

GONZALO PEÑARANDA TAIDA

PAGINAS CONSTITUCIONALES

**Tribunal Constitucional
Consejo de la Judicatura
Defensor del Pueblo
Otros temas Constitucionales**

**M & C Editores Cochabamba
1996**

Calamandret y Couture expresan inclinación y hasta entusiasmo por la justicia inglesa; por la Justicia que hacen esos jueces que, para hacerlo, han de poseer, como cualidad principal, la de ser caballeros... y sí, además, saben algo de derecho, nunca estará demás.

Santiago Sentís Melendo.



BIBLIOTECA DIGITAL

TEXTOS DE DERECHO

**HISTORIA JUDICIAL, CONSEJO DE LA JUDICATURA, ÉTICA, JUECES, FISCALES,
ABOGADOS, BUENAS PRÁCTICAS JUDICIALES**

CONSEJO DE LA JUDICATURA

FICHA DEL TEXTO

Número de identificación del texto en clasificación derecho: 2888

Número del texto en clasificación por autores: 1496

**Título del libro: Paginas constitucionales. Tribunal Constitucional. Consejo de la
Judicatura. Defensor del Pueblo. Otros temas Constitucionales**

Autor (es): Gonzalo Peñaranda Taida

Editor: M & C Editores

Registro de propiedad: Dominio público

Año: 1996

Ciudad y país: Cochabamba – Bolivia

Número total de páginas: 181

Fuente: Digitalizado por la Fundación

Temática: Consejo de la Judicatura

PROLOGO

Citando se trata de una personalidad, como la del Dr. Gonzalo Peñaranda Taída, que escribe este libro sobre importantes instituciones de la Teoría y el Derecho Constitucional, invitando a un colega y amigo, hacer el prólogo de su obra, no cabe duda que esto constituye un honor para cualquier persona.

Muy pocos profesionales de la ley, sean abogados, docentes universitarios o legisladores, se dedican al Derecho Publico Constitucional, seguramente porque éste es poco lucrativo, mucho mas ahora que se trata de reducir el Estado a su mínima expresión.

Sin embargo, no podemos negar que la columna vertebral del Derecho en general, es el Derecho Constitucional, base normativa del funcionamiento del Estado y de las relaciones de éste con las personas que viven en el ámbito de su jurisdicción.

Las reformas incorporadas en la Constitución, contienen indudablemente modificaciones relevantes respecto de los derechos y de la estructura organizativa del Estado. El Dr. Gonzalo Peñaranda Taida, actor como Senador de la República en la Reforma Constitucional iniciada en la década de 1.990, ha actuado febrilmente orientando con sus aportes en la elaboración de la Ley Declaratoria de Necesidad de Reforma de la Constitución. Esta su sólida labor legislativa, ha estado asentada en su calidad de doctrinario de la materia y en su experiencia como docente universitario en dos importantes universidades, como la Mayor de San Andrés de La Paz y la Mayor de San Simón de Cochabamba, en una carrera académica multifacético, como catedrático de Derecho, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, profesor en las Facultades de Ciencias Económicas y de Sociología, Director de la Biblioteca Jurídica de la Corte Suprema de Justicia, Director de la Gaceta Judicial de Bolivia y otras funciones académicas y de producción jurídica, que avalan su labor teórica y práctica en el ámbito del Derecho Constitucional, habiendo mostrando gran profundidad y versación jurídica y sociológica en sus conceptos y en su obra.

El apego a las viejas normas ha generado una oposición injustificada al Tribunal Constitucional, al Consejo de la Judicatura y al Defensor del Pueblo. Se ha insinuado y luego rectificado, la afirmación en torno a que las dos primeras instituciones de las nombradas, incurrirían en usurpación de funciones y atribuciones de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia y, por otra parte, se creía (por ignorancia) que la creación del Ombudsman daría lugar a un paralelismo en la esencia respecto al Ministerio Público, situaciones que cayeron por su base al conocerse los verdaderos fundamentos de estas tres instituciones una vez aprobada su normatividad correspondiente.

El autor realiza un análisis del Tribunal Constitucional desde diversos ángulos. En el ámbito externo señala el cambio que experimenta la sociedad debido al desarrollo científico y tecnológico que altera el modo de vivir tradicional y que impone nuevas concepciones y prácticas en las ramas del Derecho, que de ningún

modo escapan a estas mutaciones. En el plano interno analiza a la Corte Suprema en la realidad boliviana, y el rol que ha jugado sin poder controlar la constitucionalidad.

Efectúa un estudio del Estado de Derecho legal y del Estado de Derecho constitucional, contrapuesto este último con el Estado autoritario que confunde al Poder Ejecutivo con el Legislativo, para refundirlos a ambos y concluir con la absorción del primero a todo el Congreso.

De ahí que distingue el Dr. Peñaranda el Estado legal de Derecho del Estado constitucional de Derecho de donde emerge la jurisdicción constitucional, originada en Austria debido al planteamiento que en 1920 hace Hans Kelsen, una de las mentalidades jurídicas más brillantes del Siglo XX. De este modo el autor de "Páginas Constitucionales" ingresa en un rastreo histórico del Tribunal Constitucional y del Estado de Derecho constitucional basado en la distinción del poder constituyente y los poderes constituidos y la separación de Poder, con un cuarto Poder neutral que históricamente viene a ser el Tribunal Constitucional, que en forma primigenia Benjamín Constant plantea a comienzo del Siglo XIX. Los otros elementos constitutivos del Estado de Derecho constitucional los radica en la práctica de la democracia dentro del marco de la Ley Fundamental, el orden de competencias del Estado, y la Constitución como ley suprema de todo el ordenamiento jurídico y de los Órganos del Estado.

En el estudio de la jurisdicción constitucional, se refiere el autor de modo preferente, a la jurisdicción desconcentrada no especializada y a la concentrada especializada, con la referencia comparada en el primer caso, al sistema de Estados Unidos de Norteamérica con la declaración de su Tribunal Federal de 1.792 y la correspondiente a la de 1.803 en el caso de Marbury contra Madison.

Atribuye, que el sistema concentrado especializado aparece históricamente en la Revolución Francesa de 1.789 con la contribución de Emmanuel Sieyès.

Con laboriosa y meticulosa investigación, el Dr. Peñaranda se refiere comparativamente al Tribunal Constitucional Español, para luego desembocar en el Tribunal Constitucional Boliviano al que le brinda un amplio y profundo análisis, con todos los antecedentes históricos del mismo, con la necesaria distinción doctrinal del control de la constitucionalidad y del recurso de inaplicabilidad de la ley por in- constitucional.

Acaba el análisis de este primer tema sobre el Tribunal Constitucional con el siguiente párrafo: "En todo caso, el paso ha sido dado y el éxito o fracaso de la augusta misión otorgada al Tribunal Constitucional, dependerá del comportamiento cívico con el que obren los hombres públicos, jurisconsultos y ciudadanía en general".

En el sistema legal boliviano era casi totalmente desconocido el Consejo de la Judicatura, hasta que fue propuesto por la Ley Declaratoria de Necesidad de la Reforma Constitucional de 1.993. La Excma. Corte Suprema de Justicia era la que ejercía funciones administrativas y disciplinarias del Poder Judicial, dándole una importancia muy secundaria a esta función.

Para dar una mayor difusión y comprensión a esta institución, el Dr. Gonzalo Peñaranda, hace un estudio amplio y detallado de este órgano, con referencias a Constituciones comparadas de Alemania Federal, de España, de Turquía, de Rumania, de la República Popular China. Asimismo, cita y comenta de modo invalorable el Proyecto de Directrices sobre Independencia del Poder Judicial de las Naciones Unidas.

En la obra se hace un estudio analítico de los principios generales que informan al Consejo de la Judicatura y de los factores imprescindibles que lo componen: del sentido y contenido de la independencia judicial, de los sistemas de designación de jueces y sus modalidades, de la carrera judicial, del Escalafón Judicial, del Instituto de la Judicatura, de la administración de los tribunales, de las medidas disciplinarias y separación del cargo y de otros aspectos que le son propios a esta institución.

El autor de "Páginas Constitucionales", como epílogo de este capítulo nos dice: "De lo dicho, no es descartable que el continuo transitar entre el ejercicio libre de la abogacía y el de la judicatura o magistratura, pueda arrastrar al despacho judicial intereses que estaban siendo defendidos por el abogado, convertido luego en administrador de justiciaⁿ.

El avasallamiento de los derechos humanos por las dictaduras surgidas después de la Primera Guerra Mundial, el desconocimiento de la dignidad de la persona humana, los crímenes cometidos en Latinoamérica a partir de la década de los 50, impulsó a un primer plano la figura del Ombudsman ya conocido en los países nórdicos europeos desde el primer cuarto del Siglo XIX, totalmente diferente al Ministerio Público, tarea de asimilación que emprende el Dr. Gonzalo Peñaranda al aplicar la dinámica de esta institución y su normatividad en la Constitución Boliviana para defender al ciudadano contra los abusos y desatenciones de la administración estatal.

Sobre el Defensor del Pueblo, el Dr. Gonzalo Peñaranda, empezando con una elocuente fundamentación filosófica, nos dice: "Del análisis de los fines y atribuciones del Defensor del Pueblo, contenidos en la Constitución y taxativamente en el Anteproyecto de Ley de 1.992, lo menos que se puede inferir, es que se trata de una institución útil y necesaria, pues nace como respuesta a la creciente omnipotencia estatal frente al hombre inerme, indefenso y hasta temeroso para reclamar sus derechos en el ámbito del "sector público". Tal como se señaló, sólo el amigo, el militante, el pariente o el influyente goza del privilegio de la atención administrativa con celeridad y eficiencia".

"Paginas Constitucionales" es el fruto del estudio, de la experiencia de la solvencia de conocimientos del Dr. Gonzalo Peñaranda Taida y que ofrece su obra como contribución al Estado de Derecho constitucional que ha servido como docente universitario, investigador académico y legislador. No dudamos que este libro servirá no sólo al estudioso del Derecho, sino al profesional, al juez, al hombre público, a los legisladores y gobernantes.

Queremos terminar con un lema que en nuestro Colegio nos inculcaron: "**sugnum fidei**", ser **leales a nuestras convicciones**.

Nuestra Señora de La Paz, Pascua de Resurrección de 1996.

Benjamín Miguel Harb

INTROITO

"Páginas Constitucionales" es el título que le he asignado a este libro, porque si bien representa un estudio sujeto a una sistemática definida, nunca he permitido que la rigidez metodológica esclavice el fluir de las ideas libres. Por esta razón, no con poca frecuencia se cruzan abruptamente párrafos referenciales o tangenciales en la instancia de tratarse un tema determinado, asemejando así este escrito, un conglomerado de páginas dispersas que el viento pugna a toda costa por desordenarlas, pero sin lograr su natural propósito. Y es que tratar sobre problemas constitucionales entraña abarcar todas las facetas de la vida nacional, y quisiera decirlo todo, abordar todo y no desperdiciar un solo renglón de estas páginas, escritas por momentos, en franca competencia con los acontecimientos que conmueven al cotidiano vivir de nuestro país perplejo.

Pero evidente es que son tres las nuevas instituciones que han sido incorporadas en la Constitución vigente: el Tribunal Constitucional, el Consejo de la Judicatura y el Defensor del Pueblo, conocido como Ombudsman. A ellas vuelco mi preferente atención, porque las mismas, de una o de otra manera, influirán en la vida personal de los bolivianos y en la del país todo. Por eso, en la medida de lo posible, he tratado de evadir la muchas veces innecesaria enrevesada terminología jurídica, de patrimonio comprensivo sólo del hombre formado en el estudio del Derecho y así acceder al entendimiento de toda persona.

Existe una considerable producción bibliográfica dedicada al comentario de cada uno de los artículos contenidos en la Constitución Política del Estado, de ahí que para evitar repetición y dispersión de conocimientos, he centrado mi atención en el análisis exclusivo de los treinta y cinco artículos recientemente introducidos en la Ley Fundamental a efecto de mostrar si la reforma constitucional encuentra verdaderos justificativos o si la misma no ha pasado de ser formal o epidérmica

como las restantes que se sucedieron en el país, salvo dos de ellas: El pueblo necesita conocer estas reformas.

Me he otorgado la libertad de agregar algunos otros temas constitucionales, en el entendido que no dejarán de tener interés de consulta en medios de jurisprudencia, estudiantes de derecho y ciudadanos en general, contando especialmente a los jóvenes de 18 años, a quienes se les otorga el "derecho" de "votar" mas no el de ser elegibles: que esta vez tengan siquiera el derecho de leer, para saber cuál es su situación jurídica verdadera.

Tres de estos estudios son recogidos de exposiciones y debates públicos, en los que participando activamente el autor, no sólo entrañaba el empeñar la palabra o el concepto, sino además -al menos en uno de ellos- el voto comprometido y decisorio y aún la situación personal "al remar contra la comente"; en tal sentido, en muchos de sus pasajes, éste es un trabajo testimonial, en la medida que dejo constancia de lo acontecido en el Senado Nacional en ocasión de la discusión y aprobación de la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución del 1º de abril de 1993. Esa experiencia, que rebasa lo cómodamente académico, campo en el que muchas veces se puede decir todo, sin arriesgar nada, impide me encierre únicamente en el simple análisis doctrinarista, por veces abstraccionista y memorión que deriva en ocasiones en el distraccionismo de la realidad nacional.

Dos de estos temas, "Carta Magna o Constitución" y "Poder de Poderes", recogidos de publicaciones de prensa, pareciera que guardarán un interés apenas semántico; luego revisando estas "Páginas Constitucionales", se podrá comprobar las repercusiones que cobran en la relación societaria y en la estructura del Estado.

La exposición referida al proceso de la doctrina constitucional nacional, reproducida en este libro, tuvo el interés final de dejar constancia sobre las características que poseía la Constitución de 1967, con todos sus antecedentes, y retar a algunos impulsores de la reforma sobre cuáles debían ser los cambios que asistía introducir en la misma, haciendo deslizar al mismo tiempo mi escepticismo sobre la posibilidad que tuvieran para alcanzar reformas de fondo, aspecto corroborado en la actualidad a través de los treinta y cinco artículos incorporados en el texto constitucional.

En los temas o párrafos sujetos a controversia, no he reparado un solo segundo para recurrir a la palabra autorizada de estudiosos de la materia que respalden los criterios personales que sustentó, no interesando la frecuencia ni la extensión de las citas del pensamiento ajeno con tal de avalar lo que sostengo. No escribo para mí, escribo para el lector, a quien tengo el deber de transmitirle la verdad de los conceptos y de los hechos, por eso recurro en algunas ocasiones al auxilio de la legislación comparada y de modo predilecto a datos y pasajes de nuestra historia boliviana; además, como actor, y no solo como observador o comentarista pasivo, dejo mi constancia testimonial.

Es cierto que desde incontables años atrás, nos encontramos atravesando una crisis de Estado, pero es el tema concreto de la justicia o si se desea el de la "injusticia" el motivo central de la producción de este libro.

El culto procesalista Sentís Melendo, rompiendo con el impenitente tecnicismo jurídico, enseña en el tomo I de su "Derecho Procesal", que el Derecho es simple y sencillo como la vida misma, al extremo de contener manifestaciones poéticas. Y nos privilegia con bellos y zaherís ejemplos sobre la administración de justicia; así, eligiendo al azar, tomamos el siguiente: dos gatos de angora habían robado un queso, habiendo llegado el difícil momento de distribuirse el producto, no tuvieron más remedio que acudir "a un mono muy competente" que "sabía toda la jurisprudencia":

Recurrís a mi experiencia y el favor he de pagaros, amigos, con demostraros que soy mono de conciencia.

El mono les porte el queso, pero como no acierta en la división equitativa, da un mordisco a la porción que resultó mayor, pero al verla a ésta disminuida, da un nuevo mordisco en la otra, y así hubo de seguir mordiendo a uno y otro retazo, hasta que uno de los gatos al ver como iba desapareciendo el cuerpo del delito, le dice:

Dame una parte, ya sea la mayor o la menor; estoy furioso, y arguyo, según lo que va pasando, que, por lo nuestro mirando estás haciendo lo tuyo. Pero el mono no se Inmuta.

El juez habla de este modo a los pobres litigantes:- Hijos, la justicia es antes que nosotros y que todo.

Y otra vez vuelve a pesar, y otra vez vuelve a morder; los gatos a padecer y la balanza a oscilar. Y el mono muy satisfecho de su honrada profesión, muestra su disposición para ejercer el derecho.

Y cuando del queso aquél quedan tan pocos pedazos que apenas mueven los brazos de la balanza en el fiel; el mono se guarda el queso y a los gatos les responde: esto a mi me corresponde por los gastos del proceso

En esta "humilde poesía" -como la califica el notable tratadista- está planteada toda una clase magistral sobre la crisis del sistema judicial y sus diversos vericuetos; pero tal como se ve, no hay necesidad de ingresar en el dificultoso terminológico para entender el Derecho. Por lo demás, el enfoque de la crisis de Estado y de la del esferato judicial en particular, están encadenados al través de estas "Páginas Constitucionales". No sé cuál irá a ser el impacto de cuanto sostengo en este escrito en los segmentos sociales aludidos, pero lo que es absolutamente seguro, es que este libro ha sido escrito sin cálculos ni dobleces. No trata de quedar bien con nadie, ni con Dios ni con el diablo, en este sentido es claro que soy poco político, además, yo no soy juez para decidir quién es el uno y

*quién es el otro, más aún hoy que no se sabe quién es Dios y quién es el diablo.
Pido disculpas al lector por haber terminado en este torpe delirio metafísica.*

Febrero de 1996.

G.P.T.

ÍNDICE

PROLOGO

INTROITO

Capítulo I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA

DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA

Capítulo II

LOS 35 ARTÍCULOS INCORPORADOS A LA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.....

Capítulo III

TRES TEMAS CONSTITUCIONALES OPORTUNOS.....

¿Constitución o Carta Magna?.....

"Poder de Poderes".....

El procedimiento de reforma de la Constitución.....

Capítulo IV

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....

A. CONSIDERACIONES PREUMINARES.....

B. BASAMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El Estado de Derecho en general

2. Diferencia entre Estados de Derecho legal y
constitucional.....

a. Estado legal de Derecho.....

b. Estado constitucional de Derecho.....

1'. Estado constitucional de Derecho y sus
basamentos esenciales.....

a' Poder constituyente y poderes constituidos.....

b'. Cuarto poder neutral.....

c'. Práctica de la democracia dentro del marco de la Constitución

d'. Orden de competencias del Estado
fijado en la Constitución.....

e'. La Constitución ley suprema de todo
el ordenamiento jurídico y de los Órganos del Estado.....

3. La jurisdicción constitucional.....

a. Jurisdicción desconcentrada no especializada

- b. Jurisdicción desconcentrada especializada.....
- c. Jurisdicción concentrada no especializada
- d. Jurisdicción especializada "relativamente"
concentrada.....
- e. Jurisdicción concentrada especializada.....
- 4. Síntesis preliminar.....
- C. REFERENCIA DE LOS SISTEMAS PREDOMINANTES.....
- 1. Sistema desconcentrado no especializado.....
- a. Algunas características del sistema norteamericano.....
- 2. Sistema concentrado especializado.....
- a. El Tribunal Constitucional español vigente.....
- D. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO
- 1. Antecedentes y consideraciones necesarias.....
- 2. Confusión del control de la constitucionalidad con el recurso de
inaplicabilidad de las leyes por inconstitucionales y otros
procedimientos.....
- 3. Necesidad de hacer efectiva la competencia
constitucional.....
- a. Virtudes y defectos del Tribunal Constitucional.....

Capítulo V

EL CONSEJO DE LA JUDICATURA.....

- A. INTRODUCCIÓN.....
- B. ALCANCES Y CONTENIDO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL.....
- C. SISTEMAS GENERALES DE DESIGNACIÓN
- 1. Designación por el Ejecutivo.....
- 2. Designación por el Legislativo.....
- 3. Elección Popular.....
- 4. El sistema de la carrera judicial
- a. El juez apolítico o "aséptico".....
- b. La profesionalidad.....
- 5. Formas de nombramiento de jueces y
miembros de tribunales de instancia.....
- D. MÉTODOS DE SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO
DENTRO DE LA CARRERA JUDICIAL.....
- E. EL CONSEJO DE LA JUDICATURA DENTRO
DE LA CARRERA JUDICIAL.....

Capítulo VI

EL DEFENSOR DEL PUEBLO (OMBUDSMAN) Y EL MINISTERIO PUBLICO

.....

- A. REFERENCIA OBLIGADA A UN LIBRO ADMIRABLE.....
- B. PRECARIEDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE

DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS.....
C. EL MINISTERIO PÚBLICO.....
D. EL DEFENSOR DEL PUEBLO U OMBUDSMAN

POSTSCRIPTUM.....
ÍNDICE IDOLOGICO Y DE MATERIAS
BIBLIOGRAFÍA.....

Consecuentemente, claro está que son los tratadistas los constructores de la doctrina, correspondiéndoles crear de modo original respuestas concretas a problemas aún no resueltos -constitucionales en nuestro caso, planteando observaciones empíricas, diseñando hipótesis para comprobarlas o disprobarlas a efecto de desarrollar teorías en un orden jerárquico y sistematizado.

Sobre la base de aspecto tan corriente, de buena fe y con apego a la verdad científica, creo que aún falta bastante para crear estricta doctrina constitucional boliviana, limitación emergente a mi entender de variados y complejos factores, contándose entre ellos los referidos a la corta edad de nuestra vida republicana; al origen de nuestras ideas e instituciones de derecho en general, inspiradas en añejas y venerables filosofías de latitudes fundamentalmente europeas, muchas de ellas rezagadas en la actualidad; a la carencia de tradición democrática en el país; y, lamentablemente, al desdén por el orden de Derecho adjudicable no tanto a los hombres y mujeres de nuestra sociedad en general, sino particularmente a gobernantes, a muchos legisladores y angustiosamente a no pocos administradores de justicia.

Pero como corroborándose la ley dialéctica de que cada cosa trae aparejada simultáneamente a su contrario, lo nugatoriamente apuntado está compensado a lo largo de nuestra vida republicana con la presencia de talentosos e inspirados hombres del Derecho Constitucional boliviano, que sin ser propiamente tratadistas, lo fueron, como diría don Luís Paz, virtuosos "publicistas".

A fines del siglo pasado, se distinguen con luces propias estudiosos notables del Derecho Constitucional, como Mariano Baptista, Rosendo Gutiérrez, Samuel Oropeza y otros que dejaron escuchar su voz, no obstante la azarosa vida política nacional en la que el cuartelazo o la actividad facciosa eran el común denominador.

Representaría toda una torpeza dejar de mencionar a publicistas de principios del presente siglo, como José Carrasco o Luís Paz, singularizados no sólo por su sabiduría en el conocimiento constitucional en abstracto, sino por su consubstanciación, como los anteriormente nombrados, con la propia vida institucional del país, pero además descollantes por su exquisitez en la exposición literaria. Nuestra esperanza está abierta, esperando que estudiosos de esa talla incursionen en el nuevo escenario constitucional, en una instancia álgida no sólo en lo interno, sino en el enrarecido mundo de las nuevas relaciones internacionales.

Pero quizá más importante que la preocupación referida sea atinente, tal como señala el Dr. Alvarado, ingresar en un recuento de los antecedentes constitucionales más importantes de Bolivia, pues es a través de esta referencia histórica impregnada de filosofía jurídico político constitucional que nos aproximaremos en la comprensión del desarrollo de la vida constitucional nacional.

En efecto, dichos antecedentes constitucionales se asientan en cuatro acontecimientos o pilares fundamentales anteriores a la Constitución Política de 1826 redactada por el Libertador Bolívar y que merecen ser mencionados así sea de simple modo referencial.

La Proclama de la Junta Tuitiva de 1809 es un significativo antecedente constitucional, al señalar en una de sus partes sobresalientes que, "(...) es ya tiempo de organizar un sistema nuevo de Gobierno (...)", enfatizándose con ello no sólo la oposición a la Corona, sino que se formula el primer acto de voluntad política para la existencia de nuestra Institucionalidad republicana, incólume en su espíritu en las sucesivas Constituciones reformadas.

Debe realizarse imprescindible mención, a una muy breve parte del Decreto de 9 de febrero de 1825 firmado por el Mariscal Antonio José de Sucre, disponiendo que una Asamblea de Diputados "(...) decidirá por la suerte y el destino (...)" de las provincias del Alto Perú, Asamblea que como se sabe no se instaló para la fecha indicada ni en el lugar señalado -Oruro-, debido a cierta oposición existente en el Libertador Bolívar, a cuyo propósito corresponde realizar una digresión necesaria.

Era evidente que la suerte y el destino de estas provincias no estaban aún definidos, la preocupación de Bolívar era mayor, se ubicaba en el contexto Internacional en función de los sucesos que se producían en Europa como en América. Planteábase como premisa el evitar la desintegración de las cinco naciones aún débiles que habla libertado y asegurar su estabilidad evitando a toda costa conflictuarias especialmente con Gran Bretaña, Estados Unidos y con el Brasil, que ya se constituía en gigante en nuestro Continente. Desde este punto de vista, era apremiante organizar la vida institucional de las naciones libertadas, pero no por separado, sino buscando su potenciamiento y fortaleza en la unidad de las cinco naciones, idea con la que coincidió claramente San Martín en busca de la unificación de todas las naciones del Continente que se habían liberado de la Corona española a efecto de defenderse con suficiencia tanto en el orden político como en el económico de las potencias ya señaladas, en una circunstancia crucial de transición entre la tradicional dependencia al mercado español y su necesaria inserción al mercado mundial en el contexto de la libre concurrencia propias del liberalismo.

Es por estas y por otras razones más que Bolívar proyectó la Constitución de 1826, pero con la intención de que fuera a ser vigente no sólo para Bolivia, sino para todas las naciones desprendidas del yugo español. Hoy nos sobrecoge la genialidad visionaria de Bolívar, corroborada en la realidad actual del atraso y la pobreza de las naciones que libertó y que pareciera hubieran quedado petrificadas en los primeros días de su creación.

Al final de cuentas, la Asamblea comenzó a sesionar en Chuquisaca desde el 10 de julio de 1825 y las actas que quedan de los debates correspondientes, denotan la enorme preocupación de los representantes constituyentes para conformar la nueva República en la posibilidad de una anexión con el Perú; una integración a la Confederación Argentina; o, la opción, que fue la mayoritaria y triunfante, de dar lugar al nacimiento de una nación independiente, representando este Decreto otro pilar fundamental del constitucionalismo boliviano.

Otro cimiento trascendental de nuestro constitucionalismo, está encarnado en el Acta de la Independencia del 6 de agosto de 1825 en la que de modo claro, sereno y terminante se resuelve que las cuatro provincias existentes, La Paz, Potosí, Cochabamba y Chuquisaca"(...) se erigen en un Estado soberano e independiente (...)" declarando además"(...) gobernarse por sí mismos y ser regidos por la Constitución, las leyes, las autoridades que ellos mismos se dieran, quedando de esta manera fundada solemnemente nuestra República.

Es de destacar, que la Asamblea Constituyente se encargó de dictar las primeras leyes de índole estrictamente constitucional y tiene razón el Dr. Alvarado al sostener que es imprescindible remarcar dichas disposiciones.

De mi parte, deseo resaltar la Ley de 13 de agosto de 1825, porque en ella se establecen aspectos cardinales expresados en la Constitución de la nueva República. En efecto, en esta disposición se señala cuál debe ser la

forma de gobierno, definiéndola como República representativa, elemento substancial mantenido sin alteración a través de las mentadas reformas constitucionales; y, conformándola además con un gobierno concentrado, asunto que aún hoy no se agota en el debate; pero además, se dispone la existencia de tres Poderes del Estado: El Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial que ésa era la denominación del actual Judicial, división tripartita del poder público que fue modificada en la Constitución de 1826.

En consecuencia, estas son las bases principales del constitucionalismo boliviano anteriores a la Constitución remitida por Bolívar, Constitución que como ya se tiene dicho, quedó restringida dentro de las fronteras de la República de Bolivia.

A esta altura de la exposición, es necesario detenerse para significar que más allá de dilucidar si hemos tenido o no oportunidad para crear una auténtica doctrina constitucional propia, es mucho más significativo resaltar el acierto de los estudiosos del Derecho Constitucional nacional, al haber desarrollado el principio de la "unidad de la Constitución Boliviana", mediante el cual se sostiene que en Bolivia rigió en lo substancial una sola Constitución. Este principio está fundamentado en los siguientes elementos dignos de destacar:

Que las sucesivas "nuevas" Constituciones, no son más que simples reformas -a veces insubstanciales- de la primera legada por Bolívar y que no Introducen cambios esenciales en la estructura del Estado, puesto que en la Constitución Bolivariana de 1826 se establecen tres principios inalterables en el tiempo y hoy vigentes a plenitud.

Por una parte el primer Código Fundamental, dispone que Bolivia es una República democrática representativa. Ninguna de las reformas constitucionales ha alterado esta disposición, que al margen de tener sentido orgánico ha adquirido contenido principista. No obstante, hoy está en boga aludir a la "democracia participativa", la sinceridad de sus pregoneros podrá quedar al descubierto si incorporan tal principio en la reforma de la Constitución y no sólo en la ley.

Otro aspecto importante contemplado en la Constitución bolivariana y mantenido sin modificación alguna, es aquél que señala que Bolivia se constituye en República unitaria. Indudablemente, en ninguna de las reformas se cambió este sistema por el federal, más allá de la engañosa y sangrienta "revolución federal" de 1898 encabezada en La Paz por los liberales contra el gobierno del sur y que de federal no tuvo nada, pues se trataba más bien de una pugna económica de predominio entre sur y norte, producto de la declinación de la explotación de la plata que residía en Chuquisaca, cuyos centros de poder no tuvieron la capacidad de ingresar en una fase de industrialización y, el inicio del auge del estaño del que se proclamaron líderes los sectores sociales dominantes de La Paz, vecina ésta a la costa y con mayor población que la sureña. Tan evidente es lo señalado, que una vez que el norte obtuvo el triunfo, se esfumó la "idea federalista" y, manteniéndose el esquema unitario en la Constitución, continuó siendo la matriz de la República en manos de los propios liberales.

Finalmente, la Constitución Bolivariana establece la independencia y coordinación de los Órganos del Estado, disuadiendo proclamativamente la posibilidad de la concentración de los mismos, aunque en el plano de la realidad nacional, dicha concentración ha regido con preponderancia al precepto

constitucional como verdadero sinónimo de totalitarismo, presente frontalmente en los regímenes de fuerza y simuladamente en algunos supuestamente de Derecho.

Consecuentemente, la estructura esencial de la Constitución de 1826 Se mantiene inalterable hasta nuestros días, corroborándose en la realidad el principio de "unidad de la Constitución".

No está demás recordar que esta Ley Suprema, establecía la existencia de cuatro *poderes* -así comúnmente conocidos- y con más propiedad denominados en este Código Fundamental "secciones" del "Poder Supremo": el Electoral, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Llama la atención que el Electoral, implícitamente haya sido constituido como el primer Órgano del Estado, aspecto hoy justificado por la Ciencia Política si se contempla que en fin de cuentas, el sufragio cuando es regido por normas correctas y ejercido con honestidad cívica, se constituye en la fuente primigenia del ejercicio de la soberanía y por lo tanto de la conformación de los Órganos del Estado. Bolívar asumiendo tal acepción teórica, adoptaba una medida preventiva para garantizar el régimen democrático representativo frente a los intereses subalternos que ¡rían a caracterizar a la política criolla. Lógicamente que fue cancelado dicho "poder" porque no condecía con la práctica política de fuerza y deslealtad propias de gran parte de nuestra historia: "El Mariscal Sucre, herido en un brazo en el motín de abril, muere asesinado (...); Blanco es liquidado a balazos a los tres días que asume la presidencia; el Mariscal Santa Cruz es calificado de "insigne traidor" por el Congreso boliviano y muere en el destierro; Ballivián después de haber sido la primera espada del país muere pobre en tierra extraña al extremo de vender esa misma espada que dio gloria a Bolivia en la Batalla de Ingavi; Belzu es asesinado por Melgarejo en pleno palacio; Linares se extingue entre la miseria y el dolor en Valparaíso; Daza al descender del tren en Uyuni, después de muchos años de destierro cae bajo las balas de la escolta que le acompaña; Córdova es asesinado fríamente en la prisión de Loreto por el sayón Yáñez; Melgarejo sucumbe de un balazo que le dispara su favorito Sánchez en Urna; Frías concluye su vida en la miseria del destierro lejos de su patria; al General Campero lo ultrajan metiéndolo a la cárcel por la venganza del magistrado Doria Medina; Arce muere pobre después de gastar su inmensa fortuna en el bien público; Pando es asesinado en La Paz; Saavedra fallece en el destierro; Gutiérrez Guerra concluye su vida en el exilio pobre; Busch se suicida luego de haberse declarado dictador; Villarroel es colgado de uno de los faroles de la plaza de La Paz"¹.

De este modo... ¿Para qué iría a servir un "poder" Electoral?!

Otro rasgo interesante de la Constitución bolivariana, es que por ella el Órgano Legislativo se dividía en tres cámaras: la de los Tribunos, de los Senadores y la de los Censores.

En realidad, son muchos más los elementos destacables de la Constitución de 1826 que debieran ser referidos, pero considero que los señalados se encuentran entre los dignos de mención.

En todo caso, dicha Ley Suprema terminó siendo reformada en 1831 y 1834 por el Mariscal Andrés de Santa Cruz, quien para este fin convocó a una "Asamblea Constituyente". En dichas reformas se suprime el Órgano Electoral, la Cámara de Censores, los Tribunos se vienen en denominar Representantes y el período de funciones del Presidente de la República, que tenía carácter vitalicio, es reducido a cuatro años. El Presidente de la República tenía la facultad de disolver al Legislativo previo dictamen del Consejo de Estado y de la Corte

Suprema; se prohibió la existencia de la esclavitud y el ingreso de los mismos en el país; se incorporó la clásica fórmula de que nadie está obligado a hacer o no hacer lo que la ley no mande o prohíba, introduciéndose varias previsiones más de menor significación.

Si sólo analizamos estas modificaciones, constatamos que no se operó una reforma substancial con respecto a la "línea única" de la Constitución de 1826, lamentándose la supresión del Órgano Electoral por la importancia ya señalada y, el carácter vitalicio en la Presidencia, en la perspectiva de regir mínimamente para las cinco naciones emancipadas por Bolívar con una única cabeza de mando, controlando perturbaciones domésticas internas, capaz de preservar la independencia frente a potencias externas logrando su fortalecimiento y desarrollo, para cuyo menester se requería un régimen presidencial estable, continuo y permanente. Destruído el gran proyecto unificador, no tenía razón mantener dicho carácter vitalicio.

1) NAVARRO, Gustavo Adolfo. "Ensayos y Critica", Ed. "Juventud", La Paz-Bolivia, 1961, Págs. 17-18.

No pierde interés comentar, que en los primeros días de la naciente República, en los que primaba la euforia independista sobre la reflexión organizativa, la división de los denominados "Poderes" del Estado no se cumplía a cabalidad. En efecto, revisando las primeras actas de sesiones de la Corte Suprema de Justicia, se verifica que entre los magistrados firmantes de dicho Tribunal figura la firma del Dr. Casimiro Olañeta, que al mismo tiempo era Ministro del Interior, imperfección posiblemente explicable por la etapa organizativa en la que se encontraba la nueva República.

Entrado en desgracia el Mariscal Santa Cruz, se reunió un "Congreso Constituyente" sancionando una "nueva" Constitución, la que fue promulgada por José Miguel de Velasco en 1839, manteniendo la esencia constitucional de las anteriores y conteniendo reformas formales.

Se menciona en ella por vez primera a las Municipalidades y a sus Concejos, reconociéndose al Parlamento la facultad de interpretar las normas constitucionales.

Una nueva "Convención Nacional", durante la presidencia del General José Ballivián, dio lugar a la vigencia de la Constitución de 1843 que substancialmente no se diferenció de la anterior.

El general Manuel Isidoro Belzu, habiendo derrocado al Presidente Velasco, convocó a una nueva "Convención Nacional" a efecto de sancionar otra Constitución que fue promulgada en 1851, sin mayores cambios de fondo.

El insigne constitucionalista argentino Juan B. Alberdi, refiriéndose a esta Constitución, emite criterios más que severos en sus "Bases y Puntos de Partida Para la Organización Política de la República Argentina" al decir que, "No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario (...) que contenga declaraciones formales de que no se

dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias"¹.

Luego añade: "Un dechado de esta táctica de fascinación y mixtificación política es la Constitución vigente en Bolivia (...) bajo la administración del General Belzu.

Por la Constitución es inviolable el hogar; pero por la ley puede ser allanado (nombre honesto dado a la violación por el art. 14).

1) ALBERDI, J.B. "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", Imp. Henrich y Comp., Buenos Aires-Paris, 1852, Pág. 241.

Por la Constitución es libre el trabajo; pero puede no serlo por la ley (art. 17).

Según esto en Bolivia **la Constitución rige con permiso de las leyes. En otras partes la Constitución hace vivir a las leyes; allí las leyes hacen vivir a la constitución.** Las leyes son la regla, la Constitución la excepción. Por fin, la Constitución toda es nominal, pues por el art. 76, inciso 26, el Presidente, oídos sus ministros, que él nombra y quita a su voluntad, declara en peligro la patria y asume las facultades extraordinarias por un término de que él es arbitro (inciso 27).

De modo que el derecho público cesa por las leyes, y la Constitución toda por la voluntad del Presidente"¹.

Lo cierto es que estas fulminantes admoniciones cargadas de verdad irrefutable, no valen sólo para la Constitución en mención ni tampoco para el resto de las Constituciones nacionales, sino más bien están dirigidas de modo certero a muchos personajes que enegrecidos por sus pasiones y ambiciones, forzaron "reformular" la Constitución Bolivariana acomodándola a intereses subalternos.

Otra incansable "Asamblea Constituyente" emergente de un golpe de Estado contra Linares, dio lugar en 1861 a la Constitución promulgada por José María de Achá, siendo ésta la oportunidad en la que se introduce por vez primera el denominado "estado de sitio", tanto parcial como total, para mantener el orden público. Se retoma el sistema unicameral en el Órgano Legislativo, de tal manera que planteamientos últimos para la vigencia de este sistema parlamentario no encierran novedad alguna. Se incorpora el capítulo referido a los derechos y garantías de las personas.

En 1868 en pleno régimen de tacto se reúne una otra "Asamblea Nacional Constituyente" que sanciona otra Constitución y la promulga Mariano Melgarejo.

Se dice que en su momento los "hombres cultos" que rodeaban a Melgarejo y de quien se aprovechaban, le preguntaron qué tipo de Constitución deseaba para la República, habiendo respondido el Presidente: ¡la más liberal!, manteniéndose de esta manera en su integridad el capítulo de las libertades y garantías de la anterior Constitución y en cuanto tales previsiones eran

un obstáculo para sus oscuros propósitos, "se metía la Constitución al bolsillo trasero de sus pantalones".

1) Ob. Cit., Págs. 251-242-244-245.

No se puede dejar de mencionar que tanto esta Asamblea Constituyente, como su Constitución correspondiente, fueron los instrumentos que dieron lugar a la aprobación de los tratados de 1866 y 1867 suscritos con Chile y Brasil y que dieron lugar a la pérdida de extensas zonas territoriales de Bolivia.

Nuevamente en 1871 se reúne una "Asamblea Nacional Constituyente", sancionando la Constitución que fue promulgada por Agustín Morales. En el fondo no es más que la Constitución de 1861, debiendo señalarse como referencia que se introduce la previsión hoy contenida en el artículo 31 del Código Fundamental preceptuando que son nulos los actos de quienes los ejercen sin jurisdicción ni competencia que no emane de la ley o de los que usurpan funciones que no les competen.

La décima de 1878 durante Hilarión Daza y la undécima de 1880 correspondiente a Narciso Campero, nacientes de una "Asamblea Constituyente" y de una "Convención Constituyente" respectivamente, en realidad no son más que las mismas Constituciones. Quizá lo destacable de la Constitución de 1878, radique en la facultad de Interpelación que se les reconoce tanto a Diputados como a Senadores, habida cuenta que fue restablecido el sistema bicameral, con la consiguiente posibilidad de censura sobre los Ministros de Estado, combinándose de esta manera por vez primera el sistema presidencialista con el parlamentario.

Luego de la Guerra del Pacífico se convocó en 1880 a una "Convención Nacional", encontrándose ya en la presidencia el general Narciso Campero, dándose lugar a la aprobación de una Constitución con el mismo texto de la anterior, conteniendo algunas previsiones de carácter formal.

El año 1899 el Congreso Nacional aprueba la ley de declaratoria de necesidad de reforma de la Constitución referida a la religión, para aprobar finalmente el reconocimiento de la libertad de cultos, determinando a su vez que el Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica y romana.

El Presidente José Gutiérrez Guerra fue derrocado y el Partido Republicano convocó a una "Convención Nacional" en 1921, Convención que no hizo otra cosa que reafirmar la vigencia de la Constitución de 1880 y elegir a Bautista Saavedra Presidente de la República.

En 1931, una Junta Militar que derrocó al Dr. Hernando Siles convocó a un referéndum popular. Reformas como la incorporación del *habeas corpus*, creación de la Contraloría General de la República, vigencia de la autonomía universitaria y otras fueron incorporadas a la Constitución mediante decreto Ley de 23 de febrero de 1931, año en el que una "Convención Nacional" a tiempo de poner en vigencia la Constitución de 1880 introdujo en ella las reformas aprobadas mediante el referéndum señalado.

Es de esta forma, con variantes más o con variantes menos, pero siempre formales, manteniendo la estructura esencial de la Constitución de 1826, que se van repitiendo las reformas a la Ley de Leyes.

A esta altura, es ilustrativo referirse a la Constitución de 1938, correspondiente al régimen de Germán Busch, pues sus previsiones marcaron variantes importantes en la vida nacional.

En efecto, Busch accede a la Presidencia de la República después de la Guerra del Chaco, producto de un golpe de estado apoyado especialmente por obreros y ex combatientes, posteriormente convoca a una denominada "consulta popular" para designar exclusivamente a Senadores y Diputados, quienes erigen a Busch en "Presidente Constitucional", asignándoseles además a aquellos la tarea de elaborar y aprobar una "nueva" Constitución Política del Estado.

Pero más allá de la aplicación del procedimiento referido, irregular e Inconstitucional como lo fueron los anteriormente descritos, es indudable que se opera en esta instancia un salto cualitativo en el constitucionalismo nacional, pues se introduce por vez primera el constitucionalismo social inspirado en la Constitución Política mexicana de Querétaro y en la Constitución Política española, acogiéndose en el texto constitucional boliviano los regímenes especiales, específicamente el económico y financiero, el social, familiar y otros, que antes no habían figurado, pues recuérdese que en la Constitución Bolivariana no se contempló aún el rubro económico, condiciendo con la filosofía del liberalismo individualista de la época, por la cual la actividad económica debía quedar librada a la iniciativa privada del individuo. En todo caso y en primera instancia, se creyó necesario en esos primeros días de la República centrar ordenadamente la atención en el afianzamiento de la organización política del Estado, pero Bolívar, con su visión continentalista y al margen de la abstracción constitucional señalada, jamás dejó de actuar por la libertad económica paralela a la política de las naciones emancipadas, conforme se atestigua en los instrumentos legales que dictó en las naciones bolivarianas.

Con la Constitución de 1938, se ubica en primer lugar el interés social por encima del individual, otorgándosele al Estado la tarea directora del manejo de la economía, factor remarcable en el cotejo de lo que acontece en nuestro tiempo con el modelo económico, político, cultural y, el social, que está esperando respuestas más claras, no solamente en el país sino en gran parte del continente.

En 1945 con Villarroel, el procedimiento impuesto es parecido al anterior, manteniéndose la misma Constitución, en la que se determina el período presidencial por el tiempo de seis años y se reconoce el matrimonio de hecho para los casos de más de dos años de unión estable.

El año 1947 durante el régimen de Enrique Hertzog se reforma una vez más la Constitución, aplicándose para el efecto por primera vez el procedimiento constitucional previsto en la propia Ley Fundamental.

En 1961 durante el Gobierno de Víctor Paz Estenssoro, se introduce una nueva reforma constitucional acogiendo en su articulado medidas trascendentales como la nacionalización de las minas, la reforma agraria y el voto universal, ampliando notablemente el constitucionalismo social introducido en la Constitución de 1938.

Con Rene Barrientos Ortuño se aprueba la Constitución de 1967, que en realidad contiene pocos artículos que no hayan sido previstos por anteriores textos constitucionales; pero, en vistas a la reforma constitucional que se prepara, será necesario realizar una breve descripción de la misma.

La Ley de Leyes de 1967 conformada por un Título Preliminar conteniendo fundamentales disposiciones generales y Cuatro Partes: la Primera referida a los derechos y garantías; la Segunda a la existencia y atribuciones de los Órganos del Poder Público; la Tercera a los diferentes regímenes especiales: el económico y financiero, el social, el agrario y campesino, el cultural, familiar, el municipal, de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional; y del electoral. La Cuarta Parte esta dedicada a la supremacía de la Constitución y al procedimiento de su reforma, siendo a este propósito pertinente realizar un comentario con referencia al respetable criterio del Dr. Alvarado en torno a que si la mencionada reforma pudiera ser parcial, **casi total** e inclusive total.

Entiendo que de acuerdo al artículo 230 de la Ley Suprema la reforma tiene que ser necesariamente parcial, porque si es casi total, quiere decir que de todos modos es parcial, así se reforme un solo artículo ó 234 de los 235 artículos que contiene. Recurriendo al artículo 35 de la Ley Fundamental, el Dr. Alvarado ha señalado que a través de esa previsión puede reformarse en forma total la Constitución. Sin embargo considero que dicha disposición supralegal se refiere a temáticas distintas cuando preceptúa que: "Las declaraciones, derechos y garantías que proclame esta Constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"; es en este sentido que considera el Dr. Alvarado que al no estar negados los derechos que emergen de la soberanía del pueblo, está permitido o por lo menos no está prohibido realizar una reforma total de la Constitución. Pero en todo caso, no debe perderse de vista que la Constitución Política del Estado al estar sistemáticamente dividida en un Título Preliminar y Cuatro Partes, trata en cada una de ellas con total pertinencia sobre las materias que le son inherentes, como en el caso de la Cuarta Parte que establece de modo específico cómo debe ser reformada la Constitución a diferencia de la Primera Parte, por ejemplo, referida a "La persona como miembro del Estado"; consecuentemente no es posible asimilar el artículo 35 dentro de la Cuarta Parte de la Constitución Política del Estado, que se refiere -repito- a dos materias totalmente concretas relativas a cómo debe reformarse la Constitución Política del Estado por una parte y, a la supremacía de la Constitución por otra.

Retornando al análisis de las Partes constitutivas de la Ley Suprema, la Tercera responde **en oposición** a las dos anteriores, al constitucionalismo social; es decir, el devenir de los acontecimientos ha refrendado que la Tercera Parte se opone filosóficamente, a las dos Primeras Partes, pues mientras que éstas están inspiradas en los principios de la democracia liberal, en cambio la tercera responde al constitucionalismo social que irrumpe como ya dijimos después de la primera guerra mundial, siendo pertinente para enfatizar conceptos y para esperar qué línea filosófica asume la futura reforma, recordar que son dos las bases del constitucionalismo social: la Justicia social por una parte, significando con ello que los derechos generales del pueblo, es decir, los de los obreros, campesinos, trabajadores de la clase media, etc., tienen preferencia sobre los derechos del individuo dejando éste de ser el protagonista central, para ser sustituido preferentemente por los derechos de la sociedad.

El otro pilar básico radica en la economía pública, implicando que el Estado es el rector de toda la actividad económica, regulándola, dirigiéndola, controlándola e Interviniendo en ella en el entendido de que la economía es de orden público, buscándose preferentemente el bienestar de la colectividad antes que el bienestar de la persona individual.

Está fuera de discusión el hecho de que hoy está patentizada una contradicción flagrante viviente dentro de nuestra Constitución: la concepción demoliberal por una parte y la del constitucionalismo social por otra, surgiendo una inquietante inferencia de superlativa Importancia en torno a saber cuál será el desenlace que la reforma constitucional depare a este enfrentamiento de concepciones filosóficas que yacen neutralizadas en el Código Fundamental, haciendo de ella un verdadero híbrido que le resta definición y coherencia a las políticas del Estado y malogra y desvaloriza a la propia Ley de Leyes, convertida por esta causa, entre otras, en un sagrado símbolo digno de contemplación pero lacerantemente dificultoso de aplicación y cumplimiento real.

