriores constituciones, básicamente, por el hecho de que ya no será necesaria la intervención de una segunda legislatura, por cuanto la reforma podrá ser llevada a cabo válidamente en una misma legislatura. Además, para la aprobación del texto reformado, sea total o parcialmente, sólo hará falta 2/3 de votos favorables, de los miembros presentes –y no así del total de los miembros– sea de la AC o de la Asamblea Legislativa Plurinacional, según corresponda.

Así las cosas, dicho procedimiento dista de ser rígida. Bien es verdad que la vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio, empero, dada la carga del voto consigna y el “escaso” nivel cultural del pueblo boliviano que le impide discernir y tomar la mejor decisión, tal referéndum, ciertamente, no supone una auténtica garantía frente a quienes pretendan la reforma constitucional.

el lema de profundización de la democracia, la práctica totalidad de las instituciones estatales cuentan con representantes, en principio, de las distintas nacionalidades que integran la gran nación boliviana.

En efecto, los poderes constituidos, ya no representan sólo a una voluntad pre-existente ni expresan deseos o instrucciones consignadas desde intereses sectarios y mucho menos bajo el paraguas de los tradicionales –hoy inexistentes– partidos políticos, sino que, por la apertura democrática que permite una mayor participación–representación, especialmente, de los colectivos históricamente relegados, hoy en día, la práctica totalidad de dichos órganos cuentan con representación y participación plurinacional. Por citar algunos, basta con referirse, por ejemplo, a la composición constitucional, de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Electoral y el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, sin dejar de lado, obviamente, la misma composición que reflejan los distintos gobiernos autonómicos. De ahí que, el principio de representación por su apertura, suponga ahora, mayor participación y, por ende, mayor legitimidad democrática de las instituciones estatales.

c) Principio de división de poderes.– Qué duda cabe que el principio de división de poderes, heredera de la construcción doctrinal de Montesquieu, al menos desde el punto de vista formal, pervive en el actual diseño constitucional, aunque en cierto modo, desde el punto de vista material ya no puede decirse lo mismo. En cualquier caso, lo cierto es que la Constitución, en su art. 121 establece que “*el Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral*”, precisando que esta organización se fundamenta en la “*independencia, separación, coordinación y cooperación*” de aquellos órganos.

Como se puede advertir, en lo formal, el precitado diseño constitucional, pone de manifiesto la división de poderes con meridiana claridad y presión, agregando, además, que “*las funciones de los órganos públicos no pueden ser reunidas en un solo órgano ni son delegables entre sí*” (art. 12.III). Sin embargo, ya desde un punto de vista material, es decir, desde la composición, elección y funciones constitucionalmente asignadas a los referidos órganos públicos, el principio en cuestión, ciertamente, “pierde”, en buena medida, su esencia, su espíritu, cual es la independencia tanto estructural como funcional.

En efecto, cabría decir que el actual diseño constitucional, no termina de desprenderse de aquel diseño fundacional (1826) donde el Ejecutivo se constituía en el eje en torno al cual giraban el resto de los poderes²⁶; en la actualidad, con algunos

⁵⁰ Tomás y Valiente, F. ob. cit. pág. 42.

⁵¹ Otto, I, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 58.

²⁶ A propósito, convenga recordar que el constitucionalismo bolivariano, se ha caracteriza principalmente por un Ejecutivo fuerte y centralista. Bolívar a tiempo de presentar su proyecto de Constitución para Bolivia, justificará tal diseño bajo el argumento de que “*En los sistemas sin jerarquías se necesita más que en otros, un punto fijo alrededor del cual giren los Magistrados y los ciudadanos: los hombres y las cosas*”. Ese punto fijo –eje se podría decir– no sería otro que el Ejecutivo “capitanado” por el Presidente de la República, Presidente que a su vez, será definido en última instancia, “*como el sol que, firme en su centro, da vida al Universo*”, mas referencias sobre esta cuestión, Vide, “Mensaje de Bolívar al Congreso Constituyente de Bolivia”, en, Trigo Ciro, Félix: *Las constituciones...*, op. cit., pág. 168.

rechos de tercera y cuarta generación, es decir, los derechos sociales y colectivos. De hecho, cabría decir que se produce un giro, de cierto grado, de los derechos individuales propio del constitucionalismo precedente, hacia los derechos sociales y colectivos; tal es así que, al menos desde un punto de vista cuantitativo, estos derechos ocupan aproximadamente el ochenta por ciento de total de los preceptos que establecen derechos y garantías fundamentales.

