

LA CONSTITUCIÓN VIGENTE Y SUS LEYES DE DESARROLLO
¿GUARDAN COMPATIBILIDAD CON LA IDEA ESTADO DE
DERECHO?

*THE CONSTITUTION IN FORCE AND THE STATUTES
ENACTED TO ITS APLICATION, ARE ALL THEY COMPATIBLE
WITH THE RULE OF LAW?*

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 6-23



Willman R.
DURÁN
RIBERA

RESUMEN: Este artículo está dedicado al estudio del poder judicial en el Estado de Derecho. Desde aquí, analiza si la normativa constitucional, así como las leyes que se han dictado en su desarrollo, son compatibles con el diseño institucional que cualquier poder judicial debiera tener a efectos de controlar los actos de los otros poderes públicos.

PALABRAS CLAVE: Estado de Derecho, poder judicial, Constitución boliviana.

ABSTRACT: This article is mainly focused in the role of the Judiciary Power in the Rule of Law. Taking this as a starting point, it analyzes whether the constitutional regulation as well as the legislative enactments are compatibles with the institutional design that any Judiciary must have in order to review the acts of the other branches of government.

KEY WORDS: Rule of Law, Judiciary Power, Bolivian Constitution.

SUMARIO.- I. IDEAS DE APROXIMACIÓN AL TEMA. I.2 Concepto de Estado de derecho. I.3 Pilares básicos o contenidos que sustentan el Estado de Derecho. I.4 Aplicación e interpretación de los derechos fundamentales en el marco de la Constitución. I.5 Los principios de la interpretación de la Constitución. I.7 El canon de racionalidad en la creación de las normas. I.8 Metodología a emplearse. II. ESTUDIO ANALÍTICO. II.1 Sobre la garantía de acceso a la vía judicial. II.1.1 Quebrantamiento de la garantía de la vía judicial por omisión legislativa en la propia Constitución. II.1.2 Los actos de la Administración están exentos de control judicial. II.2 Sobre la independencia judicial. II.2.3 Ambigüedad e imprecisión normativa de la Constitución es utilizada para vulnerar el principio de legalidad y el derecho al debido proceso. II.2.3.1 Ley 004 lesiona en su núcleo esencial la garantía del principio de legalidad tanto en su vertiente penal y como procesal. II.2.4 Vulneración de la Constitución por las leyes de desarrollo. II.2.4.1 Ley del Tribunal Constitucional otorga al Legislativo la atribución de interpretar la Constitución. II.2.4.1 Ley 007 prevé que las resoluciones del Tribunal Constitucional sólo son vinculante cuando el operador jurídico las considere conforme a la Constitución. III. Conclusión.

I. IDEAS DE APROXIMACIÓN AL TEMA

I.1 Alcance del trabajo y secuencia expositiva.

El trabajo se abocará a verificar si los preceptos que integran la Constitución vigente y sus leyes de desarrollo, guardan compatibilidad con los pilares básicos del Estado de Derecho. Desde esta perspectiva, verificaremos en lo pertinente, si los preceptos que regulan la función judicial son idóneos y suficientes para que este órgano del Poder cumpla el rol que se le asigna -en el Estado de Derecho-, a la función judicial; entre ellos, fundamentalmente, el de ejercer el control judicial del ejercicio del Poder y garantizar la eficacia material de los derechos y libertades de las personas.

I.2 Concepto de Estado de derecho.

La expresión Estado de Derecho no goza de una uniforme concepción. Básicamente esta expresión es utilizada bajo perspectivas contrapuestas o divergentes en su contenido. Se trataría, según Sánchez Lascurain “de una afortunada expresión cuya ambigüedad ha permitido su aceptación por grupos sociales ideológicamente enfrentados”¹. Desde un punto de vista estrictamente legalista, puede definirse la expresión “Estado de Derecho” como aquel Estado en el que impera la ley o que funciona a través de los causes establecidos por la legislación vigente. El uso de la

¹ LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, la protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, Ed. Civitas, Madrid, 1994, Pág. 175.

• Willman Ruperto Durán Ribera

Es Abogado y doctorado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid; profesor de postgrado de las universidades: Gabriel René Moreno, San Simón, San Andrés, San Francisco Xavier, Andina Simón Bolívar, Franz Tamayo y Aquino de Bolivia.

expresión en este sentido es cuestionable, dado que al ser el Estado, una forma de organización coactiva de la sociedad, que utiliza a la ley como instrumento para asegurar su vigencia y el logro de sus fines; conduciría a una identificación entre Estado y Estado de Derecho, privándole a este último de la función legitimadora que había sido causa de su nacimiento²; pues, bajo esta concepción, todo Estado sería de Derecho por el sólo hecho de que la actividad estatal se desarrolle bajo cánones legales; imprescindibles por lo demás en la articulación de todo Estado³; al ser éste –como quedó expresado– una forma de organización coactiva de la sociedad.