No se debe olvidar, que las múltiples reformas que se impusieron en la Constitución, en términos generales, tenían móviles y contenidos políticos, nos referimos a la política doméstica y mezquina, de ahí que las modificaciones que solían introducirse en su texto eran meramente formales, manteniéndose siempre invariables los principios del liberalismo; por eso jamás Interesó introducir en la Ley Suprema previsiones referidas a aspectos económicos ni sociales fundamentales; exceptuando y diferenciando claro está, las reformas incorporadas aunque Incumplidas en las Constituciones de 1938 y 1961, está última sobre todo, emergente del profundo movimiento social popular boliviano de 1952.

Hoy vivimos en un mundo distinto, con un predominante modelo económico de la libre concurrencia y del "*laissez faire, laissez passer*" (dejar hacer, dejar pasar) y con reglas de juego internas e internacionales casi imposibles de ser eludidas. ¿La reforma Constitucional que adviene tendrá por finalidad adecuarse a este contexto? Si así fuera, será ineludible que de modo central, más allá de distintos e importantes aspectos que puedan ser Introducidos en la Suprema Ley, los impulsores de la reforma constitucional enfrenten su reto de modificar ostensiblemente la Tercera Parte correspondiente a los Regímenes Especiales, y de modo específico el régimen económico, lo contrario significaría haberse realizado una vez más una reforma predominantemente política, epidérmica o superestructura.

CAPITULO II

LOS 35 ARTÍCULOS INCORPORADOS

A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

Tal como se tiene dicho, el texto del capítulo precedente corresponde a una exposición pública efectuada en el mes de marzo de 1993, de ahí que transcurrido el tiempo y encontrándose hoy en vigencia la Constitución reformada mediante ley N°. 1585 de 12 de agosto de 1994, es pertinente realizar un breve repaso analítico de los treinta y cinco artículos incorporados a efecto de verificar qué grado de profundidad alcanza la actual reforma constitucional.

Son dieciocho los artículos que tienen un carácter político institucional; dieciséis referidos al Órgano Judicial; dos de contenido sociocultural; dos de orden institucional; y uno solo estrictamente socioeconómico; advirtiendo que esta cantidad de artículos, superior a los treinta y cinco señalados, se debe a que algunos de ellos comparten más de un contenido.

ARTÍCULOS DE CARÁCTER POLÍTICO INSTITUCIONAL

ARTICULO 41.

"Son ciudadanos los bolivianos, varones y mujeres de dieciocho años de edad, cualesquiera sean sus niveles de instrucción, ocupación o renta".

Este artículo está íntimamente ligado a los artículos 40 y 220 de la Ley Fundamental vigente.

Aunque lo pertinente hubiese sido aclarar en este espacio lo que con estrictez se entiende por ciudadanía, preferimos ocuparnos de este aspecto con mayor detenimiento, por los efectos prácticos que se producen en el país, en la parte correspondiente al análisis que corresponde al art. 220 referido a los electores a partir de los dieciocho años.

Por de pronto, no está demás apuntar que esta disposición es en sí misma acertada, pues responde al requerimiento exigido desde hace muchos años atrás para cambiar el ejercicio de la **ciudadanía** de los 21 años a los 18; sin embargo, reconociéndose que la ciudadanía en tanto derecho político no puede ser confundida con los derechos civiles, ha sido de todas maneras desvirtuada esta previsión en el caso de los jóvenes mayores de 18 años, al haberseles reducido la supuesta ciudadanía sólo al acto electoral, tal como luego se verá al momento de analizarse el artículo 220 del Código Fundamental.

ARTICULO 60.

"I. La Cámara de Diputados se compone de ciento treinta miembros.

II. En cada departamento, la mitad de los Diputados se eligen en circunscripciones uninominales. La otra mitad en circunscripciones plurinominales departamentales, de listas encabezadas por los candidatos a Presidente, Vicepresidente y Senadores de la República. Los candidatos son postulados por los partidos políticos.

III. Las circunscripciones uninominales deben tener continuidad geográfica, afinidad y armonía territorial, no trascender los límites de cada departamento y basarse en criterios de población. La Corte Nacional Electoral delimitará las circunscripciones uninominales.

IV. Los Diputados son elegidos en votación universal, directa y secreta. En las circunscripciones uninominales por simple mayoría de sufragios. En las circunscripciones plurinominales mediante el sistema de representación que establece la ley.

V. El número de diputados deberá reflejar la votación proporcional obtenida por cada partido.

VI. La distribución del total de escaños entre los departamentos se determina por ley en base al número de habitantes de cada uno de ellos de acuerdo al último Censo Nacional. Por equidad la ley asignará un número de escaños mínimo para los departamentos con menor población y menor grado de desarrollo económico. Si la distribución de escaños para cualquier

departamento resultare impar, se dará preferencia a la asignación de escaños uninominales.

VII. Los Diputados ejercen sus funciones por cinco años y la renovación de la Cámara será total".

Se trata de un artículo bastante extenso y que acarreará ciertamente una serie de complicaciones. Reflejamos algunas de sus características.

Dentro de un mismo departamento, el 50 por ciento de los elegidos son diputados uninominales, para cuyo efecto deben crearse circunscripciones "uninominales", es decir, áreas territoriales delimitadas dentro de las cuales los ciudadanos ejercen el sufragio para elegir al candidato que se haya inscrito en dicha área territorial, tomando en cuenta, al menos teóricamente, el predicamento del nombre o representatividad personal del mismo; mientras que separadamente, el otro 50 por ciento de diputados, es elegido dentro de la lista partidaria tradicional (lista completa), encabezada por el Presidente, Vicepresidente y Senadores. Al decir de un actual Presidente de una de las Cámaras Legislativas, "(...) es que si seguía el antiguo sistema -el de las listas completas- corríamos el riesgo de que el Congreso de la República hubiese sido acusado de no tener la representatividad del pueblo boliviano. (...) De haber seguido como estábamos, creo que se corría el riesgo de reventar el Congreso". Sin embargo, tales riesgos no desaparecerán por la simple elección de Diputados uninominales, forma de elección mal copiada del sistema alemán, latitud de gran nivel cívico y bajo índice de analfabetismo.

Aparentemente en la elección uninominal, el ciudadano vota por un diputado sin tomar en cuenta su filiación política, sino considerando sus méritos personales, su prestigio y su representatividad en relación a la población a la que representa -para decirte en términos sencillos y no técnicos-, pero en realidad no va a ser así, y en todo caso representará un verdadero retroceso, pudiendo llegar al Parlamento personas sin ninguna vocación cívica ni formación política para ejercer con un mínimo de preparación la función parlamentaria tal cual se especia actualmente (parlamentarios que dicen desconocer la ley, por ejemplo). Pero además, como todos los candidatos serán postulados por los partidos políticos, necesariamente en primera y última instancias será el jefe o la cúpula de la entidad partidaria quienes determinen el nombre del candidato a diputado uninominal, en una suerte de elección partidaria previa al sufragio del pueblo, designación que claro está, recaerá sobre algún líder local que ya siendo, generalmente, una especie de cacique, caracterizado por contar con capacidad económica o de movilización o de ambos factores dentro de su propia circunscripción territorial, resellará esta su condición al obtener el triunfo electoral, pudiendo desde ese instante obrar de acuerdo a sus designios personales al margen inclusive del partido político que lo promovió, convirtiéndose el sistema uninominal en "arma de doble filo" y en negación de la democracia representativa y desde luego de la participativa a la que tanto se aspira, pues llegado el momento podrá prevalecer de modo vertical la voluntad del cacique por encima de los intereses de la comunidad. Por otra parte, como quiera que en cada circunscripción uninominal triunfará un solo candidato por simple mayoría de votos, progresivamente irán siendo excluidos los partidos minoritarios para terminar configurándose en el país un sistema bipartidista ajeno a nuestra realidad, pues, como se sabe, los que tiene mayor opción de triunfo electoral son los partidos grandes con suficiente capacidad financiera, junto a cuyo soporte

logístico podrán estar los candidatos uninominales o, en su caso, podrán negociar su postulación con cualquier otro agente de poder económico limpio u obscuro. Pero a su turno, se ha incurrido en el error de establecer un número fijo de diputados -130-, pues con absoluta seguridad variará el número de los mismos de acuerdo a la creación de circunscripciones uninominales y se tomará verdaderamente difícil la distribución por ley de los escaños entre los departamentos al tener que establecerse cuáles de éstos son de menor grado de desarrollo económico y sobre la base de la "equidad" se tendrá que disminuir el número de parlamentarios a unas regiones y aumentar a otras. Si este grave aspecto no es superado, se pondrá en riesgo la realización de las próximas Elecciones Nacionales. En lo restante, quizás se atenúe la problemática realizando ajustes adecuados en la Ley Electoral y se apruebe la Ley de Partidos Políticos, estableciendo reglas claras respecto al financiamiento de los mismos, a la igualdad en la propaganda electoral y otros tópicos necesarios para el caso.

ARTICULO 70.

I. A iniciativa de cualquier parlamentario, las Cámaras pueden pedir a los Ministros de Estado informes verbales o escritos con fines legislativos de inspección o fiscalización y proponer investigaciones sobre todo asunto de interés nacional.

II. Cada Cámara puede, a iniciativa de cualquier Parlamentario, interpelar a los Ministros de Estado, individual o colectivamente y acordar la censura de sus actos por mayoría absoluta de votos de los representantes nacionales presentes.

III. La censura tiene por finalidad la modificación de las políticas y del procedimiento impugnados, e implica la renuncia del o de los Ministros Censurados, la misma que podrá ser aceptada o rechazada por el Presidente de la República".

La aparente novedad de este artículo consiste en el hecho de que en caso de censura a un ministro de Estado por los parlamentarios, procede la renuncia de éste. En la Constitución de 1967 sólo se daba lugar a la modificación del procedimiento político impugnado; sin embargo, de acuerdo al sistema presidencialista deformado vigente en el país, el Presidente de la República en última instancia es quien acepta o rechaza la renuncia del ministro censurado, con lo que la "novedad" deja de ser tal.

ARTICULO 87.

I. El mandato improrrogable del Presidente de la República es de cinco años. El Presidente puede ser reelecto por una sola vez después de transcurrido cuando menos un período constitucional.

II. El mandato improrrogable del Vicepresidente es también de cinco años. El Vicepresidente no puede ser elegido Presidente ni Vicepresidente de la República en el período siguiente al que ejerció su mandato".

De cuatro años se aumenta el período presidencial a cinco y posiblemente esta previsión sea la que más cambios ha sufrido a través de las múltiples reformas constitucionales. Se sostiene que normalmente el primer año de gobierno está dirigido al logro de su propia organización y estabilidad; teóricamente los dos años siguientes estarían dedicados a la realización o

ejecución del programa de gobierno; y, el último, volcado a la preparación electoral próxima, reduciéndose en los hechos la ejecución gubernamental propiamente dicha a dos años, siendo esta visión de relativa validez, uno de los fundamentos para la ampliación del período presidencial y vicepresidencial. Esta es una medida arriesgada, si se tiene en cuenta que las promesas preelectorales casi siempre son incumplidas, no precisamente por falta de tiempo, sino porque en un país pobre y altamente dependiente como el nuestro, se hace casi imposible cumplir lo abundantemente prometido, así se amplió el mandato por "doce" o veinte años, por eso a lo largo de nuestra historia se cambió y recambió el período presidencial, corriéndose el riesgo, nunca descartable, de que el pueblo, frustrado, termine pidiendo el acortamiento del mandato presidencial en directo detrimento del sistema democrático.

Es improrrogable el mandato, pudiendo ser reelecto el Presidente por una sola vez y luego de haber transcurrido un tiempo igual al mandato de 5 años, entendiéndose que un ciudadano no puede ejercer la Presidencia de la República por más de dos veces. En cambio el Vicepresidente, puede ser elegido en la misma función sin límite alguno, pero dejando pasar de igual modo cinco años después de su mandato, es decir no puede ser reelecto inmediatamente, sin que exista impedimento para postularse dentro de esta regla como Presidente de la República.

ARTICULO 90.

I. Si en las elecciones generales ninguna de las fórmulas para Presidente y Vicepresidente de la República obtuviera la mayoría absoluta de sufragios válidos, el Congreso elegirá por mayoría absoluta de votos válidos, en votación oral y nominal, entre las dos fórmulas que hubieran obtenido el mayor número de sufragios válidos.

II. En caso de empate, se repetirá la votación por dos veces consecutivas, en forma oral y nominal. De persistir el empate, se proclamará Presidente y Vicepresidente a los candidatos que hubieran logrado la mayoría simple de sufragios válidos en la elección general.

III. La elección y el cómputo se harán en sesión pública y permanente por razón de tiempo y materia".

Yendo a lo esencial: sabiéndose que por la conformación social y política del país, es poco menos que imposible que legal y legítimamente una candidatura logre en una elección nacional la mayoría absoluta de los sufragios, se establece en la Constitución tal proporción de votación, disponiéndose que si no se alcanzara tal -"inalcanzable"- mayoría absoluta, será el Congreso el que elija por mayoría absoluta en votación oral y nominal entre las dos fórmulas que hubieran obtenido el mayor número de sufragios. Si se produjera empate en el Congreso se repetiría la votación hasta dos veces consecutivas, en la misma forma oral y nominal; y, de persistir el empate, se proclama Presidente y Vicepresidente a los candidatos que hubieran obtenido la simple mayoría en la elección general.

Fácilmente se percibe que este procedimiento se hace Innecesariamente complejo para llegar a un mismo resultado, a la vez que es contradictorio en esencia, pues inicialmente se exige irrealmente la mayoría absoluta de

sufragios en signo de adquirir legitimación, para luego conformarse con una simple mayoría que pone en duda la representatividad popular de los elegidos.

Pero esta previsión termina distorsionando el espíritu del artículo 219 de la propia Constitución, cuando en su parte pertinente señala que "El sufragio constituye la base del sistema democrático representativo y se funda en el voto universal, directo e igual, individual y secreto (...)".

La doctrina sustenta lo observado, siendo necesario realizar un desarrollo analítico de cada uno de los elementos contenidos en la parte del artículo que acaba de ser transcrito:

- a) En la democracia de nuestro tiempo, el sufragio es el acto político más importante de la ciudadanía; es un acto de voluntad que conlleva **deliberación** en el ciudadano y **decisión** previas, deliberación en la medida en que éste reflexiona sobre los mejores intereses del Estado y; decisión, porque el ciudadano **se decide** por determinado candidato, razón por la que le ofrece su confianza a través del voto. De ahí que el sufragio es un deber y una **función** que cumplen los ciudadanos, siendo en este sentido el elector un **funcionario** que ejerce un acto de soberanía que le es propio y **personalísimo**, a la vez que es de orden público.

Por lo tanto, si bien los representantes nacionales "representan" al pueblo, fuente de la soberanía, no pueden "sustituirlo", aspecto último éste. puesto de manifiesto en el artículo 90 al trasladar el sufragio popular, que es personalísimo, a la elección ajena en el Congreso.

- b) El sufragio **es universal** cuando inversamente al restringido o calificado, es ejercido **por todos los ciudadanos** habilitados por ley. Mediante el artículo que analizamos el sufragio deja de ser universal y se lo convierte en elección ejercida por un número restringido de ciudadanos, 27 senadores y 130 Diputados.
- c) Deja de ser **directo**, para convertirse en Indirecto a través del voto de los parlamentarios y, desde luego,
- d) Ya no es **secreto**, elemento importante que encuentra fundamento en el respeto a la libertad de conciencia y la sinceridad de las opiniones expresadas; pues, los congresistas, eligen en forma "**oral y nominal**", contradiciendo las estrictas normas de seguridad que se asumen en los recintos electorales para precautelar el **secreto** del voto de los ciudadanos.

Se aduce que este procedimiento tiene su fundamento en la necesidad de evitar los llamados "empantanamientos" electorales. Creemos que un remedio más cívico y considerado con el ciudadano, hubiese consistido en realizar una segunda y aún una tercera vuelta electoral "universal, directa, individual, secreta, y obligatoria", tal como sucede desde hace mucho tiempo en varios países europeos y últimamente latinoamericanos, reglamentando la obtención posible y no simplemente deseable de un determinado porcentaje realista, que no sea necesariamente la mayoría absoluta, para determinar el triunfo de un candidato, sin importar el costo económico que pudiese demandar ni las dificultades técnicas que puedan existir, pues el respeto al voto directo y la conservación del orden de Derecho no tienen precio.

No cabe duda que se introduce el voto oral y nominal como una forma de ejercer control partidario sobre Senadores y Diputados, lo que pone en cuestión a los propios partidos políticos y a sus representantes parlamentarios, pues a la Inversa del derecho romano, en el que se presumía la buena fe de los contratantes, en el caso nuestro se presume la mala fe de los parlamentarios. Si las entidades partidarias desconfían de sus propios parlamentarios, ¿cómo se le puede exigir al ciudadano que confíe en ellos para elegir

"en su nombre" al Presidente y Vicepresidente de la República?. Este es un aspecto que introduce una dosis de desconfianza en el sistema democrático y que resiente contradictoriamente al mismo orden constitucional de Derecho, además, constituye una medida totalmente relativa para evitar el denominado transfugio político; salvo quizás la aprobación de una Ley de Partidos Políticos que ataque con eficacia este problema.

ARTICULO 109.

I. En cada Departamento el Poder Ejecutivo está a cargo y se administra por un Prefecto, designado por el Presidente de la República.

II. El Prefecto ejerce la función de Comandante General del Departamento, designa y tiene bajo su dependencia a los Subprefectos en las provincias y a los corregidores en los cantones, así como a las autoridades administrativas departamentales cuyo nombramiento no esté reservado a otra instancia.

III. Sus demás atribuciones se fijan por ley.

IV. Los Senadores y Diputados podrán ser designados Prefectos de Departamento, quedando suspensos de sus funciones parlamentarias por el tiempo que desempeñen el cargo".

Este fue un artículo materia de intensos debates tanto en el Parlamento como en niveles de la sociedad civil, especialmente comités cívicos.

En la primera parte de este artículo existe imprecisión técnica en la redacción, pues la expresión "está a cargo" está desprovista de contenido jurídico, dando lugar a que el Prefecto, pueda "estar a cargo" del Poder Ejecutivo en cada Departamento a título de múltiples derechos, fuentes y aún valores jurídicos. Posteriormente éste aspecto, fue aclarado con la promulgación de la Ley de Descentralización Administrativa y su Decreto Reglamentario.

En los hechos, el Prefecto Departamental se convirtió en una autoridad sin un rol definido, circunscribiéndose prioritariamente a ser virtualmente un representante político del Ministerio del Interior o de Gobierno, compitiendo permanente y desventajosamente con el poder económico de la Corporación de Desarrollo de su distrito. Mediante este artículo se le devuelve el status previsto en la Ley de Organización Política de 1888.

Se dice que con la desaparición de las Corporaciones de Desarrollo, se daría curso a la "prefecturalización" de los Departamentos, conforme palabra acuñada por los estudiosos de la descentralización, pues según previenen concentrarla esta autoridad poderes omnímodos, políticos y económicos.

Se permite que Senadores o Diputados puedan ser designados Prefectos, quedando suspensas sus funciones parlamentarias pero sin que pierdan su representatividad, como en el caso de Ministros de Estado y Embajadores. No hemos encontrado un argumento de fondo que respalde esta medida, predominando aquél por el cual disponiendo que los parlamentarios accedan

a ser Prefectos, se jerarquizaría el cargo, criterio menos que relativo en su validez. La verdadera motivación es más bien de orden político, favorable al control gubernamental que corresponda.

ARTICULO 110.

I. El Poder Ejecutivo a nivel departamental se ejerce de acuerdo a un régimen de descentralización administrativa.

II. En cada departamento existe un Consejo Departamental, presidido por el Prefecto, cuya composición y atribuciones establece la ley".

Por este artículo se hace referencia al régimen de descentralización administrativa del Órgano Ejecutivo, no de los restantes dos: del Legislativo ni del Judicial, manteniendo por lo demás su unidad política a través del Prefecto en cada departamento, en tanto que esta autoridad es subalterna del Ministro de Gobierno.

El tema del Consejo Departamental, seguramente ha sido uno de los más conflictivos y polemizados, pues la tendencia cívica se inclinó hasta las últimas instancias por la vigencia de las "Asambleas Departamentales" (tal como preceptuaba la Constitución de 1967) a ser elegidas por voto directo y popular, aspecto que no prosperó.

Sería largo realizar el recuento de las opciones y matices, marchas y contramarchas que se dieron en las discusiones, pero era lógico que tal propuesta no podía prosperar entre muchas razones, por la sencilla explicación de que al ser el Prefecto designado simplemente por el Presidente de la República, mientras que los miembros de la Asamblea Departamental elegidos mediante voto popular, el Prefecto quedaba virtualmente deslegitimizado y con ello desjerarquizando implícitamente al Poder Central, a más de que se interpretó que con esta medida se aprobarla una verdadera descentralización política e incluso abundaron voces apuntando que se buscaba la federalización del país, aspecto negado por el movimiento cívico.

Lo evidente es que de acuerdo a la Ley de Descentralización, N° 1.654 de 28 de Julio de 1995, el régimen de descentralización en el campo departamental se ha reducido a la "**transferencia y delegación** de atribuciones de carácter técnico-administrativo no privativas del Poder Ejecutivo a nivel Nacional".

En el artículo 3°, numeral I, de la Ley en mención se establece de modo expreso que "La estructura del Poder Ejecutivo a nivel departamental, está constituida por el Prefecto y el Consejo Departamental", lo cual significa que el "Consejo Departamental", forma parte del Poder Ejecutivo, aspecto que sencillamente no comprendemos, atenta la circunstancia que en la misma Ley se establece que este Consejo es, entre otras cosas, un órgano de "fiscalización".

De acuerdo al Decreto Supremo N° 24.206 de 29 de diciembre de 1995, referido a la organización del Poder Ejecutivo en cada departamento, existen dependiendo de éste los siguientes niveles administrativos: 1) De Coordinación, que cuenta con una Secretaría General; 2) De Control, con un Dirección General de Auditoría Interna; 3) De Apoyo y Asesoramiento, conformado por la Dirección de Asuntos Jurídicos y la Dirección de Comunicación Social; 4) De Ejecución, constituido por las Secretarías de Desarrollo Sostenible, Desarrollo Económico, Desarrollo Humano, Participación Popular y el Tesoro Departamental; y 5) Un nivel Operativo, con su correspondientes direcciones.

Por su parte, (creemos que en puridad debía ser realmente "aparte"), cada Consejo Departamental, según la Ley de Descentralización, es un órgano

colegiado de consulta, control y fiscalización de los actos administrativos del Prefecto, estando conformado por el Prefecto que lo preside; un ciudadano por cada provincia del departamento, designado por el Concejo Municipal respectivo; y una representación por población equivalente al 50% del número de provincias, de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley señalada.

Por razones que escapan al marco del presente estudio, nos privamos de realizar mayores análisis sobre la descentralización aprobada.

ARTICULO 171.

I. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores lenguas, costumbres e instituciones.

II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado".

Esta previsión es múltiple dentro de la clasificación que hemos adoptado, tiene para el caso un contenido político como las precedentes, pues reconoce los derechos de los pueblos indígenas que le son propios, dando lugar a la existencia de la personalidad jurídica de las comunidades campesinas o indígenas, de sus sindicatos y asociaciones y, además, adjudicando a sus autoridades naturales funciones de administración en aplicación de sus normas tradicionales, pero siempre que no se adopten conductas contrarias a la Constitución, aspectos complementados con la Ley de Participación Popular, siendo por lo tanto insoslayable difundir entre las comunidades campesinas e Indígenas los contenidos fundamentales de la Constitución Política del Estado, a efecto de que este precepto no quede en una proclama lírica susceptible de ser manejada en función de intereses subalternos.

ARTICULO 200.

I. El gobierno y la administración de los municipios están a cargo de Gobiernos Municipales autónomos y de igual jerarquía. En los cantones habrá agentes municipales bajo supervisión y control del Gobierno Municipal de su jurisdicción.

II. La autonomía municipal consiste en la potestad normativa, ejecutiva, administrativa y técnica en el ámbito de sus jurisdicción y competencia territoriales.

III. El Gobierno Municipal está a cargo de un Concejo y un Alcalde.

IV . Los Concejales son elegidos en votación universal, directa y secreta por un período de cinco años, siguiendo el sistema de representación proporcional determinado por ley. Los agentes municipales se elegirán de la misma forma por simple mayoría de sufragios.

V. Son candidatos a Alcalde quienes estén inscritos en primer lugar en las listas de Concejales de los partidos. El Alcalde será elegido por mayoría absoluta de los votos válidos .

VI. Si ninguno de los candidatos a Alcalde obtuviera la mayoría absoluta, el Concejo tomará a los dos que hubieran logrado el mayor número de sufragios válidos y de entre ellos hará la elección por mayoría absoluta de votos válidos del total de miembros del Concejo, mediante votación oral y nominal. En caso de empate se repetirá la votación oral y nominal por dos veces consecutivas. De persistir el empate se proclamará Alcalde al candidato que hubiere logrado la mayoría simple en la elección municipal. La elección y el cómputo se harán en sesión pública y permanente por razón de tiempo y materia, y la proclamación mediante Resolución Municipal.

VII. La Ley determina el número de miembros de los Concejos Municipales".

Este precepto establece y define la autonomía de los Municipios; el período de funciones de los Concejales se eleva a cinco años; el Alcalde es elegido en la misma forma que el Presidente y Vicepresidente de la República, siendo candidato a Alcalde el que figura en primer lugar en la lista de Concejales; es decir, en primera instancia rige el voto directo y en caso de que ningún candidato obtuviese la mayoría absoluta es elegido dentro del Concejo Municipal; y, de existir empate en dicho ámbito, se reconoce la mayoría simple obtenida en la elección general; el número de concejales está determinado por ley. Una omisión fácilmente perceptible radica en la falta de límites en la reelección de los alcaldes municipales, que haciendo abstracción de la buena o mala gestión que puedan desarrollar, su reelección por otro período de cinco años -que ya es decir mucho con relación a los dos años que regía anteriormente-, puede dar lugar a la creación de verdaderos feudos antidemocráticos que prorroguen su poder municipal por tiempo Indeterminado.

ARTICULO 201.

"I. El Concejo Municipal tiene potestad normativa y fiscalizadora. Los Gobiernos Municipales no podrán establecer tributos que no sean tasas o patentes cuya creación requiera aprobación previa de la cámara de Senadores, basada en un dictamen técnico del Poder Ejecutivo. El Alcalde Municipal tiene potestad ejecutiva, administrativa y técnica en el ámbito de su competencia.

II. Cumplido por los menos un año desde la posesión del Alcalde que hubiese sido elegido conforme al párrafo 6 del artículo 200, el Concejo podrá censurarlo y removerlo por tres quintos del total de sus miembros mediante voto constructivo de censura siempre que simultáneamente elija el sucesor de entre los Concejales. El sucesor así elegido ejercerá el cargo hasta concluir el período respectivo. Este procedimiento no podrá volverse a intentar sino hasta cumplido un año después del cambio de un Alcalde, ni tampoco en el último año de gestión municipal".

Este artículo también regula aspectos políticos y financieros.

En el primer caso que es el que interesa para este epígrafe, se reconoce la potestad normativa y fiscalizadora del Concejo Municipal al igual que la potestad ejecutiva y técnica del Alcalde.

Estableciendo diferenciación entre el Alcalde, que por ser elegido mediante el sufragio ciudadano es inamovible y, el elegido por los concejales, puede ser censurado y removido por tres quintos del total de sus miembros mediante voto "constructivo", a condición de que el sucesor sea elegido simultáneamente, procedimiento que puede efectuarse a partir del año de gestión del Alcalde elegido internamente, pero que no podrá realizarse en el último año del período municipal, se introduce -a la inversa del peligro de prórroga apuntado-, un factor de inestabilidad y perturbación en los Gobiernos Municipales, pues al no establecerse en la Constitución quién deberá ser elegido como nuevo Alcalde, se deja este delicado asunto a la discrecionalidad de los Concejales, y como queda demostrado hasta la saciedad que en política vale todo y todo es posible "aunque sea imposible", siempre estará latente en los municipios la posibilidad que mayorías circunstanciales en función de nuevas correlaciones de fuerzas partidarias, puedan remover al Alcalde por cualquier causa o circunstancia. Se fundamenta que esta medida ha sido introducida, como una forma de ejercer control permanente al Alcalde elegido dentro del Consejo Municipal, al estilo del control que se realiza en algunos países europeos. En todo caso, con esta previsión no se hace más que reconocer la precariedad, por no decir la falta de legitimidad de este tipo de elección, en la que el voto popular es reemplazado por las transacciones interpartidarias, pero además se incurre en una especie de macaquismo, al confundir la sólida organización democrática de los países europeos, a los que se quiere imitar, con la escuálida democracia en ciernes vigente en el país.

ARTICULO 202.

"Las municipalidades pueden asociarse o mancomunarse entre sí y convenir tipos de contratos con personas individuales o colectivas de derecho público y privado, para el mejor cumplimiento de su fines, con excepción de lo prescrito en la atribución 5ta. del artículo 59 de esta Constitución".

Esta prescripción se refiere a la facultad de los municipios para asociarse entre ellos y realizar contratos con personas Individuales o colectivas para el logro de una mejor gestión municipal, sin más restricción que la prevista en el numeral 5to. del artículo 59 de la Constitución, que contiene previsiones referidas a las atribuciones del Legislativo en relación al interés general del Estado boliviano. Pero lo destacable de esta disposición, es que por ella los municipios se constituyen en sujetos de crédito... no resta más que decir, 'que Dios ilumine a los Concejales y proteja a los contribuyentes'.

ARTICULO 203.

"Cada Municipio tiene una jurisdicción territorial continua determinada por Ley".

Esta disposición debe ser cumplida con la mayor celeridad y precisión a fin de evitar posibles conflictos jurisdiccionales que ya han empezado a aflorar.

ARTICULO 204.

"Para ser elegido Concejal o Agente Cantonal se requiere tener como mínimo veintiún años de edad y estar domiciliado en la jurisdicción municipal respectiva durante el año anterior a la elección".

Se desprende que un "**ciudadano**" de 18 a 20 años está incapacitado o inmaduro para desempeñar estas funciones.

ARTICULO 205.

"La ley determina la organización y atribuciones del Gobierno Municipal".

La lógica de este artículo no impone comentario.

ARTICULO 220.

I. Son electores todos los bolivianos mayores de dieciocho años de edad, cualquiera sea su grado de instrucción y ocupación, sin más requisito que su inscripción obligatoria en el Registro Electoral.

II. En las elecciones municipales votarán los ciudadanos extranjeros en las condiciones que establezca la ley".

A efecto de otorgar orden al análisis de este artículo, es necesario, tal como quedo anticipado en el punto referente al artículo 41, establecer previamente lo que se entiende por **ciudadanía**. Sánchez Viamonte señala que: "La ciudadanía es una institución que habilita para el ejercicio de **todos** los derechos políticos"¹.

Pablo Ramella dice que: "Los derechos y deberes de la ciudadanía pueden englobarse de la siguiente manera: a) **derecho a votar**; b) **derecho a ser elegido**(...) c) derecho de asociarse con fines políticos, es decir **constituir partidos políticos**"².

Para aclarar definitivamente el concepto de ciudadanía, Rafael Bielsa expresa: "La ciudadanía es un "status jurídico-político" formado por derechos que substancialmente se ejercen para formar los poderes políticos del Estado, es decir, para participar ya como elector ya como **elegido**"³.

La doctrina citada referencialmente está refrendada en el derecho positivo boliviano, así las Constituciones de 1961 y 1967 en sus artículos 39 y 40 respectivamente, prescriben en parte pertinente: "La ciudadanía consiste: 1o.- En concurrir como **elector o elegible** a la formación o al ejercicio de los poderes públicos".

Pero además, la Constitución vigente **repite literalmente tales previsiones** en su artículo 40, párrafo 1º., mientras que en su párrafo 2º señala que la ciudadanía consiste: "En el derecho a ejercer funciones públicas, sin otro requisito que la idoneidad (...)".

Pero si se consideran los requisitos que la propia Constitución prevé para ser Diputado (25 años), Concejal (21 años) Presidente o Senador (35 años), se llega a la conclusión que a los jóvenes de 18 años no se les reconoce la ciudadanía propiamente dicha, de acuerdo a lo que tenemos referido, **sino la función de elector**, unas veces como sufragante (que elige a un candidato) y otras veces como simple votante (que introduce una papeleta en

el ánfora, pero que no elige, sino, los representantes nacionales o los concejales que lo hacen en su nombre), desde luego que tampoco pueden ejercer.

- 1) SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. "El constitucionalismo y sus problemas", Ed. Claridad, Buenos Aires-Argentina, 1954.
- 2) RAMELLA, Pablo. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Driskill S.A. Buenos Aires, 1985, t. II, Pág. 1040.
- 3) BIELSA, Rafael. "Derecho Constitucional", Ed. Roque Depalma, Buenos Aires-Argentina.

otras funciones públicas por más idóneos que puedan ser debido al factor limitante de la edad; (la idoneidad alude a la "calidad", la edad a la "cantidad").

El fundamento que trata de explicar el defecto señalado, radica en que los jóvenes a esa edad no poseen aún la personalidad suficientemente desarrollada para cumplir funciones de tanta importancia, conclusión a la que se llega por simple intuición o por "inferencia lógica"; pero si así fuera, lo cual no está negado ni confirmado por no haberse realizado ningún estudio científico previo, se ratifica que los artículos 40, 41 y 220 de la Constitución, quedan totalmente desvirtuados, al establecerse en diferentes disposiciones requisitos en relación a la edad, para ser elegibles, inaccesibles y prohibitivos para los jóvenes mayores de 18 años, pues al definirse a la ciudadanía ésta simplemente se la ejerce a medias por los mismos, quienes rotundamente **no son ciudadanos**, sino **electores**, prohibidos de ejercer el derecho político a ser elegidos o impedidos de constituir partidos políticos ante la Corte Nacional Electoral; y en el campo de los derechos civiles imposibilitados de contraer contratos, matrimonios, etc. De esta manera, los artículos 40, 41 y 220 devienen en una maraña de incongruencias que confunde el concepto de la ciudadanía, el derecho al voto, la mayoría de edad, con incidencia complicada en relación al cumplimiento obligatorio del servicio militar a partir de los diecinueve años y, en materia penal, con la imputabilidad a partir de los dieciséis años, caso en el que se tiene la certeza de que a esa edad ya se tiene capacidad para discernir entre el bien y el mal, pero paradójicamente no se la tiene para poder ser elegible.

Los jóvenes de hoy día, por su fácil acceso a los medios de comunicación masivos, a los instrumentos y canales que pone a su disposición la cibernética y, por su inserción en una sociedad fría, compleja y altamente competitiva que de por sí los predispone para estar singularmente preparados para una fatigosa lucha por la vida, ya no son más los de antaño, simples y hasta candidos, a los que fácilmente se les podía embaucar con un cuento bien o mal hilvanado. Por algunos resultados de encuestas, parece que un alto porcentaje de jóvenes está perfectamente orientado sobre la problemática que señalamos. El mejor interés del país espera que estas incongruencias normativas sean superadas en el futuro y no conduzcan al simple uso del voto de la juventud boliviana, pues desacreditaría a los partidos políticos y consecuentemente debilitaría el proceso

democrático que, precisamente por ser imperfecto, exige para su fortalecimiento evitar incurrir en errores como los señalados.

ARTICULO 221.

"Son elegibles los ciudadanos que reúnan los requisitos establecidos por la Constitución y la ley".

El artículo correspondiente de la Constitución de 1967, señalaba además de lo previsto precedentemente, que son elegibles los ciudadanos que sepan leer y escribir. De nuestra parte, reconociendo que ciudadanos que no sepan leer ni escribir pueden en ciertos casos ser elegidos para ejercer determinados cargos o funciones, sin embargo, en otros de máxima y delicada responsabilidad, en la que es impensable que se pueda realizar una gestión de considerable importancia sino es previa lectura, estudio y suscripción de un documento, tal requisito se hace poco menos que imprescindible, de donde a la vez no alcanzamos a comprender por qué un joven de 18 años, con la ventaja de no ser analfabeto y en su caso plenamente idóneo y competente, no pueda acceder a determinado cargo o función a través del sufragio.

Pasando a otra esfera, en lo concerniente a las previsiones atinentes a Instituciones, se tienen las dos siguientes referidas exclusivamente a la Policía Nacional:

ARTICULO 215.

I. La Policía Nacional como fuerza pública, tiene la misión específica de la defensa de la sociedad y la conservación del orden público y el cumplimiento de las leyes en todo el territorio nacional. Ejerce la función policial de manera integral y bajo mando único, en conformidad con su Ley Orgánica y las leyes de la República.

II. Como Institución no delibera ni participa en acción política partidaria, pero individualmente sus miembros gozan y ejercen sus derechos ciudadanos de acuerdo a ley".

ARTICULO 217.

"Para ser designado Comandante General de la Policía Nacional, es indispensable ser boliviano de nacimiento, General de la institución y reunir los requisitos que señala la ley".

Estas disposiciones siendo claras, no requieren mayores comentarios. La primera de ellas contiene reafirmación de la misión y función de la Policía Nacional, sustituyendo la Comandancia o Comandante al de Director General de la Policía, que era el nombre asignado por la Constitución de 1967, por lo demás la normatividad de esta institución está librada a su Ley Orgánica y correspondientes disposiciones legales. Lo que no está claro para nadie, es en qué consiste el mando único de la Policía Nacional, pues su dispersión orgánica es de conocimiento general.

ARTÍCULOS DE CONTENIDO SOCIO CULTURAL

ARTICULO 1.

"Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos".

En lo esencial este artículo conserva intacto el espíritu contenido desde la Constitución de 1826 y mantiene literalmente la misma redacción introducida a partir de la Constitución de 1945 adelante.

Así parezca demasiado obvio, no está demás aclarar que la referencia de este artículo no se refiere a la esencia estructural y organizativa del Estado boliviano, aspecto que rebasa el marco socio-cultural, sino que se dirige al agregado por el que se señala que Bolivia es multiétnica y pluricultural, enunciado que no hace otra cosa que reconocer una realidad existente en el país y que de no adoptarse medidas conducentes a la real Integración de las etnias y nacionalidades en el proceso de desarrollo global del país, corre el riesgo de quedar en una simple definición retórica.

A la vez se añade en esta previsión, que nuestra República está fundada en la unión y solidaridad de todos los bolivianos, manifestación filosófica que debiera ser cultivada con esmero por todos los habitantes de nuestro país.

ARTICULO 171.

I. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado".

Como se tiene dicho, este artículo es múltiple en su contenido. Por el se reconocen y respetan los derechos, cultura, Identidad, lengua, valores, costumbres e instituciones propias de los pueblos indígenas.

Desconocemos si como paso elemental, se está difundiendo entre estos grupos sociales el contenido básico del texto constitucional, a efecto de que adquieran conocimiento no sólo de sus deberes, que con seguridad se les imponen por ley, sino respecto a sus derechos y garantías fundamentales para que tengan capacidad real de hacerlos valer, que es lo mínimo que se pudiera hacer en primera instancia, evitando que este enunciado quede en simple frase declarativa, pues esperar que previamente se ponga en práctica la reforma educativa bilingüe, e incluso, en el más halagüeño de los casos, realizar tal difusión constitucional al mismo tiempo de tal desarrollo educativo, representaría esperar resultados a largo plazo, lo cual no es aceptable. Debe aplicarse un plan educativo de campo consistente en la utilización de métodos y técnicas de educación activa e investigación participativa comunitaria, con la

elaboración de conocimientos por los propios comunitarios en relación, exclusivamente, de los contenidos fundamentales de la Constitución, plan general de difusión, que por razones obvias, no puede ser explicado en detalle en el presente libro.

ARTÍCULOS DE CONTENIDO SOCIO ECONÓMICO Y HACIENDA PUBLICA

ARTICULO 171.

Habiendo sido ya transcrito este artículo, no es necesario repetirlo, pero es de remarcar que a través de esta disposición se convalida y complementa el Régimen Agrario contemplado en la Constitución de 1967 dentro del marco de la Reforma Agraria de 1953, reconociendo, respetando y protegiendo no sólo el derecho de las comunidades indígenas sobre sus tierras originarias, sino además particularizando la garantía sobre el uso y aprovechamiento de los recursos naturales de su suelo.

ARTICULO 201.

Tampoco transcribimos este artículo al haber sido copiado literalmente en páginas anteriores.

Se refiere, en función de los Gobiernos Municipales, a patentes e Impuestos. Consideramos que en este rubro era mucho más clara la redacción del artículo 201 de la Constitución de 1967 en sus numerales 3o.) y 4o.), referido a las atribuciones de los Consejos Municipales; el primero de éstos concordante con el artículo 66, inciso 4o.) de la misma Constitución, relativo a la atribución del Senado para aprobar las ordenanzas municipales respecto de patentes e impuestos. En todo caso, claro está que los Concejos Municipales tiene facultad para crear tasas y patentes, requiriéndose para su vigencia aprobación del Senado Nacional.

ARTÍCULOS REFERIDOS AL ÓRGANO JUDICIAL

Incuestionablemente éste es el rubro en el que se han introducido las reformas constitucionales más significativas, destacándose la creación de nuevas e importantes instituciones. De esta manera, la reforma estructural de los Órganos del Estado sigue una gráfica pronunciadamente unilateral. Un Órgano Legislativo reglado por anacrónicos reglamentos de debates que datan esencialmente del año 1900, condicionantes, entre otros defectos, del exceso discursivo, cuando el trabajo productivo de comisiones en los rubros legislativo, fiscalizador, inspectivo y de gestoría debería ser el que prevalezca; y, un Órgano Ejecutivo, atornillado en un gigantismo burocrático desconcertante dentro de un régimen presidencialista mal entendido.

En todo caso, las reformas constitucionales referidas al Órgano Judicial, no son por sí solas las fórmulas mágicas que lo vayan a cualificar Instantáneamente. Hace falta aún todo un proceso en el que se adopten innumerables cambios - incluyendo los mentales- y ajustes mediante leyes pertinentes.

Lo importante es que con este paso, se han sentado las bases fundamentales para posibilitar tales modificaciones substanciales.

Los artículos modificados o incorporados en su caso, son los siguientes:

ARTICULO 116.

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

II. No pueden establecerse tribunales o juzgados de excepción.

III. La facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa y la de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional.

IV. El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal constitucional.

V. El Consejo de la Judicatura es el órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial.

VI. Los Magistrados y Jueces son independientes en la administración de justicia y no están sometidos sino a la Constitución y a la ley. No podrán ser destituidos de sus funciones, sino previa sentencia ejecutoriada.

VII. La Ley establece el Escalafón Judicial y las condiciones de inamovilidad de los Ministros, Magistrados, Consejeros y jueces.

VIII. El poder Judicial tiene autonomía económica y administrativa. El Presupuesto General de la Nación asignará una partida anual, centralizada en el Tesoro Judicial, que depende del Consejo de la Judicatura. El Poder Judicial no está facultado para crear o establecer tasas ni derechos judiciales.

IX. El ejercicio de la judicatura es incompatible con toda otra actividad pública y privada remunerada, con excepción de la cátedra universitaria.

X. La gratuidad, publicidad, celeridad y probidad en los juicios son condiciones esenciales de la administración de justicia. El Poder Judicial es responsable de proveer defensa legal gratuita a los indigentes, así como servicios de traducción cuando su lengua materna no sea el castellano".

Se puede decir que este es un artículo marco que establece a grosso modo la estructura central del "Poder Judicial" ^a. Se hace referencia al Tribunal Constitucional y al Consejo de la Judicatura, que por ser instituciones importantes recientemente incorporadas a la Constitución, junto al Defensor del Pueblo u Ombudsman, serán analizadas con más detalle en capítulos separados.

Como en el artículo similar de la Constitución de 1967, esta previsión dispone que el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores de Distrito y demás Tribunales y juzgados establecidos por

a) Estrictamente el Judicial no es poder sino Órgano del Estado, aspecto que será tratado en páginas posteriores. No obstante en este caso, procuramos seguir en lo posible la denominación empleada en la Constitución. ley, pero Incorporando además al Tribunal Constitucional y al Consejo de la Judicatura dentro de la estructura de este Órgano del Estado.

El control de la constitucionalidad deja de ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia y pasa al Tribunal Constitucional, aspecto que ha sido sujeto de criterios adversos y favorables a la vez.

La Corte Suprema se consagra estrictamente a la excelsa actividad jurisdiccional (numeral III del artículo en comentario), constituyendo esta medida el medio más adecuado para enfrentar la angustiosa sobre acumulación de causas y con ello recobrar la confianza de la ciudadanía, despojándose de otras actividades que por más importantes que pudieran significar, nunca lo serán más que la dedicación plena y única al fin supremo de administrar justicia propiamente dicha. Los aspectos administrativos y disciplinarios son de incumbencia del Consejo de la Judicatura, pues estas actividades no están reconocidas en el artículo 118 de la Ley de Leyes como atribuciones del Supremo Tribunal de la justicia ordinaria.

El Escalafón Judicial regido por ley, de igual manera dependerá del Consejo de la Judicatura, pero no comprendemos por qué la Constitución, se limita sólo a establecer las condiciones de "inamovilidad" de los Ministros, Magistrados, Consejeros y Jueces, abstrayendo el enunciado del registro, la calificación de méritos, los ascensos, las promociones, las cesantías y el retiro.

Igualmente el Tesoro Judicial pasa a depender de este Consejo.

Con la adopción de estas últimas medidas, es reconfortante la inferencia de la desaparición del Consejo de Administración de la Corte Suprema que distraía el tiempo de los Ministros en la atención de su específica función jurisdiccional.

ARTICULO 117.

I. La Corte Suprema es el máximo Tribunal de justicia ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativas de la República. Tiene su sede en la ciudad de Sucre.

II. Se compone de doce Ministros que se organizan en salas especializadas, con sujeción a la ley.

III. Para ser Ministro de la Corte Suprema se requiere las condiciones exigidas por los artículos 64° y 61° de esta Constitución con la excepción de los numerales 2) y 4) del artículo 61°, tener título de abogado en Provisión Nadas por los artículos 64° y 61° de esta Constitución con la excepción de los numerales 2) y 4) del artículo 61^a, tener título de abogado en Provisión Nacional, y haber ejercido con idoneidad la judicatura, la profesión o la cátedra universitaria por lo menos durante diez años.

IV. Los Ministros son elegidos por el Congreso Nacional por dos tercios de votos del total de sus miembros, de nóminas propuestas por el Consejo de la Judicatura. Desempeñan sus funciones por un período personal e improrrogable de diez años, computables desde el día de su posesión y no pueden ser reelegidos sino pasado un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato.

V. El Presidente de la Corte Suprema es elegido por la Sala Plena por dos tercios de votos del total de sus miembros. Ejerce sus funciones de acuerdo a ley".

La Corte Suprema sigue siendo el máximo tribunal de la justicia ordinaria dentro del conocimiento exclusivo de asuntos contenciosos y contencioso-administrativos.

Ha sido criticada esta disposición por considerársela cercenadora de las prerrogativas de la Suprema Corte, la que se dice hubiera sido reducida a una simple corte de casación, a cuyo propósito Remo di Natale comenta que, "No hay que afirmar que sea lamentable que la Corte Suprema se reduzca a una corte de casación. Es el tribunal supremo y cabeza de toda la Judicatura ordinaria, lo que no es decir poco y en sí misma la función de casación es altísima y de gran majestad"¹-

Entre los requisitos exigidos para ser Ministro de la Corte Suprema de Justicia, se añade alternativa u opcionalmente el haber ejercido la cátedra universitaria por lo menos durante diez años.

De acuerdo al artículo 125 de la Constitución de 1967, los Magistrados de la Corte Suprema eran elegidos por la Cámara de Diputados de ternas propuestas por el Senado. Por la disposición en comentario, los Ministros de la Corte Suprema son elegidos por el Congreso Nacional por dos tercios de voto del total de sus miembros de nóminas formuladas por el Consejo de la Judicatura. Esta previsión constitucional, como la correspondiente a la de la Constitución de 1967, mantiene aún, aunque en otro grado, la posibilidad de la injerencia política, aspecto que será desarrollado detalladamente en el capítulo correspondiente al Consejo de la Judicatura.