Por otra parte, en lo que respecta a su respeto y eficacia, es la propia carta fundamental la que instituye, en primer lugar, como uno de los fines del Estado, "garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes" reconocidos y consagrados por la Constitución; en segundo lugar, la misma Constitución establece la *inviolabilidad* de los mismos, insistiendo y/o reiterando que el Estado tiene el deber de "promoverlos, protegerlos y respetarlos" (art. 13.I). Por su parte el art. 109 constitucional, establece que "todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de igual garantía para su protección". Finalmente, el art. 110 prescribe que "la vulneración de los derechos constitucionales hace responsable a sus autores intelectuales y materiales".

Así pues, a la luz de los citados preceptos constitucionales, qué duda cabe que los derechos y garantías fundamentales, constituyen el núcleo duro de la Constitución, su esencia y su razón de ser. Como tales, en la medida que son capaces de imponerse y sobreponerse frente a su vulneración o desconocimiento, especialmente, por parte de los poderes públicos, como diría Dworkin, se constituyen en verdaderos *triumfos* frente al poder. De manera que, son dos los ámbitos donde ha de trascender dicha incidencia: la Constitución y el Estado. Respecto del primero, los derechos fundamentales son, como se ha dicho, su principal contenido y aunque su exigibilidad dependa de ésta, sin duda, son su razón de ser; por su parte, respecto del segundo, el respeto y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales por parte del Estado, definen el nivel de evolución del propio Estado y de sus gobernantes. En este sentido, se suele decir que el grado de respeto y garantía de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos, es la medida de los límites, y éste, es la medida de efectividad de los derechos fundamentales como límites frente al poder.

7. La aplicación preferente de las normas constitucionales por la jurisdicción ordinaria

Ahora bien, llegado a esta parte del trabajo, toca referirse a la causa principal de su elaboración, la misma que no es otra, como se adelantó en la introducción, el *nomen iuris* del artículo 15 de la Ley No. 025 del 24 de junio de 2010, Ley del Órgano Judicial (LOJ), que se expresa en los siguientes términos: APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES y, cuyo contenido, en tres apartados, prescribe lo siguiente:

"I. El Órgano Judicial sustenta sus actos y decisiones en la Constitución Política del Estado, Leyes y Reglamentos, respetando la jerarquía normativa y distribución de competencias establecidas en la Constitución. En materia judicial la Constitución se aplicará con preferencia a cualquier otra disposición legal o reglamentaria. La ley especial será aplicada con preferencia a la ley general.

II. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, y que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

III. La autoridad jurisdiccional no podrá alegar falta, oscuridad, insuficiencia de la ley o desconocimiento de los derechos humanos y garantías constitucionales para justificar su vulneración".

En otras palabras, por lo que se acaba de describir, es evidente que estas páginas finales se ocupan de un ámbito normativo que a primera vista, no parece suponer mayor relevancia, pero que, sin embargo, como se verá, plantea una cuestión fundamental que, en buena medida, define la misión, visión y posición de la jurisdicción ordinaria frente a la Constitución y, por ende, frente al nuevo Estado social de derecho plurinacional y comunitario.