La expresión “Estado de Derecho” como sinónimo de “Estado Constitucional”, debe entenderse por Estado de Derecho a aquel modelo de Estado que se caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos, al ordenamiento jurídico, y dentro de ello, a su norma suprema (La Constitución); orden superior que expresa y garantiza unos valores que desde el punto de vista moral y político, se consideran básicos para la convivencia social y sin cuyo respeto y salvaguarda eficaz, no es posible adjetivarle como Estado de Derecho. Y es que este modelo de Estado, responde a una determinada concepción del hombre y de la comunidad política: la del Estado como ente racional al servicio del individuo y la comunidad.⁴

1.3 Pilares básicos o contenidos que sustentan el Estado de Derecho.

Existe consenso en la doctrina que el principio Estado de derecho tiene como contenido básico los siguientes institutos jurídicos: la protección de la dignidad humana, la garantía de la vía judicial, independencia de los jueces, derecho al debido proceso, división de poderes, sometimiento de los poderes al orden constitucional y a las leyes; exigencias formales y materiales para la creación de las normas.⁵

Vinculado con lo anterior se tiene que dentro del sistema de la división de poderes, el primordial rol de la función judicial, en el Estado de derecho, es la de actuar de dique de contención de la extralimitación de los restantes poderes; o lo que es lo mismo, es el **poder moderador del poder**; rol que cumple a través de la

² Ibid.

³ Lansing, Norberto, Estado de Derecho y debido proceso penal, Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano, Ed. 1998, Buenos Aires, 1998, Pág. 453,

⁴ LASCURAIN SANCHEZ, ob. cit. Pág. 175

⁵ Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en la SC 101/2004, ha entendido que “...el Estado de Derecho no sólo se caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al ordenamiento jurídico vigente, sino por su vinculación a un ordenamiento superior en que se consagran y garantizan unos valores (derechos y libertades públicas) que, desde el punto moral y político, se consideran básicos para la convivencia humana y la consecución de la paz social”.

“Esta noción de Estado de Derecho, responde a una determinada concepción filosófica del hombre y de la comunidad política –el Estado como ente racional al servicio del individuo– que se constituye en un sistema de vida en libertad, que se configura bajo la idea de: a) separación de los poderes estatales; b) sometimiento de todos los poderes al orden constitucional y a las leyes; c) sujeción de la administración a la ley y control judicial; d) reconocimiento jurídico formal de una serie de derechos, libertades y garantías fundamentales. Esta segunda noción de Estado de Derecho es la que guarda compatibilidad con el modelo de Estado diseñado por la reforma de nuestra Constitución; lo que significa que el legislador a tiempo de crear normas legales, debe precautelarse que éstas no menoscaben los derechos y garantías fundamentales”.

potestad jurisdiccional que inviste, proveyendo tutela judicial efectiva⁶, en el marco del respeto al derecho al debido proceso de ley y el derecho al juez independiente e imparcial.

1.4 Aplicación e interpretación de los derechos fundamentales en el marco de la Constitución.

El artículo 13 de la Constitución, luego de describir las notas que caracterizan a los derechos reconocidos por la Constitución, precisa que "El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos". A su vez el art. 256, en cuanto a su aplicación, establece que "I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta" agregando en el párrafo II del mismo artículo en cuanto a su interpretación, que "II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables"; de lo que se extrae que los derechos contenidos en el sistema internacional de protección de los derechos humanos tienen jerarquía supraconstitucional; consiguientemente, todo el quehacer legislativo ordinario queda vinculado en la creación de las normas, y en especial, a las que tienen la función de tutelar tales derechos, a precautelarse que los preceptos contenidos en tales leyes, no restrinjan la realización efectiva de tales derechos y garantías, sino que al contrario, desplieguen su máxima eficacia.

1.5. Los principios de la interpretación de la Constitución.

La constitución al ser una ley de características muy peculiares, requiere además de los métodos de la interpretación utilizados para la interpretación de la legalidad ordinaria, la utilización de principios propios de la interpretación constitucional, entre ellos, el principio de unidad de la constitución, que parte de la idea de que la Constitución es una unidad, y por tanto, no puede ser parcelada en la labor interpretativa⁷ en partes aisladas; el principio de concordancia práctica, que exige que los bienes jurídicos protegidos implicados en la interpretación deben ser compatibilizados, y en caso de que no sea posible encontrar una solución por esta vía, se debe recurrir a la ponderación de los bienes jurídicos en juego; el principio de eficacia integradora, que enseña que si la norma promueve la formación y

⁶ La Convención Americana sobre derechos humanos, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, y al juez independiente e imparcial, en los siguientes términos: "**Artículo 8. Garantías Judiciales:**

I. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

⁷ Así la DC 003/2005 del Tribunal Constitucional, sobre el particular precisó lo siguiente: "...el art. 118.5° de la CPE, ...sólo puede ser interpretado bajo el principio de unidad de la Constitución... que impele al órgano constitucional a interpretar la Constitución de manera conjunta"

mantenimiento de una determinada unidad política, la interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad, tomando en cuenta la realización de los fines del Estado y la conservación del sistema; y finalmente, el principio de eficacia o efectividad, que obliga al intérprete a optimizar y maximizar las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido, actualizándolas ante los cambios del mundo externo. Este principio es utilizado frecuentemente en la interpretación de los derechos fundamentales, conocido con el nombre de principio de favorabilidad o *in dubio pro libertate*.

Consiguientemente, de lo expresado nace la necesidad de que el contraste o test de compatibilidad no se reduzca sólo a preceptos aislados, sino a la interpretación de la Constitución como unidad, como conjunto; por tanto, tal análisis debe extenderse, según el caso, al artículo del que forma parte el párrafo o inciso en estudio; al capítulo o título con el que se vincula; en síntesis, con la Constitución; o lo que es lo mismo, con sus normas, principios y valores; así como el sistema internacional de protección de los derechos humanos, dada la prevalencia de estos, en el orden interno. Este entendimiento es uniforme en la jurisprudencia nacional, comparada y en la doctrina.⁸ La misma hermenéutica será aplicada en el análisis de las leyes de desarrollo.