1) DI Natale, Remo. "Critica a la Ley de Necesidad de Reforma Constitucional".
Universidad
Católica Boliviana, Cochabamba-Bolivia, 1993, Pág. 120.

La duración de su mandato se mantiene en diez años, sin que en la consideración de motivos correspondientes a la reforma constitucional, se haya señalado la razón o razones para establecer como adecuada precisamente esa cantidad de años y no otra, pues existía una fuerte corriente de opinión debidamente fundamentada, que tendía a disminuir dicho período a seis años, señalándose que la excesiva prolongación de funciones, muchas veces concluye en el trabajo rutinario y falta de creatividad, aunque otra tendencia de opinión postulaba la permanencia vitalicia en la judicatura como una forma de evitar la intromisión política.

A diferencia de la anterior Constitución que no contempla norma alguna respecto a la forma de la elección del Presidente de la Corte Suprema, se establece que éste será elegido por dos tercios de voto del total de los miembros de la Sala Plena.

ARTICULO 118.

"I. Son atribuciones de la Corte Suprema:

I^B Representar al Poder Judicial;

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

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

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

5^a Fallar en los juicios de responsabilidades contra el Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros de Estado y Prefectos de Departamento,

por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, a requerimiento del Fiscal General de República, previa autorización del Congreso Nacional, fundada jurídicamente y concedida por dos tercios de votos del total de sus miembros, en cuyo caso el sumario estará a cargo de la Sala Penal y si ésta se pronuncia por la acusación, el juicio se substanciará por las demás Salas sin recurso ulterior:

6^a Fallar en única instancia en las causas de responsabilidad penal seguidas, a requerimiento del Fiscal General de la República, previa acusación de la Sala Penal, contra el Contralor General de la República, Vocales de las Cortes de sus funciones;

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

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

II. La organización y funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia se establecen por ley".

Entre las atribuciones de la Corte Suprema que deben mencionarse, figura la de representar al Poder Judicial, aspecto que quizás disuada el criterio por el cual se interpreta que el Tribunal Constitucional hubiera sido conformado como un cuarto *Poder* del Estado.

Se cambia el procedimiento para la designación de Vocales de las Cortes Superiores de Distrito, quienes ya no son elegidos por la Cámara de Senadores de ternas propuestas por la Corte Suprema, sino es ésta última la que designa por dos tercios de voto de los miembros de la Sala Plena de las nóminas propuestas por el Consejo de la Judicatura, arraigándose en cierta forma, a través de las designaciones internas, el problema tan debatido hoy en gran parte del mundo sobre el autocontrol de los Órganos del Estado en el contexto de la separación y equilibrio de los mismos, aspecto que será desarrollado en el capítulo concerniente al Consejo de la Judicatura.

En cuanto a los juicios de responsabilidades contra el Presidente, Vicepresidente de la República y Ministros de Estado, se agrega a éstos a los Prefectos de Departamento a quienes se les otorga un tratamiento similar al de Ministros de Estado, mientras que incomprensiblemente a otras autoridades de jerarquía nacional, como el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo o Vocales de la Corte Nacional Electoral, se los somete a caso de corte.

En todo caso, la tramitación de este juicio, regulada por las Leyes de 23 de octubre de 1884 y 31 de octubre de 1944, ha sido modificada, debiendo recordarse que leída la proposición acusadora planteada por cualquier ciudadano o representante nacional, se decretaba el "pase a la Comisión de Constitución y Policía Judicial" de la Cámara de Diputados, la que organizaba el sumario en el término de quince días a cuya finalización "dictaminaba" la acusación o el sobreseimiento, dictamen posteriormente puesto en conocimiento del Congreso Nacional que actuando de sumariante y en caso de pronunciarse por la acusación, remitía obrados a la Corte Suprema, la que en única instancia dictaba el fallo correspondiente.

Actualmente, de acuerdo al artículo en comentario, cualquier persona, Diputado o Senador, puede formular la denuncia ante el Congreso Nacional, el mismo que por dos tercios de voto del total de sus miembros está facultado para autorizar el correspondiente procesamiento, debiendo en su caso remitir obrados a la Corte Suprema de Justicia para luego, previo requerimiento del Fiscal General de la República, sea radicado el asunto en la Sala Penal (ya no en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados) la misma que oficia de sumariante. Si esta Sala se pronuncia por la acusación, el juicio es substanciado en única instancia por el resto de las Salas que conforman la Corte Suprema, sin que su fallo de lugar a recurso ulterior.

Hasta aquí he optado por realizar una revisión simplemente referencial de los nuevos artículos incorporados en el texto constitucional concernientes al Órgano Judicial, relación apenas descriptiva, no por considerárselos de poca validez e importancia, sino porque en el fondo no inciden en la substancia de la estructura del sistema judicial, aspecto que sí se da en tratándose del Tribunal Constitucional y el Consejo de la Judicatura, razón por la que a estas instituciones, junto al Defensor del Pueblo, les dedicamos atención mayor y detenida en capítulos separados.

Dejando el tema específico concerniente al Órgano Judicial y pasando al contexto general de la Constitución, las descritas son las reformas introducidas en ella, que si bien no se las puede desmerecer, pues en la práctica tienen repercusión directa en muchas facetas no poco importantes del quehacer nacional, sin embargo, de una simple lectura general del articulado precedente, se infiere nítidamente que "más fueron las cáscaras que las nueces" pues, las reformas mencionadas no inciden en los aspectos medulares que exigían y exigen apremiante y substancial modificación para acomodar al Estado a la altura de los tiempos en que vivimos. Su contenido híbrido no ha sido modificado.

Se daba por descontado que la reforma de la Constitución tenía por objetivo central, establecer los contenidos básicos para dar lugar a la recomposición y modernización de la estructura de los Órganos del Estado y adecuar el modelo económico vigente en el país desde 1985 al ordenamiento constitucional. Por eso se abrió tanta expectativa y hasta inquietud en la opinión pública nacional.

Lo cierto es que ya vigente la Constitución reformada, es perceptible que la organización de dos de los Órganos del Estado, mantiene su obsolescencia e inmodificado su contenido.

El Órgano administrador, confundido en un presidencialismo imperfecto en términos de Ciencia Política y alejado tácticamente de un sistema parlamentarista milico en su existencia.

El Órgano Legislativo con la misma estructura funcional correspondiente a principios de este siglo que se extingue y con la carga pesada de su "pecado mortal" de dependencia frente al Ejecutivo.

La excepción, el Órgano Judicial, el único que constitucionalmente "ha sido tocado". De modo particular han sido creadas tres nuevas instituciones harto polemizadas: el Tribunal Constitucional, el Consejo de la Judicatura y el Defensor del Pueblo, conocido también como el "Ombudsman", instituciones de las que nos ocuparemos en páginas siguientes.

En cuanto al régimen económico, sorpresiva e incomprensiblemente, no se han introducido -como se ha visto- más que dos disposiciones de importancia no estructural, el artículo 171 referido en alguno de sus párrafos al derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras originarias y al uso de los recursos naturales y; el artículo 201, relativo a las tasas y patentes municipales, disposición que es más bien de hacienda pública.

Tampoco han sido modificadas otras previsiones de la Constitución de 1967 de innegable connotación respecto al modelo económico vigente en el país, v. gr., el artículo 25; el 59, en sus numerales 5) en su segunda parte, 7) y otras más, que al quedar vigentes junto al régimen económico propiamente dicho, darán lugar en la práctica a la colisión de leyes con la Suprema Ley.

No comprendemos cual la razón de estas omisiones, cuando las mayorías parlamentarias coordinadas siempre por el Órgano Ejecutivo, con mayor arrojío, podían haber introducido estas reformas, que a todas luces eran ellas mismas las que motivaban e impulsaban la reforma de la Constitución en esta dirección.

CAPITULO III TRES TEMAS CONSTITUCIONALES OPORTUNOS *

¿CONSTITUCIÓN O CARTA MAGNA? **

La terminología jurídica es propia, técnica y estricta en su aplicación, aunque cuando se exagera esta especificidad, se termina en la realización de interpretaciones insubstanciales y estériles.

Los temas a tratarse en este artículo rebasan al mero interés semántico e inciden en aspectos de fondo. En efecto, tanto profanos como jurisconsultos, emplean indiscriminadamente las expresiones "**Carta Magna**" o "**Constitución Política del Estado**", cuando en puridad se trata de instrumentos claramente diferenciados.

Para ir por partes, es de recordar en la forma más concisa posible, que a las constituciones se las suele clasificar desde diversos puntos de vista, pero por razones que hacen al interés del presente análisis, baste señalar que existen constituciones rígidas y flexibles, de conformidad a la inalterabilidad de su texto o

la facilidad de su modificación o sustitución respectivamente, debiendo añadirse una tercera, ecléctica o intermedia entre ambas, que permite la reforma de la Constitución sólo parcialmente mediante la previa declaratoria por una ley de necesidad de su reforma, la misma que debe ser discutida en una legislatura posterior, sistema intermedio al que se adscribe la Constitución boliviana.

Existe además una otra tipología que nos interesa señalar, conformada

* Dos de estos temas fueron publicados en diferentes periódicos del país y el tercero **es** la transcripción fonomagnética resumida de la intervención del autor en el Senado Nacional en la instancia de la aprobación de la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución. Se los publica, con la intención fundamental, de informar y transmitir conocimientos a los ciudadanos no formados en las Ciencias Jurídicas y de recordar a los juristas sobre algunos conceptos incursos en el Derecho Constitucional y la Ciencia Política.

** Este artículo fue publicado en el periódico "El Diario" de la ciudad de La Paz. el 21 de julio de 1992. por las denominadas "**Cartas Acordadas**", que tienen origen en la Edad Media y que contenían un conjunto de derechos y privilegios adjudicados por el monarca o rey en favor de algún o algunos sectores o clases sociales. Una de las Cartas Acordadas más importantes que se conoce es la "**Carta Magna**" de 1215, que no obstante considerarse haber sido "arrancada" en Inglaterra a Juan sin Tierra por la nobleza y el clero, lo cierto es que en realidad fue **conferida** por aquel a éstos, **concediéndoles** una serie de derechos y libertades, pero manteniéndose el poder real en manos del monarca. En el mejor de los casos representa históricamente, un indirecto antecedente constitucional-parlamentario, si se agrega a lo dicho, que a efecto de controlar el cumplimiento de lo establecido en aquella Carta, se conformó un Consejo constituido por 25 varones que se reunían para conversar o "parlamentar" sobre los derechos, libertades y privilegios concedidos, convirtiéndose posteriormente este Consejo en la Cámara de los Lores, a quienes en el transcurso del tiempo se unieron representantes de las comunidades, ciudades, condados y villas para llegar a conformar la Cámara de los Comunes, dando lugar al Parlamento Inglés.

También son Cartas Acordadas las concedidas a los súbditos ingleses que colonizaron Norteamérica o las "Las Cartas Pueblas" conferidas en España en el período de la Guerra de Reconquista contra los árabes, en favor de quienes fundaban ciudades o villas en los territorios recuperados.

En consecuencia, las Cartas Acordadas y de modo concreto la Carta Magna, están insertas dentro del **orden jurídico de la monarquía absoluta**. La característica de las "Cartas" radica en que **emergen del poder soberano del monarca o rey, que hace concesiones a los súbditos sin que intervenga la voluntad del pueblo**.

En cambio, en los Estados republicanos democráticos, en los que la soberanía ya no es detentada por el monarca ni es adjudicada a la deidad, sino que abstractamente reside en el pueblo, el orden jurídico es ejercido por el Estado por voluntad popular, encontrando como límite a ese ejercicio a la ley, a la **Ley Fundamental o Constitución**. Justamente a este orden de preeminencia constitucional se denomina Estado de Derecho, Estado constitucional o con mayor exactitud Estado constitucional de Derecho, entendiéndose que en la Ley de Leyes, a diferencia de la Carta Magna, no

solamente se establecen unos cuantos derechos y libertades de las personas, sino que además, se preceptúan los fundamentos mismos de la **existencia, organización y funcionamiento** del Estado repartido en órganos.

Por el influjo de la revolución burguesa, todo país que aspiraba ha sobrevivir como sociedad políticamente organizada, es decir, como Estado, debía darse su propia Constitución; de esta manera, la Constitución en oposición a la Carta Magna es producto de la voluntad popular, es el propio pueblo el que se da su Ley Fundamental, a través del **Poder Constituyente**, expresado en una Asamblea Constituyente, que crea los denominados poderes -órganos- constituidos.

En nuestro país, **el primer y único Poder Constituyente** se expresó en la Asamblea Constituyente que empezó a reunirse el 10 de julio de 1825 en Chuquisaca, para luego, el 6 de agosto del mismo año, ser suscrita por los representantes nacionales el Acta de la Independencia de Bolivia, declarándose en partes sobresalientes que: "(...) se erige en un **Estado soberano e independiente** de todas las naciones (...)" y "(...) que su voluntad irrevocable es gobernarse por sí mismos y ser regidos por la Constitución, leyes y autoridades que ellos propios se diesen (...)", de esta manera solemne quedó fundada la República.

Simplificando mayores referencias históricas, baste únicamente señalar que el 13 de agosto de 1825, los Representantes del Alto Perú proyectaron la primera Ley constitucional de la República, los mismos que convocaron al Congreso Constituyente para el 25 de mayo de 1826 procediendo a sancionar la primera Constitución el 6 de noviembre del mismo año para luego, el 19 de noviembre ser promulgada por Antonio José de Sucre.

En definitiva, la diferencia entre la Carta Magna y la Constitución Política del Estado, estriba en que la primera emerge de la voluntad soberana del monarca que realiza concesiones en favor de los súbditos; mientras que la segunda nace del Poder Constituyente por voluntad del pueblo en el que reside la soberanía. Gráficamente se podría decir que, en el primer caso, los derechos son concedidos vertical y arbitrariamente por el rey desde arriba hacia abajo, donde está situado el pueblo; en cambio en el segundo, desde la base o pueblo, bajo la forma democrática representativa, hasta sus representantes nacionales y mandatarios.

Consecuentemente, ¿es correcto -por ejemplo- pretender convocar a una asamblea constituyente, que es la **primigenia** y más pura expresión de la soberanía popular para dotar al país de una "Carta Magna", que es instrumento natural de la monarquía absolutista?

Por todo lo dicho, salta a la vista el contrasentido y la incorrección del empleo indiscriminado de las expresiones "Carta Magna" y "Constitución Política del Estado" como si fueran la misma cosa.

Dudo al decir, si tal utilización indiferenciada se la efectúa a título de figura retórica, pues me temo que de ser permisible tal liberalidad, el Derecho Constitucional positivo pueda quedar también en eso... en retórica.

"PODER DE PODERES" *

Los últimos acontecimientos electorales • van precipitando criterios del más diverso tinte, conllevando el implícito riesgo de confundir a la opinión pública en general.

En este contexto, dos altos magistrados han expresado en los últimos días que el Poder Judicial es el "Poder de Poderes" de la Nación. Tal criterio, emergente de la formulación de nulidad de las elecciones, puede y debe ser aprovechado para esclarecer conceptos de Derecho Constitucional y Ciencia Política.

Yendo por lo elemental, es de recordar que en términos generales el poder del Estado es la potestad expresada en fuerza organizada de coacción, para imponer a los súbditos un orden jurídico-político bajo reglas de cumplimiento obligatorio; imposición o coacción basada en la ley y no en la fuerza pura. A la vez, dicha voluntad del Estado o "poder público", se ejercita precisamente a través de sus órganos que de acuerdo a sus funciones se dividen generalmente en tres ramas: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, impropriamente denominadas "*poderes*", puesto que el poder estatal es uno solo, ya que la existencia de dos -poder dual- o más poderes del Estado, conduciría a la imposibilidad del régimen social.

Es posible que el origen de la impropiedad se la pueda encontrar en la propia historia. En efecto, Aristóteles, observando las funciones de la "polis" griega, constató que ellas se concentraban en tres esferas claramente definidas: la deliberante; la administrativa; y, la jurisdiccional, a las que las denomino "ramas" funcionales del Estado. Sobre esa base, Montesquieu fundó su teoría de los "tres PODERES" del Estado, pero a las "ramas" aristotélicas les cambió la denominación por la de "PODERES".

* Este artículo, fue publicado en el periódico "Los Tiempos" de la ciudad de Cochabamba, el 6 de junio de 1989 y, no obstante su data pasada, se lo reproduce parcialmente en este libro con el propósito prioritario de establecer las diferencias de fondo existentes entre los Poderes del Estado y los "Órganos" del mismo. Las demás consideraciones contenidas en este trabajo, no dejan de tener interés informativo.

a) Dichos acontecimientos se refieren a los efectos políticos producidos por la presentación de un recurso directo de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, pidiendo la anulación de las elecciones generales del 7 de mayo de 1989; y, la predisposición hecha pública por el Presidente de ese Tribunal, para asumir el mando de la Nación en caso de producirse un "vacío de poder".

Esta confusión de mera apariencia conceptual, reeditada en nuestra propia Constitución, en cuyo Art. 2° son empleados de modo indiferenciado los términos "poder" y "órgano", guarda conforme hoy se constata, enorme

importancia en el plano de la realidad concreta de la sociedad, al extremo de poner en riesgo, este tipo de declaraciones, a la propia institucionalidad nacional.

Por tanto, el *Poder Judicial* más que ser tal, estrictamente, es un Órgano del Estado, de donde resulta completamente alejada de la teoría, de la doctrina, de la legislación y por supuesto de la realidad, la creencia en la existencia de un Órgano Judicial como "súper poder"; tal opinión es inclusive contraria a la clásica concepción liberal del "equilibrio de poderes", que en su forma original y pura fuera expuesta dentro de la filosofía política romana por Polibio de Megalópolis en la concepción de la forma mixta de gobierno con su juego de "frenos y balanzas".

No quisiéramos creer que sea la pasión política la que esté obnubilando criterios con la intención de superponer al Órgano Judicial sobre la Corte Electoral; pues ambos, siendo distintos, tienen su propia competencia y jurisdicción por disposición constitucional. Es más, esta última, goza de autonomía e independencia al tenor del Art. 226 de la Suprema Ley, disposición que encuentra suficiente basamento en la propia historia constitucional nacional, pues como se recordará, la primera Constitución, la bolivariana de 1826, dividía al poder público en cuatro secciones, disponiendo en su Art. 9 que: "El poder Supremo se divide para su ejercicio, en cuatro secciones: Electoral, Legislativo, Ejecutivo y Judicial".

De este modo, Bolívar, inspirándose en Rousseau, asignaba importancia de primer orden a la potestad soberana del pueblo para elegir a sus gobernantes y representantes, importancia que luego fue desconocida en la Constitución de 1831 y en las sucesivas, involucrando la intervención arbitraria más o menos directa o indirecta de las autoridades locales en el manejo de las elecciones nacionales, defecto que posteriormente trató de ser enmendado a través del Art. 74 de la Constitución Política de 1861, otorgando a las municipalidades facultad de actuación en las elecciones nacionales, reconociéndoles la atribución de calificar a los ciudadanos y llevar el registro cívico, a la vez que la Ley Electoral emergente de dicha Constitución, disponía que los concejos municipales debían organizar las mesas receptoras de sufragios en las capitales de departamento y de provincias, situación que de contrapartida concluyó envolviendo a las municipalidades en las enconadas luchas políticas precipitando su desprestigio. Tal sinuosidad en materia de elecciones nacionales se prolongó por mucho tiempo, sin que existiera un órgano auténticamente electoral que amaine las tormentas electorales. Por eso Luís Paz, en su "Constitución de la República de Bolivia", escrita en 1912, demandaba vehementemente la organización de un Poder Electoral para atemperar las pasiones políticas, expresando: "Se impone la reforma, clama por ella la opinión general del país: que se quite a las municipalidades toda intervención, directa e indirecta, en las luchas políticas que dividen los vecindarios; que se organice con independencia el poder electoral (...)".

Ya en su momento Bolívar avizoró este mal, por eso en su mensaje al Congreso Constituyente decía: "Vuestro deber os llama a resistir el choque de dos monstruosos enemigos, que recíprocamente se combaten, y ambos os atacarán a la vez: la tiranía y la anarquía", y por eso al decir de Fraga Iribarne, el Libertador... "buscando el equilibrio de las fuerzas políticas, establece, por una parte, un cuarto poder, el poder electoral".

Entretanto, e inexistente un organismo auténticamente electoral, es motivo de curiosidad el saber quién tenía la facultad para modificar los escrutinios y/o anular las elecciones. A este propósito el constitucionalista José Carrasco, en su "Estudios Constitucionales" hace una relación de las nulidades electorales en el país. Señala la de 1884 "en favor de Aniceto Arce"; la de 1888 por "fraudulenta y viciada con el cohecho y la coacción"; la de 1892 contra Mariano Baptista; la de 1896, planteada por los liberales; la de 1908, circunstancia en la que falleció el Presidente elegido antes de su proclamación. En todos estos casos la nulidad en cuestión siempre fue de conocimiento del Congreso Nacional.

Muchos años después, por disposición de la Constitución Política de 1961, producto del impulso popular más que de la concesión gubernamental, se crean la Corte Nacional y las Cortes Departamentales Electorales, con lo cual, mal que bien, se impone un valioso punto de referencia, que según Alipio Valencia "(...) recogen para sí -dichas Cortes- las atribuciones antes dispersas entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial sobre cuestiones electorales". De esta manera, en medio de una turbulenta vida política, se va perfeccionando el juego democrático nacional al punto que al presente, aunque con imperfecciones aún, se tiene un marco jurídico suficiente para regir civilizadamente los comicios electorales. La Constitución Política vigente -de 1967-, contiene disposiciones muy claras a propósito del "Régimen Electoral". A tiempo de enumerar en su Art. 225, los órganos electorales -Corte Nacional Electoral; Cortes Departamentales; etc.-; en su Art. 226 "(...) establece y garantiza la autonomía, independencia e imparcialidad de los órganos electorales", con lo cual se descarta cualquier intromisión de órgano o sección ajenos al régimen electoral- trátese o no de un "poder de poderes"-, que, de darse, se incurriría en usurpación de funciones conforme lo establece el Art. 31 de la Ley Fundamental.

A su turno, el Art. 227 preceptúa que: "La composición así como la jurisdicción y competencia de los órganos serán establecidos por ley"; dicha ley es justamente la Ley Electoral en vigencia a la que se le debe dar preferente aplicación en función de la jerarquía de las leyes, como voluntad y emanación directa de la propia Constitución. (...)

Al fin de cuentas, aunque con muchas imperfecciones, el país ha avanzado, está dotado de un marco jurídico electoral mucho más completo que en el pasado. Debemos perfeccionarlo, pero mientras tanto debemos respetarlo y no subalternarlo a intereses egoístas o partidarios.

Producto de la crisis estructural que sufre el Estado, muchas de las supremas instituciones republicanas de la Nación se encuentran en tela de juicio; la ciudadanía pugna por mantener su fe en ellas; y la Corte Suprema, directora de la administración de justicia, base de la convivencia social, hoy se enfrenta a un reto: o se remite a cumplir la augusta misión de administrar "justicia judicial" - y no "política" porque no le compete-, se limita a hacer cumplir la ley pero fundamentalmente a cumplirla; o se complica con un atentado constitucional envolviéndose en la maraña de la pasión política dentro del mal venturado invento del "poder de poderes".

De ahí que por lo que hoy experimenta Bolivia, fácilmente se comprenderá que la distinción entre "poder" y "órgano" no es ociosa ni meramente semántica, sino es esencial, de fondo y, llegado el momento, puede tener decisorias repercusiones en la vida institucional de la Nación.

EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN *

Como se sabe, las sucesivas reformas constitucionales introducidas en el país, no fueron más que epidérmicas o superestructurales, salvo el caso de dos de ellas: la de 1938 que introduce el constitucionalismo social y, dentro

* Versión resumida de la intervención parlamentaria realizada por el autor la madrugada del 26 de marzo de 1993, en ocasión del debate efectuado en el Senado Nacional para la aprobación de la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución Política del Estado. de la misma línea, la de 1961 que incorpora la nacionalización de las minas, la reforma agraria y el voto universal, habiendo generalmente incidido las restantes en aspectos formales (período de funciones del Presidente y Vicepresidente de la República; cambio de nominación de la Corte Suprema de Justicia por el de Corte de Casación, etc.).

Antes de continuar, permítaseme realizar una necesaria digresión de tipo marginal, que no obstante contener cierto matiz doctrinal, contribuirá a ofrecer elementos de juicio tendentes a determinar el sistema de reforma al que nuestra Constitución se adscribe. No escapa al ¡ilustrado conocimiento de los Senadores presentes en Sala, que a las constituciones se las clasifica de un modo general, en rígidas y flexibles. Erróneamente se sostiene que nuestra Constitución pertenece a la tipicidad de las constituciones rígidas; en verdad no es así, pues las rígidas son aquellas que mantienen su texto inmutable e imposible de ser modificado; ese es el caso de la Constitución de los Estados Unidos, en el que se recurre frecuentemente a las llamadas "enmiendas constitucionales". Por su parte, las flexibles más bien son de fácil y expedita reforma, ahí tenemos el modelo del constitucionalismo inglés, que está caracterizado por su esencia consuetudinaria y constituido por una serie de leyes constitucionales que se aprueban de acuerdo a la dinámica y requerimientos de dicha sociedad, sin necesidad de la existencia de un código constitucional propiamente dicho.

Adecuadamente, y esto se debe subrayar, el sistema nuestro es más bien combinado, es decir, no es rígido ni flexible, porque si bien es cierto que es posible reformar parcialmente la Constitución, sin embargo esa reforma no es sencilla a diferencia de lo que ocurre con una simple ley ordinaria, pero tampoco -valga la redundancia- es imposible su reforma si se la realiza de conformidad al procedimiento establecido en la propia Ley Suprema. Este sabio sistema mixto introducido por el Libertador Bolívar en el texto de la Constitución de 1826, tiene su fuerte razón de ser, de ahí que no sea casual que tenga una vigencia de 167 años de vida republicana, sobreviviendo contra todo tipo de calamidades políticas.

Esta aclaración no entraña ociosidad especulativa alguna, y tiende a demostrar implícitamente, que ni los regímenes más atrabiliarios se atrevieron a modificar tal sistema por las razones que luego se referirán y, decimos que es un sistema sabio, porque se constituye en salvaguarda del orden de derecho contra la arbitrariedad de gobiernos y mayorías parlamentarias circunstanciales, pues la fórmula de reformar la Constitución en dos legislaturas distintas, es decir, en una, en la que se establece y se aprueba la ley de necesidad de la reforma y, en otra, en la que se discute y sanciona la misma, es una fórmula de seguridad y estabilidad institucional.

El actual proyecto que se nos presenta, tiene evidentes virtudes e incorpora importantes nuevas instituciones, como el Tribunal Constitucional o el Consejo de

la Judicatura -Instituciones que sin embargo habrá que reestudiarlas o perfeccionarlas- o el propio Defensor del Pueblo, instituto que sin emerger de nuestra idiosincrasia, puede contribuir al orden de derecho si se concibe sin partidización lo excluyente y con patriotismo; también es digno de destacar que ésta sea la segunda vez en nuestra historia en la que se aplique el propio procedimiento constitucional para introducir la reforma del Código Fundamental y, así, podríamos ir citando una serie más de aspectos positivos que están en la mesa de propuesta, tal el caso del voto a partir de los 18 años, etc.; pero seamos francos, también existen imperfecciones, desde las más formales hasta las de fondo, y debo referirme a ellas del modo más sincero y respetuoso.

Hemos leído algunos documentos adjuntos a la propuesta de la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución, en los que consecutivamente se emplea la expresión "Carta Magna", a efecto de que ésta sea reformada, y esto tiene su importancia, pues se le está pidiendo al Parlamento Nacional que reforme la "Carta Magna", lo que en estrictez equivale a significar que el Poder Legislativo reforme un instrumento inexistente en la estructura jurídica nacional; me explico: dentro de las diversas clasificaciones constitucionales, hay una que nos interesa al propósito que tratamos, son las llamadas "Cartas Acordadas", que eran concesiones del monarca o soberano en favor de los súbditos; dentro de esas Cartas Acordadas había una sobresaliente que es la "Carta Magna", instrumento formulado en la Edad Media por Juan sin Tierra concediendo una serie de derechos a la nobleza y al clero.

Hoy en este hemiciclo, ninguna nobleza ni clero medioevales, y tampoco nosotros, los Senadores, están o estamos pidiendo a ningún soberano -Inexistente en la República- sea concedido ningún derecho ni privilegio estamentarios. Pero aquí se tiene una cuestión importante: en el caso de la "Carta Magna" la "soberanía" emerge de la voluntad del soberano; en cambio en el tiempo distinto en el que estamos viviendo, la Constitución Política del Estado, a la inversa, emerge del pueblo que es depositario de la soberanía a través justamente del Poder Constituyente, expresado funcionalmente en la Asamblea Constituyente del que a su vez surgen los poderes constituidos, como éste, el Legislativo; el Judicial y el Ejecutivo. Posiblemente para algunos, esta sea una observación apenas formal, pero nunca estará demás recordar que hoy nos encontramos en la instancia de reformar **la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia en 1993 y no la Carta Magna de Juan sin Tierra en la Inglaterra de 1215.**

Pero existe una imperfección de fondo y muy especial que concita mi atención. La voy a señalar con toda claridad para establecer nítidamente mi responsabilidad parlamentaria. De los treinta y cuatro artículos que se han propuesto, considero que treinta y dos, con defectos más o con defectos menos, son importantes, pero son formales. ¿Por qué son formales? Porque no inciden en la **esencia**, en la **substancia** de la estructura del Estado boliviano. En cambio hay otros dos artículos, concretamente el 230 y el 231 que también son importantes pero **son de fondo**, porque, - qué paradoja-, no obstante ser procedimentales, se convierten en normas substanciales que repercuten en la existencia y estabilidad misma no sólo de la Constitución Política del Estado en abstracto, sino del propio Estado boliviano en concreto, porque si ese adecuado sistema mixto, combinación del rígido con el flexible, hoy se lo va a cancelar, se está liquidando con ello una importante garantía

contra reformas arbitrarias y circunstanciales que pudieran introducirse en el futuro.

Mediante este nuevo procedimiento la Ley de Leyes, será convertida en una vulgar ley ordinaria, modificable en cualquier tiempo y con cualquier motivo o pretexto. Con una Constitución flexible se puede introducir en su texto todo un catálogo de la desilusión y aún de la disolución democrática, todo, de acuerdo a la correlación de fuerzas que impere, hoy favorable para una fuerza política, mañana para otra. A mi juicio, creo que esta fórmula es un cheque en blanco para que cualquier mayoría circunstancial, pueda incurrir en conductas atrabiliarias del más diverso tinte. Esta es la problemática que me preocupa. Hemos discutido arduamente sobre muchos temas, repito, todos ellos importantes, más ninguno de mayor relevancia que el que estoy señalando, pues éste atañe a la conservación del orden constitucional de Derecho.

Un respetable Senador dijo hace un momento: ¿por qué aferrarse al sistema mixto, puesto que en anteriores regímenes de tacto fue modificada la Constitución Política del Estado con toda facilidad y sin mayor miramiento doctrinal? Esta manera de razonar es deprimente, porque denota que aún existe una subterránea "cultura facciosa", pero además, ni la Ley de Leyes ni su artículo 230 tuvieron la culpa para dar lugar a la exacerbación de ambiciones desmedidas que dieron paso a los regímenes de fuerza, generadores éstos de los cambios superfluos en la repetidamente violada Constitución Política del Estado. Lo que sucedió, es que esa inestabilidad constitucional se debió generalmente a la falta de cultura y hábitos de derecho, incluso dentro del propio Estado de Derecho, condicionada por una deficitaria y dolorosa base material de la mayoría de la población boliviana; y, justamente, porque no poseemos tradición democrática, como en Inglaterra por ejemplo, donde ni siquiera se requiere de la existencia de una constitución escrita, siendo suficiente la vigencia del sistema flexible para tener asegurado el régimen constitucional, es que necesitamos más que nunca que el sistema mixto de nuestra Constitución sea respetado.

Existe un otro elemento que ha sido introducido en este proyecto y es el que se refiere a la mantención "del sistema rígido", pero sólo para el Título Preliminar de la Constitución. Yo me pregunto, ¿para qué, por qué sólo para el Título Preliminar?, si este Título no se lo puede modificar en su substancia. Veamos: el Título Preliminar establece entre algunos aspectos, que Solivia asume como forma de gobierno la democrática representativa... si quisiéramos realizar una reforma de fondo en este acápite, tendríamos que cambiar este enunciado y se me ocurre por de pronto dos ilusas hipótesis sustitutivas: se tendría que disponer que... Solivia asume la forma de gobierno monárquica absolutista bajo la supremacía de un rey o soberano, lo que es verdaderamente risible; o, en su caso, declarar que Solivia se constituye en una República Popular Socialista, utopía impensada aún por los pensadores de la utopía -desaparecidos hoy-; consecuentemente, el sistema rígido tiene vigencia sólo para lo imposible; pero continuando con el ejemplo, en el Título Preliminar, en lo referente a la división y equilibrio de poderes, tendríamos que establecer en oposición a lo

actualmente preceptuado, la concentración de los llamados *poderes* del Estado, lo cual tampoco se podría modificar, aunque en la práctica se podría dar, lo cual no es tan inusual.

Para sintetizar, debo expresar enfáticamente que hay diferencia entre **tiempo hombre y tiempo historia**, 167 años de vida republicana, en tiempo hombre es mucho, 500 años en tiempo historia, puede ser poco o insignificante, pero... ¿por qué esta alusión?, porque quiero hablar en tiempo historia y remitirme a lo que preceptuaba la Constitución Política de 1826: "Artículo 145.- **Si pasados 10 años** después de jurada la Constitución se advierte que algunos de sus artículos merece reforma se hará la proposición por escrito firmada por una tercera parte al menos de la Cámara (...)". El artículo 148 señala lo siguiente: "La proposición será leída **por tres veces con el intervalo de 6 días de una a otra lectura y después de la tercera deliberará la Cámara (...)**", adviértase la meticulosidad y la previsión en el procedimiento: por una parte, trataba de garantizar la permanencia estable de la Constitución en el tiempo, y, por otra, asegurar la plena consubstanciación de los representantes nacionales respecto a las reformas que podrían introducirse en la Ley de Leyes; pero además de lo apuntado, ¿por qué planteó así las cosas Bolívar?, porque como visionario, sabía de las terribles contingencias de inestabilidad política que iría a sufrir la nueva República, que continúa siendo "nueva". Concebía que a través del procedimiento de la Constitución, podía ser preservada su propia estabilidad y con ella la unidad y existencia de la República.

Por lo tanto, luego de haber dicho apenas dos cosas académicas y quien sabe, por eso mismo, irrelevantes desde el punto de vista de la política pragmática, **mi voto es por el pensamiento del Libertador Simón Bolívar, voto por él, voto en contra de la reforma del artículo 230 de la Ley Fundamental**, por eso presento a consideración de la Sala este Proyecto de Ley sustitutivo referido a la reforma de la Constitución, solicitándole señor Presidente, que de acuerdo al Reglamento de Debates de la Cámara de Senadores, ordene se de lectura por Secretaría y se someta a la votación correspondiente.

NOTA.- El Proyecto de Ley presentado, que no era otro que la copia textual de la Parte Cuarta de la Constitución Política fue rechazado por la mayoría (lo cual es harto significativo incluso para el menos perspicaz de los lectores) habiendo merecido el apoyo de sólo cinco Senadores. Hoy parece haberse reconocido el error.

CAPITULO IV

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES.-

Para el momento del debate y aprobación de la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución, el autor ejerciendo la función de Senador Nacional, entre las varias observaciones que realizó a la mencionada Ley, refirió la marcada insuficiencia de la correspondiente Exposición de Motivos, puesto que la misma no contenía fundamentos medulares que expliquen las razones

y conveniencia de muchas de las reformas planteadas, con la agravante de que tal escasa y genérica "Exposición" no fue divulgada a través de los medios de comunicación social ni de publicación alguna para conocimiento de la opinión nacional. Únicamente el estudioso del Derecho Constitucional, el legislador Benjamín Miguel Harb, en las sesiones Internas del Consejo Nacional de Reforma y Modernización del Sistema Judicial, tuvo el acierto de postular el contenido y alcances reales de un Tribunal Constitucional que era perentorio en su existencia en el país; y, ya en el debate parlamentario, sentó de modo determinante los fundamentos doctrinales que dieron paso a la creación en Bolivia de ésta novísima institución.

De este modo, sin que, externamente, la opinión pública ni los sectores profesionales especializados hubieran podido conocer a ciencia cierta cuáles eran las causas y las razones exactas que justificaban la creación del Tribunal Constitucional, se abrió en el país un debate intenso entre propugnadores e impugnadores de dicha institución, discusión basada la mayor de las veces en verdades a medias, emitiéndose criterios de diferente tono y validez, desde los más serios y autorizados -que fueron los menos-, pasando por los superfluos e imitativos, y, terminando en los emotivos o interesadamente políticos, decorados estos últimos, con el clásico estilo de los "votos resolutivos".

Lo cierto es que al presente el Tribunal Constitucional cobra vida por disposición del Código Fundamental, restando la aprobación de la importante Ley reglamentaria pertinente, motivo por el que nos apresuramos en emitir unas cuantas ideas antes de su formulación, con la intención de que la ciudadanía en general y no sólo los hombres de Derecho, formen criterio aproximado respecto a esta novísima institución vigente en el país.

Es necesario empezar con una premisa: no existen instituciones buenas o malas en sí mismas, lo que importa es que aquéllas respondan a las necesidades y peculiaridades concretas de un país dado en un tiempo determinado. Crear instituciones por mera imitación y respondiendo a un mal entendido modernismo o, decretar a priori su extirpación acusando carencia de originalidad nacionalista, son dos extremos inaceptables por su indigencia científica.

Dicho de modo sencillo pero práctico, lo que le interesa al país, es contar con una administración de justicia eficiente y por lo tanto confiable. Que el Tribunal Constitucional sirva socialmente para contribuir a superar la inobjetable crisis del sistema judicial, a efecto de que las personas "sientan" la seguridad de que sus derechos y garantías consagrados por la Constitución están garantizados, sentimiento hoy sumido en la incredulidad y la desesperanza; y, que contribuya al ordenamiento institucional de los Órganos del Estado. En esta simple pero a la vez suprema perspectiva, no sabemos aún si esta institución podrá cumplir esta excelsa misión, pues intervienen variados como complejos factores, empezando desde los más generales, como la receptividad y participación social, pasando por la efectividad o excelencia de la competencia constitucional que pueda lograrse, hasta aspectos como los referidos a la forma de elección de Magistrados de este Tribunal y el grado de independencia que puedan tener frente a influencias extrañas.

El éxito o fracaso de las instituciones, depende del grado de eficiencia y honestidad con la que obran los hombres de carne y hueso que las forjan y componen, en este aspecto se nos ocurre encontrar cierto paralelo con la formación y vigencia de las leyes, a cuyo propósito el maestro Ángel Ossorio y Gallardo decía: "(...) de nada sirve un buen código, si la judicatura es insuficiente. Es preferible un código imperfecto, viejo, retrasado y hasta duro, con jueces

perspicaces, informados, con acabada preparación y vocacionados a su oficio, que un código perfecto, novísimo, audaz y benigno, con magistrados torpes, irritables, faltos de conocimientos y sin vocación profesional" ¹; este es el fenómeno que quisiéramos que jamás se cumpla con el Tribunal Constitucional.

Queda en manos de los hombres de Derecho y funcionarios públicos

-
- 1) OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. Cit. en: Revista "Estudios de Derecho", Medellín-Colombia, 1947, Pág. 31.

de Bolivia la suerte del Tribunal Constitucional. Ellos serán, no la institución en abstracto, los que triunfen o fracasen. La ciudadanía hastiada de tanta Injusticia estará pendiente de sus actos.

Por lo demás, encontramos justificada la creación del Tribunal Constitucional a partir de las siguientes preliminares percepciones:

- ASPECTOS EXTERNOS.

Los cambios que se operan en el mundo son verdaderamente vertiginosos.

Si hoy, aisladamente, se reunieran en congreso los juristas de la época de Platón, no hay duda que aceptarían como hecho natural la esclavitud. Todos ellos la ratificarían y nadie dentro de ellos se opondría. Pero lo que en realidad ha sucedido, es que más tarde a la de su época, se luchó contra la esclavitud y esta fue proscrita y eliminada virtualmente en todo el mundo porque la conciencia social no la aceptó ni la acepta más.

En consecuencia, lo considerado bueno en una época pasa a ser anacrónico y hasta perjudicial en otra posterior. La sociedad experimenta cambios substanciales debido al desarrollo científico y tecnológico. Cambia el modo de vivir, de asociarse, cambian los problemas, la manera de ejercer una profesión, los modos de producción y distribución; todo ha cambiado alrededor de los últimos doscientos años debido a la revolución industrial.

El Derecho, por su parte trata de mantenerse en armonía con estos cambios y a menudo ha logrado este objetivo, pues es indiscutible que muchas de las instituciones jurídicas vigentes en la sociedad preindustrial serían apenas aplicables en la compleja sociedad de hoy. Ahora bien, los cambios se suceden a una velocidad sorprendentemente vertiginosa en esta época de la cibernética y de los viajes interestelares, con lo que se plantean más problemas.

Todo ello nos conduce a pensar que el sistema judicial, ha de mantener una íntima relación con la primacía de la vida. No puede orillar los problemas de la vida actual y atender a los problemas de ayer. Tiene que referirse a los problemas de hoy con las instituciones jurídicas de hoy, no con las de ayer. Pero el Derecho, no obstante ser elemento básico y fundamental para el funcionamiento de la sociedad, tiene tendencia a convertirse en estático, de tal manera que el reto consiste en conservar el carácter de fundamento estable del Derecho para adecuarlo a la evolución. Nada puede permanecer en quietud. En otras palabras, manteniendo las instituciones jurídicas tradicionales que son necesarias y

fundamentales para nuestra sociedad, deben introducirse otras nuevas que den respuesta a los problemas de nuestro tiempo.

La ciencia y la práctica del Derecho en el mundo, están viviendo el tiempo del espacialismo, respondiendo a las necesidades y complejidades de la nueva relación societaria. Se le hace más difícil al abogado individual ser el profesional del Derecho que "atiende causas civiles, penales, administrativas familiares y trámites en general"; así, v.gr., ya no es posible hablar de un solo Derecho Penal, hoy rigen en países vecinos, el Derecho Penal Administrativo, el Derecho Penal Municipal, el Derecho Penal Financiero, el Derecho Penal Policial, etc., o en nuestro caso típico boliviano, el Derecho Penal relativo al narcotráfico, con sus propias reglas, su propio procedimiento y su especial jurisdicción.

En latitudes avanzadas, la culpabilidad o inocencia de un encausado pueden encontrarse muchas veces dependiendo del veredicto de la ciencia y la tecnología en función de las pruebas genéticas del RNA, dejando perplejos, confundidos y hasta reticentes a jueces, fiscales y miembros de jurados, tal como se pudo apreciar en el conocido caso Simpson en los Estados Unidos de Norte América.

En consecuencia, en el orbe en general se despliegan esfuerzos para acomodar el sistema judicial a las exigencias de este tiempo. Solivia no puede enterarse en la visión de ser reacia al cambio jurisdiccional constitucional, cuando su propia realidad económica está siendo objeto de un transformación emergente de la compleja interrelación de las naciones.

- ASPECTOS INTERNOS.

En el caso estrictamente boliviano, la Corte Suprema de Justicia no jugó otro rol que no fuera el que en su momento le correspondiera históricamente desarrollar en el ámbito de lo que se vino en denominar el control de la constitucionalidad, respondiendo claro está, a las condiciones concretas de la sociedad de ayer. Hoy bajo otro tipo de requerimientos sociales, en una nueva etapa histórica, en condiciones distintas a las auténticas que inspiraron el control de la constitucionalidad en los Estados Unidos el año 1803, en una situación diferente a los primeros días de nuestra República o, al proceso emergente de la insurrección de 1952, surge el Tribunal Constitucional como una respuesta más de entre las varias existentes, producto de la caducidad y consiguiente crisis del sistema Judicial, crisis que para matizaría retóricamente, diríamos que ésta tiene validez axiomática, pues no necesita ser demostrada, su verdad es inmediata e indudable; es de conocimiento y padecimiento casi general, pero esa crisis encuentra su mayor infortunio cuando es el máximo ordenamiento constitucional el vulnerado no ya sólo por los "otros" poderes del Estado, sino por la propia Corte Suprema, guardián de la Constitución tal como se suele expresar.

Por eso el actual Fiscal General de la República, antes de asumir esta función pública, con objetividad decía: "(...) un sistema judicial como el nuestro, ha perdido credibilidad por ser fuente generadora de una "creciente sensación de inseguridad", manifestada por la selectividad, retardación y discriminación, exige cambios estructurales orientados a erradicar o paliar los factores que causaron la profunda crisis en la que se debate"¹.

Entre el 7 y el 21 de julio de 1995, la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, en una generosa e inteligente muestra de análisis, crítica y

autocrítica que la enaltece, tuvo el acierto de organizar un seminario con la participación de delegados de instituciones representativas de la sociedad, en la inteligencia de que una justicia abierta a la comunidad es la única digna de la confianza ciudadana. Verificar los errores existentes en vez de silenciarios engañosamente, es el mejor camino y quizás el único para superados con hombría de bien. Dicho evento, dirigido a establecer la situación global de la administración de justicia, centró su atención en las siguientes preguntas temáticas que las reproducimos de modo inextenso:

- "1.- ¿Cómo vemos el estado de la justicia en nuestro país y particularmente en el distrito judicial de Cochabamba?
- 2.- ¿Cómo quisiéramos que sea la administración de justicia para que se convierta en verdadera seguridad jurídica, base del desarrollo integral de la Nación Boliviana?

Como no podía ser de otro modo, siendo compleja la problemática del Poder Judicial, las respuestas han sido variadas, centrándose muchas de ellas en aspectos parciales que han sido considerados esenciales o determinantes de la crisis que confronta la administración de justicia.

Sin embargo de esa variedad de enfoques, se han podido extractar algunas conclusiones importantes, que se encuentran contenidas, de modo casi uniforme, en la mayoría de los trabajos presentados, las que han sido sintetizadas en los siguientes puntos:

-
- 1) CRESPO SOLIZ, Osear. Análisis de la Ley de Necesidad de Reformas Constitucionales". En; Revista Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UMSS, 1993, Pág. 56.

UNO.- Sobre los problemas que confronta el Poder Judicial

- a) Se ha afirmado que el Estado Boliviano se encuentra en crisis; la que se manifiesta en la debilidad de sus órganos de poder y de sus instituciones y que obedece a causas externas (dependencia de los países hegemónicos y de las entidades financieras internacionales), e internas (escaso crecimiento económico, narcotráfico, corrupción generalizada, pobreza y miseria en la mayoría de su población, bajos niveles educativos, desocupación, etc.)
- b) Como resultado de la premisa anterior, se establece que el Poder Judicial también esta en crisis, siendo el blanco de numerosas críticas, justas e injustas, provenientes de los otros poderes del Estado y de la opinión pública.
- c) Se acusa al Poder Judicial: 1) de carecer de independencia y estar subordinado políticamente a los poderes legislativo y ejecutivo; 2) de corrupción en todos sus niveles; 3) de retardación de justicia: 4) de mala administración de justicia.
- d) Sobre la falta de independencia del Poder Judicial se ha expresado que obedece a los mecanismos legales de designación de magistrados y jueces, que permiten que los partidos políticos designen en esos cargos, de modo directo o indirecto, a sus militantes o a elementos comprometidos con ellos.

- e) Sobre el tema de la corrupción judicial se expresa que esta es una lacra que corroe a todas las instituciones del Estado y también al Poder Judicial por la acción de malos jueces y magistrados, pero que no puede ser generalizada porque mancilla la dignidad de muchos jueces y magistrados de elevada honestidad.
- f) Sobre el tema de la retardación de justicia, se ha distinguido: 1) la retardación dolosa o maliciosa, que debe ser castigada mediante el uso de las acciones legales del caso; 2) La retardación por acumulación excesiva de procesos. Sobre esta última se expresa que la causa está en la falta de relación entre el número de jueces y el número de causas que debe atender cada juez. Se ha constatado que en los últimos 20 años la población del distrito se ha cuadruplicado y que, sin embargo el número de jueces ha sido incrementado en no más del 30%.

Que el año judicial de 1989 cerró con 5.000 causa nuevas Ingresadas en ese período, y que el año judicial de 1994 cerró con 28.000 causa nuevas.