Se trata pues de un precepto legal que no tiene precedentes en la legislatura nacional, no sólo por su literalidad sino y ante todo, por su proyección constitucional. En efecto, coincidiendo con cada uno de los apartados, cuanto menos, son tres las cuestiones más substanciales que merecen ser destacados:

- a) El respecto a la jerarquía normativa y la aplicación preferente de la Constitución por los jueces y tribunales judiciales;
- b) La aplicación directa y preferente, por los jueces y tribunales judiciales, de aquellos tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, y que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, y;
- c) La injustificabilidad de la vulneración de los derechos fundamentales por parte de los jueces y tribunales judiciales.

Las tres cuestiones, que son de vital importancia para el funcionamiento del sistema constitucional y, especialmente, de la función jurisdiccional que ha de ser desplegada por los jueces y tribunales, podría decirse que tienen un común denominador, un eje en torno al cual giran: la Constitución. Sin embargo, dado que el contenido esencial de la Constitución son los derechos y garantías fundamentales y habida cuenta que la función judicial es eminentemente de protección de tales derechos, indirectamente, quienes terminaran dando sentido y forma a ese común denominador serán, justamente, los derechos y garantías constitucionales.

Sin embargo, ello en modo alguno significa que en el sistema actual el Estado, al estar vinculado a la Constitución, ya no lo esté a la ley, de ninguna manera, el Estado, sus órganos e instituciones, siguen estando vinculados a la ley; eso sí, ya no en los términos de antes. La diferencia está en que dicha vinculación legal –tanto en lo formal como en lo material– no es de la misma intensidad que la vinculación a la Constitución, fundamentalmente, por los efectos que despliegan los principios de rigidez y supremacía constitucional³¹, pues, como bien se sabe, estos principios suponen para el Estado, o mejor dicho, para los órganos constituidos, la indisponibilidad de la Constitución³². Indisponibilidad que en relación con la ley, sin embargo, no se aplica, no al menos con la misma rigurosidad ni en los términos del principio de rigidez constitucional, ya que frente a la ley ordinaria, los poderes constituidos siempre pueden actuar y disponer (abrogarla y derogarla) cuantas veces crean y vean conveniente o necesaria, cosa que, desde luego, con la Constitución no lo pueden hacer.

En tal sentido, el principio de legalidad como sustrato esencial del Estado de Derecho, hoy en día, supone el respeto y sometimiento, por los gobernantes y gobernados, en todo tiempo y circunstancia, al ordenamiento jurídico. Sometimiento que, por otra parte, debe ser llevada a la práctica, de un lado, siguiendo el orden de jerarquía y/o prelación establecido por el art. 410. II constitucional, es decir, respetando la primacía y normatividad de la Constitución y, de otro, en el marco del pluralismo jurídico y la unidad de la función judicial establecida por la propia Constitución, arts. 1º y 179, respectivamente.

Sin embargo, hay una cuestión que no puede pasarse por alto, la misma tiene que ver con la jurisprudencia del TCP, que por mandato de la propia Constitución, es vinculante y como tal, fuente de Derecho. En tanto que es fuente normativa, es parte del ordenamiento jurídico y como tal, *lato sensu*: es general, permanente, obligatorio y coercitivo; de donde, su observancia tiene que ver con el respeto y vigencia del principio de legalidad. Pues, la jurisprudencia del TC no sólo sirve para resolver un caso determinado, sino que se constituye además, en una guía vinculante para el resto de los jueces en el resto de los casos similares. Con lo cual, cabría decir que la nueva realidad jurídica iniciada ya desde el funcionamiento del TC, presupone un “deslizamiento” del principio de legalidad al del precedente vinculante³³, es más, cabría decir que la sujeción de los jueces a la doctrina del TCP supone, en definitiva, la implícita adopción de sistema americano del *stare decisis*.

³¹ Desde el punto de vista del principio de rigidez constitucional, el Estado se halla vinculado a la Constitución con mayor intensidad que a la ley, por el hecho de que la rigidez constitucional supone mayor rigurosidad, mayor consenso y por lo tanto, menor disponibilidad; en cambio con la ley ello no sucede, ya que éste desde el punto de vista de su reforma, derogación o abrogación, se halla bajo la total disponibilidad del Estado. Sobre el tema, vide, Aragón Reyes Manuel: *Estudios de Derecho...*, op. cit. pág. 85 y ss.