1.7. El canon de racionalidad en la creación de las normas.

La doctrina⁹ y la jurisprudencia comparada¹⁰, ha propuesto un marco analítico que puede ser útil para constatar si los preceptos contenidos en las leyes objeto del presente trabajo, superan las exigencias de racionalidad legislativa, visualizado conforme a los siguientes criterios¹¹:

⁸ En efecto, el **Tribunal Constitucional de Bolivia**, sobre el particular precisó en la SC 1846/2004-R, lo siguiente: "En este orden, conviene precisar que la interpretación sistemática o contextualizada, puede extenderse, según los casos, al artículo del cual forma parte el párrafo o inciso analizado; al capítulo o título al que pertenece; al sector del ordenamiento con el que se vincula o pertenece; o al ordenamiento en su conjunto; y finalmente, de manera inexcusable, con las normas, principios y valores de la Constitución, dado que de todas las interpretaciones posibles que admita una norma, debe prevalecer siempre aquella que mejor concuerde con la Constitución".

Independientemente de lo anotado, esta interpretación puede ser subsumida dentro de la interpretación sistemática; pues en última instancia, el texto legal interpretado, de acuerdo al método sistemático, la norma será conectada con todo el ordenamiento jurídico, principalmente con los preceptos constitucionales.

El Tribunal Constitucional de España, que en la STC 9/1981, en la STC 77/1985, señaló que "este principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución se justifica, puesto que la Constitución es uno de los elementos interpretativos que deben barajarse en toda labor de hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y teleológica"; señalando luego en la STC 112/1989, que "todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a la Constitución y en la medida más favorable a los derechos fundamentales. De este modo, la constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico."

Rodolfo Luis Vigo, enseña que "en toda interpretación jurídica está presente, de manera más o menos directa, la totalidad del sistema jurídico, incluida su norma superior... (porque) el Estado contemporáneo es fundamentalmente Estado de Derecho o Estado Constitucional, (y) la teoría de la interpretación jurídica aparece como una dimensión inescindible y principal de la teoría del Estado y del Derecho Constitucional".

⁹ Por todos, Cfr.: Díez Ripollés, José Luis, *El Control de Constitucionalidad de las leyes penales*, Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211, núm. 75, septiembre-diciembre (2005), págs. 59-116.

¹⁰ Véase entre otras, las SSTC español: 108/1986, de 29 de julio; 92/2002, de 25 de abril, 142/1993, de 22 de abril.

¹¹ Díez Ripollés, José Luis, ob cit. Pág. 60 y ss., sobre cuya propuesta desarrollaremos este apartado.

De racionalidad ética, que exige que la norma a crearse guarde correspondencia con las creencias, valores y principios, en los que se sustenta y desarrolla la interacción social de la colectividad destinataria de la norma. Lo que aquí se trataría de constatar; es si la ley guarda sujeción a esas pautas de la convivencia social.

De racionalidad teleológica, que exige que el texto guarde coherencia con la finalidad que se persigue con la creación de la norma.

De racionalidad pragmática, que el mandato o la prohibición que expresa la norma, han de ser previsiblemente cumplidos; asegurando de esta manera que la función de la norma como directiva de conducta de sus destinatarios, tenga eficacia.

De racionalidad jurídico- formal, que exige que la norma creada guarde compatibilidad y coherencia con el sistema constitucional y jurídico en el que inserta.

De racionalidad lingüística, que exige que la norma jurídica además de tener claridad y precisión, emplee un lenguaje asequible al entendimiento común de sus destinatarios; de tal manera que cumpla la función trasmisora del mensaje normativo.

I.8. Metodología a emplearse.-

En base a los presupuestos normativos, jurisprudenciales y doctrinales descritos precedentemente, los preceptos de la Constitución y sus leyes de desarrollo, en lo conducente; serán contrastadas con los pilares básicos del Estado de Derecho y el sistema internacional de protección de los derechos humanos; a objeto de verificar, desde un plano estrictamente objetivo, si las normas aludidas aseguran de manera eficaz, la vigencia plena de los pilares básicos en los que se asienta el Estado de Derecho; esto es, la garantía de la vía judicial o tutela judicial efectiva, la independencia de los jueces, el derecho al debido proceso, división de poderes, sometimiento de los poderes al orden constitucional y las exigencias formales y materiales para la creación de las normas.

II. ESTUDIO ANALÍTICO.

II.1 Sobre la garantía de acceso a la vía judicial.

La garantía de acceso a la vía judicial, de la que se deriva el derecho a la tutela judicial efectiva, está prevista formalmente en la Constitución vigente en el art. 115.I, conforme al siguiente texto: "Artículo 115. I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". Esto significa que cuando alguien se siente afectado por algún acto o resolución sea del Poder público o de los particulares, la Constitución vigente le garantiza el derecho de acudir ante un juez competente para la protección

de sus derechos e intereses legítimos; lo que implica, como punto de partida, el funcionamiento de tales órganos (jurisdicción ordinaria o Constitucional), así como el acceso expedido y pronto de los ciudadanos al juez competente, que es el preestablecido en el orden jurídico.

Del contraste entre esta garantía establecida en la Constitución por el art. 115.I y los restantes preceptos de la misma Constitución y sus leyes de desarrollo, se constata que la indicada garantía se agotó en una simple declaración formal, sin posibilidad de eficacia material plena, conforme precisará en el apartado que sigue.