Que ese crecimiento demográfico y de litigiosidad, ligado a sistemas procesales rituales, escritos y obsoletos y a la falta de incremento en el número de jueces, son los grandes causantes de la hoy inevitable retardación de justicia.

- g) Sobre la legislación vigente se expresa: 1) que no responde a la realidad social y cultural de nuestro pueblo; 2) que los códigos en su mayor parte, son copias mal hechas de códigos extranjeros; 3) que siguen siendo decretos leyes, producto de regímenes de facto, porque el poder legislativo no cumple de modo responsable con su función legisladora.
- h) En cuanto a los operadores de la Administración de Justicia: jueces y magistrados, abogados, fiscales y personal subalterno, se afirma, en términos generales, que adolecen de deficiencias que se manifiestan: a) en su mala preparación intelectual o profesional; b) en su formación moral; 3) en la ausencia de sensibilidad social.

Sobre el nivel profesional se afirma que las facultades de Derecho producen abogados causídicos de bajo nivel profesional. Que son estos abogados, que no han sido preparados para ser jueces, los que incursionan en la función judicial. Que el Poder Judicial nada hace para capacitarlos, dejándolos librados a sus propias iniciativas de formación autodidacta.

Sobre los abogados se afirma que en gran parte son faltos de experiencia, de responsabilidad, de estudio y de vocación. Que son los causantes para el nacimiento de procesos defectuosos, contradictorios y muchas veces contraproducentes a los intereses de sus patrocinados. Que a su falta de profesionalidad debe agregarse su falta de ética y de responsabilidad en el cumplimiento de su trabajo. Que se constituyen en otra de las causas de retardación de justicia, porque abundan los abogados incidentistas.

Sobre el Ministerio Público, se afirma que los fiscales todavía siguen siendo invitados intrascendentes en la tramitación de las causas, especialmente en las seguidas a instancia de parte civil, porque sin el menor análisis se limitan a adherirse a la prueba del actor. Que en los delitos de orden público juegan muchas veces un papel antagónico al espíritu de justicia, cuando acusan a ciegas, dejando de lado su misión de velar por el principio de legalidad.

Esta autocrítica sobre los operadores de justicia concluye con el personal auxiliar o subalterno, del que se afirma que en muchos casos es designado por imposición

de autoridades superiores; que cumplen su tarea sin la menor dedicación, incurriendo en conductas incorrectas, sin que puedan aplicarse medidas disciplinarias, por la intervención de sus recomendantes.

DOS. - Sugerencias para la modernización del Poder Judicial.

Como sugerencias que deben ser tomadas en cuenta por los responsables de llevar adelante el proceso de modernización del poder Judicial, se anota:

- a) Plantear como objetivo básico, el logro de una efectiva independencia del Poder Judicial, demandando la inmediata implementación del Consejo de la Judicatura.
- b) La creación de una Comisión Codificadora Permanente, del más alto nivel, que cumpla, como tareas inmediatas: 1) Con la reforma integral de los Códigos procesales, introduciendo los sistemas de proceso oral en reemplazo del proceso escrito; 2) La modernización de los Códigos sustantivos, adecuándolos a la realidad social y cultural de nuestro país.
- c) La creación de una Policía Judicial Científica, dependiente del Ministerio Público.
- d) El establecimiento de un sistema de capacitación y actualización permanente para jueces, que eleve el nivel de profesionalidad en el manejo de causas y sus sentido de responsabilidad y honestidad.
- e) Se garantice la carrera judicial, estableciendo la vitalicidad de la función, ligada únicamente al correcto desempeño del cargo.
- f) Se castiguen, mediante la aplicación de la ley, todos los casos de corrupción en que incurran jueces y abogados.
- g) Se implemente un programa especial de capacitación a todos los jueces, en las técnicas modernas de conducir audiencias de conciliación, como pre-requisito para que en todos los procesos, se haga obligatoria una etapa de conciliación entre las partes, bajo la dirección de) Juez, sin presencia de abogados.

Para la elaboración de estas conclusiones, se han tomado en cuenta todos los trabajos presentados, siendo importante resaltar el aporte Invalorable de los representantes de la Federación de Medios de Comunicación, del Comité Cívico, de la Central Obrera Departamental, del Colegio de Abogados y de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Simón¹.

Las conclusiones acabadas de ser transcritas, encierran de un modo general la situación en la que se encuentra el sistema judicial boliviano y, las sugerencias para el logro de la modernización del Órgano Judicial pueden ser aceptadas en un sentido crítico. Lo evidente es que el sistema judicial nacional se encuentra en crisis, como en casi todos los países del mundo, sin que con ello pretendamos incurrir en la frase popular de "mal de todos, con- suelo de tontos"; y, esta crisis concreta, es precisamente la que ha dado lugar a la creación del Tribunal Constitucional, institución que en resumen, no es más que el efecto de aquélla, de ahí que adjudicarle a este Tribunal falta de "originalidad nacional", representa un argumento insustancial que desvía la atención del problema central. ¿Cuál de las instituciones jurisdiccionales vigentes en el país, es de origen auténticamente nacional... es decir, con estrictez, quechua o aymará, para decir lo menos? ¿Rigen aún los decuriones incásicos, es decir, los curacas y los camayoc

con su división de competencia decimal "parecida a la sajona" expresada en la jurisdicción y competencia para hacer justicia a 10; 100; 1000 y 10 mil familias, con sus denominaciones propias de "chuncacamayoj"; "pachacjmayoc"; "huarancakamayoc" y "unucancamayoc"?; o quizá ¿sigue vigente el "tucuyricoj" que era el "fiscal" que 'todo lo veía'? ² Desde luego que ya no hay nada de esto, llega la conquista española y con ella su propio sistema judicial, pesado, ritual y aparatoso en reemplazo del ágil, sencillo y eficaz del Inca.

La recopilación de las Leyes de Indias en su mayor extensión se refería a la organización judicial, conteniendo disposiciones defectuosas referidas a peritajes, recusaciones, sentencias y recursos, que junto a otras leyes españolas, siguieron teniendo vigencia en muchos de sus aspectos durante los primeros tiempos de la República.

El Decreto de 27 de abril de 1825 por el que se establece en Sucre la Corte Superior de Justicia de las provincias del Alto Perú, le asigna a ésta las mismas atribuciones y jurisdicción correspondientes a la antigua Audiencia de Charcas, al igual que al Tribunal posteriormente creado con asiento en La Paz, para luego decretarse el 21 de diciembre de 1825, que dichos tribunales de justicia **se sujetarán a la ley de las cortes españolas** de 9 de diciembre de 1812. Se aducirá en favor de esta falta de originalidad, que se vivía una etapa de transición del coloniaje a la República y que esa era la razón, causa

-
- 1) SOLIVIA. Corte Superior de Justicia del Distrito de Cochabamba, 26 de julio de 1995.
 - 2) OBLITAS POBLETE, Enrique. "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ed. Cortica. La Paz, Pág. 67.

o fundamento para la adopción del sistema judicial del coloniaje español, no el del incario, como modelo necesario para la nueva República. Pero incluso, brincando en el tiempo y tomando un ejemplo al azar, el Código Penal de 1831 fue calcado del modelo español y el de 1834 sustitutivo del anterior fue copiado del Código Penal de 1822, el que a su turno fue tomado del Código Penal francés de 1810, lo cierto es que este Código rigió en Bolivia por más de cien años, sin ninguna originalidad nacional, pero con acatamiento general.

En 1928 fue copiado o 'traducido' el Código Civil "boliviano" del Código Civil de Napoleón, que tampoco éste era enteramente de Napoleón, porque en 1804 los redactores franceses ya presentaron el proyecto acabado; y, en el Ecuador a poco más de la mitad del siglo pasado, se instruyó la redacción del Código Civil ecuatoriano sobre la base del Código Civil "boliviano", creyéndose que éste era realmente "boliviano" o, quien sabe, para evitarse el trabajo de "traducir" el francés al español.

Lo cierto es que los Códigos Civil, Penal y los denominados Códigos de Procederes tuvieron vigencia venerable en la mayor parte de la historia de nuestro país, y es que en realidad "nada nuevo brilla bajo el sol".

Como se sabe, el austriaco Hans Kelsen es el autor de la doctrina del **orden jurídico**, expresada en la tan conocida "pirámide jurídica" que denota la supremacía de la Constitución. Que sepamos, no ha existido un solo hombre de Derecho en el país que se haya pronunciado en contra de este principio, argumentando falta de originalidad nuestra y haber sido copiado mecánicamente del pensamiento de un Jusfilósofo procedente de un país tan lejano y "exótico" como es Austria; de ahí que resulte paradójico que una institución como el Tribunal Constitucional, objetivizada -no creada como luego se verá- por el mismo sabio austriaco, haya sido resistida en nuestro medio por el hecho de no ser una institución enteramente nacional, en circunstancia tal, en la que consta a todo el país que nuestro sistema judicial afronta una crisis indecible producto de su caducidad estructural y su innegable atraso sideral respecto a los cambios que se suceden en los niveles jurisdiccionales del mundo.

La historia republicana ha demostrado en conclusión y hasta la saciedad, que la Corte Suprema no ha podido ni puede ser el guardián especializado del orden constitucional en nuestro país, conforme referiremos en páginas posteriores. Con la creación del Tribunal Constitucional se está intentando superar esa deficiencia que atenta implícitamente contra el orden constitucional de Derecho.

Pero tal como está diseñada esta institución, consideramos que su estructuración y sobre todo las atribuciones que se le han asignado son aún imperfectas, pero al habérsela creado se ha dado el primer gran paso, quedando aún un largo trecho por recorrer para encontrar su perfeccionamiento admisible dentro de las limitaciones de toda obra humana, de ahí que lo que menos interesa es la procedencia de la institución, lo deseable es la eficacia terapéutica del remedio que pueda curar una enfermedad que sin discusión alguna está asfixiando al respeto por los derechos y garantías de las personas, a la adecuada administración de justicia, a la separación y al equilibrio de los Órganos del Estado, en suma, al orden constitucional de Derecho.

Para elaborar una buena ley, decía mordazmente Enrico Ferri, que "(...) bastaban varias ediciones de Códigos extranjeros, unas tijeras y un frasco de goma"¹. Si en tan fácil tentación se cayera a tiempo de elaborar la Ley que reglamente el funcionamiento del Tribunal Constitucional, con seguridad que la medicina habrá resultado peor que la enfermedad, de ahí que previstas las normas generales de la institución en la Ley Fundamental, habrá que redactar la Ley reglamentaria con ojos y manos bolivianos -en eso coincidimos con los críticos- pero además tendrá que obrarse con el máximo de consideración cívica con nuestro país, con honestidad a toda prueba, posponiendo intereses subalternos y partidistas; este obrar le otorgará un impulso grandioso al Estado constitucional de Derecho; lo contrario, su derrumbe catastrófico.

B. - BASAMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL-

Ya dijimos que los proponentes de la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución, no ofrecieron una explicación suficiente respecto a las razones o fundamentos que dieron lugar a la creación del Tribunal Constitucional.

No se conoce una sola publicación o documento oficial que contenga una exposición de motivos a este propósito, omisión que en su momento dio lugar a

que se emitan las más disímiles interpretaciones y criterios para en la actualidad, aprobada ya la reforma constitucional, prime elocuente silencio que denota evidente incertidumbre respecto a la real necesidad que hubiera existido para dar lugar a la vigencia del Tribunal Constitucional en Bolivia, motivo éste que impele tener que realizar algunas consideraciones que nos recuerden el origen y los fundamentos generales que sustentan a esta institución, así como su razón de ser en el actual sistema jurídico de nuestro país.

1) Cit. JIMÉNEZ DE ASUA, Luís. "El criminalista", Ed. "La Ley", Buenos Aires, t. III., 1943, Pág. 97.

1. El Estado de Derecho en general. -

La más común de las definiciones señala que el Estado es la "sociedad política y jurídicamente organizada", significándose con ello, implícita aunque no siempre estrictamente, que en todo Estado rige necesariamente la ley.

Así, en la monarquía absolutista primaba la ley originada en la voluntad omnímoda del soberano, quien investido de todos los poderes se consideraba el representante original de la sociedad y la personificación auténtica del poder estatal, *concentrándose* bajo su ilimitada potestad las funciones legislativas y judiciales, al extremo que Luís XIV diría "el Estado soy yo".

Evidentemente, en su forma arbitraria, regía la primacía de la ley encarnada en el poder irrestricto del rey, **quien era el hacedor y custodio del Derecho.**

Como reacción a ese Estado absolutista, intervencionista y severo guardián de los intereses de los estamentos privilegiados, que desconocía la libertad y la propiedad de los comerciantes e industriales embrionarios de la burguesía, sometidos éstos a desigualdad jurídica, política y económica, fueron desarrollándose las doctrinas del racionalismo liberal inglés y el iluminismo francés, dando lugar a la insurgencia del Estado liberal basado en el más amplio respeto al individuo, libre de pensar y actuar bajo su propia iniciativa con la concepción de impulsar económica, política y socialmente a la comunidad.

De este modo se le negó al Estado su rol intervencionista y se lo redujo a instrumento o medio para la consecución de las finalidades de la burguesía, dividiéndoselo en "poderes" para evitar la reedición de la *concentración* del poder estatal y lograr su mejor funcionamiento. Se proclamó el respeto irrestricto de los derechos y libertades individuales, debiendo el Estado estar regido por la ley y dándose lugar a la amplitud del "dejar hacer y dejar pasar", ley que emergía ya no del arbitrio ilimitado del monarca, sino de la voluntad soberana del pueblo a través de la mecánica del poder constituyente derivando éste en los *poderes* -órganos-constituidos. Esta estructura jurídica es la que se denomina Estado de Derecho liberal-burgués.

Ahora bien, así parezca superfluo, necesario es apuntar que aún los regímenes no constitucionales contemporáneos, están necesariamente dotados de un marco de juridicidad, regidos por los denominados decretos-leyes, que en fin de cuentas tanto internamente como en el campo de las relaciones internacionales han terminado siendo reconocidos como verdaderas leyes, por razones más que todo de orden práctico, no obstante no haber intervenido el Órgano Legislativo en su formación.

En la práctica jurídica de nuestro país sobran los ejemplos, existen decretos-leyes como los que han dado lugar a la vigencia actual de algunos Códigos que rigen sin que nadie niegue su validez legal. En estos casos, más allá de las teorizaciones, tanto en la práctica jurídica como en la vida social, dichos instrumentos legales son de cumplimiento obligatorio para todos los habitantes del país con el aval de la jurisprudencia nacional, sin que Órgano estatal alguno se hubiese constituido en guardián de la constitucionalidad contra estos casos de auténtica vulneración constitucional cotidiana.

En todo caso, es de resaltar que el concepto de Estado de Derecho, por ser demasiado general, deviene insuficiente en la actualidad, tanto en su práctica y aún en su interpretación, al extremo que muchas veces puede encubrir situaciones de verdadero *contra Derecho*, razón por la que contemporáneamente se hace mucho más exigíole una puntualización más estricta de este concepto, conforme se apreciará en el desarrollo de los epígrafes siguientes.

2. Diferencia entre Estados de Derecho legal y constitucional. -

La anterior digresión se la realiza para destacar que hasta algunas décadas atrás era suficiente aludir al Estado de Derecho en general para denotar la existencia de un orden de democracia plena; más, en los últimos tiempos, al haberse complejizado las relaciones económicas, sociales y políticas de la mayor parte de las naciones, tal generalización deviene insuficiente para dar respuesta a los súbitos cambios que exigen ser expresados en la supe- reestructura jurídica de los Estados, la misma que requiere ser puesta a tono con las mutaciones verdaderamente impensadas producidas en la base material de la sociedad y en el nuevo orden monopolar de las relaciones internacionales. Hoy ya no es suficiente hablar de Estado de Derecho en abstracto, imponiéndose la necesidad de discriminar entre Estado **legal** de Derecho y Estado **constitucional** de Derecho, pues si bien conforme tenemos dicho todo Estado aparentemente es de Derecho, cuando en realidad lo que posee es un marco de juridicidad, es que en esta perspectiva unos pueden ser simplemente legales y otros pueden asumir su máxima expresión al ser constitucionales, de tal manera que tarea de primer orden para el logro de un auténtico Estado de Derecho democrático, es la ascensión del orden legal al orden constitucional.

Ahora bien, dentro de la primacía de la ley o principio de legalidad, todos los actos del Estado se someten a ella, siendo garantizada esta supremacía legal a través de los tribunales jurisdiccionales correspondientes. A este propósito es fácilmente perceptible, aún en las etapas "constitucionales", sin necesidad de hacer alusión a los regímenes de facto, la inveterada mala costumbre de otorgar preeminencia con absoluta naturalidad a disposiciones secundarias con respecto a la Constitución, cumpliéndose aquella observación que hacía Alberdi en sentido de que en nuestro país las leyes hacen vivir a la Constitución, siendo las leyes la regla y la Constitución la excepción, sin que nadie pueda poner freno a esta distorsión vigente hoy mismo en el país, debido a la inexistencia de una jurisdicción

constitucional especializada que haga cumplir de modo obligatorio la supremacía de la Constitución en sentido amplio e irrestricto.

Por su parte el Estado constitucional de Derecho, entraña de modo efectivo la supremacía de la Constitución sobre la ley, efectivizada a través de una jurisdicción que garantiza y controla la constitucionalidad de los actos estatales, que conoce del contenido y aún del procedimiento de elaboración de la propia ley y demás normas de jerarquía menor, de tal manera que el Estado constitucional de Derecho encierra dentro de sí al Estado legal de Derecho, debiendo aclararse que en este último caso nos referimos a la legalidad formada siguiendo el procedimiento de elaboración de las leyes conforme señala la propia Constitución.

Es de remarcar que la distinción entre Estado legal de Derecho y Estado constitucional de Derecho no obedece a una subjetiva o artificial construcción teórica, por el contrario, ambos Estados responden a etapas objetivas distintas de un solo proceso evolutivo histórico del Derecho.

a. - Estado legal de Derecho. -

Teóricamente, desde la época del iluminismo, se pensó que el Estado de Derecho en general debía estar asentado en tres premisas: La vigencia de una constitución; el reconocimiento de derechos fundamentales contenidos en ella misma; y, la división de *poderes*. Este Estado de Derecho, desde sus inicios fue postulado como una parte del amplio programa político demoliberal liderizado por la burguesía emergente y progresista.

Este Estado de Derecho formulado en sus inicios como una posición principista, posteriormente fue transformándose en un medio objetivo y "útil" para garantizar de modo efectivo los intereses y los derechos de esa clase social ya desarrollada contra la intervención del Estado mismo. Sólo con carácter indicativo u ordenador, se distinguen las siguientes etapas:

• Primera etapa.

Podría decirse que en una primera instancia, fundamentalmente a través del aporte de Kant, se concibe la primera noción del Estado de Derecho, que emerge como una reacción contra el absolutismo Ilustrado, que creía éste encontrar la felicidad de los hombres a través de la intervención administrativa del Estado en la vida privada de los súbditos mediante la utilización de la ley como un simple instrumento impuesto por la propia voluntad del monarca.

Rechazando dicha injerencia administrativa del Estado, Kant entiende que la felicidad es algo estrictamente Individual, imposible de ser regulada por controles administrativos y, de incidirse en este extremo, se terminaría en un verdadero régimen paternalista o despótico en el que los individuos serían tratados como seres sin capacidad propia para conducir sus actos; de ahí que concluye en que **no es el poder, sino el Derecho** lo que constituye en sí el Estado y; **la ley, no es el instrumento del poder, sino el poder es el medio por el que la ley se impone**, remarcándose que una ley sólo es Derecho cuando emerge: a) de la libertad de cada miembro de la sociedad respetado como persona; b) de la igualdad entre todos los miembros de la sociedad; y, c) de la independencia de cada Individuo como ciudadano, subordinado sólo a las leyes en las que ha participado para su formación dentro de la representación popular. De este modo, el Estado de Derecho, en última instancia, tendría por finalidad garantizar la vigencia de la libertad, la igualdad

y la participación en la formación de las leyes, marginando por lo tanto la intervención administrativa dentro de su ámbito.

- **Segunda etapa.**

En una segunda etapa de la evolución del Estado de Derecho, la concepción de éste varía, en el entendido de que el Estado y el Derecho se justifican en relación a la existencia de valores superiores a ellos y que la actividad administrativa del Estado es de todos modos insoslayable para garantizar la consecución de los fines humanos dentro de un adecuado marco Jurídico que resguarde los objetivos individuales de cada persona, en todos aquellos casos en los que se rebasen las posibilidades de los ciudadanos; en otros términos, en esta segunda etapa, el Estado de Derecho tiende a representar la conciliación del orden jurídico con la acción de la Administración, evitando que ésta tenga una intervención autoritaria en la actividad de las personas. Es de esta forma que se incide en la problemática más importante del Estado de Derecho: la subordinación de la actividad administrativa a la órbita jurídica; es decir, la primacía de la ley sobre los decretos y demás disposiciones emitidos por el Órgano administrador, pues constituyendo simples complementos o reglamentos para el fiel cumplimiento de aquella, no pueden incursionar en los derechos de los ciudadanos por encima de lo preceptuado por la propia ley, agregándose a esta concepción un enunciado de orden jurisdiccional: que en los casos de vulneración de los principios enunciados, las situaciones lesionadas serán puestas a conocimiento de una **jurisdicción independiente y neutral** respecto al Órgano administrativo.

Es así que el Estado de Derecho se define con nitidez como el Estado apegado a la ley, es el Estado legal o, con más propiedad, es el Estado legal de Derecho, pero advirtiéndose que para que la ley sea tomada como tal, ha de cumplir con la existencia de tres requisitos: el de la **generalidad**, el de la **publicidad** y el de la **discusión**. El primer requisito (el de la generalidad) para garantizar la igualdad y rechazar los atropellos de los poderes públicos o privilegios particulares en casos concretos; el segundo (el de la publicidad) para lograr la aceptación popular a través del principio de la discusión, en función de los postulados de la justicia y de los objetivos perseguidos por la comunidad, rebasando los criterios subjetivos del legislador.

- **Tercera etapa.**

En una tercera etapa, desarrollada a finales del siglo pasado, en la que el Estado de Derecho ya se encuentra claramente perfilado como Estado legal de Derecho, surge una percepción mucho más pragmática de éste. Ya no se discute tanto sobre los fundamentos filosóficos que le dan lugar.

El Derecho ya se encuentra plenamente consubstanciado o confundido con la ley. Así la ley es la que ha determinado que así sea el Órgano Legislador, de donde resulta que políticamente este Órgano detenta un poder absoluto de dirección sobre la ley a la que a su turno se subordinan los restantes actos del Estado, patentizándose una tendencia mayor de centrar al Estado legal de Derecho sobre el del Derecho Administrativo. Por ello se sostiene para esta tercera etapa, que el Estado de Derecho entrañaría una jerarquía de relaciones equilibradas entre la ley, la Administración y el individuo, razón por la cual la Administración no puede tener injerencia en el ámbito de la libertad de las personas ni puede actuar contra la ley, debiendo constituirse el Derecho Administrativo en un verdadero derecho, dando lugar a que los derechos del ciudadano en general se puedan hacer valer contra el Estado con toda la fuerza y

jerarquía de verdadero Derecho, expresándose lo dicho en: a) El sometimiento de la acción administrativa a una jurisdicción independiente y distinta a ella que decida sobre la legalidad de sus actos, cuando se trata de vulneración de los derechos del individuo en casos concretos; b) La subordinación de las normas dictadas por el Ejecutivo a la ley aprobada por el Parlamento, y el reconocimiento de la validez de aquellas a condición de que sean emitidas dentro de las reglas preceptuadas por la misma ley; y, c) Todo lo reglado con referencia a los derechos fundamentales de las personas tiene que tener necesariamente carácter de ley o, dicho de otra manera, ser normados dentro de los marcos señalados por la ley.

Consideramos que estas son las directrices más generales relativas al Estado **legal** de Derecho.

b. Estado constitucional de Derecho. -

Alrededor de 1920 se inicia un proceso de revisión de la concepción del Estado legal de Derecho, considerándose restringido a la simple defensa de los intereses predominantes de una sola capa de la sociedad, razón por la cual se le adjudica la denominación de Estado burgués de Derecho, denotando la clase específica beneficiada. Producto de esta crítica se plantea un sistema de contenido mucho más amplio reflejado en el Estado de Derecho social, desembocándose en la necesidad de considerar a la Constitución no sólo como una Carta Política o como un **instrumento de gobierno** (Instrument of Government) conforme denominación asignada por Oliverio Crom-well en Inglaterra en 1653, sino como **una verdadera norma jurídica** con su implícito valor y alcances, **que para ser efectiva debía contar con un mecanismo jurisdiccional propio que garantice su jerarquía**, pues se parte del principio de que un derecho que no puede hacerse valer jurisdiccionalmente, en realidad no es derecho.

Justamente, de este razonamiento **emerge la jurisdicción constitucional especializada**, expresada en los tribunales constitucionales establecidos en Austria, por la obra de Hans Kelsen en 1920, posteriormente en Checoslovaquia y otros países, (aunque es de significar, como luego se apuntará, que el origen verdadero de esta jurisdicción constitucional se desarrolla durante la Revolución Francesa), ingresándose de esta manera en otra etapa que supera, pero no suprime, al Estado legal de Derecho y que viene en denominarse el Estado constitucional de Derecho, concepción y etapa última que es la que tiende a predominar en el mundo en reemplazo del otrora Estado de Derecho "a secas", de contenido genérico, a veces abstracto y que no en pocas oportunidades fácilmente desembocaba en la confusión totalitaria de la existencia de un "Derecho del Estado pero no de un Estado de Derecho".

Perfeccionando esta tendencia mundial, se establece un paralelo: así como antes no hubiese tenido sentido hablar de un Estado legal de Derecho sin una jurisdicción contenciosa administrativa que lo haga efectivo, tampoco se podría pensar en un Estado constitucional de Derecho sin una jurisdicción contenciosa constitucional propia. Hablar de la vigencia de un Estado constitucional de Derecho, sin que exista una jurisdicción especializada para hacer cumplir obligatoriamente la Constitución, es una broma de mal gusto que no resiste la crítica más elemental.

En este contexto, es posible establecer tres grandes esferas que dan asidero a la construcción del Estado Constitucional de Derecho y su jurisdicción correspondiente.

1'. - Estado constitucional de Derecho y sus basamentos esenciales. -

Si bien la doctrina del Estado constitucional de Derecho no cuestiona en el fondo la esencia de la clásica división de los *poderes*, añade a ésta los basamentos esenciales siguientes:

a'. - Poder constituyente y poderes constituidos. -

La premisa fundamental en la existencia del Estado constitucional de Derecho reposa en la primigenia y más importante distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, significando que estos últimos no pueden irrumpir en el ámbito propio del poder constituyente que les dio nacimiento, concepción ésta desarrollada por Emmanuel Sieyès durante los primeros días de la Revolución Francesa y conforme fue admitida en la teoría general del sistema constitucional.

Pero además el poder constituyente (expresado en el caso boliviano a través de la Asamblea Constituyente de 1825) no sólo da lugar al nacimiento de los *poderes* constituidos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, cada uno con sus respectivas competencias, "equilibrios y frenos", sino que esa voluntad popular primaria subyacente en el poder constituyente, es permanente, no comienza y termina con su funcionamiento material, sino que se prolonga y se encuentra siempre vigente a través de su transformación material expresada precisamente en la **Constitución** que debe ser debidamente custodiada, protección de la Constitución que a la vez se convierte en la más firme garantía de diferenciación entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

b'. - Cuarto poder neutral. -

La formulación de Montesquieu respecto a la división de los *poderes*, desarrollada en su famosa obra "El Espíritu de las Leyes" (*Lesprit des lois*), mantiene su condición de dogma debido a no haberse realizado una confrontación crítica de dicha concepción en función de los conflictos y contradicciones que ha sufrido en el devenir histórico y de los profundos cambios que el capitalismo de acumulación y el de concentración han dado lugar en las relaciones Estado sociedad civil. No se quiere ver, que las modalidades económicas, sociales y políticas del capitalismo de los últimos tiempos y dirías especialmente de los últimos años, difieren de aquellas que correspondieron a la revolución demoliberal de 1789, época en la que una burguesía "emergente" necesitaba históricamente **dividir los poderes** que se hallaban **concentrados** en la voluntad omnímoda del rey, favoreciendo a estamentos privilegiados y perjudicando los derechos e intereses de la burguesía sumida en desigualdad jurídica, económica y política.

La **clásica** división de poderes, hoy es calificada como un dogma metafísico que no resiste la más leve crítica científica; sin embargo, no puede discutirse la enorme importancia práctica que ella representa al constituirse en valladar contra las tentaciones de concentración del poder, al extremo que sería totalmente impensable la existencia del sistema democrático sin la división de los Órganos del Estado.

El aludir a un cuarto "poder" no debiera alarmar a nadie, pues recuérdese que en la medida de los tiempos, de las necesidades y aún de las limitaciones, Bolívar supo superar el dogmatismo y en el artículo 9° de la Constitución de 1826, con gran precisión doctrinal y conceptual, estableció:

"El Poder Supremo se divide, para su ejercicio, en cuatro secciones: Electoral, Legislativo, Ejecutivo y Judicial".

El Libertador, con envidiable dominio doctrinario hace referencia a un solo **Poder Supremo**, y lo divide en **cuatro funciones** a las que las denomina "Secciones", pero al margen de tales precisiones e ingresado en el supuesto de la existencia de varios "poderes" del Estado, Bolívar se aparta de la clásica división tripartita, considera la situación concreta de la nación recién libertada, y adjudica para ella cuatro, no tres de los erradamente denominados *poderes* del Estado, añade la rama Electoral como el primer Órgano del Estado porque las necesidades concretas del país así lo exigían, sin importar que en Francia se hubiesen establecido los tres *poderes* tan conocidos por todos.

Benjamín Constant, a principios del siglo XIX en forma rudimentaria aún, plantea la necesidad de la existencia de un cuarto poder neutral frente a los otros *poderes*, con el propósito de mantener un adecuado equilibrio entre ellos, resolver los conflictos que puedan enfrentar y mantener sus actos enmarcados en la Constitución. La imperfección de la formulación realizada por Constant, estribaba en que dicho cuarto poder debía estar detentado por el monarca, el que actuaba en estos casos con métodos más que todo políticos.

Evolucionado el planteamiento, actualmente está expresado en el funcionamiento de una jurisdicción constitucional a través de los tribunales constitucionales estrictamente jurídicos, teniendo por atribuciones fundamentales cuidar la supremacía de la Constitución y conocer y resolver los conflictos suscitados entre los poderes del Estado.

c'. - Práctica de la democracia dentro del marco de la Constitución. -

Como se sabe, el Parlamento dentro de la clásica división de *poderes*, tenía inicialmente facultades ¡limitadas sobre la ley misma, extremo pronunciado en los casos de inexistencia del veto presidencial.

En oposición, en el Estado constitucional de Derecho, el Legislativo carece de ese anterior poder ilimitado y toda actuación del Parlamento tiene validez a condición de que sea efectuada dentro de las previsiones establecidas por la Constitución, infiriéndose de lo dicho una conclusión aparentemente superflua por ser repetitiva, pero que en la realidad concreta boliviana adquiere una importancia superlativa: la democracia practicada, sólo es válida, en la medida que se desarrolle dentro del marco de la Constitución y no sólo de la ley y menos de los decretos.

d'. - Orden de competencias del Estado fijado en la Constitución. -

En cualesquiera de sus formas, el Estado de Derecho entraña el funcionamiento de los Órganos del Estado, pero cada uno de ellos están delimitados por sus propias competencias específicas expresadas en funciones concretas a desarrollar, en la existencia de potestades suficientes para tal cumplimiento; y, en los alcances y formas para el ejercicio de dichas potestades.

Específicamente, en el Estado constitucional de Derecho, rigen de una parte la **competencia esencial del Estado** y las **competencias dentro del Estado**. La primera establece los límites dentro de los cuales le está permitido actuar a la totalidad del Estado con todos sus Órganos, debiendo aclararse que no se refiere a la esfera de acción de cada uno de los Órganos en particular, sino a la licitud con la que debe actuar el Estado frente a la autodeterminación lícita de los ciudadanos en los diferentes rubros de la actividad social.

De este primer presupuesto de competencia, emergen las competencias **dentro** del Estado, concluyendo que ninguno de sus *poderes* podrá rebasar los límites de la competencia esencial del Estado.

Ahora bien, la importancia del tema desemboca en que este orden de competencias se encuentra previsto tácita o expresamente en la Constitución, por una parte a través de la previsión de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos frente al Estado y, por otra, por los principios y reglas que se refieren a la estructuración y forma de organización del sistema jurídico político del Estado.

e'. - La Constitución ley suprema de todo el ordenamiento jurídico y de los Órganos del Estado. •

Este epígrafe empieza refiriéndose a la doctrina de la supremacía de la Constitución, que se traduce en el reconocimiento y vigencia plena de la jerarquía de las normas como la garantía más eficiente para el respeto de la libertad y la dignidad del hombre.

Para formar un cuadro cabal de la importancia específica de la supremacía de la Constitución en el caso concreto del Estado constitucional de Derecho, será aconsejable efectuar una simple, así sea incompleta, referencia histórica a propósito del origen de la misma.

Siguiendo a Linares Quintana¹ la *Graphé Paranomon* es el antecedente fundamental de este principio. Ella fue concebida por Pendes como un medio para detener la amenaza que atentaba contra la permanencia y estabilidad de las leyes en circunstancia en que el partido democrático de Atenas representado por Esfialtes, le quitó y suprimió al Areópago el año 426 antes de Cristo las atribuciones que detentaba como guardián de la Constitución.

Por la percepción de Ferieles toda acción catalogada de inconstitucional podía ser perseguida por cualquier ciudadano ateniense, pero ya en el siglo IV cuando irrumpió la corrupción de las instituciones atenienses, la *Graphé Paranomon* perdió su contenido original y se convirtió en un instrumento de perturbación y abuso, por lo cual la acción correspondiente quedó reducida a una práctica sin sentido.

Para Rafael Bielsa² la institución del justicia de Aragón, con prerrogativas de un juez y su responsabilidad pertinente ante las Cortes, puede considerarse como una jurisdicción establecida para proteger los derechos de las personas frente a la arbitrariedad.

También se sostiene que la doctrina de la supremacía constitucional,

-
- 1) LINARES QUINTANA, S. V. "Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional", 6 ts., Buenos Aires, 1953.
 - 2) BIELSA, Rafael. "La protección Constitucional y el recurso extraordinario", 2i ed., Buenos Aires, 1958, Págs. 125-126.

encuentra un antecedente en la actuación del magistrado inglés sir Eduard Coke que al sentenciar en el caso del doctor Bonham señaló: "Resulta de nuestras reglas, que en muchos casos el *common law* limitaría las leyes del parlamento y algunas veces impondría su validez total (...)"¹ pero a la vez existe otro criterio que señala que la doctrina de la supremacía de la Constitución ya se encuentra desarrollada con nitidez en el *Agreement of the people* del año 1647 y en el *Instrument of Government* de 1653.

Haciendo un alto en la noticia histórica simplemente referencial, conviene realizar puntualizaciones mucho más concretas y actuales sobre este principio.

Como ya se tiene dicho en el Estado legal de Derecho, el Derecho es la propia ley conteniendo ésta a su vez a todas aquellas disposiciones aprobadas dentro sus propios límites y, si bien es cierto que repetidamente se aceptaba la validez jurídica de la Constitución, sin embargo no se adoptaron medidas para hacerla valer eficaz y positivamente frente a los atropellos de los otros *poderes*; se reconocía únicamente la competencia del Parlamento para poder interpretar la Constitución, con el fundamento de que este Órgano es el representante de la soberanía popular y en él se realiza la función legislativa; no obstante, la acción del Parlamento resultó insuficiente para dar solución por la vía política a los problemas suscitados entre *poderes*.

En oposición a este cuadro de situación, dentro del Estado constitucional de Derecho, la Constitución se erige en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico, conteniendo dentro de sí al principio de la primacía de la ley y anulando en todo o en parte cualquier disposición contraria a la Constitución.

Es decir, en el Estado constitucional de Derecho, rige la supremacía de la Constitución, expresada como un orden jerárquico que comienza en ella, para ser seguida por la ley, decretos y demás disposiciones en un orden de escalonamiento ordenado.

La supremacía de la Constitución, en el proceso de los antecedentes ya referidos, fue perfeccionada doctrinalmente por Kelsen y Merkl y al decir de Manuel Ossorio, dicho orden jurídico conocido también con el denominativo de "pirámide jurídica", puede conceptualizarse como el: "Conjunto de normas positivas vigentes relacionadas entre sí y escalonadas y jerarquizadas, que rigen en cada momento de la vida y de las instituciones de todas clases dentro de una nación determinada"².

1) Ob. Cit. Pág. 256.

2) OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales".
Ed. Heliasta S. R.
L, Buenos Aires, 1984, Pág. 517.

A continuación, el mencionado autor, hace una puntualización de enorme significación, no sólo por ofrecer una ilustración del orden jerárquico de las normas, cuanto por establecer una aclaración sobre el tipo de instrumentos jurídicos que están inmersos dentro del ordenamiento constitucional, al señalar que: "Esas normas (...) han de tomarse en un sentido amplio, ya que están formadas no sólo por la Constitución y por las leyes, sino también por los reglamentos, por las disposiciones de autoridades administrativas, **por las sentencias judiciales**^a y hasta por los contratos en cuanto regulan las relaciones entre las partes contratantes"¹.

La importancia de la transcripción precedente, radica en que de ella se infiere que no sólo las leyes y demás disposiciones administrativas se encuentran bajo el control de la constitucionalidad, sino que también se hallan sujetas a dicho control las resoluciones de los tribunales judiciales, incluyendo las propias de la Corte Suprema, cuando de vulneraciones constitucionales concretas se trata, aspecto cardinal éste que será tratado en páginas posteriores.

Pero la trascendencia de la primacía de la Constitución sobre la ley y cualquier disposición de jerarquía menor, no se refleja solamente por establecer la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, que ya es expresar lo máximo, sino por la enorme importancia de constituirse en el mecanismo de **seguridad jurídica**, en una instancia en la que los principios ya aludidos en páginas anteriores de, **generalidad, discusión y publicidad** han ingresado en verdadera situación de crisis y de incumplimiento, ya que por una parte la generalidad de las leyes muchas veces es sustituida por la "excepcionalidad" de las mismas dirigidas a regular situaciones "singulares", dando lugar a las harto cuestionadas "leyes de excepción"; y, por otra, los principios de discusión y publicidad, han comenzado a perder sentido en su práctica por el predominio de las mayorías partidarias dentro del Parlamento que, en el caso de nuestro país, mediante los procedimientos de la "suficiente discusión" o el decreto de disposición de "sesión por tiempo y materia" dan lugar a la conclusión de actos camarales con la aprobación de leyes en silenciosas horas de la madrugada.

Estos antecedentes, por sí solos, confirman la apremiante necesidad de cuidar la subordinación de los actos camarales del Legislativo a la jerarquía de la Constitución, pero de igual modo el sometimiento de los otros Órganos

a) El Subrayado es nuestro.
1) Ob. Cit, Pao. 517

públicos, el Ejecutivo y Judicial a la Ley Suprema, constriñendo su actuación dentro de las competencias específicas que la Constitución les ha asignado

sin invadir las ajenas y respetando la legítima autodeterminación de las personas y la autorregulación de la sociedad. Estos elementos son los que caracterizan al Estado Constitucional de Derecho, su incumplimiento, v. gr., como la concentración de Órganos, patente o encubierta, es la negación o simulación de su vigencia.

3. - La jurisdicción constitucional. •

El Estado constitucional de Derecho, supone la existencia de una estructura orgánica que garantice que la acción de los Órganos del Estado esté ceñida al marco de la Constitución, corrigiendo los actos anómalos de aquéllos para encuadrarlos nuevamente a los lineamientos constitucionales.

Esa estructura, como no puede ser de otra manera, al ser jurídica, lo es jurisdiccional, conformada por tribunales con competencias específicas para conocer y determinar mediante procedimientos judiciales decisorios la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos de los Órganos del Estado; dicho en otras palabras y conforme ya se adelantó, tal como no podría concebirse al Estado legal de Derecho sin una jurisdicción contenciosa administrativa, de igual manera no podría admitirse al Estado constitucional de Derecho sin una jurisdicción constitucional. De esta manera, el Derecho Constitucional dejaría de ser importante solo en el campo académico universitario, para convertirse en la vida social, en un Derecho relevante de cumplimiento jurisdiccional de primer orden.

En este sentido, será ilustrativo revisar las distintas formas que cobra la jurisdicción constitucional en los diferentes sistemas existentes, advirtiendo que cada una de las jurisdicciones a ser referidas no constituyen compartimientos estancos y puros, por el contrario, muchas veces se produce la combinación de elementos correspondientes a un determinado sistema jurisdiccional con los propios de otro distinto.

a. - Jurisdicción desconcentrada no especializada. -

En este sistema, son los jueces o tribunales de la justicia ordinaria los que tienen la atribución de conocer los asuntos de constitucionalidad. En unos casos, la Corte Suprema, conociendo dichos asuntos en grado de apelación o de revisión de oficio, dictando las resoluciones definitivas correspondientes; y, en otros, conociéndolos en única instancia, procede a resolverlos.

Es el sistema tipo de los Estados Unidos y, para objetivizar el caso, corresponde señalar que es el que estaba en vigencia en Bolivia hasta antes de la incorporación del Tribunal Constitucional en el texto de la Ley Suprema, vigencia que se mantendrá, entre tanto no sea promulgada la Ley reglamentaria pertinente.

En efecto, era **desconcentrada**, porque conocían los asuntos de constitucionalidad diferentes jueces o tribunales judiciales y/o, la Corte Suprema en única instancia o en revisión; tales son los casos del *habeas corpus* y del amparo constitucional, que eran de conocimiento de dicha Corte en revisión, aspecto que se mantiene; la demanda de inconstitucionalidad contra leyes, decretos y demás disposiciones contrarias a la Constitución; el proceso contencioso administrativo contra resoluciones del Órgano Ejecutivo por contratos,

negocios y concesiones, que continúa dentro de las atribuciones de la Suprema Corte; el proceso contra resoluciones del Órgano Legislativo o el recurso contra impuestos ilegales que resolvía en única instancia; y, el recurso directo de nulidad que era de competencia de la Corte Suprema, Cortes Superiores y Jueces de Partido, según el nivel de autoridad del demandado.

En consecuencia, en este rubro, se trataba de una desconcentración interna dentro de la propia justicia ordinaria.

Y, era no especializada, porque los jueces o tribunales de instancia y la Corte Suprema no se abocaban a entender solamente asuntos de constitucionalidad, sino que su competencia abarcaba y abarca trámites judiciales en diversas materias: civil, penal, familiar, social, etc.

b. - Jurisdicción desconcentrada especializada. -

Este sistema tiene la característica de regir usualmente en un Estado federal, en el que el Tribunal Constitucional es competente para entender única y exclusivamente dentro de su circunscripción los actos relativos a la constitucionalidad, funcionando a la vez separadamente tribunales constitucionales con idéntica competencia pero de acuerdo con sus propias Constituciones, un ejemplo de esta organización se lo tiene en la República Federal Alemana, donde junto al Tribunal Constitucional coexisten los tribunales constitucionales de los Lander. A diferencia del anterior, se trata de una desconcentración externa.

c. - Jurisdicción concentrada no especializada. -

Los asuntos de constitucionalidad son entendidos únicamente por la Corte Suprema, no intervienen ni jueces ni tribunales de instancia (por eso es

concentrada) y, en la medida de que este tribunal conoce diferentes asuntos judiciales y no sólo constitucionales, no es especializado.

d. - Jurisdicción especializada "relativamente" concentrada. -

Este es un sistema que adopta dos modalidades: una de ellas expresada en una Sala Constitucional dependiente de la Corte Suprema para conocer sobre los asuntos de constitucionalidad. En Solivia se realizaron innumerables propuestas para su creación con diferentes matices en su funcionamiento; así, la Corte Suprema en la apertura de labores de 1974, propuso la creación de una Sala Constitucional aclarando que la misma, "(...) se limitaría a velar por la interdependencia y la coordinación de los Poderes Públicos, precautelando en cada caso los derechos y garantías consagrados por la Constitución y las leyes, a través de las **consultas** elevadas por el Legislativo y por el Ejecutivo, a tiempo de aprobar determinadas leyes o decretos, para informar si el espíritu y los principios, contenidos en ellos contradicen o vulneran los preceptos constitucionales"¹.

En consecuencia, se proponía la creación de una Sala competente para conocer determinados asuntos pero sólo ha **iniciativa y consulta** del Legislativo o del Ejecutivo, quedando subsistentes las atribuciones de constitucionalidad restantes reconocidas a la justicia ordinaria y particularmente a la Corte Suprema.

La otra modalidad, plantea también el funcionamiento de una Sala Constitucional, carente de facultades decisorias, cuyas resoluciones pasarían

a consideración y resolución final de la Sala Plena de la Corte Suprema, argumentándose que con este procedimiento se evita que la Sala Constitucional se ubique en un nivel superior respecto al resto de las Salas.

Sin embargo, esta propuesta entraña la incongruencia de que las resoluciones emitidas por una Sala Constitucional especializada terminen siendo revisadas por una Sala Plena no especializada, así intervengan en ésta los miembros de la Sala Constitucional. Consecuentemente, el carácter "relativamente concentrado" es muy discutible, por no decir contradictorio en sí mismo.

e. - Jurisdicción concentrada especializada. -

En este sistema es uno solo el Tribunal que entiende los asuntos específicos de constitucionalidad para todo el país. Se trata del sistema constitucional

1) BOLMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. "Labores Judiciales", Sucre, 1973, Pág. 11.

que va cobrando mayor predicamento en el mundo contemporáneo no obstante que su data, tal como se adelantó, no es reciente, responde a los fundamentos desarrollados por Sieyès durante la Revolución Francesa y que fueron recogidos posteriormente en el Derecho Constitucional positivo austriaco por Hans Kelsen. Es el sistema hoy incorporado en el constitucionalismo nacional.

4. - Síntesis preliminar. •

La descripción resumida de los basamentos doctrinales referentes al control de la constitucionalidad, seguramente presenta en muchos aspectos un cariz sino extraño por lo menos no habitual - que no es lo mismo-, y es que la dinámica incesante de las relaciones sociales en el mundo entero está determinando mutaciones profundas en el Derecho, conllevando la revisión de concepciones jurídicas que hasta hace poco era imposible pensar que hubieran podido haber sido puestas en duda o siquiera ser analizadas al margen de las categorías eternas. Ese puede ser el caso de la clásica división tripartita de poderes, que reconociéndose su "utilidad", se la visualiza desde diversidad de criterios renovados, pero ya no como verdad última e intangible; o el concepto de la democracia representativa, que ya no convence ni satisface a las convicciones y necesidades materiales colectivas, que hoy exigen una democracia participativa sin eufemismos en la palabra y en la praxis social

En este contexto, lo que no hace pocos años era suficiente e indiscutible, hoy es insuficiente y sujeto de análisis y revisión.

Hace no mucho atrás, era bastante aludir al Estado de Derecho para inferir con ello que era el propio Derecho el que imperaba. Hoy esa concepción es abstracta, genérica, casi tautológica e insuficiente para garantizar una real vigencia de la Constitución, que sin mayores, ni menores responsabilidades, es consecutivamente vulnerada; por esta razón principal, nos hemos propuesto

hasta aquí, mostrar que ya no basta aludir genéricamente al Estado de Derecho como presupuesto confiado y confiable de un sistema democrático, sino que es imprescindible especificar el distingo existente entre Estado legal de Derecho y el Estado constitucional de Derecho, no como categorías antagónicas, sino como dos realidades distintas pero indisolublemente unidas en un solo **proceso** de perfeccionamiento de la práctica del Derecho, proceso expresado en la subordinación real del imperio de la ley y demás disposiciones subalternas, a la supremacía de la Constitución, aspecto que sólo puede hacerse realidad con la apertura de la jurisdicción constitucional propia y especializada que pueda convertir a la Ley de Leyes de formal carta retórica -como en el fondo acostumbra serio en nuestro país-, en norma suprallegal de real y supremo cumplimiento obligatorio, motivo éste por el que además, siguiendo las tendencias doctrinales y tácticas predominantes en el mundo, hemos realizado una descripción esquemática y muy ajustada de las variadas formas en las que se presenta el control de la constitucionalidad.