³² La referencia al Estado en este caso, no se da desde el punto de vista político-sociológico, sino desde la perspectiva de los poderes constituidos y más propiamente de los gobiernos de turno, quienes en tanto órganos constituidos –no constituyentes– no pueden disponer de la Constitución con la misma facilidad que lo pueden hacer con el resto de las leyes.

³³ Manzanera Samaniego, José Luis: “La delimitación de competencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”, en, Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo, (Ed.): *La aplicación jurisdiccional de la...*, op. cit. pág. 66.

primer órgano llamado a proteger y en su caso restablecer el respecto y la vigencia de los derechos y garantías fundamentales, es el juez ordinario, y, sólo en defecto de éste, el juez constitucional.

Para mayor abundamiento, dicha primera palabra de los jueces ordinarios en la protección y/o tutela de los derechos y garantías fundamentales, será llevada a la práctica, con motivo del conocimiento y resolución de sus “competencias naturales”, es decir, a tiempo de tramitar los procesos ordinarios y en cada orden jurisdiccional, llámese: civil, penal, anticorrupción, laboral, familiar, del menor, etc.⁶⁷, pero no así, valga la precisión, en su condición de tribunales o jueces de las acciones de defensa.

El hecho de que los jueces y tribunales ordinarios tengan la facultad de aplicar directamente la Constitución y de manera preferente, presupone, por otra parte, que en aquellos supuestos donde un juez tenga duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma infraconstitucional, podrá válidamente “desconocer” dicha norma y resolver el asunto aplicando directamente la Constitución. No es que el juez ha de declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión –facultad exclusiva del TCP– sino, sencillamente, la ha de inaplicar al caso concreto. Esta actuación no podría ser tachada de ilegal y mucho menos de inconstitucional, ya que de lo contrario, la previsión contenida en el artículo 151, LOJ, se tomaría superflua y carente de aplicabilidad.

En otras palabras, la única forma de hacer efectiva la citada previsión legal es, precisamente, asumiendo y llevando a la práctica, la expresa facultad atribuida al Juez de aplicar preferentemente la Constitución en defecto de una norma infraconstitucional, aun cuando éste no ha sido declarado inconstitucional. Evidentemente, a la luz del modelo de control de constitucionalidad de tipo concentrado, el planteamiento resulta poco digerible o cuanto menos no exenta de algún cuestionamiento; sin embargo, ello y no otra cosa es, al parecer, el espíritu de la norma objeto de análisis. Un propósito que, en el fondo, no hace otra cosa que guardar relación y coherencia con la supremacía y normatividad de la Constitución, que por cierto, ya es parte de la experiencia judicial boliviana, llevada a la práctica ente los años 70, 80 y 90 del Siglo pasado.

A modo de ejemplo, recuérdese que la Constitución de 1967 (art. 17), siguiendo a su predecesor, tácitamente, suprimió la pena de muerte, estableciendo que “No existe la pena de infamia, ni la de muerte civil. En los casos de asesinato, parricidio y traición a la patria, se aplicará la pena de 30 años de presidio, sin derecho a indulto...”; posteriormente, en el gobierno de facto del Cnl. Hugo Banzer Suárez, mediante Decreto-Ley N.º 10426 de 23 de Agosto de 1972, fue aprobado y promulgado el

en primer lugar, la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”. Así, en: *La crisis del recurso de amparo*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2005, pág. 47.

⁶⁷ Pérez Tremps, Pablo: “Comentarios al art. 41”, en, Requejo Pagés, J. Luis (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del...*, op. cit. pág. 646.

Código Penal, cuyos artículos 26 y 92, establecían la "pena de muerte", para determinados delitos. Dichos preceptos, sin embargo, al menos en el periodo democrático, nunca fueron aplicados a pesar de que aun estaban vigentes ya que nunca habían sido formalmente declarados inconstitucionales; eso fue así, sencillamente, por el hecho de que la Constitución prohibía la pena de muerte. Lo que supone decir que, en los hechos, los jueces y tribunales, antes que el Código Penal, aplicaban con carácter preferente el precepto constitucional.