II.1.1. Quebrantamiento de la garantía de la vía judicial por omisión legislativa en la propia Constitución.

El legislador constituyente en su **Disposición Abrogatoria** dispuso textualmente lo siguiente: “Queda **abrogada** la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas posteriores” (Las negrillas son nuestras). De esto dimana que a parir de la promulgación de la nueva Constitución y la abrogación de la vieja, tanto los órganos jurisdiccionales existentes en el marco de la Constitución abrogada así como las autoridades que la conformaban, dejaron de tener vigencia, conforme lo precisó la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual, **“las normas de la Constitución tienen aplicación inmediata**, y que excepcionalmente, la normativa abrogada podría seguir en vigor; cuando el mismo Legislador Constituyente, a través de las Disposiciones Transitorias, determinen en forma expresa que continúen aplicándose **“hasta que se sancionen algunas Leyes de desarrollo, o se designen autoridades”**.¹²

¹² La SC 0076/2005, estableció la siguiente doctrina aplicable: “ De acuerdo a las características anotadas, la Constitución Política del Estado, al ser el fundamento del ordenamiento jurídico, no puede estar sometida a las reglas de la irretroactividad establecidas por la propia Constitución (art. 33) para las leyes y, en general, para toda norma jurídica infra constitucional. En este sentido, se entiende que las reformas introducidas al texto constitucional tampoco están sometidas a esas reglas; al contrario, en virtud de las características anotadas y de la fuerza expansiva de la Constitución, es el ordenamiento jurídico el que tendrá que readecuarse a los nuevos lineamientos establecidos por la Ley Suprema.”

“En ese orden, la Constitución, al ser la base que estructura el sistema jurídico y la convivencia social, no está regida por el principio de irretroactividad, sino que, a diferencia de las otras normas jurídicas, sus preceptos tienen eficacia plena en el tiempo, lo que implica que pueden ser aplicados en forma inmediata, salvo que el mismo texto constitucional disponga otra cosa, en resguardo de una aplicación ordenada, y de la seguridad jurídica.”

“Bajo ese entendimiento, es la misma Constitución la que define o determina en qué casos la eficacia plena de las normas constitucionales en el tiempo puede ser modulada. Esto se constata en los siguientes supuestos: 1. Las disposiciones transitorias en determinados casos establecen la inaplicación de ciertos preceptos constitucionales hasta que se sancionen algunas Leyes de desarrollo, o se designen autoridades. Así, por ejemplo, la Ley 1585 de 12 de agosto de 1994, entre sus disposiciones transitorias estableció, en el art. 1 que “En tanto el Tribunal Constitucional y el Consejo de la Judicatura no se designen por el Congreso Nacional, el Poder Judicial continuará trabajando de acuerdo al Título III de la Constitución Política del Estado de 2 de febrero de 1967”; en el art. 2° se determinó que “El nombramiento de Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Vocales, Jueces y personal subalterno de las Cortes Departamentales, hasta que no se promulgue la ley que regule el funcionamiento del Consejo de la Judicatura se regirá por lo dispuesto en el Título III de la Constitución Política del Estado de 2 de febrero de 1967 y la Ley de Organización Judicial.”

“2. El art. 231 de la CPE establece otra excepción a la eficacia plena en el tiempo de los preceptos constitucionales, al señalar que: “Cuando la enmienda sea relativa al período constitucional del Presidente o Vicepresidente de la República, entrará en vigencia sólo en el siguiente período constitucional”. “Este supuesto nos muestra con toda claridad que si la norma constitucional no señalara de manera expresa que la enmienda entra en vigencia el siguiente período, su aplicación sería inmediata. Lo que nos hace ver que es la propia Constitución la que marca los supuestos de excepción al principio general de eficacia plena de la Constitución en el tiempo.”

Como se puede apreciar, aquí hay una ruptura, un corte, en el funcionamiento de uno de los órganos del poder estatal. Esto se presenta debido a que inexplicablemente no se tendió el puente jurídico (desconocemos los motivos), a través del derecho transitorio.

Desde esta perspectiva, como previsiblemente ni los órganos ni los funcionarios de la nueva Constitución estaban en condiciones de entrar en vigor, se debió disponer la ultra actividad de las normas abrogadas y la continuación de las funciones de los jueces del sistema anterior. Esto ocurre de manera regular en todo cambio de normas; sean ordinarias o constitucionales. El derecho transitorio regula qué órgano jurisdiccional (jueces), serán los encargados de resolver los procesos de la jurisdicción constitucional y ordinaria que se encuentran en curso (**procesos no concluidos**), al momento de la promulgación de la nueva norma. Lo propio ocurre con la regulación de las causas nuevas, hasta el funcionamiento pleno de los órganos previsto en el nuevo orden jurídico.

La omisión aludida podría representar un incumplimiento de deberes; comportamiento que se halla sancionado en la ley¹³, del que dimanar responsabilidades penales y civiles por el daño causado a las víctimas, que no son otras que quienes se vieron privadas del derecho a la tutela judicial pronta y efectiva.