C. - REFERENCIA DE LOS SISTEMAS PREDOMINANTES. -

En realidad dos son los sistemas de control de la constitucionalidad predominantes: el desconcentrado no especializado, ejercido por la justicia ordinaria, denominado también control difuso y; el concentrado especializado, efectivizado a través de un tribunal único y propio, conocido precisamente con la denominación de control concentrado.

Es de significar, que más allá de las diferencias tanto de concepción como de procedimiento existentes entre estos sistemas, ambos tienen por denominador común la doctrina de la supremacía de la Constitución, concebida como la garantía más eficiente de la libertad y la dignidad del hombre, respondiendo la adopción de cada uno de estos sistemas, a las peculiaridades y necesidades propias de cada país en concreto. En Solivia, debido a los antecedentes ya expuestos, ha sido adoptado el último de los sistemas mencionados (el concentrado especializado), en reemplazo del primero de los citados (el del control difuso) que, como se sabe, era el vigente en el país hasta antes de la reciente reforma de la Constitución; siendo oportuno por lo tanto, ofrecer algunos elementos de juicio propios de cada uno de estos sistemas.

1. - Sistema desconcentrado no especializado. -

Este sistema tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica, es el que ha servido de modelo en gran número de países del mundo y es, tal como se señaló, al que se adscribió el boliviano.

Si bien es cierto que los antecedentes del control de la constitucionalidad en ese país, asentado en el principio de la supremacía constitucional, tienen origen en acontecimientos anteriores a la Constitución de los Estados Unidos de 1788, lo evidente es que en esta Ley Suprema, se encuentran los fundamentos más nítidos para la construcción del control de la constitucionalidad al establecer en su artículo 6, numeral segundo que, "esta Constitución, las leyes de los Estado Unidos que en su consecuencia se dicten, y todos los tratados celebrados o a celebrarse bajo la autoridad de los Estado Unidos, serán la ley suprema del país, y los jueces en cada Estado estarán sujetos a ella, no obstante cualquier disposición en contrario contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado".

Hamilton, desarrollando la doctrina de este sistema y refiriéndose a esta previsión constitucional señalaba: "La interpretación de las leyes es propia

y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a sus mandatarios..."¹.

De esta manera se selló el precedente por el cual, el Órgano Judicial, podía revisar los actos y las leyes opuestos a la Constitución.

En esta sucesión de acontecimientos, el Tribunal Federal de los Estados Unidos en 1792 declaró la inconstitucionalidad de una ley emitida por el Congreso y, la Corte Suprema se pronunció en el mismo sentido en el caso Cooper contra Telpir, ocasión en la que se debatió sobre la validez de una ley que correspondía al Estado de Georgia.

Pero el antecedente que cobró notoriedad, tal como citan todos los estudiosos del Derecho Constitucional, es el referido al caso Marbury contra Madison efectuado en 1803. En esa instancia se vivió una situación de enfrentamiento político entre federalistas y republicanos que disputaban la forma de cómo debía organizarse políticamente al país del norte. La Corte Suprema no se encontraba marginada de ese problema y dentro de tal pugna los republicanos asumían una actitud adversa hacia el Máximo Tribunal, mientras que los federalistas se identificaban con éste. En tal contexto, el Secretario de Estado Madison, se negó a expedir los correspondientes nombramientos a cuatro jueces de paz que habían sido designados por el gobierno anterior en plena conformidad con una Ley de febrero de 1801, razón por la cual los perjudicados pidieron a la Corte Suprema se libre mandamiento contra el mencionado Secretario de Estado ordenándole dar cumplimiento a la entrega de los nombramientos.

En su fallo, la Corte Suprema reconoció el derecho de Marbury para exigir la mencionada posesión legal, pero por otro lado declaró su falta de

1) HAMILTON, MADISON, JAY: "El Federalista o la Nueva Constitución", México. 1943.

atribución para librar un mandamiento contra el Secretario de Estado, pues la Ley que le permitía emitir tal mandamiento era inconstitucional.

A través de esta sentencia, fue el Chief Justice John Marsahil que sentó las bases de la intervención definitiva de la justicia ordinaria a través de la Corte Suprema y de los jueces en el control constitucional, bases que según Linares Quintana ¹, citando a Johnson, pueden sintetizarse en los siguientes puntos: a) la Constitución es una ley superior; b) por consiguiente, un acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley; c) es siempre deber del tribunal decidir entre dos leyes en conflicto; d) si un acto legislativo está en conflicto con la ley superior, la Constitución, es deber del tribunal rehusarse

ha aplicar el acto legislativo, e) Si el tribunal no rehúsa aplicar dicha legislación, es destruido el fundamento de todas la constituciones escritas.

Así comenzó a regir en los Estado Unidos el control desconcentrado no especializado de la Constitución y, tal como se tiene dicho, nuestro país se adscribió al mismo, más con entusiasmo teórico formal que práctico o real, pues casos resueltos medianamente semejantes al de Marburi contra Madison, no son los más conocidos en la práctica constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia.

a. - Algunas características del sistema norteamericano. -

De lo poco expuesto, nítidamente se advierte que este sistema fue creado en los Estado Unidos respondiendo a sus circunstancias y necesidades propias. Los representantes del pueblo estadounidense advirtieron en la preponderancia del cuerpo legislativo un peligro para los principios de organización y división de poderes, pues no debe olvidarse que para Montesquieu, inspirador de los hombres consagrados a la organización política de los Estados Unidos, el despotismo era explicable en las monarquías absolutas porque el poder estaba concentrado en una sola persona y para lograr destruirlo tenía que estar su ejercicio dividido en tres ramas: legislativa, ejecutiva y judicial. De ahí que a tiempo de aprobarse la Constitución estadounidense, una de las primeras tareas a resolver se dirigía a estructurar un recurso preventivo contra las anomalías emergentes del predominio de las asambleas políticas o legislativas que funcionaban sumidas en la confusión y el desorden distorsionando el equilibrio de poderes. Se resolvió en consecuencia, establecer en la Constitución un límite al predominio parlamentario a través del control de la constitucionalidad, sin desconocer la separación y equilibrio de los poderes e inspirándose en todo caso en la teoría de los "frenos y contrapesos" del poder público.

1) LINARES QUINTANA. S. V., Ob. Cit., t. 11, Pág. 264.

Pero además de esta característica general suscitada en la sociedad estadounidense, existen una serie de elementos de índole procedimental que se constituyen en las características particulares de este sistema:

- El control de la constitucionalidad, adopta la forma de excepción, formulada por una de las partes dentro de un proceso principal contra la otra que está sustentada presuntamente en una ley inconstitucional; en este sentido no se trata de una acción ni de un recurso.
- Como la excepción es planteada a iniciativa de parte dentro de un proceso principal, la inconstitucionalidad declarada de una ley, tiene efecto sólo para el caso en litigio.
- Demostrada la inconstitucionalidad, el juez se limita a declarar la inaplicabilidad de la ley cuestionada sólo para el caso puesto en su conocimiento.
- Por tanto, la decisión de inconstitucionalidad de una ley no tiene efecto *erga omnes* (para todos), sino surte efecto sólo entre las partes en litigio.

- La sentencia de inconstitucionalidad no declara la nulidad de la ley, no la deroga ni abroga; aún siendo probada la inconstitucionalidad de una ley mantiene ésta su vigencia general y obligatoria, aún para los que se encuentren en la misma situación de la litis resuelta, por no haber sido planteada la excepción correspondiente en su favor.

El fundamento de esta característica procedimental, radica en que el Órgano Judicial con sus decisiones no puede invadir la órbita de actuación de los otros poderes públicos, por eso sólo declara la inaplicabilidad de una ley, pues se señala que la abrogación o derogación de la misma le corresponde al Parlamento.

- El procedimiento de inconstitucionalidad de una ley no reconoce la acción popular; es decir, no puede cualquier ciudadano demandar la inaplicabilidad de una ley atentatoria a la Constitución, este es un derecho reconocido únicamente a la parte afectada por dicha ley.
- Tangencialmente es de reconocer, que siendo la jurisprudencia en los Estados Unidos de Norteamérica, firme, uniforme y revestida de suficiente autoridad jurídico-social, en razón de su larga tradición democrática, su fortaleza y estabilidad institucional, una sentencia que declara la Inaplicabilidad de una ley en un caso determinado, ciertamente se convierte en un antecedente determinante para condicionar la inaplicabilidad posterior de la misma, situación que no se repite en las sociedades carentes de tradición democrática y en las que la jurisprudencia suele ser notablemente contradictoria.

2. - Sistema concentrado especializado. -

Este sistema aparece durante la Revolución Francesa de 1789, producto de la genialidad doctrinaria del abate Emmanuel Sieyés.

Como ya se tiene dicho, la supremacía de la Constitución sería impensable si no existiera un control de la constitucionalidad que la haga efectiva, y también se tiene señalado que la supremacía de la Constitución encuentra su fundamento en la diferencia establecida por el propio Sieyés entre poder constituyente y poder constituido, de tal manera que podría decirse que existe una íntima relación de encadenamiento entre: a) la diferencia del poder constituyente y de los poderes constituidos; b) la primacía de la Constitución; y, c) el control de la constitucionalidad.

La diferencia entre poder constituyente y poder constituido, es seguramente la mayor creación jurídica de los tiempos de la Revolución Francesa, es el fundamento de todo el constitucionalismo en general y por lo tanto del control de la constitucionalidad, por eso el propio Sieyés en la sesión del día 2 thermidor no ocultó su orgullo francés al expresar: "Una idea sana y útil fue establecida en 1788, es la división del poder constituyente y de los poderes constituidos. Ella será computada entre los descubrimientos que hacen dar un paso a la ciencia, y es debida a los franceses"¹.

La pasión de Sieyés, se centraba en el constitucionalismo concebido como un sistema sin el cual hubiera sido impensable asegurar la libertad, la dignidad, la igualdad y la justicia. Es evidente que estos valores estaban presentes en la ideología de Rosseau, pero a simple nivel conceptual y subjetivo. Sieyés, con criterio mucho más práctico, los transformó en algo más objetivo, en un cuerpo orgánico, denominado **Constitución**, que al erigirse en la ley de todas las leyes requería de la existencia de un sistema que controle y asegure su cumplimiento y su superioridad. No está demás recordar, que la idea de la existencia de la Constitución como un cuerpo dispositivo objetivo,

le parecía a Rosseau una bella idea, pero que por ser utópica era imposible que pudiera existir en la realidad.

- 1) SIEYÉS, Emmanuel. ¿Qué es el tercer Estado? En: Los clásicos políticos. Ed. Americalee, Buenos Aires, 1943.

En la Francia Revolucionaria, a diferencia de los Estados Unidos, las medidas de prevención para proteger los valores acabados de señalarse, fueron adoptadas contra el Ejecutivo y contra el Judicial, prevenciones expresadas por el peligro de que estos *poderes* constituidos, emergentes del poder constituyente, originado éste en la voluntad del pueblo, voluntad popular expresada a su vez en la Constitución, pudiesen desconocer a la Ley Suprema a través de la aprobación y permisión de leyes secundarias. Por eso Sieyés concibió la estructuración de un sistema concentrado y neutral del control de la constitucionalidad, que por lo apuntado, debería hacernos reflexionar en qué medida este fenómeno, a pesar del tiempo transcurrido, es familiar o ajeno a la realidad boliviana y latinoamericana.

Paradójicamente en Francia, en los primeros tiempos de la Revolución, fue donde el control concentrado de la constitucionalidad encontró los mayores escollos y posteriores distorsiones. En esos días de la Revolución primaba un ambiente favorable a confiar en los actos legislativos y de representación del Parlamento, pero contrario a que pudiera éste ejercer facultades judiciales, de ahí que el "Jurado de la Constitución", diseñado por Sieyés, con las facultades exclusivas de imponer el cumplimiento de la Ley de Leyes, sancionar a quienes la transgredieren y dictar la inconstitucionalidad de las disposiciones que la vulneraren, no prosperó; pero más tarde, en 1789, logró que se aprobara la creación y funcionamiento del "Senado Conservador", facultado para controlar el cumplimiento constitucional, constituyéndose en el primer antecedente del control concentrado de la constitucionalidad, sucediéndose posteriormente nuevas modalidades de este sistema que terminaron en la deformación de muchos de los conceptos originales, como se dio en el caso del Comité Constitucional aprobado en ese país en 1946.

Pero en un orden de sucesión histórica, mucho tiempo después, Hans Kelsen, el padre de la escuela vienesa, es quien consagra las formulaciones de Sieyés. Redacta la Constitución de Austria en 1920 estableciendo la Alta Corte Constitucional, entre cuyos fundamentos que sustentan su creación, pueden resumirse los siguientes: a) La Corte debe ser lógicamente independiente de los Órganos que vulneren la Constitución; b) Sus resoluciones deben tener efecto *erga omnes*, para todos; c) Es ilusorio pensar en el auto-control constitucional por los propios Órganos del Estado; d) La Corte debe tener facultades derogatorias y/o abrogatorias en sus decisiones, asegurando de este modo la obligatoriedad de la Constitución para todos, sin cuya cualidad la misma se convertirla en una simple carta retórica carente de coercibilidad.

Este modelo luego fue instituido en Checoslovaquia, y en España fue asumido de un modo desfigurado en su Constitución de 1931, estableciendo un Tribunal de Garantías Constitucionales, el que luego fue sustituido por el Tribunal Constitucional contemplado en la Constitución de 1978 y, como señalábamos, Francia readoptó este sistema en 1946 ratificándolo en la Constitución de 1958, reduciéndolo en el fondo a ejercer un control de la ley a petición del Presidente de la República, el Primer Ministro o el Presidente de cualquiera de las Asambleas del Parlamento, antes de que fuera promulgada la misma, advirtiéndose la inexistencia del control constitucional sobre los actos del Ejecutivo.

a. - El Tribunal Constitucional español vigente. -

Merece nuestra atención este Tribunal porque se señala que es el modelo del actualmente aprobado en Bolivia. En realidad el Tribunal Constitucional vigente en España, no ha sido propiamente tomado del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931 tal como suele sostenerse, el que a su vez tampoco fue trasplantado literalmente del austriaco, que según Jiménez de Asua "(...) se le parece en parte a éste, pero sobre todo, es una síntesis del régimen de Norteamérica, del Juicio de Amparo de México y del Tribunal de Conflictos de Francia" ¹. Lo cierto es que el actual Tribunal Constitucional español se inspiró en la Constitución austriaca de 1º de octubre de 1920, que fue aprobado luego de un debate parlamentario que enfrentó a propugnadores del sistema afiliado a los principios de Kelsen y a los apegados al sistema norteamericano. El resultado dio lugar a un Tribunal cercano al austriaco, pero con algunos defectos orgánicos, otros de competencia y arrastrando algunos lastres del pasado.

Está compuesto por 12 miembros nombrados por el Rey, siendo 4 puestos por el Congreso, 4 por el Senado, 2 por el Gobierno; y, 2 por el Consejo General del Poder Judicial.

Estos miembros deben ser magistrados judiciales, fiscales, catedráticos universitarios, funcionarios públicos, pero todos ellos con un mínimo de 15 años en el ejercicio profesional. Duran en sus funciones 9 años, con renovaciones por terceras partes cada trienio.

Los componentes del Tribunal Constitucional proponen al Rey el nombre de su presidente el que ejerce el cargo por un período de 3 años.

1) JIMÉNEZ DE ASUA. Luis. "Proceso histórico de la constitución de la República española", Madrid, 1932, Pág. 75.

El Tribunal tiene jurisdicción y competencia en todo el territorio español, reconociéndosele dentro de su competencia específica conocer: a) recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones con fuerza de ley (especie de decretos-leyes); b) recursos de amparo por violación a derechos y libertades Individuales; c) Conflictos de competencia entre el Estado y la comunidades autónomas o viceversa; d) Las restantes materias que le asigne la Constitución y las leyes.

Los asuntos pueden ser puestos a conocimiento del Tribunal a iniciativa del Presidente del Gobierno, del Defensor del Pueblo, de 50 diputados o 50

senadores, de los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas (gobiernos regionales) y, de las asambleas de las mismas.

Las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional tienen autoridad de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación, sin dar lugar a recurso ulterior contra ellos. Las resoluciones que declaren la inconstitucionalidad surten efecto *erga omnes* (para todos), pero limitándose a la parte especificada de la ley impugnada, quedando vigentes los demás preceptos de la misma. La declaración de Inconstitucionalidad, no afecta a los casos en los que haya recado resolución Judicial contra la cual no se admita ni se haya interpuesto oportunamente ningún recurso previsto en las leyes de enjuiciamiento.

Este Tribunal Constitucional cumple sus funciones y ejerce sus competencias mediante métodos Jurisdiccionales, es un órgano de competencia pasiva o negativa, que sólo actúa por impulso exterior, que "sólo habla si se le pregunta", bajo las modalidades de demanda, recurso o cuestión por quien tenga legitimación para plantearla, aspecto que representa una verdadera limitante al control de la constitucionalidad que debiera ser irrestricto, pues lo conviene en un órgano pasivo, atrofiado para ver y actuar cuando es violada la Constitución.

La fundamentación específica de la función del Tribunal Constitucional es la de considerarse intérprete supremo de la Constitución; es decir, se lo acoge como el custodio del Poder Constituyente expresado en la Constitución a la que están subordinados todos los poderes constituidos. A esta función superior se agregan otras, expresadas en términos políticos más que Jurídicos, referidas a la función de control constitucional de los poderes públicos, pero aplicando exclusivamente métodos jurisdiccionales, lo cual significa a todas luces, que el Tribunal es un órgano Jurisdiccional, que ejerce verdadera jurisdicción, concentrada, y extendida en todo el territorio español a través de las competencias que le han sido asignadas por la Constitución, su Ley Orgánica y demás leyes pertinentes.

Esquematisando lo ya señalado en cuanto a sus competencias, ellas se identifican en tres grupos: a) El control de la constitucionalidad de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; b) La defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas y, c) La resolución de conflictos políticos.

El control de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones, se lo formula por medio del recurso o en su caso de la cuestión. Mediante el recurso, se da lugar al control abstracto de la ley cuestionada desde el momento de la publicación de ésta e independientemente de que se esté dentro de un otro proceso, persiguiéndose directamente la declaración de inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada. Ya señalamos en párrafos anteriores quienes pueden interponerlo. En cambio, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad busca el control concreto de las disposiciones legales cuestionadas dentro de un proceso previo para surtir efectos dentro de un proceso principal.

Las sentencias dictadas, ya sea en el caso del recurso o de la cuestión, tienen valor de cosa juzgada, se emiten en relación a todos los poderes públicos y tienen efecto *erga omnes*, conllevando la declaración de nulidad de las normas impugnadas, pudiendo extenderse dicha nulidad a otras disposiciones legales que aún no habiendo sido cuestionadas, guarden relación con las expresamente impugnadas.

Por otra parte, la competencia para asumir conocimiento sobre conflictos políticos, hace que el Tribunal Constitucional resuelva las controversias suscitadas

entre cualquiera de los Órganos del Estado con una comunidad autónoma; los conflictos de competencias entre las comunidades autónomas; y, los conflictos de poderes entre los Órganos del Estado.

Deseamos detenernos brevemente en la atribución referente a la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas, por la enorme significación que ella entraña. En España, a tal resguardo se le otorga especial importancia a través del recurso de amparo; en el Tribunal Constitucional de ese país, existen dos Salas para el conocimiento de este tipo de recurso, cada una compuesta por seis Magistrados y presididas respectivamente por el Presidente y Vicepresidente del Tribunal. Los demás asuntos son de conocimiento del pleno del Tribunal Constitucional.

En efecto, los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 al 29 de la Constitución de España, son objeto de una protección especial a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, artículos –que para una mejor comprensión del lector- se refieren a los siguientes derechos y libertades fundamentales: igualdad ante la ley; derecho a la vida; libertad ideológica y religiosa, derecho a la libertad personal; derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio; libertad de residencia y circulación; libertad de expresión, derecho de reunión; derecho de asociación; derecho de participación; protección judicial de los derechos (esta previsión se refiere al derecho de defensa en juicio, a no declarar contra si mismo y a la presunción de inocencia entre otros); trabajo remunerado para los reclusos; prohibición de la existencia de tribunales de honor; libertad de enseñanza; derecho a la educación; autonomía universitaria; libertad sindical; derecho a la huelga; y, derecho de petición.

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional es ulterior, (variante del sistema concentrado especializado), pues el conocimiento jurisdiccional a nivel general de estos derechos y libertades fundamentales, está asignado a los tribunales de la justicia ordinaria y sólo una vez agotada esta vía, en cada caso concreto, la persona lesionada o perjudicada puede interponer este recurso, el que es admitido por causa de violación de los mencionados derechos o libertades; violación emergente de disposiciones legales inconstitucionales, de actos jurídicos o de simple vía de hecho de cualquiera de los Órganos Públicos (Legislativo, Ejecutivo o Judicial). El recurso puede ser planteado por la persona lesionada con la presunta violación constitucional, por el Defensor del Pueblo o por el Ministerio Fiscal. Admitido el recurso, se da lugar a la dictación de cualquiera de las siguientes sentencias: a) declaración de nulidad del acto del Órgano del Poder Público, b) reconocimiento del derecho amparado que hubiese sido violado; y, c) restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho vulnerado.

Retornando a los tres grupos de competencias anteriormente señalados, se le asigna de igual forma al Tribunal Constitucional la competencia referida al control previo de la constitucionalidad, en cuanto a la consulta que puedan realizar ya sea el Gobierno o cualquiera de las cámaras legislativas, sobre la posible contradicción que pudiera existir entre un tratado internacional redactado pero aún no suscrito por el Estado, con la Constitución. La resolución respectiva, puede determinar la no suscripción del tratado contrario a la Ley Suprema.

Además, se reconoce al Tribunal Constitucional español la atribución de conocer el recurso de amparo electoral contra las resoluciones de las Juntas Electorales, después de haberse substanciado el recurso contencioso-administrativo por la vía judicial.

Mas allá de los defectos que puede contener la creación y funcionamiento del Tribunal Constitucional en España, es indiscutible la importancia que ha adquirido en cuanto a la preservación de los derechos y libertades de las personas, pues revisando el número de asuntos puestos en conocimiento del Tribunal Constitucional, se constata, a modo de ejemplo, que en el período comprendido entre 1980, año de inicio de sus funciones, y el año 1987, habían sido interpuestos 6603 asuntos, de los cuales **nada menos que 5704 correspondientes a recursos de amparo**, habiéndose resuelto en ese lapso de tiempo 5417.

Prima la concepción de que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, es un componente esencial del orden público y que tales derechos y libertades asumidos como decisión constitucional cardinal, informan todo el ordenamiento jurídico, en la medida que se convierten en el fundamento del orden político y la paz social, reafirmando la seguridad jurídica de las personas, la credibilidad en la justicia y evitando que los individuos terminen haciéndose justicia por sus propias manos, de ahí que se justifique plenamente la vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre las decisiones de la judicatura ordinaria, cuyas resoluciones en la medida que lesionen derechos y garantías fundamentales de las personas, están siempre sometidas al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, con la consiguiente posibilidad de la declaratoria de nulidad de las decisiones de jueces y magistrados ordinarios, procedimiento que en vez de producir recelo o susceptibilidad en la justicia ordinaria, contribuye a que los administradores de la justicia común, actúen con la mayor dedicación y probidad en el conocimiento de las causas, emitiendo resoluciones altamente calificadas, con lo cual gana la comunidad toda y se prestigia la justicia ordinaria, superándose de este modo discusiones intrascendentes por bizantinas, sobre la mengua o "achicamiento" de atribuciones del *Poder Judicial*.

D. - EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO. -

Hasta aquí, nos hemos limitado a exponer las bases generales que informan al control de la constitucionalidad, sin la más remota pretensión de haber agotado la complejidad de este tema. No obstante, con este elemental conocimiento de causa, es ya posible explicar algunas líneas referidas al control de la constitucionalidad en Bolivia.

1. • Antecedentes y consideraciones necesarias. -

Como ya se señaló en páginas anteriores, el sistema del control de la constitucionalidad en nuestro país respondió hasta antes de la creación del Tribunal Constitucional, al modelo norteamericano, sin que esto debiera incomodar a nadie, puesto que con ello nuestros jurisconsultos y hombres públicos de la época no hicieron más que adscribirse con pasión sincera a una fuerte tendencia mundial predominante en el plano del desarrollo del pensamiento universal, y lo hicieron además con la convicción vehemente del liberalismo democrático que inspiraba su conducta y que se perfila con gran estilo en la pluma y la palabra de Dalence, Boeto, Baptista, Carrasco y otros extraordinarios hombres de Derecho.

El primer antecedente del denominado control de la constitucionalidad a ser ejercido por la Corte Suprema, se ubica en la Constitución de 1851, en cuyo artículo 82, al establecer que el Poder Judicial reside en la Corte Suprema, en las Superiores y en los Juzgados de la República, agrega que: "A ellas pertenece privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a

las demás leyes, y las leyes con preferencia a otras resoluciones" principio que al decir de don Luís Paz, citando al historiador Cortés, logró ser consignado por el diputado Andrés María Torrico "sin que lo advirtieran, ni Belzu ni sus ministros; lo que alguna vez podía impedir los abusos del gobierno"¹, de tal manera que las singulares circunstancias de la historia hicieron que este principio constitucional fuera introducido virtualmente de modo subrepticio en el constitucionalismo nacional, pero sin que hubiese llegado a tener inmediata trascendencia práctica por falta de un procedimiento que posibilite su aplicación.

Posteriormente, transcurridos diez años, en la Constitución de 1861, entre las atribuciones que se le reconocen a la Corte de Casación (Corte Suprema) figura la de "conocer de los negocios de puro derecho cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes".

Luego de haber revisado "La Corte Suprema de Justicia de Bolivia, su historia y su jurisprudencia" de Luís Paz, "Estudios Constitucionales" de José Carrasco, para no citar otras obras y autores de talla, se comprueba que más allá de las brillantes exposiciones doctrinales sobre el control de la constitucionalidad que desarrollaron los cultos jurisconsultos anteriormente citados, fueron pocos los asuntos que llegaron a conocimiento de la Corte Suprema,

1) PAZ, Luis. "La Corte Suprema de Justicia de Bolivia. Su historia y su jurisprudencia", Imp. Bolívar de M. Pizarro, Sucre, 1910, Pág. 63.

al extremo que fácilmente pueden ser contados, claro está, sin que tenga ninguna responsabilidad para ello el Máximo Tribunal, atendiendo al poco movimiento de causas de la época y fundamentalmente al rol de segundo plano que se le asignó al Órgano Judicial.

Para escrutar las posibilidades reales de una vigencia plena y uniforme del control de la constitucionalidad en Solivia, es necesario recoger algunos datos históricos que afirmen o nieguen tal posibilidad asignada a la Corte Suprema.

En primera instancia, se constata la obscuridad institucional y orgánica del Órgano Judicial en los primeros años y gran parte de la vida nacional. Así el Dr. Luís Paz, refiriéndose a la gestión jurisdiccional de 1839 presidida por el Dr. Urcullo señala: "Se ve pues, que los magistrados de la Corte Suprema de justicia ocupaban a la vez puestos en el consejo de estado o en las cámaras legislativas; estaban sujetos al llamado del gobierno y a sus órdenes, y desempeñaban los ministerios de estado o misiones diplomáticas, como simple comisión, dejando en acefalia su puesto en la corte, para volver a él cuando había terminado su compromiso político"¹.

En segundo lugar, se verifica la defensa digna e intransigente que asumieron varios magistrados en resguardo de la independencia judicial contra el asedio e intervencionismo del Gobierno hasta caer en el sacrificio de la destitución, el apresamiento y el destierro, siendo elocuente testimonio lo expresado por el insigne Olañeta en ocasión de la inauguración del año judicial de 1859 cuando decía: "Visteis al patriota Urcullo con cuarenta años de servicios, conducido a un inmundo calabozo, donde los verdugos de la tiranía, cargándole de prisiones,

intentaron borrar sus méritos en el gabinete, en el parlamento, en el foro y en la magistratura (...) y visteis a otros que aquí me escuchan confinados a tierras lejanas o salvando su dignidad entre bosques o escondites" ². Estos eran hombres íntegros de derecho y moral que hoy clama por su resurrección la sociedad nacional.

Pero en tercer lugar, en oposición abyecta a la conducta anterior, hicieron presencia abominable magistrados obedientes a las órdenes de gobiernos atrabiliarios dando lugar al sometimiento del Órgano Judicial al Ejecutivo, siendo elocuentes las palabras pronunciadas por Pantaleón Dalence en 1883:

"Recordad aquellas épocas de gobiernos investidos de *facultades extraordinarias*, que se inmiscuían oficialmente en los litigios, hasta modificar las sentencias,

1) PAZ, Luis. Ob. ai., Pág. 42.

2) PAZ, Luis. Ibidem, Pág. 75.

o dejarlas ilusorias por providencias solapadas o hipócritas." ¹, claro está que esta degeneración de la administración de justicia era acompasada por el servilismo de magistrados sin dignidad ni conciencia. Para perplejidad de la ciudadanía actual, Pantaleón Dalence creía ilusoriamente en 1883, superada tal perversión sobre la administración de justicia cuando decía: "Comparadlas con la presente época en que esas autocracias de antaño, se ven como un anacronismo repugnante (...)" ². ¡Si hoy supiera Dalence que tal inconducta siendo repugnante empero no es anacrónica... ?!

Cortos y contados son los períodos de estabilidad de la Corte Suprema conformada constitucionalmente y con miembros sometidos sólo a la Constitución y a las leyes.

En síntesis, en medio de la convulsionada vida política del país, el funcionamiento de la Corte Suprema estuvo mayormente signada por la falta de organización institucional en los primeros tiempos de la República; defendiéndose constantemente del asedio y atropello de los gobiernos facciosos; sometiéndose ignominiosamente en otras oportunidades a los intereses y caprichos de poderes extraños; y, finalmente, funcionando normalmente en breves y contados períodos constitucionales, de tal manera que en ese contexto de inestabilidad institucional, era imposible que la Corte Suprema se hubiese podido constituir en real custodio de la Constitución y, la atribución del control de la constitucionalidad, imposible de ser cumplida con la eficacia y respetabilidad tan propias de la estabilidad institucional de los Estados Unidos de Norteamérica.

Los tiempos actuales son distintos a los pasados, como distintos son hoy los problemas que agobian al sistema judicial todo de la Nación. Los hechos históricos pasados y la actual realidad concreta del país, han demostrado y demuestran que la Corte Suprema no es el tribunal adecuado para ejercer el control de la constitucionalidad, en otros países similar Corte puede asumir esta facultad, pero en Bolivia no, ha caducado a todas luces esta su competencia, que por lo demás, estrictamente, nunca fue ejercida a plenitud, debido a la confusión deslizada entre **el control de la constitucionalidad de las leyes y sobre los Órganos del**

Estado, con la simple inaplicabilidad de las leyes por inconstitucionales, que era sólo a esta atribución última a la que dirigía su competencia la Suprema Corte y, no es el Tribunal adecuado, por la existencia de los siguientes factores objetivos de carácter general:

1) **Ob. Cit., Pág. 174.**

2) **Ibídem., Pág. 174-175.**

a) Como todos saben, la Corte Suprema está conformada por Salas específicas y especializadas (civiles; penal; social, administrativa y minera), con funciones y atribuciones delimitadas dentro de su exclusiva competencia por materia. Si bien es cierto (al menos teóricamente) que cada una de ellas debiera alumbrar sus actos con la luz de la Constitución, ello no significa que la **especialidad** constitucional sea de su incumbencia. Pero además se agrega a ello, la reclamada sobre acumulación de causas.

Un cordial amigo, ex magistrado del Alto Tribunal, refiriéndose al movimiento de causas en la Corte Suprema dice: "El aumento de la litigiosidad en los últimos años es impresionante. Si no se toman medidas urgentes y adecuadas, el panorama futuro puede tener un desenlace kafkiano. Los expedientes se atiborran en las oficinas de los Secretarios de Cámara, el número de Magistrados es insuficiente para despachar con la debida celeridad los asuntos, parafraseando la Biblia "los obreros son pocos, las mieses son muchas" ¹. Pero muchas más que las mieses son las penas y los tormentos de los condenados a la retardación judicial, "pues parece que hasta la injusticia es tolerable cuando es pronta y disipadora de incertidumbres", a más de que la retardación judicial en si misma ya es una inadmisibles violación constitucional; y, si es evidente, como lo es, que los "expedientes", lo que es decir, la libertad, la honra, el patrimonio, y aún la vida misma de las personas están "**atiborrados**" en las oficinas de los Secretarios de Cámara -tal como señala- debido al insuficiente número de magistrados, con perplejidad no podemos menos que preguntamos... ¿Con qué disponibilidad de tiempo y en qué momento dedican sus desvelos y su talento los Magistrados del Alto Tribunal al estudio reposado y sereno de la doctrina, la jurisprudencia y a la atención circunspecta de los datos del proceso para otorgar pronta y diáfana justicia judicial? La respuesta a esta pregunta y el veredicto inapelable, hace tiempo ya que fue emitido por la sociedad nacional: falta de credibilidad en el actual sistema judicial.

Y, si las mieses son muchas, ¿Será congruente acumular más "mieses" constitucionales en la Suprema Corte?

b) El control de la constitucionalidad *strictus sensu*, entraña en una de sus facetas, el control a los *poderes* del Estado en cuanto al respeto que éstos deben guardar a la norma constitucional. Es por esta razón fundamental, que debe

propenderse a reducir a la mínima expresión la intervención directa o indirecta de los Órganos del Estado en la instancia de la designación

- 1) GALINDO DECKER, Hugo. "Tribunal Constitucional", Ed. Jurídica Zegada, La Paz, 1994, Págs. 84-85.

de los contralores de la constitucionalidad, lo contrario da lugar a que éstos se encuentren impedidos -como en la realidad casi siempre lo estuvieron- de ejercer fielmente el anhelado control constitucional sobre dichos poderes, a los cuales deben precisamente su designación, y dar o que lo decimos en términos generales, pues aquella manida frase de "salvo honrosas excepciones", nos parece ociosa por obvia. Lo cierto, es que debido a esta falta de independencia, la Corte Suprema se ha agotado en la imposibilidad de ejercer el auténtico control de la constitucionalidad.

El problema de la independencia judicial es tratado en el capítulo correspondiente al Consejo de la Judicatura.

c) Cualquier ciudadano medio, sabe que los hombres de Derecho son reconocidos por su especialidad jurídica, ya sea por su vocación innata o por conocimiento inducido o formado.

En la medida en la que se tornan cada vez más complejas las relaciones humanas, las ciencias se dividen y subdividen de modo permanente y dinámico, fenómeno que se repite en el ámbito de la Ciencia del Derecho. El enciclopedismo no es más de nuestro tiempo y ya resulta anacrónico pensar en el abogado que "atiende asuntos civiles, comerciales, familiares, penales, administrativos y trámites en general".

Cuando internamente se conforman las salas con magistrados tanto en la Corte Suprema, como en las Cortes Distritales, para no hacer ya referencia a los jueces, todos saben que generalmente tal organización se realiza en atención a la competencia o dominio de conocimientos o especialidad que distingue la trayectoria profesional de cada uno de ellos. Así, hubiese sido poco comprensible y hasta "de mal gusto", que el conocido civilista Dr. Raúl Romero Linares hubiese conformado la Sala Penal de la Corte Suprema o que el magnífico penalista Manuel Duran Padilla hubiese sido miembro de una de las Salas Civiles del Tribunal Supremo; o, que el insigne erudito en Ciencias Penales, Luís Jiménez de Asúa en vez de producir las más de 600 publicaciones circunscritas a Derecho Penal, Criminología, Fenología, Psiquiatría Forense, etc., hubiera escrito tratados sobre Derecho Minero, Derecho Civil, Derecho Petrolero, etc., salvo en los aspectos de connotación penal correspondiente a estas áreas. Así como esta divisoria en función de especialidades rige con referencia a la individualidad de los hombres de Derecho, de igual manera este aspecto se repite en lo institucional, por la propia forma de composición de la justicia ordinaria en salas o juzgados en razón de materias concretas: civil, penal, familiar y todas las conocidas por el ciudadano medio; pero hipotéticamente, dando por supuesto evidente la primacía de la Constitución en las actuaciones dentro de estos esferales jurisdiccionales, **insólitamente no existe una competencia específica en materia constitucional** que garantice el cumplimiento obligatorio de los preceptos contenidos en la Constitución, lo cual es un verdadero absurdo, que da lugar

muchas veces a que la Ley de Leyes sea violada sutil o torpemente por los tres Órganos del Estado, quedando dichos actos inconstitucionales exentos de responsabilidades reales y convirtiéndose en mofa lamentable la retórica supremacía constitucional.

Por la existencia de estos factores objetivos, se justifica la creación de una competencia constitucional especializada, que no se circunscriba solamente a pronunciarse sobre la inaplicabilidad de una ley o disposición menor, sino que resuelva sobre la verdadera constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición cuestionada en toda su magnitud, con todos los alcances que en páginas siguientes se puntualizarán.

d) Revisando los innumerables discursos, generalmente emitidos en ocasión de las aperturas anuales de las gestiones judiciales, es frecuente encontrar la frase señalando que el Órgano Judicial "es el Poder moderador frente a los excesos de los otros poderes" hipótesis que no se ha cumplido, pero para el caso de que tal aserto fuese evidente, surge una acuciante interrogante... ¿y quién modera al Órgano Judicial y cómo? pues nuestra historia refrenda muchos casos pasados y recientes de vulneración constitucional de parte de magistrados del Máximo Tribunal, con sensible carencia de un órgano contralor constitucional sobre sus actos jurisdiccionales, que al ser éstos inapelables e irrevisables, así sean atribiliariamente violatorios de la Ley de Leyes, sólo dan lugar al recurso de queja ante Dios y, en la tierra, al juicio de responsabilidades, que por ser substanciado en un ámbito naturalmente político como es el Parlamento, fuente además directa o indirecta de la designación de magistrados, termina en unos casos en la "concertación" partidista que imposibilita toda acción contra el acto inconstitucional por razones de mejor "equilibrio" político o, en la sentencia política ajena a la valoración jurídica, resultando utópico que prospere un juicio de esta naturaleza a sola instancia del hombre común de la calle víctima de un fallo de lesa Constitución, salvando la posibilidad de que tal demanda pueda interesar por razones desano principio a alguna fuerza política con representación en el Parlamento.

Es éste también un factor poderoso que exige el funcionamiento del Tribunal Constitucional, que al no constituirse en un simple apéndice del Órgano Judicial, ni de los otros Órganos del Estado, custodie efectivamente los derechos y las garantías consagrados en la Constitución, a similitud de lo ya señalado en el Tribunal Constitucional de España, en el que se da amplio lugar a los recursos de amparo interpuestos por los ciudadanos contra resoluciones judiciales inconstitucionales. Habrá que esperar qué línea de conducta se asume dentro de la próxima Ley reglamentaria del Tribunal Constitucional sobre tema de tanta trascendencia y, de existir sobre el mismo alguna obscuridad de orden constitucional, aguardar que el propio Parlamento deba aprobar una ley interpretativa a este respecto.

2. - Confusión del control de la constitucionalidad con el recurso de inaplicabilidad de las leyes por inconstitucionales y otros procedimientos. -

Necesario es repetirlo, en tiempos pasados rigió una concepción rígida, dogmática, que dio lugar a que el recurso de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad de la ley fuera asumida como la máxima expresión de la guarda y

respeto de la Constitución, respondiendo claro está a la entusiasta adhesión al liberalismo de la época, pero sobre todo al éxito conseguido en esta materia en los Estados Unidos de Norteamérica.

El recurso de inaplicabilidad de las leyes, constituye sólo una de las partes del control de la constitucionalidad y oportuno es recordar que se caracterizaba, entre algunos aspectos, por la inexistencia de acción popular, es decir, no cualquier ciudadano tenía el derecho (y, consideramos la obligación) de interponer este recurso ya sea contra la formulación de un proyecto de ley en el Parlamento, o ante la sanción de la misma o, finalmente, contra dicho instrumento legal ya promulgado y publicado por el Ejecutivo, no obstante ser reputado de inconstitucional, así pudiendo ser atentatoria a los intereses nacionales la disposición cuestionada, solamente el afectado directamente estaba habilitado para plantear este recurso. En verdad, extraño fenómeno al que nos habían habituado, pues, yendo a un solo ejemplo: si por disposición del Código de Procedimiento Penal, norma subalterna al Código Fundamental, toda persona particular que presenciare o tuviere conocimiento de la perpetración de un delito de acción pública, tiene la obligación de denunciar el hecho delictivo, sin embargo, paradójicamente, ante la vigencia de una ley atentatoria a la Ley de Leyes, así sea ésta de lesa patria, el ciudadano boliviano estaba obligado -deseamos creer sea superado este vicio- a asumir una reprochable posición contemplativa -sino de complicidad y de encubrimiento- a título de no haber sido directamente lesionados sus derechos subjetivos o personalísimos, olvidándose el carácter público del Derecho Constitucional.

Otra característica del "recurso de inconstitucionalidad" boliviano, radicaba en que las sentencias o resoluciones correspondientes no tenían efectos erga omnes (para todos) y sí solo para las partes intervinientes en el litigio, de tal manera que una disposición declarada inconstitucional que hubiese vulnerado, por ejemplo, los mismos derechos de cinco personas y sólo dos de ellas hubieran formulado el recurso, sólo las dos se beneficiaban con el fallo y las tres restantes inequitativa e incongruentemente permanecían sumidas en sus derechos lesionados, manteniendo por lo demás, la disposición declarada inconstitucional, su validez general y obligatoria para todos, desconociéndose con ello la obligatoriedad suprallegal impuesta por los artículos 235 y 228 de la Constitución Política de 1967 (artículos mantenidos en la Constitución vigente) ; artículo 235 que al disponer taxativamente que: "Quedan **abrogadas** las leyes y disposiciones que se opongan a esta Constitución", debía necesariamente quedar sin efecto y ser virtualmente **inexistente** la ley declarada inconstitucional, sin que valga argumento alguno que contradiga dicho rotundo precepto constitucional; y, en lo concerniente al artículo 228 citado, que disponía y dispone que: "La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones", no se alcanza a comprender cómo la Corte Suprema que se proclamaba custodio de la Constitución, permitía la vigencia de una ley declarada por ella misma inconstitucional, quebrantando la primacía de la norma suprallegal; pero además, si hemos de asumir que la pirámide kelseniana contempla dentro de la jerarquía o escalonamiento jurídico a las resoluciones judiciales, tal como señala Ossorio ¹ en la cita transcrita anteriormente, huelga realizar cualquier comentario para concluir que también el fallo judicial así dictado era y es inconstitucional, al declarar la inconstitucionalidad

de una disposición legal con referencia a unos y, dar lugar Implícitamente a la vigencia de dicha norma contraria a la Constitución, en relación a los demás.

Este cuadro constituye un verdadero intrínquilis, por momentos, difícil de ser descifrado en términos de lógica elemental; no obstante, en defensa de esta forma de control constitucional, se ha argumentado que la Corte Suprema sólo podía dictar resoluciones limitadas a la "inaplicabilidad" de la ley al caso concreto, con efecto solo inter partes y no erga omnes, para evitar usurpar las funciones del Legislativo que sería el único Órgano del Estado

-
- 1) OSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas. Políticas y Sociales". Ed. Heliasta Sri., Buenos Aires 1984, Pág. 517.

facultado para derogar, abrogar y dejar sin efecto una ley, respetando, se argumenta, la división de los *poderes* del Estado.

Con esta última forma de razonar, surge nítida la adopción de una posición dogmática y no principista respecto a la repartición o división de los denominados poderes del Estado. A este propósito, permítasenos realizar un paréntesis con fines de aclarar conceptos.

El **dogmatismo** implica un modo de pensar que opera con conceptos y fórmulas invariables, sin tomar en cuenta las condiciones de tiempo y de lugar y eludiendo el examen crítico y científico de los procesos económicos, sociales y políticos. Un ejemplo para nuestro caso: la división de los tres *poderes* del Estado ha sido una separación orgánica perfecta, hoy es perfecta y lo será eternamente perfecta.

En cuanto al concepto de **principio**, para no alejarnos de nuestro estudio y evitar incidir en complejidades filosóficas, preferimos referirnos a los "principios generales del Derecho". En la Enciclopedia Jurídica OMEBA encontramos los siguientes enunciados: "(...) en cualquier caso, los "principios generales del Derecho" **no operan en el vacío**, sino dentro del marco **histórico, social, político**, etc., de modo que ellos se darán, **no al "estado puro", sino con los matices que les imponga el respectivo medio cultural**"¹; y, luego se destaca: "Alguna vez se ha propuesto que la ley misma traiga un catálogo de "principios generales". Nos pronunciamos categóricamente por la negativa (...) porque se olvidaría que esos principios, en su zona positiva, **se hallan sujetos a evolución**, e inclusive en el campo jus natural el conocimiento de los mismos **se afina a medida que avanza el progreso humano**"²-".

Por los dos conceptos antedichos, se confirma que la división tripartita del Poder fue entendida por la Suprema Corte, como una limitante infranqueable para ejercer el verdadero y amplio control de la constitucionalidad, pues tal separación de órganos se la comprendió con criterio mecánico y dogmático, no principista, concibiéndola como una verdad última, acabada y eterna; pero se dirá que al juez no le corresponde realizar tal tipo de consideraciones, que su obligatoriedad está ceñida al cumplimiento de la ley y de la norma constitucional por más imperfectas que estas puedan ser, pero cabalmente por este mismo razonamiento es que le correspondía hacer cumplir el ya citado artículo 228 del Código Fundamental, vigente en su espíritu desde

1) ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Ed. Driskill S. A., Buenos Aires, 1986, t. XXIII, Pág. 157.

2 Ibidem. Pág. 158.

a) Todos los subrayados son nuestros.

la Constitución de 1861, que proclama la supremacía de la Constitución, preceptuando que jueces y tribunales deben aplicarla con preferencia a cualquier resolución, pero además debía ser considerado el también ya referido artículo 235 de la Ley de Leyes que dispone de modo breve pero incontrovertible que **las leyes y disposiciones contrarias a la Constitución quedan abrogadas**, norma vigente desde la Constitución de 1831, nada de ello se tomó en cuenta, menos se consideró la realidad nacional y ciegamente se *teorizó* sobre la separación tripartita de "poderes", como principio y fin de todas las cosas, mientras tanto, mediante el propio recurso de inaplicabilidad de las leyes y disposiciones, se permitía la vigencia de la ley declarada expresamente inconstitucional y con ello determinando implícitamente la violación de la Constitución, convalidando más bien en la práctica, en incontables oportunidades, la negación de la división y equilibrio de los Órganos del Poder Público.

En cuanto a la hegemonía abrogatoria por parte del Legislativo de la ley inconstitucional, surge igualmente una confusión: ya explicamos en páginas anteriores que el accionar del Poder Constituyente no se detiene en la reunión ritual de los representantes del pueblo en una Asamblea Constituyente, sino que mantiene permanencia ininterrumpida en el tiempo mediante la transmutación objetivizada de la voluntad constituyente, en la existencia material de la Constitución, Código Fundamental que a su turno, dispone su propia supremacía por voluntad del pueblo e instituye la existencia y organización de los "poderes" constituidos, de donde resultaría totalmente contradictorio que un "poder" constituido como es el Órgano Legislativo, termine negando la supremacía constitucional dispuesta por el Poder Constituyente en la propia la Constitución. Dicho de otra manera, el Órgano Legislativo no tiene, no puede tener, facultad alguna para permitir y menos autorizar la vigencia de una ley atentatoria a la Ley de Leyes y, la actuación del Órgano Judicial declarando la ineficacia jurídica total o parcial de una disposición por inconstitucional, con efectos para todos, no significaba, de ninguna manera, desconocimiento de la división y equilibrio de los Órganos del Estado, ni usurpación de las funciones del Legislativo, representando en todo caso sumisión del Órgano Judicial **constituido** al **Poder Constituyente** del que deriva, es decir, sujeción al mandato constitucional en los artículos ya señalados.

No debe perderse de vista que es regla de la doctrina constitucional contemporánea, que una ley contraria a la Constitución, es una ley que virtualmente nunca nació y por lo tanto es inexistente, de ahí que el excesivo celo que guardaba la Corte Suprema para limitarse a ser simplemente "revisora" y no "sustitutiva" en los casos denominados de inconstitucionalidad, era y es infundado a la luz del constitucionalismo actual.