A la luz del art. 15 LOJ, es la puesta en práctica de aquel razonamiento, indiscutido por cierto, lo que aquí nuevamente se plantea. Valga recalcar que la intención no es dotar al juez ordinario la faculta de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sino únicamente hacer posible o eficaz la normatividad de la Constitución, permitiéndoles su aplicación preferente y directa, aun incluso en defecto de ley, lógicamente, en aquellos supuestos donde así corresponda. De esta manera, por otra parte, lo que se puede conseguir es la revalorización de los derechos y garantías fundamentales y, por ende, la vivificación de la Constitución —donde se formulan aquellos derechos y garantías— dotándole de mejores y mayores posibilidades de instituirse en la expresión de la realidad. En otras palabras, admitir la aplicación directa de la Constitución en defecto de ley, por parte de la jurisdicción ordinaria, tal como establece el art. 15 LOJ y en el marco de los referidos principios jurídicos políticos —fundacionales y los actuales— en los que se sustenta el sistema, haría de la Constitución una realidad viva y cotidiana que refleje el presente y se proyecte hacia el futuro, en pos de impregnar y alimentar —en definitiva— la formación de lo que se dio en llamar la cultura constitucional⁶⁸ del que los bolivianos, tanto gobernantes como gobernados, aun carecemos.

⁶⁸ El concepto de cultura constitucional, en términos de Jiménez Campo, Javier, "no supone otra cosa que entender la Constitución como el resultado, provisional y a menudo polémico de reconocer y construir un sentido de presente, racional y culturalmente aceptable, a partir de palabras cada vez más lejanas, aunque escritas con voluntad de persistir; con la pretensión de ordenar de modo estable tanto la convivencia comunitaria como los límites del poder", vide, Jiménez Campo, Javier: *Derecho fundamentales. Concepto y garantías*. Trota, Madrid, 1999, pág. 14. A propósito, asumir dicho entendimiento es sin duda mucho más importante en aquellas sociedades donde la Constitución apenas pasa de ser un instrumento de mera legitimación antes que de ordenación, es decir, nominal antes que normativa, como es el caso boliviano, aunque cada vez en menor medida.

COMENTARIOS A LOS ARTS. 2, 5, 15 Y 17 LOJ.

Mauricio Ochoa

SUMARIO: Artículo 2. (NATURALEZA Y FUNDAMENTO). Artículo 5. (DESLINDE JURISDICCIONAL). Artículo 15. (APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES). Artículo 17. (NULIDAD DE ACTOS DETERMINADA POR TRIBUNALES).

ARTÍCULO 2. (NATURALEZA Y FUNDAMENTO).

El Órgano Judicial es un órgano del poder público, se funda en la pluralidad y el pluralismo jurídico, tiene igual jerarquía constitucional que los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Electoral y se relaciona sobre la base de independencia, separación, coordinación y cooperación.

COMENTARIO:

El Órgano Judicial en Bolivia, refiere el indicado artículo, se funda en la pluralidad, sin explicitar el contenido de lo que por éste se entiende. Si bien respecto al pluralismo jurídico existe ya una vasta literatura jurídica latinoamericana, no carente de difíciles soluciones, sobre todo en el ámbito jurisprudencial — vid. la jurisprudencia constitucional colombiana a éste respecto — no existe una definición propiamente jurídica de la "pluralidad"; categoría ajena a la terminología jurídica nacional.

En relación a la separación, coordinación y cooperación, tampoco se comprende cuáles son las atribuciones o facultades para ejercer la coordinación y la cooperación entre el Órgano Judicial y los demás órganos de Gobierno. La antigua ley 1455 explicitaba que todos los tribunales y jueces de la República, y el Poder Judicial en su conjunto, es independiente de los demás poderes del Estado y no están sometidos