De La omisión Constitucional aludida, se derivan tres cuestiones con significativa relevancia jurídica, a saber:

1. Los jueces asumen jurisdicción y competencia sin respaldo jurídico.-

En efecto, los órganos jurisdiccionales de la ex República (Ministros de la Corte Suprema, Vocales de Corte, Jueces, etc.), asumieron conocimiento de los asuntos en trámite y de las causas nuevas, por **vías de hecho**; esto es, sin ningún amparo o cobijo constitucional; dado que tanto la jurisdicción como la competencia, deben nacer de la ley, no del voluntarismo. En el caso concreto, los jueces de las distintas jerarquías y materias, han ejercido la potestad jurisdiccional sin amparo del orden constitucional; ni del nuevo ni del derogado. Se ha ejercido la potestad jurisdiccional sin ley.

2. Se intentó tardíamente, y por causas no constitucionales, superar la omisión.-

Invocando la ausencia de reglas para el período de transición constitucional, la Asamblea legislativa sancionó el 13 de febrero de 2010, la llamada "Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público (Ley 003); la cual, bajo el argumento de "garantizar el funcionamiento y continuidad del servicio de administración de justicia" (art. 1), dispone que el Presidente del Estado

¹³ Cfr.:ARTÍCULO 154.- (Incumplimiento de deberes). El funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función, incurrirá en reclusión de un mes a un año.

Plurinacional, **designará** a los cargos de **Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo de la Judicatura** (art. 3) . Esta misma ley prorroga el periodo de funciones del **Fiscal General interino**, asignándole la prerrogativa de designar a los fiscales de distrito interinamente (La Ley 025 del Órgano Judicial, de manera desfasada regula el periodo de transición).

3. La aplicación de la ley 003, provocó infracciones graves al orden constitucional, a saber:

- a) **Vulneración del principio de sujeción de los órganos de poder a la Constitución.**- Este principio, consustancial al Estado de derecho, fue infringido, dado que los nombramientos no guardaron sujeción ni con el antiguo ni con el nuevo orden constitucional. En efecto, la Constitución nueva establece que los cargos de la cúpula judicial deben ser cubiertos mediante elección de las nóminas que apruebe la Asamblea Legislativa. A su vez la Constitución derogada, le otorga la atribución de designar a los Ministros de la Corte Suprema, Consejo de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Constitucional, Fiscal General y Fiscales de Distrito, al Parlamento. En síntesis, aquí, al desvincularse el Poder Constituido de la Constitución, en los hechos, se quebrantaron varios pilares básicos del Estado de Derecho proclamado por misma Constitución; entre ellos, el principio de independencia de los órganos del Poder estatal¹⁴; la prohibición expresa de conceder facultades extraordinarias, contemplada en el art. 140 de la Constitución¹⁵; el derecho de los ciudadanos al juez independiente e imparcial (art. 120.1)¹⁶
- b) **Se priva a los ciudadanos del derecho a la tutela judicial.**- El Tribunal Constitucional interino designado por el Presidente de la República, en el marco de la ley 003, tenía la función de liquidar los asuntos en trámite; con lo cual no se ocupó de los asuntos nuevos; con lo cual varios recursos constitucionales quedaron sin ninguna posibilidad de ser activados en la perspectiva de obtener la tutela judicial a los derechos de los ciudadanos que proclama la nueva Constitución; entre ellos, el incidental de inconstitucionalidad, el recurso contra tributos y otras cargas públicas, etc.

El estado de indefensión se agravó aún más, debido a que el mismo Tribunal interino **ha rechazado conocer procesos en liquidación**, bajo el argumento de que

¹⁴ Cfr.: "Artículo 12. I. El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos."

¹⁵ Artículo 140. I. Ni la Asamblea Legislativa Plurinacional, ni ningún otro órgano o institución, ni asociación o reunión popular de ninguna clase, podrán conceder a órgano o persona alguna facultades extraordinarias diferentes a las establecidas en esta Constitución

¹⁶ Artículo 120. I. Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa.

“...el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad **está basada íntegramente en la Constitución Política abrogada...**”¹⁷ (las negrillas son nuestras); omitiendo cumplir de manera inexplicablemente el mandato que le dio la ley de liquidar las causas en trámite. El argumento de que se rechaza el recurso porque “está basado íntegramente en la Constitución abrogada...”, es desconcertante desde la óptica del derecho transitorio dado que todo órgano liquidador en cualquier parte del mundo, resuelve las causas en trámite aplicando la legislación que se va, nunca la que llega. Esa es la naturaleza de todo tribunal liquidador. Por lo demás, es la misma Ley de la que provino su designación, la que le encomendó tarea de **liquidar las causas en trámite**; y no obstante aquello, a los ciudadanos no se proveyó la tutela judicial que invocaron, por lesión a sus derechos y garantías constitucionales.

II.1.2 Los actos de la Administración están exentos de control judicial.

Por principio general, la garantía de la vía judicial asegura que ninguna parcela del Poder estatal puede estar exento de control judicial; lo cual garantiza al ciudadano la posibilidad de que toda decisión o acto de la Administración (Poder Ejecutivo), que afecte sus derechos o intereses jurídicos legítimos, pueda estar sometida a control judicial; lo que implica que quien estime que sus derechos o intereses jurídicos legítimos, están siendo lesionados o amenazados, pueda ocurrir, en forma expedita, pronta y oportuna, ante la autoridad judicial en busca de protección jurídica.

Esta garantía se la materializa generalmente a través del Contencioso administrativo; el cual no está contemplado dentro de las atribuciones que la Constitución le asigna al Tribunal Supremo de Justicia (art. 184)¹⁸; tampoco está presente en la ley del Órgano Judicial; dado que el art. 38 de la ley establece las atribuciones de la Sala Plena no alude a este recurso. Tampoco está regulado por el art. 42, que enumera las atribuciones de las Salas Especializadas.