Desde luego que además de las demandas de inconstitucionalidad contra leyes, decretos y resoluciones contrarios a la Constitución, la justicia ordinaria conocía de otros procedimientos constitucionales, como el recurso de *babeas corpus* (el que deberá ser conocido en revisión por el Tribunal Constitucional), que no obstante contemplarse de un modo muy genérico desde las primeras constituciones nacionales, fue incorporado expresa y claramente en la Constitución de 1931 y se puede decir que era el único procedimiento constitucional que admitía la acción popular, en la medida que podía ser planteado no sólo por el afectado, sino por cualquier persona con poder notariado o sin él, aspecto que se mantiene. Correspondíale a la Corte Suprema conocer en revisión previo requerimiento fiscal.

El recurso de amparo constitucional, interpuesto ante la justicia ordinaria, ya sea por la persona lesionada en sus derechos o por su representante con poder suficiente, contra actos ilegales u omisiones indebidas de funcionarios particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir los derechos y garantías constitucionales, al ser privativamente planteado por la parte afectada contra el acto ilegal o inconstitucional, no reconocía la acción popular y la Corte Suprema conocía en revisión la resolución pertinente.

Un otro procedimiento constitucional verdaderamente polemizado era y creemos que lo seguirá siendo, es el recurso directo de nulidad, con propugnadores e impugnadores del mismo, representando para los primeros un ejemplo impecable de invención nacional, desconocido en otras legislaciones, y dirigido contra los actos o resoluciones de una autoridad no judicial que hubiese obrado sin jurisdicción ni competencia o en circunstancias en que hubiere estado suspendida de su cargo o hubiese cesado en el mismo, pudiendo ser interpuesto sólo por la persona perjudicada, su apoderado, o el Ministerio Público, al encontrarse aquélla imposibilitada de plantearlo, resolución correspondiente que debe ser elevada en revisión a la Corte Suprema siendo necesario aclarar que de acuerdo al espíritu del artículo 31 de la Constitución, también vigente actualmente, la resolución de la autoridad jurisdiccional competente no debería incidir en el fondo del asunto, debiendo limitarse a declarar si la autoridad cuestionada obró o no con jurisdicción y competencia, aspecto esencial no siempre cumplido.

En cambio para sus impugnadores, se trata de una especie de recurso limitado del amparo constitucional, carente de antecedentes fundamentados que expliquen su incorporación en nuestra legislación, habiéndose introducido primero mediante Ley de 24 de septiembre de 1851 e incorporado posteriormente en la Constitución de 1931.

El doctor Ernesto David Pereyra, ex magistrado de la Corte Suprema y conocido hombre público, en un periódico de circulación nacional, publicó un ilustrativo estudio referente a este tema que nos permitimos reproducirlo en su parte pertinente, cuando con buen criterio señala: "Una institución constitucional que debería ser revisada es el famoso recurso directo de nulidad cuya vigencia debería ser suprimida de nuestro sistema normativo, por las siguientes razones:

Aparece en nuestro ordenamiento jurídico, con una redacción confusa, en la ley de 24 de septiembre de 1851, mucho antes de que el enunciado que declara nulos los actos de quienes usurpan funciones que no les competen sea incorporado como garantía de las personas al actual Art. 31 de la Constitución Política del Estado. Sólo tiempo después otra ley declaró que el recurso de referencia era procedente solamente en resguardo del Art. 33 (actual 31) constitucional. Este mismo recurso está vigente formando parte de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tanto en el Art. 122-2 de dicha Constitución como en el Art. 55-6 de la Ley de Organización Judicial regulado para su aplicación por el Art. 768 y sig. del Código de Procedimiento Civil.

Tal recurso, en su momento, cumplió la función protectora del derecho fundamental del individuo contra los abusos de las autoridades que actúan sin competencia y usurpadoras de funciones. Por tanto, fue una institución jurídica de avanzada en el propósito de lograr el respeto a las libertades individuales. Fue la norma procesal a través de la cual era dinamizado el enunciado del actual Art. 31 constitucional.

Sin embargo, a esta altura del tiempo, en que otras normas, con la misma finalidad, han sido incorporadas a la Constitución Política del Estado, que con más amplitud y coherencia garantizan las libertades de las personas y sus intereses, como son el *hábeas Corpus* y el amparo constitucional, el recurso directo de nulidad que tratamos no tiene razón de subsistir en nuestro ordenamiento jurídico, con mayor razón si este recurso no tiene precedente doctrinal y, menos, tiene existencia en la legislación comparada, puesto que ni siquiera ha inspirado a los legisladores de otros países a imitarlo, el cual, como califica el Dr. Morales Guillen, resulta ser simplemente "doméstico".

Por otra parte, dicho recurso ha sido desnaturalizado en su esencia, que, de un tiempo aquí, viene sirviendo para que la "picardía criolla" de algunos abogados se haya encontrado en el summus de su saber al haber descubierto este recurso como medio dilatorio eficaz que les ha permitido, en no pocos casos, proteger actos delictivos contra los intereses comunitarios y, en otros, intentar paralizar el proceso de institucionalización del país, como ocurrió con la curiosa demanda -aunque mal hilvanada- que se presentó, hacen más o menos cuatro años atrás, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contra la Corte Nacional Electoral, en el propósito de invalidar los actos de ésta y con ellos, todo un proceso electoral, sin reparar que esos actos, por incorrectos que hubiesen sido, no daban lugar a ese recurso que en lenguaje común fue utilizado como una "triquiñuela".

Esta forma "habilitosa" de utilizar la ley ha entrado en el campo de la patología jurídica del país, que puede ser superada sólo extirpando el instrumento legal que da lugar a ella: el recurso directo de nulidad que además de ser innecesario hace más mal que bien a nuestro sistema normativo¹.

Los propugnadores de este recurso, insisten en que el hecho de que sea mal empleado no es fundamento suficiente para descalificarlo; pero en nuestro criterio, ese solo hecho de ser inadecuadamente usado ya es descalificador en si mismo, porque por una parte una especie de entelequia jurídica expuesta para ser simplemente apreciada por afición de creación nacional o, sabiéndose de antemano que es fácilmente utilizable con fines perversos, en la óptica más atenuada del caso no sirve para nada, pero en la práctica real es deformante del derecho, si se tiene en cuenta que lo que interesa en realidad

es la seguridad de la eficacia con la que un instituto jurídico será bien aplicado en beneficio de la sociedad, cerrando hasta donde sea humanamente posible, resquicios para el mal empleo que se le pueda dar; pero el defecto está enclavado en la esencia misma de este recurso, pues su carácter limitado, repetitivo y aún distorsionador del *hábeas corpus* y del amparo constitucional y, el errado plazo establecido en la Constitución de 1967, señalando treinta días dentro los cuales era posible interponer este recurso, desembocaba en la aberración jurídica por la cual el acto usurpativo mantenía vigencia y validez, no obstante ser inconstitucional, por el simple hecho de no haber sido planteado el recurso directo de nulidad dentro dicho plazo, sin poder comprenderse en qué situación quedaba la supremacía de la Constitución y en qué consistía el control de la constitucionalidad ejercido por la justicia ordinaria.

Un procedimiento constitucional, también de competencia exclusiva de la Corte Suprema, era el recurso contra impuestos ilegales que al poder ser

1) DAVID PEREYRA, Ernesto. "Reforma Constitucional y supresión del recurso directo de nulidad. " En: "Los Tiempos", 6 de febrero de 1994.

planteado sólo por la persona considerada lesionada o su apoderado, cerraba el paso a la acción popular, siendo inexistentes los efectos *erga omnes* de la resolución, vulnerando de esta manera el artículo 27 de la propia Constitución de 1967, mantenido en la actual reforma constitucional, en cuya parte pertinente disponía y dispone a propósito de los impuestos: "Su creación, distribución y **supresión** tendrán **carácter general** (...)". No obstante, en la práctica podía darse perfectamente el caso hipotético, en el que si de cincuenta contribuyentes del mismo rubro perjudicados con un impuesto ilegal, sólo veinte de ellos formulaban este recurso consiguiendo resolución favorable a sus derechos, los restantes treinta que no lo hubiesen interpuesto quedaban sujetos ilógicamente al cumplimiento del impuesto ilegal.

El proceso contra resoluciones emitidas por el Órgano Legislativo o una de sus Cámaras, también era de competencia exclusiva de la Corte Suprema, siendo el demandante sólo la persona afectada o su apoderado. En este proceso tampoco se justificaba ni se justifica que la demanda fuese o sea interpuesta únicamente por la persona lesionada, más aún en el supuesto caso de vulnerarse derechos políticos o de la comunidad, que entrañan la intervención de la persona en la vida activa pública y en la organización del Estado, cuando la lógica, el derecho y la práctica jurídica nacionales nos señalan que tratándose de una actuación de orden público, tiene obligación de presentar denuncia cualquier persona natural o colectiva, situación mínima y que con mayor razón, debiera darse tratándose de una violación contra el derecho público constitucional.

Otro procedimiento constitucional -que continúa vigente-, se expresa en el proceso contencioso administrativo contra resoluciones del Órgano Ejecutivo, por contratos, negociaciones y concesiones, en el que es la persona perjudicada o su

apoderado, los que interponen la demanda, elevándose a conocimiento de la Corte Suprema luego de haberse agotado los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución correspondiente ante el Ejecutivo.

En fin, a los asuntos acabados de describirse y a algunos cuantos más, se dirigía el denominado control de la constitucionalidad de competencia de la justicia ordinaria, de los cuales quedan aún algunos dentro de su estérilo, desprendiéndose de lo referido las siguientes características generales: a) inexistencia de acción popular, salvo en el caso de *babeas corpus*; b) resoluciones con efecto sólo entre partes y no *erga omnes*, justificándose este alcance en muy contadas situaciones; c) por tanto, las resoluciones se restringían a la inaplicabilidad de la ley; d) la Corte Suprema, tribunales de instancia y Jueces, en ningún caso poseían capacidad de iniciativa propia en el control de la constitucionalidad, así se hubiese tratado de proteger los derechos y garantías constitucionales de las personas; y, e) competencia descentralizada y no especializada.

3. - Necesidad de hacer efectiva la competencia constitucional. –

Tal como señalamos en páginas anteriores, la creación del control de la constitucionalidad en los Estados Unidos emergió históricamente como prevención contra la hegemonía del Órgano Legislativo y, en Francia, constituyó una medida tendente a limitar los excesos del Ejecutivo y Judicial. Nosotros diríamos que en la hora presente, en Bolivia, se requiere una prevención constitucional respecto a los tres Órganos citados: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, pues la crisis de Estado que atraviesa el país ya es inocultable y no admite contradicción. Un parlamentario perteneciente a la coalición oficialista, el Diputado Alfonso Ferrufino, en declaraciones hechas públicas el 6 de febrero de este año, lamenta que en América Latina y concretamente en Bolivia, desde la vigencia de la democracia en 1982, no haya existido una efectiva fiscalización del Legislativo sobre el Ejecutivo, debido fundamentalmente al sistema presidencialista vigente en estos países, sistema que le otorga al Presidente de la República -según su criterio-, excesivas prerrogativas. Pero inmediatamente surgen varias preguntas: ¿por qué la observación se dirige únicamente a la falta de fiscalización del Legislativo sobre el Ejecutivo? y, ¿qué de la fiscalización sobre el Judicial, que también es un Órgano del Estado? y, ¿quién fiscaliza, orgánica e institucionalmente al Parlamento? **Todas estas preguntas están formuladas en el orden de la realidad, no de la conceptualidad preceptiva.**

La respuesta final es muy clara: el equilibrio de poderes se ha convertido en el mecanismo por el que ningún Órgano del Estado controla efectivamente a ninguno de sus similares. El resultado, es la crisis de Estado que se espacia hasta en las pantallas de la televisión, la que además se objetiviza de múltiples formas aún en nuestra vida sencilla y cotidiana; así hasta no hace mucho, en verdad que Bolivia era un país de ciudades tranquilas y apacibles, hoy abruptamente nos encontramos ingresando en una especie de cuadro de inseguridad y violencia que nunca quisiéramos conocerlo. Los ciudadanos progresiva y peligrosamente van dejando de confiar en las instituciones

fundamentales del país y comienzan a desconfiar entre sí mismos, unos de otros, cuando la base del juego democrático es precisamente la confianza recíproca. Sin ella, no existe democracia. Los Órganos del Estado están desacreditados, sólo basta revisar las encuestas serias para corroborar este extremo. Evitamos referirnos a sus detalles para no desviar el tema central en estudio; pero de este modo, simple y doméstico, pero trascendente a la vez para la existencia del sistema democrático, se expresa una de las facetas de la crisis de Estado.

Una "democracia" sin un orden constitucional de Derecho, termina en su propia negación, en el autoritarismo y en el atropello desenfrenado contra la Constitución; por eso es apremiante contribuir al fortalecimiento del orden constitucional de Derecho. Lamentamos profundamente reiterarlo, la Corte Suprema no es el Órgano indicado para cumplir misión tan delicada y excelsa. Sólo así, en la dimensión de nuestro drama estructural, es que podemos aproximarnos a la comprensión de la importancia que cobra el Tribunal Constitucional, instituido en esta emergencia democrática, para ejercer el control de la constitucionalidad, garantizando la división y el equilibrio genuinos entre los Órganos del Poder Público, que de no cumplir su función presentadora del orden constitucional, contribuirá, ineluctablemente, con el imperio del autoritarismo o con el remedo de la democracia.

En lo específicamente concerniente a nuestro estudio, el sistema judicial está en quiebra, advirtiendo que nos referimos al "**sistema**" y no sólo al "Órgano Judicial", de ahí que menos nos perdemos en la crítica al magistrado o juez como individualidades, puesto que éstos son nada más que productos condicionados del "sistema", sin desconocer los valores intrínsecos que puedan tener; nos referimos, al sistema propiamente dicho: a los códigos sustantivos que requieren actualización; a los procedimientos que siendo lentos, morosos y excesivamente rituales, terminan siendo onerosos e inexorablemente injustos; a los malos hábitos procedimentales de algunos sujetos procesales y causídicos; a las Facultades de Derecho, núcleo decisivo del que finalmente emergen formados o deformados los profesionales que condicionan desde diferentes roles la calidad de la administración de justicia; en fin, nos referimos a un sistema judicial que por su esencia y mal diseño, termina convirtiéndose en natural condicionante de la desnaturalización de la correcta administración de justicia, postración que tanto indigna y horroriza a la ciudadanía.

Una de las medidas eficientes, entre las varias existentes para enfrentar esta crisis de Estado, exige que las tres ramas del Poder Público estén sujetas al control constitucional, pero no por los propios *poderes* en crisis, pues representaría candidez extrema pensar que Órganos tan maltrechos se auto-controlen a sí mismos.

Si se trata de evitar la extinción o en su caso la degeneración del orden constitucional de Derecho, se torna verdadero imperativo categórico la existencia de un nivel "neutro" o ajeno a las influencias de esas tres ramas, siendo para nuestro caso el Tribunal Constitucional una respuesta efectiva a tan grave problema, que rebasa simples posiciones dogmáticas de ineficaz control de la constitucionalidad que no han terminado sino, involuntariamente, coadyubando al

deterioro del orden institucional, pues mientras prima la concepción abstracta de la clásica separación de "poderes", de otra parte se *contempla* con impotencia y quejumbrosamente el innegable hundimiento del orden institucional de Derecho.

El Tribunal Constitucional debe tener, como hoy tiene, competencia única en el control de la constitucionalidad, pues como decía Aristóteles en "La Política" (...) **cada órgano puede llevar a cabo su función de la mejor manera sino sirve para muchas, sino para una sola**"¹. La Corte Suprema, tanto en su competencia múltiple, inmiscuida onerosa y perjudicialmente hasta en actuaciones ajenas al ámbito jurisdiccional, como por el incumplimiento de guardián limitado de la Constitución, ha sido sacrificada en los términos exactos señalados por el ya citado doctor Osear Crespo, cuando dice que:

"La radical decisión de incorporar el sistema austriaco en un país que adoptó tradicionalmente el americano, ha tenido que fundarse en la ineficacia de este último en el terreno de las realizaciones, dado que el Supremo Tribunal, salvando excepciones, no supo ejercer adecuadamente el control constitucional debido a que las designaciones de sus integrantes dependen de los órganos transgresores de la Constitución. Podríamos afirmar sin temor a equivocarnos, que desde este punto de vista, el recurso de inconstitucionalidad o inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, se ha convertido en algo así como campana sin badajo, que no permite llevar adelante su honroso cometido, a juzgar por la vigencia de no pocas leyes inconstitucionales"².

Desde luego no somos tan ilusos para pensar que por la sola creación del Tribunal Constitucional ya esté resuelto el problema del control de la constitucionalidad en el país y la crisis del sistema judicial, pues tal como decía el ex Presidente de la Corte Suprema don Luís Paz, "No basta que las instituciones sean buenas en teoría, además de eso es preciso que sean practicadas y servidas por hombres de bien, que se encarnen en ellas, que las sostengan con perseverancia y con ánimo decidido y firme; que les den forma, que las dirijan, que las hagan estables, que las hagan penetrar y las arraiguen en las costumbres sociales, que les den vida y consistencia, como un hábito de la libertad"³.

1) ARISTÓTELES, "La Política". Ed. Nacional, Madrid, s/d., Págs. 1-2.

2) Ob. Cit., Págs. 54-55. .»' . a

3) Ob. Cit., Pág. 319.

Y es evidente, siendo el Tribunal Constitucional una institución creada por la Ley de Leyes, los hombres de bien y Derecho a tiempo de sostenerla con perseverancia y sano ánimo tienen fundamentalmente que moldearla y perfeccionarla, pues a semejanza del hombre recién nacido, el Tribunal Constitucional, aún no inaugurado, sufre de muchas limitaciones, o para decirlo con mayor claridad, contiene muchos defectos que deben ser superados en su proceso biológico de desarrollo.

a. - Virtudes y defectos del Tribunal Constitucional. •

Sobre la base de lo expuesto y una vez que el Tribunal Constitucional está incorporado en la estructura jurídica del país, corresponde analizar los aspectos relevantes previstos en la Constitución Política vigente, combinando con el análisis que efectuamos en páginas anteriores sobre el rol que le correspondió realizar a la Corte Suprema en el rubro del control de la constitucionalidad.^a

En el primer párrafo del artículo 119 de la Ley Fundamental, se establece la independencia del Tribunal Constitucional, el que está sometido sólo a la Constitución. Esta es una previsión de superlativa importancia, pues el crecimiento del Estado y la complejidad también creciente de sus funciones a partir de la caducidad de los regímenes de facto, ha desembocado en un Órgano Ejecutivo - no nos referimos a ningún gobierno en particular- tendente al hegemonismo absorbente; a un Órgano Legislativo predominado por la concepción de la democracia del número y no de la razón, negador de los principios de la **discusión** y de la **publicidad**, a los que ya nos referimos anteriormente, influenciado por el Ejecutivo, e incurriendo últimamente a través de algunos parlamentarios en la inédita versión, paralela a la práctica del *harakirí*, de autonegar sus propias facultades de Ministerio Público, y, un Órgano Judicial que peligrosamente acrecienta la desconfianza de la ciudadanía en su contra, producto del torrente de desaciertos con que quincenalmente -para decir lo menos- sacude al país.

Ante este cuadro de situación, la jurisdicción constitucional concentrada, especializada e independiente, que de ningún modo se constituye en "poder", es un medio apto para devolver el equilibrio perdido de estos Órganos del Poder Público. Su independencia como efectiva garantía para el cumplimiento de su **misión** debe ser efectivizada a través de la Ley reglamentaria pertinente aprobando su real autonomía económica y debiéndose perfeccionar en el futuro un régimen selectivo y electivo claro que asegure la independencia

a) Para el seguimiento adecuado del presente análisis, es pertinente revisar el articulado transcrito en el capítulo II de éste libro.

de sus Magistrados frente a poder extraño cualquiera, pues de persistir este vicio, el Tribunal Constitucional no pasará de ser un órgano grisáceo, por no decir oscuro, prolongando similitud de comportamiento respecto al de la Corte Suprema... tan cuestionada por la sociedad boliviana.

Para disuadir susceptibilidades, es de recordar que el artículo 116 de la Ley Suprema dispone que dentro del Órgano Judicial está contemplado el Tribunal Constitucional, lo cual no contradice su independencia orgánica interna y funcional, subordinada únicamente a la Constitución.

En el párrafo segundo de este mismo artículo, se dispone que los cinco Magistrados que conforman el Tribunal Constitucional son designados por el Congreso Nacional por dos tercios de los votos presentes. La casualidad hace que en este mismo instante en el que escribimos este párrafo, estamos observando a través de un medio de comunicación internacional de España, un encendido debate entre representantes de la magistratura española, presidida por el Vicepresidente del Tribunal Supremo, representantes del Parlamento y un delegado de los catedráticos de la Facultad de Derecho, en torno al singular tema de la "judicialización de la política y la politización de la judicatura". Los subtemas que están siendo más ardorosamente polemizados son: a) ¿Quién controla los actos del Poder Judicial? y, b) ¿Quiénes deben designar a los Magistrados?. En el primer caso, los parlamentarios y el catedrático de Derecho, que no es otro que el primer Presidente que tuvo el Tribunal Constitucional de España, el doctor Francisco Tomás y Valiente, se quejan de la inexistencia de un control eficaz sobre los actos del Órgano Judicial, mientras los magistrados defienden con pasión el autocontrol que se ejerce a través de las instancias suscitadas en el marco procedimental, identificándolo a tal control con la independencia judicial. Pero en la segunda temática, que es la que interesa directamente a este punto, todos ellos están de acuerdo con que **sólo** el "Poder" Legislativo, como representante del pueblo es el único que puede elegir a los magistrados en general. Tienen sus motivos particularmente españoles para sostener aquello, pero a quien escribe estas páginas, por experiencia y por formación teórica no le convence del todo posición tan secante y absoluta como la anotada. En Solivia, este sistema de elección, tratándose concretamente de los Magistrados del Tribunal Constitucional, no es el más aconsejable, debido a la crisis de Estado que ya ha sido señalada y, porque sencillamente, en la práctica, representa todo un contrasentido.

¿El Parlamento en crisis, reflejo de las decisiones del Ejecutivo, será congruente que designe a los Magistrados que tienen que controlarlo a éste

mismo y al Órgano Administrativo en sus actos de constitucionalidad o inconstitucionalidad? No discutimos, que la designación de Magistrados por el Congreso es inevitable en la democracia representativa, pero dentro de las posibilidades humanas referidas a la organización del Estado, las prerrogativas del Parlamento en esta delicada materia, que sin eufemismos, no es otra cosa que decir las prerrogativas de los partidos políticos, deben ser limitadas, haciendo que su intervención sea reducida al límite de lo posible, conforme se bosqueja en el capítulo atinente al Consejo de la Judicatura. No hacerlo así, insistir en sectarismos hegemónicos, conduce directamente a ahondar la crisis de Estado, aumentar la desconfianza ciudadana hacia las instituciones, acrecentar el mal criterio que se tiene de los partidos políticos y con ello poner en riesgo el propio orden constitucional de Derecho que no es otra cosa que la democracia contemporánea.

Este es un defecto contenido en el artículo 119 de la Constitución vigente, que debe ser enmendado en una próxima reforma constitucional.

En el artículo 120 de la Constitución, están consignadas las atribuciones del Tribunal Constitucional, algunas de ellas son nuevas y otras inciden en las que le

correspondían a la Corte Suprema, pero con la enorme ventaja de que las sentencias a ser emitidas, casi todas ellas, tendrán efectos *erga omnes*, conforme se aprecia a continuación.

Por el primer numeral de este artículo, en su primer párrafo, se dispone que el Tribunal Constitucional deba conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Es en este punto, donde surge nítida una gran virtud y al propio tiempo una previsión ponderable que requiere ser aclarada en su concordancia con otros artículos. En el primer caso, al disponer el artículo 121 del texto suprallegal, que la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una ley "**hace inaplicable la norma impugnada**" y que **sus efectos son para todos**, ha convertido la antigua y simple declaratoria de inaplicabilidad de la ley, limitada en su efecto al caso concreto y entre partes, en declaratoria de inconstitucionalidad verdadera con efecto *erga omnes* (para todos), tal como debería haber sido siempre.

En cuanto a la atribución concerniente al Tribunal Constitucional para conocer y resolver en única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales, debe interpretarse esta previsión en concordancia con la atribución 7ma. de este mismo artículo 120, por la cual el Tribunal Constitucional **conoce y resuelve en revisión los recursos de amparo constitucional y hábeas corpus**, atribución que anteriormente le correspondía a la Corte Suprema, de tal manera que con la concordancia de estas dos disposiciones constitucionales se introduce **el control de la constitucionalidad sobre las resoluciones judiciales**, debiendo aclararse que este control no es irrestricto sobre cualquier acto jurisdiccional, sino que se pone en movimiento sólo cuando las resoluciones de la justicia ordinaria son contrarias a los derechos y garantías consagrados en la Constitución dentro del espíritu y contenido tanto del amparo constitucional como del *hábeas corpus*.

El control de la constitucionalidad sobre las resoluciones judiciales a través del amparo constitucional, se justifica plenamente cuando son vulnerados los derechos y las garantías establecidos por la Constitución, pues es la primera obligación del Tribunal Constitucional evitar que exista el menor resquicio por el que pueda penetrar atentado alguno contra la Ley de Leyes, pero con mayor razón si son amenazados o violentados los derechos y garantías individuales por un Órgano del Poder Público, pues las violaciones constitucionales cuando son cometidas por los órganos estatales se convierten en el elemento eficiente generador de la inseguridad jurídica ciudadana y el condicionante a corto o largo plazo para la desestabilización del orden constitucional de Derecho. De ahí que la atribución del Tribunal Constitucional, no puede limitarse a **revisar** las resoluciones judiciales en tratándose del amparo constitucional o del *hábeas corpus*. La defensa constitucional de los derechos y garantías de las personas por parte del Tribunal Constitucional tiene que ser íntegra para ser efectiva, tiene que ser serio frente a cualesquier Órgano del Estado, debiendo reconocerse para ello el **recurso** de amparo constitucional como la vía más efectiva para precautelar dichos derechos y garantías.

Por la enorme importancia de este tema, nos permitimos transcribir la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional de España en relación a los fundamentos que dan asidero al recurso de amparo en la defensa de los

derechos fundamentales de las personas. Una de las sentencias expresa: "Por ello el Tribunal ha insistido en que las normas vigentes deben interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales ya que su **mayor valor**, su eficiencia inmediata y su relación con los valores superiores del ordenamiento les otorgan en él una posición preferente **más allá de su condición de derechos subjetivos**. Son, por todo ello, **vinculantes para todos los poderes públicos**. Los derechos fundamentales, que establecen una relación jurídica entre cada ciudadano y el Estado desde el reconocimiento de aquellos en la Constitución, **son permanentes e imprescriptibles** y son asimismo **el fundamento del orden político y la paz social**. De ahí la importancia y preferencia que el Tribunal otorga a los derechos fundamentales y libertades públicas y, por ende, al **recurso de amparo**¹.

De tan superlativa importancia de conceptos, de validez universal, claro está que el Tribunal Constitucional boliviano no puede asumir una posición contemplativa ante la vulneración de los derechos y garantías constitucionales, pues puede conducirle a identificarse en último término con una conducta complaciente -por decir lo menos- con el acto violatorio, de ahí que todos los Órganos del Estado y desde luego la Corte Suprema en concreto, tienen que estar necesariamente sujetos al control de la constitucionalidad cuando de cuidar y asegurar los derechos y garantías previstas en la Constitución se trata. Dicho control debe producirse no solamente sobre las resoluciones expedidas por jueces y tribunales de instancia, sino también sobre el ámbito de las resoluciones dictadas por la Suprema Corte, otorgándose el derecho amplio e irrestricto a las personas para interponer el recurso de amparo constitucional ante la violación de los derechos y garantías reconocidos por la Ley de Leyes. Una vez admitido el amparo por el Tribunal Constitucional, y si en derecho así correspondiera, debiera dar lugar a dictar alguno de los siguientes pronunciamientos: la declaración de nulidad del acto inconstitucional del órgano público; el reconocimiento del derecho violado y amparado; y, el restablecimiento del recurrente en la integridad de tal derecho.

Consecuentemente, el control de la constitucionalidad de las resoluciones judiciales, incluyendo a las dictadas por la Corte Suprema, en el caso específico de la vulneración de los derechos y/o garantías constitucionales, debe ser especificada en la Ley reglamentaria del Tribunal Constitucional en lo atinente al capítulo de los procedimientos o, en su caso, ser sujeto de aclaración mediante ley interpretativa.

Debemos insistir, en respaldo de nuestras afirmaciones, que este tipo de control viabilizado a través del amparo, está presente dentro de la competencia del Tribunal Constitucional español con ponderación cualitativa y cuantitativa; es el recurso reconocido como el más importante por el pueblo de ese país y por los magistrados de dicho Tribunal, que así lo han establecido a través de la jurisprudencia sentada y de los cuadros estadísticos publicados. De este modo el Tribunal Constitucional de España se constituye en un verdadero

-
- 1) ESPAÑA. "Tribunal Constitucional". Sentencia del Tribunal Constitucional 66/85. F. J. 2, J. C. XII, Pág. 72.

defensor de los "derechos fundamentales y libertades públicas", que ya nos permitimos catalogarlos en páginas anteriores. No está demás significar que Kelsen, a tiempo de proyectar la Constitución austríaca en 1920, no llegó a prever este tipo de control a través del amparo, lo cual demuestra que constantemente va evolucionando y perfeccionándose la concepción del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, no se señala expresamente en el Código Fundamental, quién está facultado o tiene derecho para interponer la acción o el recurso de inconstitucionalidad, pues si bien es evidente que al no existir prohibición taxativa que limite este derecho, que para nosotros además se constituye mínimamente en una obligación de denuncia de orden público suprallegal, se presume que cualquier ciudadano puede plantearlo, es decir, se reconocería la acción popular, pero de todos modos, tal omisión podría dar lugar a interpretaciones diversas, de ahí que es imprescindible que en la próxima Ley reglamentaria a ser aprobada se establezca de modo claro que **cualquier ciudadano puede plantear la acción de inconstitucionalidad**, disposición ésta apoyada en el artículo 121, numeral IV de la Constitución que dispone que dicha Ley reglamentará "(...) las condiciones para la admisión de los recursos y sus procedimientos". Si no se incorpora de modo expreso la acción popular en la mencionada Ley o se pone en duda su aplicación, no prohibida en la Constitución, se podría incurrir en equívoco de gravedad en cuanto a la función del Tribunal Constitucional, debiendo significarse además, que la acción popular, está contemplada en diversidad de constituciones del mundo.

El empleo de términos un tanto técnicos en la redacción de la segunda parte de este párrafo primero del artículo 120, ha provocado no pocas confusiones, al establecerse que si la acción es de carácter *abstracto o remedial*, sólo podrá interponerla el Presidente de la República, cualquier parlamentario, el Fiscal General, o el Defensor del Pueblo. A este propósito es necesario realizar las siguientes puntualizaciones de forma y fondo:

- Acción de carácter abstracto: en la primera parte de este artículo se hace referencia a la inconstitucionalidad de las leyes en "asuntos" o litigios **concretos**, de puro derecho, en los que la **causa** de los mismos se **especifica**. En cambio, opuestamente, en la segunda parte se hace referencia a la acción "abstracta" en la que **no se expresa la causa** o; si se desea, los actores señalados a tiempo de interponer la acción no actúan dentro de un "asunto", contienda o litigio alguno. Actúan a iniciativa propia, respecto a una ley o disposición considerada inconstitucional en la que **no está en juego ningún derecho subjetivo concreto**.

- Acción de carácter remedial: palabra esta última en verdad poco ortodoxa, para la que podía haberse buscado otra sinónima o equivalente. Alude a la acción de remediar algo, cuando podía haberse señalado que es de "inaplicabilidad",

para así de ese modo concordar con la primera parte del numeral II del artículo 121, que establece la inaplicabilidad con efecto para todos.

Pero refiriéndonos al fondo del asunto, la **acción** abstracta que en nuestro concepto no se circunscribe únicamente a plantear una simple consulta sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, que al buscar "remediar" la inconstitucionalidad que no es otra cosa que pedir la **abrogación** de la disposición cuestionada o la **derogatoria** en la parte pertinente, no puede estar limitada a la iniciativa solamente del Presidente de la República, cualquier parlamentario, el Fiscal General o el Defensor del Pueblo, sino que debe estar extendida a la acción popular con efecto erga *omnes*, pues sólo así se da verdadero sentido al control de la constitucionalidad haciendo efectiva en todos los casos la supremacía constitucional, ya que el procedimiento de la simple inaplicabilidad de la ley sólo para el caso concreto, carece de mayor importancia para la conservación sólida de la organización política del Estado y de la relación societaria en democracia.

En el numeral 2° del artículo 120, ha sido recogida la atribución que anteriormente le correspondía a la Corte Suprema, referente al conocimiento de los conflictos de competencias que se suscitaren entre las municipalidades y entre éstas y las autoridades políticas y entre las unas y las otras con las municipalidades de las provincias, conflictos que seguramente serán de frecuente conocimiento del Tribunal Constitucional como efecto de la vigencia de la Ley de Participación Popular, Ley de Descentralización y otras. Asimismo se le asigna a este Tribunal, la atribución de conocer y resolver los conflictos de competencias entre los Poderes Públicos y la Corte Nacional Electoral, disposición por cierto importante, pues se llena un vacío patente por el cual se advirtió que en algunos casos, la Corte Nacional Electoral resignó voluntariamente su competencia frente al Legislativo, cuando se suscitó conflicto, por ejemplo, para la habilitación de parlamentarios, sosteniendo la Corte Nacional Electoral que su competencia en este caso finaliza con la otorgación de credenciales, aspecto con el que unos están de acuerdo y otros no. Ahora será el Tribunal Constitucional el que conozca y resuelva este tipo de asuntos y los muchos más que podrán surgir una vez que se apruebe la Ley de Partidos Políticos. Tampoco dejaron de faltar en este rubro molestas situaciones para el orden institucional nacional, cuando la Corte Suprema trató de resolver asuntos estrictamente electorales, fundamentándose que tal intervención, no obstante señalar la Ley que las resoluciones de la Corte Nacional Electoral son inapelables en materia electoral, se la realizaba debido a que tales resoluciones de la Corte Nacional Electoral hubieran sido contrarias a la Constitución. Este Tribunal, también deberá conocer de estos asuntos, evitando males que podrían poner en riesgo no sólo la función del sufragio, sino del mismo sistema constitucional, tal como ocurrió el año 1989.

Los problemas interdepartamentales no dejarán de estar presentes, como los ya suscitados entre Cochabamba y el Beni (aunque el conocimiento de este tipo de asuntos es también de atribución de la Corte Suprema -artículo 118, numeral 8° de la Constitución-) y entre poblaciones de este departamento y La Paz, o la formulación de creación de nuevos departamentos como en el caso de Riberalta, que no obstante ser este último asunto de competencia del Congreso, deberá cuidar el Tribunal Constitucional el apego de dichos actos a la

Constitución y, desde luego, los conflictos de las jurisdicciones municipales no podrán faltar en el tratamiento de aspectos constitucionales.

Los recursos interpuestos ante el Tribunal Constitucional contra tributos, impuesto y otros contrarios a la Constitución, de igual manera deben dar lugar a la acción popular con efecto para todos, pues un impuesto lesionando a una persona afecta o puede lesionar de igual manera a varias y, lógicamente se entiende que un tributo o impuesto no puede ser ceñido a la Constitución en unos casos y ser inconstitucional en otros, dentro de una misma situación jurídica.

El contenido del recurso contra resoluciones del Poder Legislativo o una de sus Cámaras, virtualmente se ha mantenido con referencia a lo previsto en la Constitución de 1967, debiendo destacarse que tratándose de la vulneración de derechos y garantías constitucionales no puede ser limitada la formulación del recurso sólo a la persona afectada, debiendo establecer la futura Ley reglamentaria que cualquier ciudadano puede interponerlo y que sus efectos serán para todos.

Por otra parte, como quiera que el recurso directo de nulidad ha sido mantenido en relación con el resguardo del artículo 31 de la Constitución, al pasar dicho recurso a ser de conocimiento exclusivo del Tribunal Constitucional, y ya no de cualquier juez o tribunal previo, presumimos que disminuirá su carácter de instrumento multiuso, pues se tomará más dificultoso su planteamiento, a la vez que se evitará la politización lamentable de la judicatura evitándose que hechos tan deplorables como los acontecidos en el mes de octubre de 1995 en el Concejo Municipal de la ciudad de La Paz, tengan un desenlace deteriorante para los propios partidos políticos y para la justicia ordinaria, tan poco especializada en cuestiones constitucionales; pero además, de esta previsión se infiere con meridiana claridad, que el Tribunal Constitucional debe abocarse única y exclusivamente a declarar si obró o no con jurisdicción y competencia la autoridad no judicial demandada, aspecto de puro derecho que repetidamente fue desconocido cuando autoridades de la justicia ordinaria ingresaban en la consideración y pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado en relación a extremos de hecho.

Por el numeral 7° de este mismo artículo 120 constitucional que analizamos, se dispone que los recursos de amparo constitucional y *habeas corpus* pasan en revisión al Tribunal Constitucional, estableciéndose de esta manera una excepción a la jurisdicción concentrada y especializada que caracteriza al Tribunal Constitucional boliviano, admitiéndose la vigencia del sistema difuso no especializado.

En el numeral 8° de esta norma, se incorpora el **control preventivo** constitucional del Tribunal sobre el Legislativo y el Ejecutivo, al referirse a los proyectos de ley, decretos y resoluciones y, también al control constitucional post promulgación y publicación de dichas normas en relación a un caso concreto, pero en vía de consulta a iniciativa del Presidente de la República, el Congreso Nacional o el Presidente de la Corte Suprema, consulta que no comprendemos por qué se la limita de esa manera, cuando lo correcto es, así sea exageradamente repetitivo decirlo, que todo ciudadano debiera tener el derecho de formular tal consulta y aún plantear la acción o el recurso correspondientes, por tratarse de materia constitucional y no de leyes secundarias; pero en estos casos, por lo menos en los relativos al control preventivo, el Tribunal Constitucional debería obrar de oficio en resguardo de la supremacía de la Constitución, considerando y analizando entre otros aspectos el contenido mismo

de la ley o en su caso de la disposición administrativa, o si se respetó o no el procedimiento legislativo para la elaboración y posterior sanción de la disposición legal correspondiente.

Últimamente se ha producido un hecho curioso y posiblemente inédito. Algunos parlamentarios han puesto en duda y luego autonegado la **función** pública y obligatoria de ministerio público que se ejerce a través de las Comisiones Camarales conformadas precisamente por ellos mismos, negando asimismo la comparecencia de Ministros de Estado ante dichas Comisiones, aspecto que concita nuestra atención, porque con esta sui generis conducta, se ataca a las atribuciones fiscalizadoras e inspectivas concernientes a una de las ramas del Estado (el Legislativo), se desconoce las obligaciones correspondientes a miembros de otro Órgano del Poder Público (el Ejecutivo), desquiciándose la fundamental organización política del Estado y poniéndose finalmente en riesgo al propio orden constitucional de Derecho.

Para evitar confusiones, es de aclarar que por disposición del artículo 70 de la Constitución vigente, se da lugar a la petición de informes orales o escritos por parte de las Cámaras Legislativas a Ministros de Estado, sólo con fines legislativos, de inspección o fiscalización sobre asuntos de interés nacional, pudiendo derivar el acto camaral aún en la censura de los mismos, **buscándose por consecuencia política el cambio de las políticas y procedimientos gubernamentales impugnados**, siendo en este **contexto** todo un Órgano del Estado (el Legislativo) el que constitucionalmente le exige a otro (al Ejecutivo) la modificación señalada, razón por la que los mencionados dignatarios **sólo pueden comparecer ante el plenario de la Cámara respectiva y no ante Comisión alguna en particular**, pues en este caso concreto, la relación trabada es entre Órganos del Estado, significando paralelamente demasiado obvio subrayar, que los señalados "asuntos de interés nacional" se refieren a cuestiones de Estado de máxima importancia y trascendencia para la vida misma del país, descartándose cuestiones nimias como pudieran ser las de espectáculos, eventos populares, etc., que pudiendo entrañar interés masivo de la población no dejan de ser estructuralmente intrascendentes.

Hasta aquí consideramos que el asunto es bastante claro, pero donde surge la confusión es **cuando de investigar hechos delictivos de acción pública y de interés nacional se trata**, caso en el que las **Comisiones tienen la obligación constitucional de cumplir sus funciones fiscalizadoras e inspectivas** convocando al seno de la Comisión respectiva a cualquier ciudadano, **incluyendo a los Ministros de Estado** si el caso lo exigiere, a efecto de que éstos **contribuyan con el esclarecimiento de la verdad de los hechos** que afectan a la sociedad.

Estrictamente, al ser la fiscalización función constitucional del Parlamento, individualmente cada parlamentario y colectivamente cada Comisión Camaral, no pueden resignar ni delegar dicha función que les es obligatoria. Jurídicamente, fiscalizar quiere decir vigilar, cuidar, estar al tanto, seguir de cerca, en los asuntos que atañen al interés de la sociedad, y esa es la función y obligación que la Constitución y las leyes les han asignado a dichos representantes nacionales, junto a la facultad inspectiva que les es Inherente, independientemente incluso de que hipotéticamente pudiera existir o no el **organismo** del Ministerio Público, o

como en otros países se denomina Ministerio Fiscal, pues no debe confundirse la "función" con el "órgano". La obligación de las Comisiones parlamentarias en estas situaciones es la de cooperar en la administración de justicia dentro del concepto del equilibrio de *poderes*, es decir, de contribuir en el descubrimiento de la verdad en casos que afectan a la sociedad y al Estado, de ahí que la comparecencia de un Ministro ante una Comisión Parlamentaria, tratándose no de un acto de Estado, sino de la comisión de delitos de acción pública, es decir de interés de la sociedad, en los que los dignatarios de Estado, como cualquier ciudadano, puedan contribuir en el antedicho descubrimiento de la verdad, es irrenunciable y obligatoria. Futuros casos de autonegación inconstitucional de funciones del Parlamento y de resistimiento del Ejecutivo, deberán ser resueltos por el Tribunal Constitucional a fin de asegurar y garantizar la organización del Estado conforme manda la Constitución Política.

Por disposición contenida en el numeral 9° del artículo 120 de la Constitución, el Tribunal Constitucional conoce y resuelve la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tratados o convenios internacionales. Consideramos que la Ley reglamentaria correspondiente, tendrá que establecer un procedimiento que determine un término obligatorio dentro del cual se remita a ese Tribunal el tratado o convenio junto a la ley que los aprueba, debiendo establecerse además, que cualquier ciudadano podrá intervenir para impugnarlos o defenderlos.

Finalmente, en cuanto a las atribuciones que le corresponde al Tribunal Constitucional, en el numeral 10° de este artículo se le asigna la enorme responsabilidad de resolver las demandas interpuestas sobre la inconstitucionalidad del procedimiento empleado en la reforma de la Constitución.

En relación a tema tan importante, será ilustrativo referir con fines pedagógicos, algunos detalles relativos al procedimiento aplicado en la reciente reforma de la Constitución, pues recuérdese, tal como se dijo, que este procedimiento fue aplicado por segunda vez en todo el transcurso de la vida republicana del país, de tal manera que la experiencia en esta materia es mínima.

En efecto, la Ley de Declaratoria de Necesidad de Reforma de la Constitución N° 1473 de 1° de abril de 1993, fue aprobada en la Cámara de origen, el Senado Nacional, apartándose en muchas situaciones de varias disposiciones de su Reglamento de Debates. Así, el proyecto de Ley presentado, luego de ser leído en sesión conforme manda el artículo 53 del mencionado Reglamento, debía pasar sin mayor trámite a la Comisión de Constitución, Gobierno, Justicia y Régimen Comunal. Posteriormente, a esta Comisión le correspondía emitir el correspondiente informe fundado y firmado por los miembros de ella, designándose un Senador relator que sostenga en debate los fundamentos del informe. En todo caso, el proyecto de ley con más sus antecedentes fueron remitidos de modo acelerado a la Comisión, dentro de la cual se emitió un informe genérico. Una vez, apresuradamente que fue expedido dicho documento, de acuerdo con el artículo 54 del referido Reglamento, debería haber sido leído anticipadamente en el plenario camaral por lo menos un día antes de la discusión en grande del Proyecto de Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución, teniendo que haber sido distribuido en la misma oportunidad un ejemplar del mismo entre la prensa y todos los Senadores, a efecto de que los primeros den a conocer a la opinión pública nacional el informe y, los segundos, pudieran, sino estudiarlo, por lo menos leerlo, aspecto al que tampoco se dio cumplimiento. Pero además, el artículo 57 del

Reglamento de Debates de la Cámara de Senadores dispone que, "Todo proyecto de ley será discutido tres veces en distintos días: la primera discusión será en grande, la segunda en detalle y la tercera en revisión (...)", procedimiento aún más justificado si de reformar la Constitución se trataba; lamentablemente, las tres etapas, en grande, en detalle y en revisión, se consumaron en una sola sesión, habiéndose aprobado tan importante Ley en horas de la madrugada, con mínima presencia de los medios de comunicación social y sin mayor discusión de real importancia, salvo las observaciones de fondo realizadas por cinco Senadores, incluido el autor de este libro. El señalado procedimiento, anómalo a todas luces, mereció la adhesión de la mayoría senatorial en franco "consenso" entre oficialistas y opositores y posterior aprobación definitiva en la Cámara de Diputados.

Por los hechos observados en ocasión de la aprobación de Ley tan trascendente, se ha constatado que por la vía del procedimiento distorsionado de reforma, es posible desnaturalizar, desjerarquizar y por lo tanto vulnerar la propia Constitución. No se debe olvidar que por la mencionada Ley de 1° de abril de 1993, se disponía que la **Constitución podía ser reformada en el período de sesiones de una misma legislatura por dos tercios del total de los miembros de cada una de las Cámaras**, convirtiendo a la Ley de Leyes en corriente ley ordinaria, susceptible de ser reformada en cualquier momento y por cualquier circunstancia en función de parcialidades políticas que puedan contar con los dos tercios requeridos, tal como se refiere en el capítulo anterior. Sólo los cinco mencionados senadores se opusieron a desnaturalización constitucional tan inadmisibles y es sabido que una ínfima minería de diputados formados en el Derecho Constitucional, como Benjamín Miguel, adoptaron igual línea. En la legislatura posterior, la presión de la opinión pública nacional, hizo rectificar medida tan atentatoria al orden constitución; de Derecho.

A todas luces, en este rubro, quizá más que en cualquier otro, todo ciudadano o personas colectivas deben tener acceso a interponer demanda por inconstitucionalidad contra el procedimiento anómalo de reforma de la Constitución.

En el artículo 121 de la Constitución vigente, existen disposiciones que más que requerir un comentario, se satisfacen con una reiteración de los fundamentos expuestos en este capítulo.

En el numeral II de esta previsión constitucional, se dispone que la sentencia declaratoria de inconstitucional de una ley o disposición, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos, aspecto que coincide con lo sostenido a lo largo de este capítulo y que constituye una medida de sentido común: una norma no puede ser constitucional para unos e inconstitucional para otros; o es inconstitucional o no lo es, simplismo lógico, ni siquiera ya jurídico, que no admitía comprensión en el antiguo sistema de la simple inaplicabilidad de la ley.

El segundo párrafo de este mismo numeral es el que no acaba de convencernos, pues así se trate de derechos subjetivos o llamados también personalísimos, no es admisible que siendo declarada inconstitucional una norma dentro de un litigio, tenga efecto limitado sólo para las partes intervinientes en el proceso, como si se estuviese dando prevalencia al campo privado del Derecho Civil sobre la primacía de la Constitución dentro del Derecho Público Constitucional y, paradójicamente, mantenga plena vigencia la ley o disposición

inconstitucional respecto de otras personas que tiene) exactamente los mismos derechos vulnerados, por el solo hecho de no haber interpuesto estas últimas el recurso respectivo.

Definitivamente, para ser coherentes con la lógica elemental, una forma tiene plena vigencia por estar acorde con la Constitución, o tiene que se declarada no sólo inaplicable, sino nula por ser inconstitucional, lo cual significa que la misma carece de valor y vigencia respecto a todos y en todos los casos; lo otro, la limitación de los efectos reducidos sólo a las partes en litigio, representa una franca violación del artículo 235 del Código Fundamental, que dispone de modo categórico que: "**Quedan abrogadas las leyes y disposiciones que se opongan a esta Constitución**". La claridad de esta norma suprallegal, convierte en ocioso cualquier comentario adicional. Con el correr del tiempo tendrá que ser superada esta limitación.

El numeral III del artículo 121 constitucional, contiene dos disposiciones. Por la forma de redacción de la primera parte de este numeral, tiene que entenderse que una sentencia del Tribunal Constitucional, al declarar "(...) **la vigencia** de la norma **en las partes** no afectadas por la inconstitucionalidad", está disponiendo implícitamente la **derogatoria** de la norma en su parte o partes inconstitucionales y; por lo tanto, si dicha sentencia tiene alcances derogatorios, de igual manera puede pronunciarse el Tribunal por la declaratoria de **abrogación** de la ley o disposición contrarias a la Constitución. La segunda parte se refiere a la irretroactividad de la sentencia de inconstitucionalidad respecto a sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada.

Necesariamente debe interpretarse esta disposición, en sentido de que dichas sentencias de inconstitucionalidad tienen efecto retroactivo en material penal y social, de acuerdo a los principios universales del Derecho. Lo contrario significaría violentar las garantías de la persona consagradas en la Constitución y el artículo 33 del Código Fundamental.

Por otra parte, por este mismo artículo 121 se dispone que las sentencias del Tribunal Constitucional no admiten recurso ulterior alguno, disposición comprensible si se considera que éste es el Máximo Tribunal de Justicia Constitucional, que llega al sistema institucional boliviano para suplir tareas de Estado que no han podido ser cumplidas por la organización jurisdiccional tradicional del país, razón por la que las sentencias de este Tribunal, al tener que poseer perentoriamente autoridad moral y ser diáfananamente justas, tendrán que ser sujetos de confianza plena, pues lo contrario significarla caer en una interminable espiral de frustración y de incredibilidad, ya no sólo respecto de la administración de justicia, sino sobre la organización del Estado en general, con todas las graves y funestas consecuencias fáciles de prever.

Finalmente, se prescribe en esta disposición que la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, así como las condiciones para la admisión de recursos y sus procedimientos estarán sujetas a una Ley reglamentaria, infiriéndose por lo tanto la enorme y en algunos casos decisiva importancia de esta Ley que podrá dar lugar al afianzamiento o a la intrascendencia del Tribunal Constitucional.

Pero en realidad, existen muchos otros elementos más que debieran tomarse en cuenta para el logro del cabal cumplimiento de la misión suprema asignada al Tribunal Constitucional, contándose desde la conformación de esta institución con hombres de Derecho singularmente especializados en materia constitucional e imbuidos de tal convicción principista, que nada ni nadie podría dejar de hacerles pensar y actuar, sino en función de la supremacía constitucional, entendida como la única forma de mantener y fortalecer el sistema democrático. Se dirá que todos los juristas y hombres públicos "conocen" la Constitución; desde luego que puede ser así, pero he ahí a nuestro entender la primera distorsión del saber constitucional, pues este saber a diferencia del simple conocer, entraña un estado mental, una predisposición y un compromiso moral para hacer cumplir cada uno de los preceptos contenidos en la Constitución, mientras que el "conocer" en este caso, es a veces tan vago y tan carente de compromisos cívicos, que convierte a la Constitución en un simple catálogo de frases más o menos decorativas útiles para adornar memoriales y discursos de ceremonia y; para el caso de la actividad política, en lírico instrumento para que demócratas o dictadores se llenen la boca con principios constitucionales convertidos en meros *slogans* irreverentes. De ahí que este requerido especialismo constitucional, difiere abismalmente del especialismo inherente al "técnico bárbaro", hombre que sabe mucho de una sola cosa y casi nada o nada del resto, de quien tanto se quejaba Ortega y Gasset, y que no se cansaba de aconsejar estar prevenidos contra semejante espécimen humano. El constitucionalismo es un especialismo de convicción, impregnado de compromiso cívico y moral y que al residir en materia "constitucional", indefectiblemente deviene en saber universal, por la amplitud y multiplicidad de concomitamientos que encierra su estérilo.

Pero la especialidad en el Derecho Constitucional y en el Derecho Procesal Constitucional, no es suficiente para garantizar una correcta administración de justicia constitucional; es necesario además, que los partidos políticos se esfuercen en atenuar su incidencia en la designación de los Magistrados de este Tribunal o en su defecto asumir responsabilidad directa y pública en tal nominación. No se debe perder de vista que en el sistema democrático representativo, los partidos políticos están llamados a conformar los Órganos del Estado, de ahí que la responsabilidad de las organizaciones partidarias es tan grande que de su comportamiento depende directamente el prestigio y respetabilidad o el descrédito y desconfianza sobre los órganos del Estado; pero, por otra parte, analizando las circunstancias peculiares de nuestra institucionalidad, no me han faltado momentos en los que he pensado, que tal vez fuera menos malo, que profesionales identificados con los partidos políticos no sean vetados para ejercer tan delicada función constitucional y, tampoco lo sean en la correspondiente a la de la justicia ordinaria, de tal manera que cualquier conducta buena o mala de un juez o magistrado al ser de responsabilidad de su propia persona, tenga a la vez repercusión directa y pública sobre el partido político al que pertenece o que lo propició legítimamente, derivando en la buena o mala reputación respectivamente de la organización partidaria; de esta manera los partidos políticos no evadirían su responsabilidad y cualificarían grandemente su comportamiento dentro del orden constitucional al actuar de modo cuidadoso y altamente responsable en esta materia.

Definitivamente, a modo de síntesis genérica de algunas de las características del Tribunal Constitucional, es posible señalar que en casi todos los casos se introduce la competencia centralizada y especializada del control de la constitucionalidad, en reemplazo de la competencia difusa no especializada anteriormente ejercida por la Corte Suprema; la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o disposición, hace inaplicable la norma impugnada haciendo que pierda todo efecto jurídico; la disposición así declarada inconstitucional, surte efectos para todos y no sólo para las partes contendientes; al tener las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional efecto *erga omnes* (para todos), la antigua y limitada declaratoria de simple inaplicabilidad de la norma se ha convertido en amplia y verdadera declaratoria de Inconstitucionalidad en el sentido del artículo 235 de la Ley Fundamental; al no existir prohibición expresa en la Constitución para que cualquier ciudadano pueda interponer la acción o en su caso el recurso de inconstitucionalidad, se infiere que cualquier persona puede formularlos, dándose lugar a la acción popular, pero en todo caso será necesario reglamentar este aspecto a través de la Ley prevista en el artículo 121 de la Constitución.

Por otra parte, al conocer en revisión este Tribunal, las resoluciones emergentes del recurso de amparo constitucional y de *habeas corpus*, se incorpora el control de la constitucionalidad de las resoluciones judiciales, Sólo en el caso de que éstas sean contrarias a los derechos y garantías previstos en la Constitución.

A grosso modo, estas son las partes positivas contenidas en la Constitución vigente referidas al Tribunal Constitucional; sin embargo, existen otras previsiones constitucionales que pueden ser catalogadas de imperfectas, pudiendo ser algunas de ellas sintetizadas en los siguientes aspectos: carencia de disposiciones expresas referidas a la acción popular, elemento fundamental que no puede ser descuidado en la Ley reglamentaria en el rubro correspondiente a las condiciones para la admisión de recursos y de acciones; el Tribunal Constitucional no actúa de oficio, no tiene iniciativa propia; la acción abstracta o remedial prevista en el artículo 120 del Código Fundamental no puede ser entendida como una simple consulta, pues al tener ese simple carácter, en el fondo deja de ser una acción propiamente dicha, además que a través de esta fórmula se eliminaría la posibilidad de plantear una acción que necesariamente debiera ser popular, a efecto de imposibilitar o "remediar" la vigencia de cualquier disposición inconstitucional, evitando dejar tal consulta, que podría tornarse pasiva, en la sola voluntad de las autoridades señaladas en este artículo constitucional; la acción popular, debe ser prevista y extendida en la Ley reglamentaria, al resto de los procedimientos constitucionales viables atientes al Tribunal Constitucional; contemplándose en la Ley de Leyes el amparo constitucional y el *habeas corpus*, el recurso directo de nulidad debiera ser suprimido; el Tribunal Constitucional debería intervenir de oficio, por lo menos en dos casos: en el cuidado y control del procedimiento empleado para reformar la Constitución y, en el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones, así se trate de derechos subjetivos; y, siendo declarada inconstitucional una disposición dentro de un litigio, no es admisible que tal resolución surta efectos entre las partes con-

tendientes e incongruentemente continúe manteniendo vigencia la ley cuestionada para el resto de las personas, no obstante haber sido declarada inconstitucional. Una ley o disposición no puede ser constitucional e inconstitucional al mismo tiempo, si fuera lo último, estará derogada o abrogada sin lugar a argumentación alguna por disposición del artículo 235 de la Constitución; en cuanto al control de la constitucionalidad de tratados o convenios internacionales, debe darse lugar a la acción popular a efecto de que cualquier ciudadano pueda impugnarlos o defenderlos; si en algo se justifica plenamente la acción popular, es en lo concerniente a demandas respecto del procedimiento empleado para reformar la Constitución, debiendo preverse esta situación en la correspondiente Ley reglamentaria del Tribunal Constitucional; y, en la citada disposición, deben establecerse los términos precisos para la resolución de cada caso y el incumplimiento de los mismos debe dar lugar a las responsabilidades y sanciones correspondientes. Es de sugerir, que las resoluciones del Tribunal Constitucional sean periódicamente publicadas, persiguiendo los propósitos de la Gaceta Oficial y de la Gaceta Judicial, a efecto de que la ciudadanía conozca en su caso, la pérdida de vigencia, total o parcial, de determinada disposición legal.

En resumen general, la virtud destacable de la reforma de la Constitución, estriba en la creación del Tribunal Constitucional; no obstante, como se ha visto, es una institución aún imperfecta y por eso mismo tendrán que desplegarse los mayores y mejores esfuerzos para superar sus falencias. Es más, es posible que en esta instancia, cuantitativamente por lo menos, sean mayores los defectos que las virtudes que le rodean, de ahí que dependerá en mucho la eficacia del Tribunal Constitucional de los términos en los que sea redactada la Ley reglamentaria, que por disposición de la Ley de Leyes, deberá contener los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de este Tribunal, así como a las condiciones para la admisión de recursos y sus procedimientos. Asimismo, por la premura con la que fue aprobada la reforma constitucional, no en pocos casos de los analizados, ya por contradicción, ya por obscuridad, habrá de requerirse de algunas leyes interpretativas y; finalmente, en los casos erróneos, o misivos e insolubles, tendrá que esperarse lamentablemente una futura reforma constitucional.

En todo caso, el paso ha sido dado y el éxito o fracaso de la augusta misión otorgada al Tribunal Constitucional, dependerá del comportamiento cívico con el que obren los hombres públicos, jurisconsultos y ciudadanía en general.

CAPITULO V CONSEJO DE LA JUDICATURA

A.- INTRODUCCION.-

Sin temor a equivocarnos, y contra lo que pueda creerse, consideramos que el examen concerniente al Consejo de la Judicatura, es el más intrincado o problemático en relación al estudio de las temáticas atinentes a las dos nuevas instituciones incorporadas a la Constitución: el Tribunal Constitucional, del que ya nos ocupamos y, el Defensor del Pueblo u Ombudsman; y decimos que es el más complicado y además el más importante, -en oposición a respetables criterios que consideran que la elaboración de la ley reglamentaria

pertinente es más sencilla, en tanto se trataría de reglar un instituto con facultades "simplemente administrativas y disciplinarias"-, porque, por una parte, el Consejo de la Judicatura no puede ser estudiado de un modo aislado y abstracto, sin realizarse un análisis forzoso de los variados, amplios y complejos temas dentro de los cuales está inserto y sobre los que no existen reglas de validez universal, rigiendo más bien sobre ellos diversidad de teorías y prácticas institucionales de conformidad al país, al continente y aún a las circunstancias históricas que correspondan.

Pero antes de adentrarnos en el espinoso análisis del tema, es necesario partir aclarando, tal como establece el doctor Benjamín Miguel, que: "El Consejo de la Judicatura no es propiamente un órgano judicial que trata sobre declaración de derechos, sino un ente administrador y disciplinario del Poder Judicial con la esperanza de contribuir a la lucha contra la corrupción de éste Poder del Estado".¹

Es tal la importancia de esta temática, que no dudamos al afirmar que en gran medida, la calidad, tanto del Tribunal Constitucional, como del Defensor del Pueblo y por supuesto de la justicia ordinaria en general, dependerán de la excelencia que se logre en la estructuración y funcionamiento del Consejo

1) MIGUEL HARB, Benjamín, et. al. "Constitución Política del Estado, Reformada. Comentada, concordada y con referencias", Ed. Los Amigos del Libro, La Paz - Cochabamba, 1995, Pág.110.

de la Judicatura, al punto de remarcar que si su esencia y organización resultarán deficitarias, igual resultado recaerá sobre todo el sistema judicial. Tómese para el caso un sólo tema a modo de ilustración: el de la formación, selección y nombramiento de jueces y magistrado. Si el sistema que fuera a ser adoptado en este campo dentro de la ley reglamentaria, fuese mal estructurado, la cualificación de la justicia en sus diferentes estructuras se sumiría en frustración, manteniéndose la debilidad institucional jurisdiccional, la incredulidad ciudadana y por lo tanto la duda sobre la pertinencia de la creación del propio Consejo de la Judicatura, que demás está decirlo, es apremiante en su existencia nacional.

Tomando en consideración las diversas corrientes teóricas y de práctica administrativa relativas a instituciones similares al Consejo de la Judicatura, se puede afirmar de un modo muy general, que lo que se dice pretender con este ente, en una perspectiva verdaderamente ambiciosa, es por una parte, lograr nada menos que la independencia del Órgano Judicial y, por otra, consecuentemente, cualificar la administración de justicia.

Por razones de método, corresponde en primera instancia ingresar en el tratamiento de dichos componentes controversiales y verdaderamente amplios: **la independencia judicial y los sistemas y métodos de designación de magistrados y jueces.** Analizados que sean tales estéralos multiformes, íntimamente ligados al Consejo de la Judicatura, nos adentraremos en el análisis del texto constitucional boliviano pertinente.

Para ubicar las cosas en su verdadera dimensión y asumiendo el riesgo de ser repetitivos, vale la pena señalar que desde el punto de vista estrictamente científico, la señera clásica separación tripartita del Poder Público, es inexistente

en la realidad social, pero, no obstante, hoy mantiene su validez *principista* como una ficción útil y necesaria conservada por la sociedad para evitar que una rama del Estado *concentre* en sí y para sí todo el Poder Público como en tiempos del absolutismo, razón por la que se sostiene que para que un órgano del Estado pueda contrapesar al otro, debe ser autónomo respecto a él, formulación ésta de la que se desprende el postulado de la independencia del Órgano Judicial; separación de ramas del Estado e independencia judicial, que de acuerdo a las latitudes del orbe, podrán ser cumplidas en mayor o menor grado o, en su caso, ser despreciadas de modo totalitario.

En relación al antedicho concepto, el Centro para la Administración de Justicia (CAJ) de la Universidad Internacional de Florida de los Estados Unidos de Norteamérica, ha realizado un importante trabajo de campo determinando algunos de los factores que explican la falta de independencia estructural del Órgano Judicial en los países de la América Latina, señalando los siguientes: "1) una larga tradición de autoritarismo y de preponderancia del Ejecutivo; 2) la inestabilidad política de los países del área; 3) las características del Derecho que en ellos se aplica, sobre todo su enfoque dogmático, así como la función tradicional asignada a los jueces, según la cual éstos son simples ejecutores de la ley y no creadores del Derecho; 4) una estructura judicial compleja; 5) la poca práctica de la declaración de inconstitucionalidad de ciertos actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo; 6) la escasa base popular de las cortes supremas y del sistema judicial en general; 7) el sistema de nombramiento, promoción y remoción de jueces y magistrados; 8) la es- casa vida y la constante violación de las constituciones, instrumentos legales que teóricamente garantizan la autonomía del Poder Judicial (desde la independencia, ha habido 267 constituciones en el conjunto de los países latinoamericanos, es decir, un promedio de 13,4 por país); y 9) la corrupción endémica dominante en la mayoría de los sistemas judiciales del área"¹. En verdad, que ante datos tan elocuentes, estructuralmente negativos y, en aras de no desviar la atención sobre la problemática central del presente capítulo, no nos queda más remedio que reprimir nuestra inquietud por escribir dos líneas sobre catálogo tan nugatorio que acaba de exponerse, pero que coincidentemente, en algunas de sus facetas, hemos tenido la oportunidad de desarrollar en páginas anteriores.

B.- ALCANCES Y CONTENIDO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL-
ES un hecho totalmente comprobado, que no se conoce doctrina ni legislación, en las que no se proclame el principio de la independencia judicial. No interesando el país que se trate, la ideología que lo domine, ni el sistema económico que lo rija; todos los países a coro lo predicán, no importando que sean de corte democrático o dictatorial.

Para verificar este aserto, basta tener entre manos cualquiera de las muchas publicaciones sobre "Constituciones Comparadas" y de ellas emergerá este principio de modo nítido y uniforme bajo formas de redacción bastante parecidas: la Constitución de Alemania Federal, señala: "Los jueces son independientes y sujetos únicamente a la ley". Antes de la unificación Alemana, la Democrática, no obstante el antagonismo existente entre ellas, en el artículo 127 de su Constitución decía: "Los jueces son independientes en su

-
- 1) CENTRO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. José W. Rico y otros. "Independencia Judicial". San José - Costa Rica. Florida, Miami-USA., Pág. 27, 1990.

jurisdicción y no están sujetos más que a la Constitución y a la ley"; la Constitución de Turquía en su artículo 132 expresa: "Los jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones. Dictan sus sentencias de acuerdo a la Constitución, la ley, el Derecho y su conciencia."; la Constitución de España de 1978, en su artículo 117, numeral 1, bajo el nomen jures de "Independencia judicial" dice: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley"; por su parte, la Constitución de Rumania de 1991 dispone: "La justicia se realiza en nombre de la ley. Los jueces son independientes y se someten sólo a la ley"; o si se desea, la Constitución de la República Popular China en su artículo 78 dispone: "Los tribunales populares son independientes en el ejercicio de su función judicial y no obedecen sino a la Ley"; y, siguiendo este orden, el catálogo podría hacerse interminable, incluyendo desde luego a los países latinoamericanos, siendo por lo tanto mucho más práctico inquirir hasta dónde en realidad se cumple este precioso principio constitucional, pues obviamente, hasta el más inocente de los ciudadanos está persuadido que no basta con que se proclame tal o cual cosa en la Constitución y en las leyes para que de verdad se cumpla la deseada independencia judicial.

Indiscutiblemente hace falta, sino una cultura cMca y política -que sería lo altamente deseable-, por lo menos -para no pedir imposibles- un sentido inteligente de *práctica* política, para evitar dentro de las posibilidades humanas, sea vulnerado este principio constitucional, y hablamos de "inteligente práctica política", porque con la conculcación reiterada de este principio, no sólo que se deteriora la imagen del órgano jurisdiccional, ni tampoco se desprestigian solamente el Ejecutivo y el Legislativo, que ya es decir mucho, sino que en última Instancia, los partidos políticos, en rara práctica autoatentatoria, son los patéticamente perdedores, al ser los verdaderos sujetos de la desconfianza y el descrédito espetados por la ciudadanía, que dicho sea de paso, al menos en Bolivia, para no decir en América Latina, si algún beneficio ha recibido la sociedad civil de parte de la democracia, es el de haber adquirido una refinada conciencia que le posibilita ver, así sea de un modo general, pero con nitidez, cómo funcionan los grandes y pequeños engranajes del "maravilloso instrumento del poder".

A este propósito, si se quiere denominárselo pragmático, bueno será traer a colación, que paradójicamente muchos regímenes de tacto han tenido mayor sagacidad o quizá mayor "oportunidad" para respetar la independencia judicial, de ahí que en el trabajo de la CAJ ya referido, se afirme que un órgano judicial dependiente no constituye necesariamente el corolario de un régimen político autoritario ¹, (lo cual induce a inferir que en un régimen democrático no es rara la dependencia judicial), para luego al pie de página

señalarse: "Así, en la España franquista, los tribunales ordinarios funcionaban con alto grado de autonomía, lo cual se debía probablemente al hecho de que las causas más problemáticas social y políticamente eran juzgadas por tribunales especiales" ². Claro está, que a través de estas citas, no se nos ocurre concebir que los regímenes de fuerza hubiesen sido los que necesariamente se hayan aproximado más al logro de la independencia del Órgano Jurisdiccional; nuestra intencionalidad es otra, se dirige a demostrar comparativamente que los partidos políticos en democracia, instrumentos llamados a constituir los Órganos del Estado, pueden, con imaginación y sacrificando algunos goces del poder, aproximarse al respeto de la independencia judicial, absteniéndose de interferir en la acción jurisdiccional o desistiendo de conductas encubiertas en la designación de administradores de justicia, troncando dichos hábitos por procedimientos claros y sinceros de los cuales tenga conocimiento y si es posible participación la opinión nacional y los sectores representativos de la sociedad civil respectivamente, reivindicándose de este modo el rol de las propias organizaciones partidarias, pero por sobre todo, fortaleciéndose con este viro al Estado constitucional de Derecho, es decir, al sistema democrática mismo. Persistir en estas prácticas anómalas, con la falsa óptica de que el pueblo no las percibe o, si las advierte, igual las aguanta, no significará otra cosa que desembocar ineluctablemente en la negación del orden constitucional. Los magistrados y jueces, en fin de cuentas, no son más que la proyección de una sabia o desafortunada selección de los mismos, enunciado que debe ser tomado muy en cuenta por los hombres públicos del país.

Por todo lo expresado, es oportuno tener una visión global sobre cuál es la posición que se ha adoptado en la comunidad de las naciones respecto de la independencia judicial, a cuyo propósito transcribimos en su integridad "Las directrices sobre la independencia del Poder judicial de Naciones Unidas", recopiladas en una importante publicación del ILANUD y cuyo texto es el siguiente: "EL PROYECTO DE DIRECTRICES SOBRE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

Desde 1977, los diferentes cónclaves internacionales, que han debatido la situación de la justicia penal en diferentes países han considerado prioritario

1) Ob. tít., Págs. 8-9.

2) Ibídem, Pág. 9.

la elaboración de ciertas directrices relativas a la independencia del poder judicial. El Sexto Congreso de Naciones Unidas mantuvo el mismo criterio y posteriormente, la Comisión de Estudio de la Asociación Internacional de Jueces, celebrada en Austria en 1981 y la reunión de expertos organizada por la Comisión Internacional de Derecho Penal y el Centro para la Independencia de los Jueces y Abogados, celebrada en Siracusa en 1981, se sumaron a las opiniones anteriores. En el mismo sentido, la Conferencia de Jerusalén sobre Normas Mínimas para la Independencia Judicial de 1982, la Conferencia Bienal de la Asociación Internacional de Abogados, celebrada en Nueva Dehil en

1982, el Seminario sobre la Independencia del Poder Judicial, auspiciado por la Asociación Jurídica para el Asia y el Pacífico Occidental, realizado en Japón en 1982, y la Primera Conferencia Mundial sobre la Independencia en la Administración de Justicia, celebrada en Montreal, Canadá en 1983, todas han debatido el tema y han hecho sugerencias oportunas al documento que contiene las directrices sobre la independencia del Poder Judicial (...).

Algunos de los aspectos más relevantes de esas directrices se ocupan de la independencia de los jueces, la libertad de expresión y asociación, competencia profesional, selección y formación, nombramientos, asensos y traslados, privilegios, causas de recusación y medidas disciplinarias.

El solo hecho de que la comunidad internacional haya colaborado en la elaboración de esas directrices es indicador que hay esperanzas para ayudar a los Estados en su tarea de garantizar y promover la independencia judicial haciendo hincapié en la justicia penal. (...)

TEXTO DEL PROYECTO DE NACIONES UNIDAS

El Secretario General ha preparado el siguiente proyecto de directrices a fin de asistir al Comité en sus deliberaciones:

Considerando que en la Carta de las Naciones Unidas los pueblos del mundo afirman su voluntad de "crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia..." y proclaman la realización de la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción alguna.

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el principio de igualdad ante la ley, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley.

Considerando que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan el ejercicio de esos derechos.

Considerando que todavía es frecuente que la situación real no corresponda a los ideales subyacentes a esos principios.

Considerando que la organización y la administración de justicia de cada país deben inspirarse en esos principios y que han de adoptarse medidas para traducirlos plenamente en realidad.

Considerando que las normas que rigen a los jueces en el ejercicio de su mandato deben tener por objeto permitirles actuar de conformidad con esos principios de forma pragmática y regular.

Considerando que de los diversos componentes de un sistema de justicia, los jueces son los encargados de adoptar la decisión definitiva con respecto a la vida, la libertad, los derechos, los deberes y los bienes de los ciudadanos.

Considerando que el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su resolución 16, pidió al Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia que incluyera entre sus prioridades la elaboración de directrices en materia de independencia de los jueces y selección, capacitación y condición jurídica de los jueces y fiscales.

Considerando que, por consiguiente, es pertinente que se examine en primer lugar la situación de los jueces en relación con el sistema de justicia y especialmente, con respecto a la selección, capacitación, conducta y mandato de los jueces, a la luz de los objetivos y funciones del Poder Judicial y de la independencia que debe ser el fundamento de todas sus actividades.

Se han formulado las siguientes directrices para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de garantizar y promover la independencia del Poder Judicial, haciendo hincapié en la Justicia Penal, y se invita a los Gobiernos a que las consideren favorablemente en el marco de la legislación y la práctica nacionales.

1. PRINCIPIOS GENERALES

1. Es deber de las instituciones del Gobierno respetar y acatar la independencia del Poder Judicial y garantizar que éste ocupe, y se vea que ocupa, una posición en la sociedad que conduzca a mantener su dignidad y su reputación en ella así como al logro de sus objetivos y al cumplimiento de sus funciones; es deber del poder judicial respetar y observar los objetivos y las funciones de las demás instituciones del Estado.

II. INDEPENDENCIA

2. a) Los jueces tendrán la calidad de funcionarios públicos y serán independientes del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, los partidos políticos y demás organizaciones.

b) Los jueces resolverán las cuestiones de que conozcan, con imparcialidad, en consonancia con su evaluación de los hechos y su interpretación del derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

3. En el proceso de adopción de decisiones, los jueces actuarán con independencia respecto de sus colegas del Poder Judicial de la misma categoría o de categoría superior. Ningún sistema de organización jerárquica del Poder Judicial, ninguna diferencia de grado o categoría entre los jueces y ningún sistema de apelaciones influiré de manera alguna en el derecho de los jueces a dictar sentencia libremente con arreglo a su evaluación de los hechos y a su interpretación del derecho.

4. Las decisiones de los tribunales se adoptaran con independencia de los órganos ejecutivos y legislativos y no se supeditarán a dichos órganos.

5. Los Poderes Ejecutivo y Legislativo garantizarán la independencia del Poder Judicial, y el público, incluidos los medios de comunicación social, deberán respetarla.

6. La jurisdicción del Poder Judicial se extenderá, directamente o por vía de revisión, a todos los asuntos de carácter judicial. Los tribunales tendrán atribuciones privativas para decidir si los asuntos que se someten a su decisión tienen ese carácter.

7. a) No se ejercerá atribución alguna de modo que interfiera con el proceso de administración de justicia.

b) El Poder Ejecutivo carecerá de atribuciones para fiscalizar las funciones judiciales;

c) B Poder Ejecutivo carecerá de atribuciones para poner fin al funcionamiento de los Tribunales o suspenderte.

d) B Poder Ejecutivo se abstendrá de toda acción u omisión que irnpida la resolución Judicial de un litigio o la debida ejecución de una decisión judicial.

8. El Estado garantizará la debida y cabal ejecución de los autos y fallos de los tribunales. Se garantizará el derecho a recurrir a los tribunales en relación con la ejecución de los autos o fallos de los tribunales.

9. Ninguna ley ni decreto del Poder Ejecutivo tendrá por objeto anular con efecto retroactivo decisiones específicas de los Tribunales o alterar la composición de éstos con el propósito de influir en la adopción de sus decisiones.

10. Los Tribunales tendrán facultades para reglamentar su propio procedimiento dentro de los límites permitidos por la ley.

11. a) No se establecerán tribunales especiales de ninguna clase.

b) Toda persona tendrá derecho a ser juzgada de manera expedita por los tribunales ordinarios o los tribunales de justicia establecidos;

c) Se podrán permitir ciertas excepciones a este principio en situaciones de emergencia pública que pongan en peligro la supervivencia de la nación y cuya existencia se haya proclamado oficialmente, aunque sólo en las circunstancias prescritas por la ley y en medida que corresponda estrictamente a las normas mínimas reconocidas internacionalmente. Dichas circunstancias estarán sujetas a revisión judicial.

III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ASOCIACIÓN

12.- En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, los miembros del poder judicial gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión. Los jueces se conducirán en todo momento de manera que se preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia del Poder Judicial.

13. Los jueces gozarán del derecho a constituir asociaciones que tengan por objeto representar sus intereses colectivos y promover su formación profesional, así como el derecho a afiliarse a ellas.

14. Los jueces podrán actuar colectivamente en defensa de la independencia judicial y de sus interés profesionales.

IV. COMPETENCIA PROFESIONAL, SELECCIÓN Y FORMACIÓN

15. Los postulantes a cargos judiciales serán personas íntegras, idóneas y de sólida formación jurídica. El ingreso de dichas personas en el Poder Judicial se hará en igualdad de condiciones.

16. a) En la selección de los jueces no se hará distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición.

b) El requisito de que los postulantes a cargos judiciales deberán ser nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio.

17. En el procedimiento y las normas de selección para el ingreso en la judicatura se tendrá debidamente en cuenta la necesidad de garantizar que el Poder Judicial sea un reflejo fiel de todos los sectores de la sociedad.

18. a) Hay diversos métodos de selección de los jueces, como los concursos de oposición, el nombramiento después de terminar con éxito

estudios en una escuela jurídica, la elección popular y la selección entre los miembros mas antiguos y prestigiosos de la abogacía. Cualquiera que sea el método que se utilice, la ley deberá establecer mecanismos que permitan evitar los nombramientos judiciales por motivos indebidos, garantizando así la independencia futura de los jueces;

b) La participación de los Poderes Ejecutivo o Legislativo en el proceso de provisión de los cargos judiciales es compatible con la independencia del Poder Judicial. Los nombramientos de los jueces se harán, preferentemente en consulta con los miembros del Poder Judicial o por un órgano en que esté representado el Poder Judicial.

19. Al asumir sus funciones, los jueces jurarán o declararán solemnemente que cumplirán las obligaciones propias de su cargo con lealtad, honestidad y en la medida de sus posibilidades, respetarán rigurosamente el secreto profesional y se conducirán en todo momento de manera acorde con la dignidad de sus funciones.

20. Los jueces dispondrán de servicios de educación permanente.

21. Se deberá tratar de que los jueces tengan la posibilidad de ampliar sus conocimientos jurídicos y de ciencias conexas, utilizando, en otros, los siguientes medios:

a) La adopción de medidas que faciliten el intercambio de información, experiencia y conocimientos prácticos en la administración de justicia.

b) La organización de cursos de Psicología y otras ciencias sociales y del comportamiento, y en materia de administración del Poder Judicial.

c) La organización de seminarios encaminados a lograr que los jueces lleguen a comprender mejor la experiencia adquirida por los órganos de las Naciones Unidas en la esfera de la administración de justicia, así como las actuales directrices y normas de las Naciones Unidas en materia de Justicia penal, como la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

d) El aprovechamiento de otros programas nacionales e internacionales que tengan por objeto suministrar a los jueces mayor información.

22. Los jueces se mantendrán al día en lo referente a las convenciones internacionales y demás instrumentos que instituyan normas de administración de justicia y procuraran aplicarlos en la mayor medida posible, dentro del marco establecido por sus respectivas constituciones y leyes nacionales.

V. NOMBRAMIENTOS, ASCENSOS Y TRASLADOS

23 La asignación de los jueces a determinados puestos en los tribunales para los que hayan sido nombrados es una función administrativa interna cuyo desempeño será facultad del Poder Judicial.

24. El ascenso de los jueces se basará en una evaluación objetiva de la honradez e independencia de criterio, competencia profesional, experiencia y humanidad de los candidatos así como de su dedicación a la defensa del imperio de la ley. El Artículo 18 se aplicará también a los ascensos.

25. Salvo que se trate de traslados hechos en el marco de un sistema de rotación ordinaria o de una política establecida, los jueces no serán trasladados de una jurisdicción o función a otras sin su consentimiento, pero no denegaran éste injustificadamente.

VI. PERMANENCIA EN EL CARGO

26. a) La Ley garantizará el período del cargo de los jueces, su independencia, seguridad, así como unas remuneraciones y condiciones de servicio adecuados, y no se introducirán cambios a! respecto en perjuicio de los Jueces.

b) Los jueces tanto nombrados mediante decisión administrativa como elegidos, gozaran de garantías de permanencia en el cargo hasta que cumplan la edad para la Jubilación forzosa o expire el período del cargo, cuando existan normas al respecto.

c) En caso de que se suprima algún tribunal, se velará porque los Jueces integrantes de ese tribunal no se vean afectados, salvo en lo que se refiera a su traslado a otro tribunal de igual jerarquía.

27. Los nombramientos temporales de jueces y el nombramiento de jueces por períodos de prueba pueden poner en peligro la independencia del poder judicial y, por consiguiente, se evitarán salvo en los casos siguientes:

a) El de los jueces a tiempo parcial, cuando haya necesidad de nombrarlos, siempre que se adopten medidas de salvaguardia adecuadas para garantizar su imparcialidad y evitar los conflictos de intereses.

b) El de los jueces a prueba, durante períodos determinados posteriores a su nombramiento inicial, en aquellos países en que exista la carrera judicial, como son los países que se rigen por el derecho civil.

28. Las remuneraciones y pensiones de los jueces serán adecuadas y su monto se fijará en proporción al rango, la dignidad y la responsabilidad de la judicatura. Las remuneraciones y pensiones se reajustarán periódicamente para tener plenamente en cuenta los incrementos del costo de la vida.

29. En relación con los jueces en ejercicio, no se modificará la edad de jubilación sin su consentimiento.

30. Una vez jubilados:

a) Los jueces se abstendrán de realizar cualesquiera actividades que puedan desprestigiar el poder judicial.

b) Los jueces podrán reanudar la práctica de la abogacía.

VII. PRIVILEGIOS PROFESIONALES

31. a) A menos que se trate de audiencias públicas los jueces deberán respetar el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que hayan obtenido en el desempeño de sus funciones.

b) No se exigirá a los jueces que presten testimonio sobre asuntos de los que hayan tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones.

32. Los jueces gozarán de inmunidad personal frente a demandas judiciales civiles relacionadas con actos que hayan ejecutado de buena fe en el desempeño de sus funciones.

33. Las autoridades administrativas garantizarán en todo momento la seguridad y la protección física de los jueces y su familia.

VIII. CAUSAS DE RECUSACIÓN

34. Los jueces no podrán desempeñar funciones ejecutivas o legislativas a menos que esa acumulación de funciones no comprometa de alguna manera la Independencia Judicial.

35. Los Jueces no podrán ser presidentes o miembros de comisiones de Investigación salvo en los casos en que ningún otro órgano oficial goce de la confianza pública necesaria para realizar la investigación de que se trate.

36. Los Jueces no podrán practicar la abogacía. Esta restricción no se aplicará a los miembros del colegio de abogados que sólo desempeñan funciones Judiciales a tiempo parcial.

37. Los Jueces se abstendrán de realizar actividades económicas que puedan poner razonablemente en duda su integridad.

38. Los Jueces se abstendrán de conocer de ciertos asuntos cuando exista la posibilidad de que puedan ser acusados de parcialidad, por motivos Justificados.

IX. MEDIDAS DISCIPLINARIAS Y SEPARACIÓN DEL CARGO

39. Toda queja contra un juez se tramitará con prontitud y de manera equitativa, con arreglo al procedimiento pertinente. El Juez tendrá oportunidad de formular observaciones con respecto a la queja en la etapa inicial de su tramitación. En esa etapa inicial, el examen de la queja será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.

40. a) El procedimiento encaminado a determinar si procede separar a un Juez de su cargo o adoptar contra él medidas disciplinarias se seguirá ante una Junta integrada mayoritaria o exclusivamente por miembros del Poder Judicial y elegidos por este.

b) Las facultades en materia de separación del cargo podrán conferirse también al Poder Legislativo mediante Juicio de residencia, decisión conjunta de ambas cámaras legislativas u otra resolución formal cuando se trate de cuerpos legislativos unicamerales, o a cualquier otro órgano constitucional con facultades análogas preferiblemente por recomendación de la Junta mencionada en el subpárrafo precedente.

41. Todas las medidas disciplinarias se basarán en las normas establecidas de comportamiento judicial, que establecerán una escala gradual de medidas disciplinarias aplicables en caso de violación de dichas normas, las cuales irán desde la amonestación privada hasta la separación del cargo.

42. En todas las actuaciones que tengan por objeto determinar si procede adoptar medidas disciplinarias contra algún juez se darán a éste garantías de equidad y la posibilidad de ser oído en audiencia con todos los requisitos.

43. Las sentencias que se dicten en el marco de un procedimiento disciplinario podrán publicarse, tanto si ese procedimiento es en audiencia cerrada como pública.

44. Las sentencias que se dicten en el marco de un procedimiento disciplinario serán apelables ante el tribunal supremo del país.

45. Los jueces sólo podrán ser separados de sus cargos por probada incapacidad o comportamiento indebido que los inhabilite para seguir en funciones.

X. ADMINISTRACIÓN DE LOS TRIBUNALES

46. La administración de los tribunales será competencia principal del Poder Judicial.

47. El Estado asignará la máxima prioridad al suministro de recursos adecuados con objeto de permitir que la justicia se administre en debida forma, con inclusión de los medios materiales apropiados para el mantenimiento de la independencia, la dignidad y la eficacia del Poder Judicial, de personal judicial y administrativo, y de presupuesto de funcionamiento.

48. El presupuesto de los Tribunales será elaborado por el órgano competente, en estrecha colaboración con el Poder Judicial. Este participará activamente en el proceso de elaboración y presentará sus cálculos presupuestarios al organismo pertinente.

49. a) La asignación de las causas a determinados jueces o a una sala de un tribunal integrado por varios jueces, de conformidad con la ley o los reglamentos de los tribunales, será competencia exclusiva del poder judicial;

b) La división del trabajo entre los jueces y la asignación de las causas se harán con arreglo a un plan elaborado de antemano, que sólo podrá modificarse en ciertas circunstancias claramente determinadas por anticipado"¹.

Infiriendo de lo transcrito, es posible sostener, que para corroborar hasta dónde es evidente la vigencia del sistema democrático en una sociedad

1) GUERRA DE VILLALAZ, Aura. "La independencia judicial: el proyecto de directrices sobre la independencia del Poder Judicial de Naciones Unidas", 1LANUD, año 6, Nos. 17 y 18, 1983, Págs. 104-113.

determinada, no hace falta más que verificar cuál es el nivel de cumplimiento de las directrices sobre la independencia judicial emitidas por las Naciones Unidas. Por lo demás, se trata de un documento completo y bien logrado, que trata de amalgamar la multiplicidad de criterios existentes sobre el problema en análisis. Así, en los "Principios Generales" al establecer que: 1.- Es deber del Gobierno respetar y acatar la independencia Judicial y garantizar la dignidad y reputación del Órgano Judicial en la sociedad; 2.- Es deber del Órgano Judicial respetar a las demás instituciones del Estado; y, 3.- El Ejecutivo y el Legislativo deben garantizar la independencia judicial, se está reafirmando el importante **principio del equilibrio de los órganos del Poder Público**. En el capítulo referido a la "independencia", se proclama el **principio de la independencia individual de los jueces en su función jurisdiccional**, al señalarse que: 1.- Los jueces son independientes del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo, los partidos políticos y demás organizaciones; 2.- Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad y sólo en aplicación del derecho.; 3.- Los jueces deben actuar al margen de presiones, alicientes, amenazas o intromisiones indebidas; pero al mismo tiempo, se enfatiza en la **independencia judicial interna dentro del propio Órgano Judicial**, cuando se señala que ningún sistema de organización jerárquico del Órgano Judicial y ningún sistema procedimental de apelaciones, influirá en el derecho de los jueces de dictar sentencias libremente. De igual forma, se destaca la libertad de expresión y asociación de los jueces, entendiendo, entre otros aspectos, que éstos podrán actuar colectivamente **en defensa de la independencia judicial** y de sus intereses profesionales.

Llama la atención, que en los últimos tiempos en nuestro país, no se hayan conocido muchos casos de tal defensa. No sabríamos decir si la causa radica en que no existieron vulneraciones sobre este principio o presiones sobre jueces o magistrados o, el origen de tal silencio se deba a otro tipo de razones desconocidas.

El documento de las Naciones Unidas, hace énfasis en la competencia profesional, selección y formación de jueces, destacando que en la selección correspondiente no debe mediar distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política u origen social, aspecto que en Bolivia, no ha concitado mayor atención sobre algunos de los elementos anotados, lo cual no significa de manera alguna que sobre ellos dejen de existir inocultables y evidentes limitantes "de hecho", como en el resto de las naciones latinoamericanas, tal es el caso del sexo: "La gran mayoría de los magistrados y jueces latinoamericanos son hombres. (...) En Costa Rica sólo hay dos mujeres en la Corte Suprema, (...) En la República Dominicana, el 34% del total de los jueces pertenece al sexo femenino (...) Lo mismo sucede en Colombia, donde el 65% de los jueces son hombres (...) en Guatemala, la presencia femenina es escasa: sólo hay una mujer en la Corte Suprema. En Honduras todos los magistrados de la Corte Suprema son hombres. En Venezuela -aquí radica la excepción- el 51, 5% de los jueces son mujeres. La incorporación de la mujer a la carrera judicial es vista positivamente (...) Sin embargo, algunos autores, al estudiar con mayor detalle, señalan que las mujeres siguen siendo asignadas a puestos inferiores a los hombres"¹. En Bolivia, no existe un solo magistrado en la Corte Suprema de sexo femenino y desde la fundación de la República llegó a esa función una sola mujer, la Dra. Maria Josefa Saavedra, en la gestión judicial de 1975.

En cuanto a la raza, acontece un problema parecido. En la misma publicación se señala que "Con respecto a la raza, los países con un alto porcentaje de población indígena tiene problemas de representatividad. Por ejemplo en Guatemala (...) no hay ningún juez indígena en los tribunales de mayor rango"², aspecto que habría que analizarlo comparativamente con el caso boliviano para sacar conclusiones, lo cual desde luego no requiere de ningún trabajo ni técnico y menos científico: el resultado está a la vista. En todo caso, es de esperar que pueda ponerse en vigencia en nuestro país el "derecho alternativo" previsto en el artículo 171 de la Constitución, por el cual las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas, de conformidad a sus usos, costumbres, normas y procedimientos propios, puedan resolver sus conflictos a condición de no ingresar en contradicción con la Ley de Leyes, lo cual supone obviamente, la difusión mínima de los preceptos fundamentales contenidos en la Constitución.

En lo concerniente a la clase social a la que pertenecen los jueces, "En España el 94% de éstos proceden de la clase media, ninguno de la clase baja. En Colombia (...) los jueces provienen de la clase media y media alta (...) en Costa Rica el 13% de los magistrados provienen de la clase alta y el 56% de la clase media"³. Estos datos, no son de ninguna manera intrascendentes, en todo caso guardan importancia notable en relación a la representatividad social en la administración de justicia a efecto de la aplicación de la ley en conformidad con el conocimiento pleno que el juez debe poseer sobre la idiosincrasia del medio social en el que debe ejercer su función jurisdiccional

-
- 1) SALAS, Luis, Rico José W. "Carrera judicial en América Latina". CENTRO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, San José-Costa Rica, Miami Ronda U.S.A, 1990, Págs, 31-32.
 - 2) *Ibidem*, Pág. 34.
 - 3) *Ibidem*, Pág. 33

En nuestro país, sin existir ningún estudio cuantitativo en este rubro, fácil es advertir que existe una preponderancia de la clase media en la judicatura y en la magistratura, producto del mayor ingreso de los componentes de este segmento social en las Facultades de Derecho de la Universidad pública, lo cual evidentemente otorga un sello y estilos particulares a la administración de Justicia en Solivia, acordes a la ideología *standart, usos y costumbres* de dicha clase social, estampando objetivamente sus grandezas y miserias en la aplicación de la ley.

Estos cuantos elementos analizados, tienen relación directa con el grado de independencia Judicial que pueda existir en un país. Así, sólo a modo de ejemplo, el factor sexo es importante, si se admite, por lo menos como hipótesis de trabajo, que la mujer es mayormente inmune a las incitativas de corrupción, lo cual la hace personalmente más independiente en relación al cumplimiento de la ley.

Con referencia a la clase social, se establece en las directrices de las Naciones Unidas, que en los nombramientos de jueces debe garantizarse que la rama judicial sea reflejo de todos los sectores de la sociedad, con ello, complementando lo ya señalado, se asegura la representatividad social en la administración de Justicia, con sentido cMco y humano, conforme se ampliará este concepto en páginas posteriores.

Asimismo, en el Importante documento en comentario, se hace reconocimiento de la existencia de multiplicidad de métodos de selección y nombramiento de jueces y magistrados, lo cual corrobora el aserto de la complejidad del tema en análisis, pero no deja de recomendarse que más allá de tal variedad de métodos, deben existir leyes precisas que establezcan los mecanismos adecuados que eviten la discrecionalidad y el arbitrio en dichas designaciones, aspecto admitido y bien entendido en nuestro país con la creación del Consejo de la Judicatura, órgano que deberá asegurar la eficiencia de dichos mecanismos.

Es digno de atención que dentro del procedimiento correspondiente a "nombramientos, ascensos y traslados", se haga referencia en estas directrices a la necesidad de realizarse una "evaluación objetiva" de factores tan destacables, como son "la honradez" (que consideramos no en vano figura en primer lugar por encima de los otros elementos), 'la independencia de criterio', 'la competencia profesional' (que figura en un tercer plano, pues es evidente que se puede ser muy "práctico" dentro de los vericuetos procedimentales y al mismo tiempo muy falto de honradez y de independencia de criterio -conforme expresiones empleadas en el documento de las Naciones Unidas-), la "experiencia", el "humanismo" y, fundamentalmente, "**la defensa del Imperio de la ley**", factor éste fácilmente detectable a través del análisis del tipo y calidad de los fallos expedidos por el administrador de justicia.

Tal vez, el aspecto que no acaba de convencernos en este documento, dentro del marco de las medidas disciplinarias, es la sugerencia de la Implantación de un sistema cerrado de procesos, que en el fondo prioriza el desaconsejado "autocontrol" (desaconsejado para cualquiera de las Órganos del Estado) considerado incompatible con las tendencias modernas de "apertura" del Órgano Judicial a la sociedad, en la inteligencia de ser esta última tendencia uno de los mejores mecanismos para recuperar y afianzar su credibilidad social.

Ahora bien, sobre tales normas o directrices de las Naciones Unidas, ¿cómo habremos de entender el concepto de "independencia judicial", sabiendo que ella posee variadas acepciones y connotaciones diversas?

La independencia judicial puede ser considerada desde dos puntos de vista. A uno de ellos, podríamos denominarlo Interno o personal y al otro, externo, colectivo o institucional.

El primero alude al principio constitucional reiteradamente señalado, por el cual el juez, individualmente, no está sometido más que a la Constitución, a la ley y a su conciencia, pudiendo desarrollarse esta fórmula al compás del clásico altruismo del insigne Ángel Ossorio y Gallardo cuando nos hablaba del "juez de amianto", señalando que: "Poder y riqueza, fuerza y hermosura, todas las incitaciones, todos los fuegos de la pasión han de andar entre nuestras manos sin que nos quememos. El mundo nos respeta en tanto y en cuanto tengamos la condición de amianto"¹. Nuestra inicial aspiración, es que al transcribir esta cita, *de tiempos pasados*, no arranquemos alguna que otra sonrisa socarrona del pragmatismo inescrupuloso de la *modernidad*.