¹⁷ Cfr.: AC 0085/2010-CA, de 19 de abril de 2010

¹⁸ Artículo 184. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, además de las señaladas por la ley:

1. Actuar como tribunal de casación y conocer recursos de nulidad en los casos expresamente señalados por la ley.
2. Dirimir conflictos de competencias suscitados entre los tribunales departamentales de justicia.
3. Conocer, resolver y solicitar en única instancia los procesos de extradición.
4. Juzgar, como tribunal colegiado en pleno y en única instancia, a la Presidenta o al Presidente del Estado, o a la Vicepresidenta o al Vicepresidente del Estado, por delitos cometidos en el ejercicio de su mandato. El juicio se llevará a cabo previa autorización de la Asamblea Legislativa Plurinacional, por decisión de al menos dos tercios de los miembros presentes, y a requerimiento fundado de la Fiscal o del Fiscal General del Estado, quien formulará acusación si estima que la investigación proporcionó fundamento para el enjuiciamiento. El proceso será oral, público, continuo e ininterrumpido. La ley determinará el procedimiento.
5. Designar, de las ternas presentadas por el Consejo de la Magistratura, a los vocales de los tribunales departamentales de justicia.
6. Preparar proyectos de leyes judiciales y presentarlos a la Asamblea Legislativa Plurinacional.
7. Conocer y resolver casos de revisión extraordinaria de sentencia.

Es de hacer notar que el Proyecto de ley del Órgano Judicial contenía una vaga referencia al contencioso administrativo¹⁹; sin embargo, por alguna razón que desconocemos, se optó por su desaparición.

II.2 Sobre la independencia judicial.

La independencia judicial está formalmente garantizada en el Art. 178. La independencia judicial para que tenga eficacia material **-esto es para que cada Juez o Tribunal en el ejercicio de su labor jurisdiccional no esté expuesto a interferencias externas-** debe ser precautelada tanto desde afuera como al interior de la organización judicial; lo que implica que la protección debe ser: **1)** frente a los restantes órganos del Poder **2)** frente a los órganos jurisdiccionales, administrativos y disciplinarios del mismo Poder Judicial **3)** frente a la sociedad. En este contexto, se suele clasificar estas garantías de salvaguarda de la independencia judicial en dos grandes grupos: **1)** los que precautelan la independencia judicial frente a factores externos **2)**

Desde la perspectiva anotada, en el texto de la Constitución en vigor, se detecta una severa afectación a la independencia del órgano judicial por parte del Legislativo (Asamblea Plurinacional). En efecto, el art. 159. I I, otorga a la Cámara de Diputados la atribución de "Acusar ante la Cámara de Senadores a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo y del Control Administrativo de Justicia por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones". A su vez el art. 160.6, otorga a la Cámara de Senadores, la atribución de "Juzgar en única instancia a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo, del Tribunal Agroambiental y del Control Administrativo de Justicia por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones...".

Del contenido del precepto glosado se constata que el texto constitucional no ha respetado el rol que dentro del Estado de Derecho tiene cada órgano del Poder público. El rol esencial de la función judicial, es la de juzgar; el legislativo, legislar; y, el Ejecutivo, administrar. Conforme a esto, otorgar al legislativo la atribución de juzgar, que es propia de la función judicial; de un lado, corroe la base en la que fundamenta el sistema de la división de poderes, como contenido esencial del Estado de Derecho, y de otro lado, lesiona en su núcleo esencial el derecho que tienen los ciudadanos al juez competente, independiente e imparcial; con lo cual, los derechos y libertades proclamadas por la Constitución y la Convención americana de Derechos Humanos (art. 8)²⁰ están seriamente dañados. Es que en la división de poderes late la idea de que ninguno de los otros órganos del poder pueden asumir el rol esencial asignado

¹⁹ Cfr.: "Artículo 69.- COMPETENCIA DE JUZGADOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA, COACTIVO FISCAL Y TRIBUTARIA El Juez en materia Administrativa, Coactiva Fiscal y Tributaria tiene competencia para: 3. Conocer en los casos previstos por la ley, los procedimientos contencioso administrativo."

²⁰ Cfr.: Art. 8 I. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"

a los restantes sin desnaturalizar el principio en que se fundamenta la división del Poder (frenos y contrapesos); creados como mecanismo que tiende a garantizar la existencia del juez imparcial; idóneo por tanto, para reconducir a través de la potestad jurisdiccional que ejerce, la acción estatal a los valores y principios constitucionales en los que se asienta todo Estado, que se predica como de Derecho.

A partir de la experiencia humana, no cabe duda que independencia judicial proclamada por la Constitución ha quedado reducida a una simple declaración formal sin posibilidad alguna de eficacia; dado que sobre la cúpula del Órgano Judicial y los Magistrados del Tribunal Constitucional, y desde éstos a los demás jueces, pesará la amenaza siempre latente del **proceso penal** por parte del Partido de turno que ostente la supremacía parlamentaria; con lo cual, en el entendido que la independencia judicial no es un fin en sí mismo sino un medio para precautelar el derecho de los ciudadanos al juez imparcial; en definitiva, será potencialmente cada ciudadano el afectado, al no tener la posibilidad de acceder cuando así lo requiera el caso, al juez independiente e imparcial en procura de tutela judicial, cuando sus derechos e intereses jurídicos legítimos, sean lesionado o amenazados de ser lesionados.

El test de congruencia para verificar la incompatibilidad entre la disposición constitucional en análisis y el derecho al juez imparcial que tiene todo ciudadano en el modelo Estado de derecho, podría formularse del siguiente modo: ¿Los miembros del parlamento están revestidos de independencia e imparcialidad?

II.2.3 Ambigüedad e imprecisión normativa de la Constitución es utilizada para vulnerar el principio de legalidad y el derecho al debido proceso.

La exigencia de ley previa, como única fuente creadora de delitos y penas, se conoce con el nombre de principio de legalidad. Es la más significativa de todas las garantías que rigen en materia penal; pues, busca eliminar que el poder público pueda perseguir ciudadanos sin una ley que describa de manera clara y precisa (*lex certa*), creada con anterioridad al supuesto hecho delictivo que genera la persecución penal (*ley previa*). El principio prohíbe con la misma intensidad, la aplicación de figuras delictivas agravadas de manera retroactiva. Esta garantía el pueblo de Inglaterra le arrancó luego de largo sacrificio, aunque con severas deficiencias, al Rey Juan Sin Tierra en la denominada Carta Magna de 1215, quien en el art. 39, garantizó que “Ningún hombre libre será tomado o aprisionado, o despojado o proscrito, o destruido de cualquier manera, ni pasaremos sobre él, salvo por el proceso legal de sus pares o por la Ley del país”.

Todas las versiones constitucionales en Bolivia han reproducido en sus textos el contenido esencial de esta garantía; dado que se ha entendido que el ciudadano tiene derecho a saber, con claridad y en todo momento, lo que puede hacer (ámbito

de lo permitido); Lo que no puede hacer (ámbito de lo penalmente prohibido) y lo que le sucederá (la consecuencia) si realiza la conducta prohibida.

La Constitución en vigor prohíbe de manera general la aplicación retroactiva de la ley, conforme al siguiente texto: "Art. 116. II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible." El art. 123 formula de manera específica la garantía en materia penal, con severas ambigüedades e imprecisiones.

En efecto, la primera parte del Art. 123 de la Constitución; consagra el principio de irretroactividad en la aplicación de ley; estableciendo dos supuestos en los que es posible aplicar la ley retroactivamente (materia laboral y penal); conforme al siguiente texto:

"Artículo 123. *La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado;...*" (Las negrillas son nuestras)

La garantía transcrita, cuya finalidad es proveer certidumbre en los ciudadanos de que el Estado no aplicará ninguna ley penal de manera retroactiva desfavorable, tiene un aditamento que destruye el núcleo esencial de la garantía proclamada en el art. 116.II DE LA Constitución; al establecer a renglón seguido que la excepción de aplicación retroactiva de la ley pena, se extenderá:

"...en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución."(Las negrillas y subrayado es nuestro)

Si bien el texto en principio podría resultar inocuo de cara a la aplicación retroactiva de la ley penal sustantiva, dado que existe uniformidad en la doctrina y en la jurisprudencia en sentido de que la ley **procesal** al ser instrumental no está afectada por la prohibición aludida, excepto claro está, cuando afecta ámbitos de libertad; en cuyo caso, si tiene contenido sustantivo no obstante estar en una ley procesal, rige la prohibición de aplicación retroactiva.

Como se puede verificar, el texto del artículo en análisis en su primera parte está hablando de una excepción universalmente acogida por las distintas constituciones, como es la aplicación retroactiva de ley penal favorable, llamado principio de favorabilidad o benignidad; sin embargo, dentro de esa estructura literal, aparece la expresión **"...en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos"** (las negrillas son nuestras); que se muestra discordante con la articulación total del texto, dado que como parte integrante del principio de favorabilidad que

creó el derecho penal humanitario, se inserta otro diametralmente opuesto en su finalidad, como es el de aplicar preceptos penales desfavorables.

Este no sería a lo mejor un problema dogmático relevante por cuanto pudo haber sido interpretado dentro de los cánones de los tratados internacionales sobre derechos humanos a través de las leyes de desarrollo de la Constitución; sin embargo, contra todo pronóstico, esta ambigüedad, que a todas luces es contraria a la exigencia de taxatividad que tiene por finalidad delimitar el campo de acción del Estado y garantizar las libertades individuales, ha sido utilizada en franca contradicción con la jurisprudencia constitucional²¹, para “fundamentar” -como se constará luego- la creación de normas punitivas que lesionan de manera grosera el principio de legalidad y el derecho al debido proceso de ley; ambos, como quedó precisado, proclamadas por la Constitución y consagrados en los tratados internacionales.

II.2.3.1 Ley 004 lesiona en su núcleo esencial la garantía del principio de legalidad tanto en su vertiente penal y como procesal.

En materia penal, la lesión al principio de legalidad penal -que opera siempre como base del principio de seguridad jurídica- se materializó entre otros, a través de los artículos 27 y 28 de la ley en análisis, al establecer que a los funcionarios públicos y a los particulares, se será aplicable de manera retroactiva las sanciones establecidas en los referidos preceptos penales, con lo cual se vulneró el principio de legalidad y derivado de esto, el derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos, derechos que se hallan cobijados dentro de las garantías judiciales mínimas contenidas en el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

En materia procesal, la lesión al principio de legalidad se hace presente, entre otros, a través del art. 37 de la ley 004 que modifica el art. 91 y 344 Bis del Código de Procedimiento Penal, autorizando el desarrollo del juicio penal y la imposición de penas, sin presencia del procesado (en rebeldía); extremo que viola de manera patente la garantía establecida en la Constitución en el art. 115²², así como en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los juicios en rebeldía son la antítesis del sistema procesal, caracterizado por el principio de contradicción y el derecho a la defensa amplio e irrestricto, entre ellos el relativo a la defensa material.

²¹ La SC 1691/2004-R, precisó que “III.... el quebrantamiento de la función de garantía que cumple el tipo penal, dentro de ello el principio de legalidad, que no sólo cumple la función de discriminar los comportamientos en punibles y no punibles; sino básicamente, la de establecer en qué tipo penal se subsume la conducta investigada; de ahí que se afirme la tipicidad de un hecho cuando existe plena coincidencia entre el mismo y la descripción conceptual abstracta dada por el legislador. Sólo a través de una adecuada o correcta calificación del hecho se realiza”

²² Artículo 115.I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.
II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

II.2.4. Vulneración de la Constitución por las leyes de desarrollo.

II.2.4.1. Ley del Tribunal Constitucional otorga al Legislativo la atribución de interpretar la Constitución.

El Art. 4. III de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, expresa que en las primeras líneas del precepto, que el Tribunal Constitucional **“es el intérprete supremo”** de la Ley Fundamental, lo cual guarda sujeción a lo establecido en la Constitución en los Arts. 196 y 203²³; sin embargo, el mismo precepto de la ley en análisis, a renglón seguido expresa que tal atribución interpretativa del Tribunal Constitucional, es **“...sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular”²⁴**; lo que viola lo previsto en los artículos aludidos de la Constitución así como al art. 158.I.3, de la misma norma suprema, que otorga al parlamento la potestad de interpretar las leyes, no la Constitución²⁵; la interpretación de la Constitución por parte del parlamento contraviene radicalmente la Constitución en vigor, y desnaturaliza el modelo de control de Constitucionalidad.

II.2.4.1. Ley 007 Prevé que las resoluciones del Tribunal Constitucional sólo son vinculante cuando el operador jurídico las considere conforme a la Constitución.

La infracción al orden constitucional también está presente en la **Ley 007 de 08 de mayo de 2010**, llamada de modificaciones al Código penal, cuya disposición final, establece que **“La autoridad Jurisdiccional o administrativa que tenga que aplicar una norma del ordenamiento jurídico boliviano, deberá hacerlo, en todos los casos, con sujeción a la Constitución Política del Estado tomando en consideración los principios, valores y fines que sustentan al Estado, siéndole vinculante la jurisprudencia constitucional, solo en aquello que no contradiga dichos postulados de la norma suprema”²⁶** (las negrillas son nuestras).

²³ Artículo 203. Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.

²⁴ ARTÍCULO 4. (SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL).

I. La Constitución Política del Estado Plurinacional es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.

II. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, y las normas de Derecho Comunitario ratificados por el país.

III. El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular.

²⁵ Cfr.: “Art. 158.I.3 Dictar leyes, interpretarlas, derogarlas, abrogarlas y modificarlas.”

²⁶ DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA. La autoridad Jurisdiccional o administrativa que tenga que aplicar una norma del ordenamiento jurídico boliviano, deberá hacerlo, en todos los casos, con sujeción a la Constitución Política del Estado tomando en consideración los principios, valores y fines que sustentan al Estado, siéndole vinculante la jurisprudencia constitucional, solo en aquello que no contradiga dichos postulados de la norma suprema.

La violación anotada es patente puesto que el art. Artículo 203 de la Constitución establece que “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional **son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio**, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”; en cambio, la ley aludida, condiciona arbitrariamente lo mandado por la Constitución, sólo para cuando las resoluciones del Tribunal, no contradigan la Constitución.

Del contenido del texto de la ley en análisis, dimanán dos entendimientos: 1) que por mandato del legislador ordinario, no es el Tribunal Constitucional Plurinacional -como proclama la Constitución- el intérprete supremo de la Constitución, sino que los jueces la interpretan incluso con más autoridad, dado que tienen la potestad de hacer un test de verificación de la si jurisprudencia constitucional es conforme a la constitución o no; y 2) Consiguientemente, la jurisprudencia del Tribunal es vinculante únicamente cuando los operadores del sistema así la consideren conforme a la Constitución; lo cual ha trastocado el sistema de control de constitucionalidad establecido en la Constitución; con lo cual, podría decirse que no es la Constitución la norma suprema, dado que la ley puede contradecirla sin más.

En lo concreto, la ley confiere a los operadores jurídicos la autoridad para calificar qué fallos del Tribunal están ajustados a la Constitución y cuáles no; y por tanto, son los jueces ordinarios, quienes tienen autoridad para estimar cual es la doctrina constitucional aplicable.

III. Conclusión.

En base a los presupuestos anotados precedentemente, es posible sostener desde una óptica estrictamente objetiva, que ni la Constitución ni las normas de desarrollo, guardan compatibilidad con los pilares en los que se asienta el Estado de Derecho, al contradecir de manera patente sus pilares básicos; concretamente, la garantía de la vía judicial, la independencia de los jueces, derecho al debido proceso, división de poderes, sometimiento de los poderes al orden constitucional y a las leyes; exigencias formales y materiales para la creación de las normas.