En todo caso, el mismo hombre docto, concretando más la idea de independencia judicial afirma que: "El juez es un soberano en su ministerio y está creado para dar la razón a quien la tenga, sin preocuparse de nada, sin obedecer a nadie, ni depender de ningún otro hombre o institución y sin tener que mirar más que a su propia conciencia"², y luego añade, "(...) la alternativa es tajante: o la justicia goza de plenitud de independencia o no existe la

1) OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. Crt. en: "Estudios de Derecho". Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín-Colombia, 1947, Pág. 39.

2) OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. "Nociones de derecho político", Ed. Atlántida, S.A., Buenos Aires, 1951, Págs. 70-71.

Justicia"¹. De tal manera, y sin mostrar mayor novedad, se puede decir que la independencia judicial en el sentido interno o individual, consiste en la libertad irrestricta que tiene el juez para aplicar la ley a cada caso concreto puesto en su conocimiento, siguiendo únicamente los dictados de la Constitución y su conciencia, sin sujetar su conducta a imposición de ningún poder o Influencia extraña y ni a instrucción o incitativa de autoridad superior del propio Órgano Jurisdiccional.

En cambio, más allá de la situación personal del Juez dentro de su actuación jurisdiccional, se concibe a la independencia judicial desde el punto de vista institucional, comprendiéndola dentro de la tripartición de los Órganos del

Estado, lo cual conlleva que la rama Judicial deba actuar en total equilibrio frente al Legislativo y al Ejecutivo, sin que ninguno de estos pueda tener injerencia alguna en la función jurisdiccional, ya sea imponiéndole instrucciones o impartiendo recomendaciones para que falle en uno u otro sentido en uno o en muchos casos o, dentro del plano administrativo Interno, haga algo o deje de hacer. En pocas palabras, la independencia judicial des- de este ángulo, consiste en el hecho de que el Órgano Jurisdiccional no esté supeditado a las otras ramas del Poder Público ni a otros poderes superestatales o paraestatales. Se ha dicho con harta razón, que si en un país no existe independencia orgánica o institucional, sencillamente no existe justicia.

De lo expuesto, fácilmente se infiere que ambas nociones de la independencia Judicial, la individual y la institucional, se complementan recíprocamente hasta casi confundirse, pues es impensable concebir la independencia Individual si previamente no existe la independencia orgánica o institucional y, sin individuos idóneos esta última se transforma en mero enunciado lírico estampado en las constituciones, de ahí que muchos estudiosos de la materia hayan coincidido en señalar que una de las formas objetivas para contribuir a mantener la independencia judicial, radica en la adopción de métodos adecuados de formación, selección, elección o nombramiento de jueces y magistrados.

Al inicio del presente capítulo, decíamos que la problemática encerrada en el Consejo de la Judicatura era seguramente la más complicada en su tratamiento. En efecto, de lo referido hasta el presente, se evidencia -tal como lo adelantáramos- que son componentes natos de esta temática, la **independencia Judicial y el sistema de selección y nombramiento de Jueces y magistrados.**

En el primer caso, en el correspondiente a la independencia Judicial

1) Ob. cit., Pág. 71

-reiteramos-, la sociedad se conforma con aceptar un supuesto: que el Estado está dividido en tres *poderes*, iguales en jerarquía y plenamente equilibrados entre sí, supuesto que como tenemos dicho, no existe en la realidad y tampoco es reconocido por la ciencia, esfera última en la que es lugar común que cuando se parte de una hipótesis falsa la conclusión también es falsa; pero el hombre, más allá de esta estrictez, haciendo uso de su innata Inteligencia y con fines útiles para la comunidad, ha creado esta ficción jurídico política con el fin de buscar una pacífica convivencia social, procurando poner frenos y reparos al absolutismo totalitario.

En esta relatividad de conceptos, en la fragilidad real de este *principio*, radica la primera complejidad del tema, expresada además en la heterogeneidad de los siguientes datos de carácter objetivo que se pasan a señalar.

En los países de *common law*, con antecedentes primarios en Inglaterra, rige una pronunciada independencia del Órgano Judicial respecto del Ejecutivo, constituyendo una jurisdicción única expresada en la Corte Suprema, mientras que en los países inspirados en el Derecho romano, existe una íntima relación entre el Judicial con el Órgano Ejecutivo, rigiendo una jurisdicción dispersa o repartida, tal como sucedía en nuestro país hasta antes de la promulgación de la Ley de Organización Judicial y de la Constitución Política del Estado vigentes, en las que

se pone en vigencia el principio de la "unicidad" jurisdiccional, dispersión o falta de concentración jurisdiccional, que según los estudiosos de la administración de la rama judicial, se produce no por simple casualidad, sino que se origina en la desconfianza existente sobre el Órgano Judicial, prefiriéndose en consecuencia el funcionamiento de tribunales apartados de éste.

Según el trabajo realizado por el Centro para la Administración de Justicia ya citado, "La diferencia -entre estos modelos del derecho- aparece también en el plano de la imagen que el ciudadano tiene de cada sistema jurídico. En Gran Bretaña, el 61% de los entrevistados en 1963 pensaba que los jueces eran totalmente independientes del poder político, mientras que en Francia dicho porcentaje era de sólo el 9% en 1975 (...) y en España únicamente el 11% de los entrevistados en 1988 pensaba que los jueces del país eran totalmente independientes"¹. Respecto al dato relativo a España, pensamos que esa sea quizás la causa para la creación -en años anteriores- del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial, al igual que el Consejo de la Judicatura en Solivia.

1) Ob. cit., Pág. 22.

Por otra parte, adelantando conceptos respecto al segundo aspecto, es decir, al concerniente a la recluta de jueces y magistrados, nos encontramos con similar complicación, aunque en otro plano. La humanidad no ha ideado aún un método convincente que asegure una adecuada selección y nombramiento de los hombres de justicia. Este procedimiento -como luego se verá depende de múltiples y variados factores: lo que es bueno y razonable en un país, puede ser malo e irracional en otro, lo ponderable y adecuado en determinado tiempo en una nación, puede tornarse posteriormente inadmisibile y perjudicial en ella misma. No existen reglas de validez universal en esta materia y en medio de todo este relativismo, se encuentra el Consejo de la Judicatura, como queriendo dar respuesta a tanta complejidad. Los dedicados al estudio de la administración de los sistemas judiciales, bien hacen en enfatizar sobre la existencia de concepciones distintas sobre el tema en análisis, dependiendo las mismas del tipo de sistema judicial que corresponda, ya sea el anglosajón o el romano canónico, divisoria ésta que sirve para ordenar la investigación de esta temática que en líneas seguidas será objeto de atención detenida.

C.- SISTEMAS GENERALES DE DESIGNACION.-

La dispersión de concepciones, de sistemas y de métodos, se agudiza en esta materia, dependiendo todo de las características locales de cada país, que dicho sea de paso, en la América Latina, hoy ya no se adscriben de modo uniforme y exclusivo a una sola de las corrientes del *common law* o del sistema romano, notándose en varias naciones del área la asimilación indiscriminada de institutos correspondientes a uno u otro de los modelos de Derecho citados.

De todos modos, ante tal diversidad, tratando de buscar lineamientos uniformadores u ordenadores, es identificable que unas son las metodologías para seleccionar y designar a los magistrados de la Corte Suprema y otras distintas aplicables a los componentes de tribunales de instancia y jueces, dependiendo este distingo, de la existencia o carencia en unos o en otros países, de una carrera judicial estricta.

Refiriéndonos primeramente a las formas de selección y nombramiento de magistrados de Cortes Supremas, se ha observado que si tuviera que ponerse en práctica con fidelidad el principio de separación de *poderes*, no existiría justificativo alguno para que ni el Ejecutivo ni el Legislativo, ni directa ni indirectamente, tuviesen que intervenir en la designación de los mencionados magistrados y que si los componentes de dichos dos Órganos del Poder Público son elegidos mediante el voto popular para legitimar su representatividad, similar tratamiento debería otorgarse a los señalados administradores de justicia para encontrar igualdad jerárquica entre las tres ramas del Estado. Sin embargo, que sepamos, la elección popular para magistrados de la Corte Suprema de Justicia no se da en ningún país, surgiendo en la práctica otras formas o métodos para su designación conforme tratamos de sistematizar a continuación.

1.- DESIGNACIÓN POR EL EJECUTIVO.-

Es de advertir que en esta forma de nombramiento, como en las otras que se expondrán, no necesariamente todo es negativo o positivo y viceversa.

Empecemos con lo que se podría llamar, procedimiento informal en la designación de magistrados por parte del Ejecutivo. Nos referimos a las Cortes Supremas organizadas en los regímenes de facto, tan frecuentes en la convulsionada vida política de Solivia a través de las manidas "renovaciones judiciales", situación extendida desde luego en casi todos los países latinoamericanos. En estos casos, si la calidad política de los gobernantes es mala y si se agrega a ello el desprecio que sientan por el Derecho, el nivel de la justicia es deplorable, subalterno y enteramente puesto al servicio de la dictadura o de la tiranía.

Pero si adoptamos una posición, más que ecuánime, objetiva (objetiva por los datos concretos, nombres y apellidos que figuran en las obras fundamentales referidas a la historia de la Corte Suprema, tal el caso de la "Historia de la Corte Suprema" de Luís Paz) es de reconocer que en muchos períodos de tacto, el Tribunal Supremo de nuestro país tuvo la oportunidad, paradójicamente, de ser conformado por hombres de basta sapiencia jurídica, cultura de lujo, gran dignidad personal y probidad a toda prueba, al extremo de haber preferido dejar el cargo y sufrir los rigores de la represalia, antes que someterse a los caprichos del gobernante torpe e ignaro, conforme así referimos en páginas anteriores.

Y a propósito de la probidad y de su hoy antónimo, la corrupción, pensé que desde el punto de vista de las ciencias económicas -más que de la Sociología-, este mal apareció y existió de modo permanente, después de la primera etapa del desarrollo histórico de la sociedad, consideré que la corrupción desde el punto de vista religioso podría denominarse pecado, que desde la óptica jurídico penal se la denomina delito, y que asumiendo una posición filosófica, no sabría decir cuándo el pecado y cuándo el delito ¡rían a

desaparecer, pero en fin de cuentas, "creí" que la corrupción, con el denominativo que se desee asignarte, estuvo presente indefectiblemente en casi todo el decurso de la humanidad. Pero en verdad, como todas las cosas del mundo, mi "creencia" sobre este tema también había sido relativa, o por lo menos había tenido un espacio de excepción, al menos en los primeros tiempos de la organización de las repúblicas latinoamericanas.

El ilustre jusfilósofo y constitucionalista J. B. Alberdi, en 1852, nos ofrece a este propósito un dato altamente significativo, cuando dice: "La América de hace 30 años sólo miró la libertad y la independencia (...) La gloria mBttar era el objeto supremo de ambición. El comercio, el bienestar material se presentaban como bienes destituidos de brillo. -La pobreza y sobriedad de los republicanos (...) eran realzadas como virtudes dignas de imitación (...) – Se oponían con orgullo a las ricas telas de Europa los tejidos grotescos de nuestros campesinos. **El lujo era mirado de mal ojo y considerado como escollo de la moral y de la libertad pública**" ¹. Ahora sí, sólo de esta manera alcanzamos a comprender la causa por la que en tiempos pasados varios Presidentes de la Nación y dignos Magistrados de la muy Excelentísima Corte Suprema de esa época, hubieren terminado sus días en la más solemne pobreza y soledad y aún en la cárcel. Pero mejor finalicemos con dos palabras este tema: no siempre hubo corrupción en el sistema judicial boliviano y latinoamericano, y no la hubo no sólo por moral, sino por un orden de valores y un modo de vivir distintos al de nuestro tiempo.

Pero de igual manera, no necesariamente todo gobierno de facto imponía su voluntad sobre los ministros de la Corte Suprema a quienes él mismo había designado, aunque lamentablemente, aquéllos en no pocas oportunidades, no dejaban de comedirse en ofrecer sus servicios al *poder central*, de ahí que como elocuente ejemplo de lo dicho no resisto transcribir un dato histórico descrito por don José Manuel Aponte en su excelente obra "Tradiciones bolivianas" ², escrita en 1909, que francamente no la conocía y que para ilustración y disfrute mío llegó a mis manos gracias a la buena voluntad cultural de mi padre.

El episodio histórico en cuestión, refiere que por los años 1843 a 1848, encontrándose en la presidencia Ballivián, su madre doña Isidora Seguróla interpuso demanda ante los tribunales de La Paz, contra doña Josefa Landavery v.

1) Alberdi, J.B. "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina". Imp. Henrich y Comp., Barcelona, 1914, Págs. 44-45.

2) APONTE, José Manuel. "Tradiciones bolivianas". Ed. Universo, La Paz, Bolivia, 2* ed., 1973, Págs. 267-276.

de la Barra, exigiendo para sí el título de Condesa de Alcataya y derecho sobre las valiosas heredades situadas en la Provincia de Moquegua. Impuesto de este pleito el General BallMán -refiere el señor Aponte- y luego de haberse consultado con los mejores abogados de La Paz, quienes discreparon en opinión, "dejó que su madre se las entendiese como mejor pudiese", pero lo evidente es que por una o por otra razón, fáciles de comprender, la Corte de La Paz falló en favor de la madre del Presidente, para luego interponerse el recurso de nulidad contra tal resolución ante la Corte Suprema, circunstancia en la que -según señala el autor- la señora Landavery, Condesa de Alcataya, sin conocimiento de doña Isidora Seguróla, tuvo el acierto de entrevistarse con Ballivián para implorarle que no

intervenga en el litigio, que sea el Máximo Tribunal el que libremente resuelva el asunto, lo cual enaltece- ría aún más la gloria de su Excelencia, habiendo logrado la promesa del Presidente, que sólo se limitaría a recomendar a los "supremos" que fallen en estricta justicia.

El expediente remitido rumbo a Sucre -prosigue el autor-, fue acompañado por numerosas cartas de recomendación en favor de la señora Seguróla, dirigidas a personajes y abogados influyentes de la capital y a los Ministros de la Suprema Corte y, ella misma, le encargó a su hijo que por su parte hiciera lo propio.

"No fue llano el atolladero en que se vieron comprometidos los graves magistrados (...) porque todos ellos eran hechura de Ballivián (...) Se les cayó a los supremos el expediente cuando de sus deliberaciones aparecía que doña Isidora no tenía derecho para disputarle a la Condesa el título ni sus posesiones".

"¿Y qué hacer en tal conflicto? ¿Torcer la vara de la justicia? ¡Eso nunca, imposible!

¿Incurrir en desagrado a su Excelencia? ¡Malo, malísimo, pésimo!"¹.

Continuando con su relato don José Manuel Aponte, refiere que uno de los Ministros de la Corte Suprema, con el asentimiento de sus colegas, **resolvió escribirle** a Ballivián, expresándole que extrañaba mucho su silencio, en tratándose nada menos que del pleito de su respetable madre.

"A vuelta de correo -refiere el autor- contestó BallMán de su puño y letra: "**cumplan ustedes con su deber, corno la justicia y las leyes mandan, que yo acataré sus sabias determinaciones**". Sus señorías leyeron,

1) Ob.clt.Peg8. 270-271.

releyeron y comentaron la carta palabra por palabra.

Fallaron en favor de la Condesa"¹.

Esta ejemplar conducta, le valió al General Ballivián ser golpeado e inmisericordemente latigueado por su señora madre en pleno palacio de Gobierno y recibir los epítetos de hijo infame, traidor y desnaturalizado. Prefirió cargar con este dolor, antes que ejercer influencia sobre la Justicia, mientras que los Ministros de la Suprema, para emitir su fallo, optaron por hacer depender el mismo de la directriz proveniente del Palacio de Gobierno, olvidando por entero la independencia judicial.

En este caso es el Ejecutivo el que se somete a la Constitución y es el Judicial el que porfía ponerse al servicio personal del Presidente.

De esta referencia se pueden inferir multitud de comparaciones y conclusiones, pero lo cierto es que en las etapas de informalidad político social, las designaciones de magistrados de la Corte Suprema, por realizarse al margen de la Constitución, no encontraban regla de ninguna naturaleza.

Pero por otra parte, el sistema de dichos nombramientos por el Ejecutivo, institucionalmente constituido y, específicamente realizado por el Presidente constitucional de la Nación, se encuentra plenamente validado en diferentes países.

El origen de este sistema se lo encuentra en la nación norteamericana, en la que la política partidista no es de ningún modo óbice para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema, la que normalmente es conformada con los profesionales de la más alta calidad moral e Intelectual, a cuyo propósito un autor estadounidense señala que: "Desde 1885 más del 90 por ciento de todas las judicaturas federales han sido llenadas con miembros -en muchos casos miembros activos- del mismo partido del Presidente que los escoge" ². Seguramente esta referencia llamará profundamente la atención y aún la disconformidad de muchos, debiendo por lo tanto ampliarse la Información.

En los Estados Unidos, es el Presidente de la Nación el que designa a los magistrados de la Suprema Corte con la aprobación del Senado, nombramientos que generalmente recaen sobre miembros del partido político al que pertenece el Presidente, quien difícilmente podría incurrir en el error de escoger

1) Ob. cit., Pág. 272.

2) PELTASON, Jack W., GOVERNMENT BY THE PEOPLE, 5*. ed., Englewood Cliffs, N. J., Prentice Hall, Inc., 1963, Pág. 31.

a profesionales carentes de moralidad y de alta competencia, por el contrario, asume el máximo cuidado para seleccionar a los mismos, no sólo movido por razones morales o éticas, sino además por factores de control totalmente objetivos: "Cuando tiene lugar el nombramiento de cualquier magistrado de la Corte Suprema -y, sobre todo, de su Presidente-, la propuesta del Presidente de la República, antes de ser aprobada por el Senado, es objeto de una investigación por parte del Colegio de Abogados (*American Bar Association*) y del FBI, siendo **publicados** sus resultados. Incluso antes de la aprobación del Senado -cuyas audiencias son públicas y suscitan un gran interés- los medios de comunicación suelen efectuar sus propias investigaciones y presentar a la población un historial completo de los candidatos"¹.

De esta cita, salta con nitidez a la vista, que para el buen funcionamiento del sistema de nombramiento por el Ejecutivo, se requiere de una nación con una muy larga tradición democrática, en la que las reglas del juego -constitucionales y legales- estén claramente preestablecidas y sean totalmente respetadas; de instituciones robustas y sólidamente constituidas, capaces de autovalorarse y de realizar -en el caso que nos ocupa- investigaciones imparciales, serias y totalmente confiables por la comunidad; y, una alta formación cívica y política de los partidos políticos y de la ciudadanía, los primeros ofertando a la sociedad a sus mejores cuadros de profesionales en el Derecho, pues la reputación de estas organizaciones, a la que a alguna de ellas pertenece el Presidente, está en juego; y, la segunda, la ciudadanía, con suficiente formación cívica y política, otorgando siempre el fallo definitivo, que no es formal o retórico, sino que se expresa en las urnas democráticas, ya sancionando o premiando en su debido momento.

Por eso, el profesional, miembro de un partido político, nombrado magistrado de la Suprema Corte, somete su actuación desde el día de su juramento sólo a la Constitución y a la leyes, abstrayendo el vínculo con el Presidente que lo eligió, garantizando de esta forma la independencia y el prestigio-que es real en ese país- del Órgano Judicial, tal como se señala en el trabajo del Centro para la

Administración de Justicia, que entre algunos ejemplos que ofrece hace recuerdo que "(...) durante el mandato del juez Burger, dicho tribunal adoptó la resolución de ordenar que el presidente Nixon, quien le había nombrado para este alto cargo, entregara al Congreso las grabaciones sobre el caso Watergate, pieza capital para el procedimiento del *impeachment* y la dimisión ulterior del Presidente"².

1) José M«. Rico, "Independencia Judicial" Ob, cit, Pág. 46.

No obstante, aún en las sociedades con democracia altamente avanzada, el sistema de elección por parte del Ejecutivo no deja de ser cuestionado. Así la Asociación Americana de Abogados de los Estados Unidos, consideró en su momento, que debía imponerse la designación de magistrados atendiéndose los méritos por encima de la amistad personal o la filiación política, debiendo a este efecto ser esa Asociación la que participe en dichos nombramientos, pues los juristas serían los más autorizados para calificar la capacidad técnica de los aspirantes.

2.- DESIGNACIÓN POR EL LEGISLATIVO.-

Los partidarios de este procedimiento, sostienen que éste es el más dotado de legitimidad, en la medida que siendo los congresistas quienes encarnan la representación popular, son los únicos autorizados para realizar tales nombramientos, pues en el fondo se operaría una especie de elección popular indirecta a través de los parlamentarios.

Antes de ingresar al análisis en sí de este modo de nombramiento, lo cierto es que es el predominante en la América Latina, aunque en los últimos años empiezan a despertar otros procedimientos, como el añejamiento predicado referido a la denominada "carrera judicial", expresada institucionalmente en la creación y funcionamiento del Consejo de la Judicatura o de la Magistratura, con sus conocidas dependencias del Escalafón Judicial y las Escuelas o Institutos de Estudios Judiciales entre otras, sistema e instituciones de los que luego nos ocuparemos.

La mayor parte de los estudiosos de la materia, coinciden en señalar que no obstante las deficiencias existentes en el nombramiento por parte del Legislativo, es siempre preferible a la designación realizada por el Ejecutivo, en la medida que se lo supone más democrático y de participación plural.

Empero, son varios los cuestionamientos que se realizan a este método de selección, desde los de mayor contenido general, como aquél por el cual "cualquier procedimiento de nombramiento de magistrados que dependa del arbitrio exclusivo de alguno de los Órganos del Estado, no deja de ser intervencionista y por lo tanto desaconsejable, razón por la que se están creando en los países latinoamericanos instituciones con reconocidas atribuciones específicas de seleccionar a los magistrados"; u, objeciones de contenido crítico de mayor especificidad, sosteniendo que no obstante haberse descartado Implícita o explícitamente la intervención del Ejecutivo en estos nombramientos, asignados constitucionalmente al Legislativo, en aquellos países en los

que el Parlamento es débil y sometido al Ejecutivo, los magistrados son elegidos -se sostiene- de conformidad a las directrices impartidas no por la Constitución, sino por el Gobierno, producto, precisamente, de la fragilidad del sistema democrático, de tal manera -se añade- que el método de designación por el Legislativo, concluye en la realidad, **en** el nombramiento por el propio Ejecutivo con la aprobación formal del Parlamento. Esa es la característica más común en los países latinoamericanos que han adoptado este sistema, estableciéndose en consecuencia que entre los procedimientos de nombramiento por el Ejecutivo y el Legislativo sólo existen diferencias de matices, salvo la existencia de un sistema parlamentarista fuerte.

En el caso concreto boliviano, haciendo obviamente abstracción de los regímenes de tacho, de acuerdo a la Constitución de 1967, el Senado Nacional tenía la atribución de conformar las ternas de los aspirantes a Ministros de la Corte Suprema, para ser luego remitidas a la Cámara de Diputados a efecto de precederse a la correspondiente elección.

A este propósito, ofreciendo un dato referencia! que evidencia la inexistencia de un verdadero "sistema" de nombramiento de magistrados en el país, es ilustrativo señalar que en la instancia de la penúltima designación de Ministros de la Corte Suprema, en la que el autor participó, pronto se constató la inexistencia de disposición legal alguna que señale el camino de cómo, con qué método, con qué parámetros o indicadores, debería comenzarse a conformar dichas ternas en el Senado, -aspecto que con seguridad se tropezó también en la última conformación de ternas-, ante cuya situación y a efecto de encontrar una solución, se encomendó a una de las Comisiones senatoriales, de la que el que escribe este libro era su Vicepresidente, para que proceda a elaborar una convocatoria pública para el caso, estableciéndose entre algunas puntos -de los que recuerde- que dentro de un determinado término perentorio, todo abogado que cumpliera con los requisitos establecidos por la Constitución y las leyes, podía hacer llegar su curriculum vitae a la Oficialía Mayor del Senado, debiendo limitarse la citada Comisión a analizar la documentación presentada por los postulantes en lo atinente a los requisitos de ley y emitir posteriormente el correspondiente informe ante el plenario camaral. Paralelamente se resolvió, como en la actual legislatura, que las diferentes bancadas parlamentarias "concertaran" en relación a los aspirantes, teniendo en cuenta los parámetros de capacidad, experiencia y probidad. Pronto se comprobó que tales requisitos no eran de sencilla evaluación, debido justamente a la inexistencia de una metodología de medición refrendada por ley e institucionalizada para el caso. De todos modos, el pleno del Senado procedió mediante voto escrito y secreto a la conformación de las ternas "meritadas" (misteriosa palabra que hasta ahora no puedo encontrar en ningún diccionario de la lengua castellana).

Lo acabado de ser referido, demuestra sin lugar a dudas la inexistencia de un verdadero "sistema" en la designación de magistrados de la Corte Suprema, aspecto negativo cuyas consecuencias van en directo detrimento de los tres Órganos del Estado, de los partidos políticos y consecuentemente del sistema democrático. Por tal motivo, en su momento, para mitigar este procedimiento imperfecto de nombramiento de magistrados por el Parlamento, se introdujeron dos fórmulas de solución: el "consenso" entre las representaciones partidarias y los "dos tercios" de voto en la elección parlamentaria, fórmulas de buena voluntad que en los hechos demostraron ser insuficientes por su imposibilidad de suplir un inexistente sistema estricto de nom-

nombramiento de jueces y magistrados que conlleve la aplicación de métodos propios para esta materia.

La fórmula de los dos tercios, si bien podía tener su lado positivo en la intencionalidad de ampliar el pluralismo político, nunca dejó de ser una solución coyunturalmente relativa y expuesta a los vaivenes de la correlación política. Estas observaciones no se me ocurren realizarías "contraseguro" y una vez transcurrido el tiempo, expresé mis reparos a dicha solución en pleno ejercicio de la senaturía y mediante diferentes órganos de prensa, conforme se aprecia en el diario "Opinión" de la ciudad de Cochabamba del 4 de marzo de 1993, con el titular de "Senador cuestiona la elección de magistrados por 2/3 de votos- No resguarda independencia de la justicia", oportunidad en la que se advierte que los dos tercios, contribuían más bien a exacerbar y profundizar la participación de los partidos políticos en la designación de los administradores de justicia.

Me permití proponer en todo caso, como solución de fondo a esta problemática, tanto en el Consejo Nacional de Reforma y Modernización del Sistema Judicial, del que era miembro, y en el propio Senado, la creación del Consejo de la Judicatura, habiendo a este propósito presentado un proyecto de reglamentación referido a este Consejo, conciliando disposiciones con la Constitución Política del Estado a fin de no ingresar en contradicción con ella, proyecto que por diversas razones no prosperó. No obstante, el tiempo y los hechos han terminado otorgándome la razón en cuanto a la creación de este instituto.

Los defectos que acaban de ser anotados y ejemplificados, se repiten de una o de otra forma en la mayor parte de los países latinoamericanos, posiblemente -como ya lo decíamos- debido al poco desarrollo democrático alcanzado, de ahí que debido a estas razones, se intenta superar estas deficiencias con la creación del Consejo de la Judicatura, tratando de introducir por primera vez en nuestro país un verdadero sistema de nombramientos, que iremos considerándolo en páginas posteriores.

3.- LA ELECCIÓN POPULAR.-

En este renglón cabe una aclaración. Los dos procedimientos de nombramiento acabados de exponerse, se refieren conforme lo anticipamos, sólo a los magistrados de las Cortes Supremas o Tribunales Supremos. Señalamos también, que no obstante ser considerada la elección de magistrados mediante el voto popular, como la investida de mayor legitimidad, no es precisamente la practicada, pero como quiera que ha sido hartamente formulada a nivel conceptual y además aplicada en algunos países para designar exclusivamente a miembros de tribunales inferiores y jueces, encontramos conveniente referirnos por analogía a esta forma de elección dentro del contexto de los sistemas generales de designación.

Este sistema, como los otros, está sujeto a criterios encontrados, unos que lo elogian y otros que lo rechazan de modo terminante. Los primeros, consideran que la elección no sólo de jueces sino también de magistrados mediante el sufragio popular, no es más que la realización práctica de la voluntad del pueblo tal como se la efectiviza en la constitución de los otros dos Órganos del Estado y, en dicha visión, no existe método de selección y nombramiento alguno que se le pueda equiparar en cuanto práctica democrática, la misma que además, entrañaría en el fondo, una implícita forma de control y de responsabilidad social en la administración de justicia.

En varios estados de los Estados Unidos y cantones de Suiza, la elección popular de componentes de tribunales inferiores y jueces, se la practica con verdadero éxito, debido -según sostienen sus propugnadores- a la alta formación cívica de los ciudadanos, quienes están suficientemente capacitados para saber escoger adecuadamente a los hombres de la justicia.

En cambio los impugnadores de este sistema, entienden que no puede existir otro más desastroso que éste. si se tiene en cuenta que el administrar justicia exige de un bagaje de conocimientos técnicos, que el elector popular está imposibilitado para evaluarlos con simples criterios políticos y, limitado para apreciar la idoneidad y competencia de los candidatos, que al tener tal condición, tienen necesariamente que ser promocionados por algún partido político, ingresando en la vorágine de las campañas electorales, con todos los vicios que ella entraña, como la "venta de imagen" a través del inevitable uso de la técnica subliminal en los medios de comunicación masivos, las ofertas electorales, los discursos desmesurados y cuando no demagógicos, las intrigas y todas las aberraciones que conlleva una "contienda electoral", lo cual descalifica desde un principio la administración de justicia, cuyos candidatos ganadores, por haberse comprometido a fondo en la "refriega electoral" con los jefes y militancia partidaria, estarán sino supeditados, mínimamente "comprometidos" con el partido político que luchó junto a él y financió la campaña electoral.

Desde luego que en los países sin tradición democrática, con instituciones frágiles, con partidos políticos cuestionados y con una ciudadanía que emite su voto más por obligación, que por credibilidad a la oferta electoral, no creemos ni remotamente que este sistema pueda tener la más mínima posibilidad de éxito.

En Bolivia, posiblemente ante la desesperación de observar una administración judicial deteriorada, no han faltado propuestas de hombres públicos para elegir a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia mediante el sufragio popular, a cuyo propósito un articulista de un periódico de circulación nacional decía: "(...) volviendo al tema de la elección de magistrados bolivianos por sufragio popular, nos parece el peor absurdo que se haya podido decir; pues la influencia política en tales elecciones llegaría a los extremos más inconcebibles y cualquier abogadillo mediocre y pobre de espíritu acabaría encumbrándose en el sillón del juzgador para hacer barbaridades"¹.

De todos modos, no está demás decir que este sistema fue practicado en el pasado en algunos países de la América Latina: "Por ejemplo, la Constitución Argentina de 1873 establecía que los Jueces de Paz de la provincia de Buenos Aires fueran electos popularmente y la Constitución Hondurena de 1894 determinaba un método similar (...) En Costa Rica, la Constitución de 1844 abolió el sistema anterior, según el cual se estipulaba la elección popular de todos los miembros de la Corte Suprema (...) La Ley de Organización Judicial de 1852 -de ese país- exponía lo siguiente con respecto a la elección popular de los jueces: "(...) (ya que) el Poder judicial como todos los poderes que rigen la sociedad, es una emanación directa de la soberanía del pueblo, preciso es convenir que el ejercicio de este Poder debe ser encargado a las personas que el mismo pueblo designe como más aptas para depositar en ellas su confianza, y este resultado sería imposible obtenerlo, negándole la

1) JUSTO DEL RIO. En: "Los Tiempos", Cochabamba, 18 de mayo de 1991, Pág. A5.

facultad de elección. La pequeñez de nuestras poblaciones, el contacto inmediato de todas las clases de la sociedad y el trato continuo que por nuestras circunstancias locales se observa en todos los habitantes de la República, hace a estos más capaces de conocer las personas en quienes pueden depositar el cuidado de su vida, de su honor y de sus propiedades. Hay más, eligiendo el pueblo a los Magistrados, los fallos y providencias del Tribunal Superior no serán recibidos con resignación sino con gusto, y no se hará responsable al Gobierno, como hoy sucede, de actos que en ninguna parte tiene ni ha podido tener"¹.

Desconocemos las causas por las que se ha abandonado en dicho país este sistema, pues es evidente que el reducido territorio con que cuenta, la relación íntima de sus localidades, la casi familiaridad de sus pobladores y otros elementos de orden cívico y de organización del Estado propios de Costa Rica, se convierten en elementos eficientes para la vigencia de la elección popular, referencia que no hace más que reiterar el carácter totalmente relativo de los sistemas de nombramiento; en todo caso y en términos generales, lo cierto es que el sistema de elección popular es incompatible con el de la carrera judicial, ya que a través de la elección popular siempre está latente la posibilidad de que la autoridad jurisdiccional quede fuera del cargo.

En este último orden de situación, se ofrece un caso especial en relación al sistema vigente en el Japón, pues si bien es cierto que el Presidente del Tribunal Supremo es nombrado por el Emperador luego de la decisión adoptada por el Consejo de Ministros y, que los restantes catorce magistrados de dicho Tribunal son nombrados por el citado Consejo, el artículo 79, párrafo 2 de la Constitución del Japón, establece el sistema del voto popular, desde luego no ya para elegir a los señalados Magistrados, sino para ejercer la importante función del control popular sobre la administración de justicia, al disponer que: "Los nombramientos para el desempeño de las funciones del juez del Tribunal Supremo **son sometidos al control del pueblo** en las primeras elecciones generales para la Cámara de Representantes, que siguen a estos nombramientos. Son sometidos nuevamente, cada diez años, al control del pueblo, cuando se celebran elecciones generales para la Cámara de Representantes"², habiéndose de esta forma la posibilidad siempre presente de la destitución de los jueces, más aún si se da el caso de que la Comisión de Justicia de la Cámara de Representantes, en determinadas circunstancias

1) SALAS, Luis y otro. "Carrera Judicial en América Latina", Centro para la administración de Justicia, Universidad Internacional de Florida-USA. 1990, Pág. 11.

2) Comisión Internacional de Juristas. "B imperio de la ley en las sociedades libres", Ginebra-Suiza, 1959, Pág. 327.

ejerce control sobre la justicia a través de encuestas sobre fallos judiciales notoriamente controversiales e injustos.

Ante evaluación popular de esta naturaleza, el juez se encuentra permanentemente compelido a cuidar meticulosamente sus actos y decisiones jurisdiccionales, mediante el estudio permanente y la práctica de una diáfana honradez, que le otorga el predicamento social de "buen juez", indemne a la vergüenza de ser execrado por el fallo de la opinión ciudadana. No cabe duda, que este es un procedimiento que tiende a mejorar la administración de justicia y que debiera ser tomado muy en cuenta, pues para una consulta popular sobre la calidad de la justicia, no necesariamente tendrían intervención los partidos políticos, ni el Parlamento, pues se lo podría poner en práctica a través de los gremios profesionales correspondientes y de las organizaciones más representativas de la sociedad, con financiamiento estatal obligatorio.

Definitivamente, tal como se puede apreciar, la relatividad en este rubro concreto es también el común denominador, pues así como en unos países este sistema puede ser perfectamente admisible, en otros puede ser verdaderamente desastroso; incluso, dentro de un mismo país, en un tiempo determinado puede ser bien recibido, pero posteriormente puede ser terminantemente rechazado; empero, está comprobado -tal como se señaló- que en los Estados Unidos y en Suiza, este sistema ha dado buenos resultados, debido indiscutiblemente a la larga trayectoria democrática existente en ambos países reflejada en una elevada formación cívica, en la que buena parte de los ciudadanos tiene criterios adecuados para evitar ser engañada y claridad objetiva para saber por quién y por qué debe votar.

4.- EL SISTEMA DE LA CARRERA JUDICIAL-

Luego de haber sido tratados de modo somero los métodos más generales de nombramiento de magistrados, es necesario prestar atención a la carrera judicial, la cual no puede menos que englobar en su ámbito, no solamente a magistrados, sino también a los componentes de tribunales de instancia y jueces, aunque también se suele contemplar al personal auxiliar de la administración de justicia.

Gran parte de los estudiosos de la administración de justicia, sostienen que la carrera judicial constituiría el único medio para garantizar la independencia judicial y lograr de ese modo la calificación del funcionamiento judicial; no obstante, tal como señalan dichos especialistas, "muy pocas veces se define lo que se entiende por "carrera judicial" y aún menos se determina su alcance", correspondiendo por lo tanto, mínimamente y en primera instancia, establecer un vago concepto que trate de aproximarnos al sentido de lo que por carrera judicial ha de entenderse. "Así la carrera judicial se considera como: (...) una organización jerárquica de tribunales con distintas responsabilidades y remuneraciones que se nutre como norma general de personal que Ingresa al sistema en un momento relativamente cercano a su graduación de bachillerato en leyes con la Intención general de dedicar su vida profesional a la judicatura. Este personal, con el transcurso del tiempo, va ascendiendo por el escalafón jerárquico y salarial de acuerdo a los mecanismos y criterios que para este propósito se establezcan"¹.

También es posible aproximarse al concepto, señalando que la carrera judicial consiste en la permanencia continua y estable de una persona que

presta servicios en el Órgano Judicial, de conformidad a la vigencia de normas precisas que reglan su selección, ingreso, nombramiento, permanencia, ascenso y retiro, desde su condición de auxiliar o funcionario administrativo de la justicia, hasta la de juez o magistrado.

En cuanto al origen de la carrera judicial, es necesario realizar algunas puntualizaciones, pues no es suficiente generalizar afirmando que ésta tenga ascendencia europea, ya que en dicho continente no existe uniformidad en esta materia. En efecto, así como existen diferencias y aún divergencias sobre muchos tópicos entre los dos grandes sistemas jurídicos, el correspondiente a los países del *common law* o derecho anglosajón y el perteneciente al derecho romano, de igual modo las hay entre los mismos, respecto a los sistemas de selección, nombramiento, promoción y retiro de magistrados, jueces y personal auxiliar de la justicia.

Así, de acuerdo al derecho anglosajón, los jueces son reclutados escogiendo a los abogados y catedráticos de las Facultades de Derecho que tengan cierta experiencia y honorabilidad reconocida, el prestigio y autoridad moral implícita en el ejercicio del cargo les garantiza la inamovilidad, una óptima remuneración y su independencia en la administración de justicia, tal como sucede en Inglaterra, Estados Unidos y otros, con sus correspondientes variantes o peculiaridades, algunas de las cuales fueron señaladas en páginas anteriores.

En este sentido, en el sistema del *common law*, no existe carrera judicial, así en los Estados Unidos, el Presidente puede nombrar como magistrado

1) MARTÍN, J. Fernando. "Estudio sobre la escuela y la carrera judicial". En Revista de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, W 12.1977,158.

de la Corte Suprema a un abogado que haya ejercido o no la profesión, a un catedrático universitario, a un miembro de su gabinete, a un senador, a un gobernador de cualquiera de los estados, o cualquier funcionario político o administrativo, sin que exista el sistema de ascensos de miembros de tribunales inferiores hasta llegar a la Corte Suprema. Esta práctica es adoptada, bajo la concepción de que los jueces que llegan por ascenso, se caracterizarían casi siempre por ser rutinarios en la aplicación de la ley; y, que los abogados que tienen su origen en la práctica profesional del bufete, generalmente pensarían en términos de los grandes intereses económicos.

En cambio, en el régimen correspondiente al derecho romano, rige la carrera judicial, presentando diversos matices según los países, siendo característico la vigencia de concursos de méritos, exámenes de oposición, una escuela, instituto o centro de especialización judicial y un Consejo operador del sistema generalmente denominado de la Magistratura (Consejo de la Judicatura en Solivia), vigente fundamentalmente en Italia, Francia, España y muchos otros países.

En consecuencia, en los países del *common law*, no existe carrera judicial, mientras que en el régimen del derecho romano, rige la misma, lo cual no deja de parecer extraño, pues es notorio que los países de la América Latina, normalmente adscritos al sistema romano, en este campo sigan más al modelo anglosajón, situación que sin embargo, ha empezado a cambiar

últimamente en muchas naciones latinoamericanas con la creación del Consejo de la Judicatura, considerándose a Venezuela el precursor en esta materia con la creación del Consejo de la Judicatura.

No obstante que en páginas siguientes incidiremos en las peculiaridades de la carrera judicial, se podría adelantar de un modo general, que existen dos clases de carreras: la carrera estricta, caracterizada por la existencia de instituciones sólidamente organizadas, encargadas de otorgar obligatorio cumplimiento a métodos rigurosos y aún severos, como la exigencia de exámenes públicos de oposición y otras peculiaridades que serán luego descritas; y, una carrera imperfecta, conocida también como "mixta", que tiene como característica fundamental la de poner en práctica una especie de concurso de méritos en función de la evaluación de créditos y calificaciones obtenidas por el postulante.

En realidad, en nuestro país, no rige un "sistema" propiamente dicho de recluta o ingreso, formación, selección, nombramiento, ascenso y retiro de jueces y magistrados, siendo genéricas, como no podía ser de otra manera, las normas contenidas en la Constitución de 1967 y limitadas las existentes en la Ley de Organización Judicial, lo cual equivale a significar que no contamos con una verdadera carrera judicial, situación que ha motivado la creación del Consejo de la Judicatura mediante la última reforma de la Constitución. Por eso se habrá podido notar, que inicialmente y entretanto no desarrollábamos con mayor amplitud el concepto de la carrera judicial, habíamos venido utilizado de modo indiscriminado y casi ambiguo, las expresiones, método, procedimiento, sistema, modo y hasta forma, como si fueran términos equivalentes, para hacer alusión a las 'maneras' de designación de magistrados y jueces en Bolivia.

Ahora bien, dentro del estudio del tema referente a la carrera judicial, y sobre la base de lo aclarado, es de observar que en nuestro medio se ha insistido de modo casi tradicional, pero retórico a la vez, en la necesidad de buscar la **apoliticidad** y la **profesionalidad** 'judicial' de los administradores de justicia para el logro de la independencia judicial y su eficiente administración, permitiéndonos reiterar que no por tal insistencia tenga que pensarse que hubiese regido en nuestro país una carrera judicial en el sentido exacto del concepto, razón por la que antes de ingresar en el análisis de la diversidad de métodos formulados para la recluta de jueces y magistrados dentro del sistema institucionalizado de la carrera judicial, es necesario dedicar cierta atención a los dos subtemas precitados: la apoliticidad y la profesionalidad.

a.- El juez apolítico o "aséptico".-

De igual manera, en este rubro, existen diferencias de concepción y de la práctica entre los sistemas del derecho anglosajón y del correspondiente al romano.

Dentro del primero, es absolutamente normal que un profesional de leyes, aspirante ya sea a la magistratura o a la judicatura, sea miembro de un partido político o que haya actuado en asociaciones o sindicatos, siendo en todo caso apreciados estos elementos como verdaderos indicadores de relacionamiento y vivencia social, aspectos exigibles por estas sociedades a los postulantes para efectos de una aplicación de la ley con certero conocimiento del medio social y suficiente humanismo y no sólo tecnicismo, factores éstos, que ya los referimos al tratar el nombramiento de magistrados en los Estado Unidos de Norteamérica.

En cambio, dentro del derecho romano, es tradicional entender que para garantizar la independencia judicial y asegurar la imparcialidad del administrador

de justicia, necesariamente éste debe ser apolítico, debiendo prevalecer para su nombramiento su capacidad técnica -entre otros requisitos-; en este sentido, siguiendo el importante estudio del Centro para la Administración de Justicia de la Universidad Internacional de Florida-USA., se ilustra que con esta concepción se hace alusión al juez "no vinculado" o "ideológicamente no contaminado", es decir se habla de un juez "aséptico".

En Bolivia, el 9 de julio de 1991, se suscribió un acuerdo entre los jefes de los diversos partidos políticos con representación parlamentaria, estableciéndose en alguno de sus puntos la elección de los ministros de la Corte Suprema por dos tercios de voto y acordándose subyacentemente, que los electos para la judicatura y magistratura, necesariamente deberían ser políticamente independientes, es decir, no sólo carecer de militancia, sino incluso no estar identificados o tener afinidad con organización partidaria alguna, -aspecto desde luego no previsto en la Constitución.

Para los que seguimos vivencialmente la problemática en estudio, en primer lugar, acuerdos de esta naturaleza nunca dejan de preocuparnos, por más buena voluntad que los puedan inspirar, pues implícitamente estos convenios despojan de sus atribuciones privativas a los Órganos del Estado, en este caso a las del Parlamento, lo cual, entraña un alto riesgo y contrasentido en democracia, que luego se paga con el elevado precio del debilitamiento de las instituciones fundamentales del país y, además, carecen de autoridad constitucional y legal; pero en el caso concreto de la apoliticidad exigida, nunca dejó de pareceros esta medida alejada de la realidad, pues los aspirantes apolíticos electos, no pueden, por naturaleza humana, ser enteramente "asépticos" en el sentido del término que aquí se emplea, más allá de los méritos de tecnicismo o notabilidad que puedan exponer. Por eso, en el trabajo de campo del CAJ en mención, en el que se cita a dos prestigiosos tratadistas, se señala: "Obviamente, como observan Zaffaroni y Larrandart refiriéndose a la realidad latinoamericana, no hay vocación de juez "aséptico". El modelo generador de tal tipo de juez suele ser un sistema de administración de justicia que fomenta la formación de este perfil. Además, ya se ha visto cómo la historia del continente contradice la existencia del Juez no vinculado, concepción que suele ser defendida por los sectores más Ignorantes, burocráticos e incluso antidemocráticos de la sociedad" ¹, luego en pie de página se acota: "Según estos dos autores la experiencia latinoamericana Indica que (...) toda actitud tecnocrática o aséptica permite pasar sin mucha dificultad el tránsito de un gobierno 'de tacto' a uno constitucional (...) posiblemente

1) CENTRO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE FLORIDA-USA. Luís Salas y José W Rico, "Independencia Judicial" Ob.cit, Pág. 39.

el carácter "neutral" y técnico del juez, al mantenerle alejado de las realidades sociales, pueda explicar el papel pasivo -e incluso cómplice-desempeñado por este funcionario en algunos países latinoamericanos durante las épocas de dictadura"¹.

Pero a esta altura del análisis, es hora ya de establecer la diferencia entre política y partidismo. Desde ya, el principio mismo de la tripartición de los Órganos del Estado, es en esencia un concepto político, del que emana, como ya se tiene dicho, la concepción de la independencia del Órgano Judicial, rama del Estado, de la que se dice, que es considerada la única, de entre las tres, que no busca ejercer el poder ", y que en tal contexto de excepción únicamente la apoliticidad del *poder* Judicial sería la que la resguarda en su autonomía e independencia, concepto que sería extensible a la apoliticidad individual de magistrados y jueces, de tal manera que siguiendo esta corriente de opinión, sus sostenedores, enfatizan que la apoliticidad y la independencia se expresan en un clásico silogismo judicial: "la premisa mayor es la ley, la menor el hecho que se juzga, y la consecuencia la decisión judicial", a cuyo propósito Luís Salas y José M^a Rico, expertos internacionales en el estudio de la administración de los sistemas judiciales, sostienen que si bien es evidente que la ley puede entrañar una importante garantía para el logro de la independencia judicial, al mismo tiempo se corre el riesgo de que los jueces, fijados en la ley, queden en un aislamiento de la realidad social que es el escenario real donde se localizan los problemas y contiendas que los tribunales deben resolver y, luego, de modo expreso señalan: "De esta manera el Poder Judicial se encuentra ante una paradoja de gran trascendencia. Para ser autónomo, el juez debería ser apolítico, pero, por otra parte, para cumplir satisfactoriamente con su misión, no debería quedar desvinculado de la sociedad y de los numerosos condicionamientos que ésta genera ³. Justamente, **esta deseada vinculación del juez con la sociedad y con los problemas generados en ella**, es lo que caracteriza el sentido y la actuación política del juez, o dicho de otra manera, el juez así vinculado, es el juez auténticamente político, siendo ésta la razón por la que en el sistema anglosajón, no sólo que supuestamente se haga abstracción de la condición política del juez, sino más bien totalmente a la inversa, se la llega a considerar un requisito útil y aún necesario para el ejercicio de la magistratura y de la judicatura,

1) Ob. cit, Pág. 39.

a) Concepto relativo, pues recuérdese que de acuerdo a la Constitución, el Presidente de la Corte Suprema puede acceder a la Presidencia de la República en ausencia del Primer Mandatario, del Vice Presidente de la República, del Presidente del Senado o de la Cámara de Diputados, situación en la cual dicha autoridad Jurisdiccional puede ingresar de lleno en la agitación por la captura del Poder.

3) *Ibidem.*, Pág. 12.

pues en fin de cuentas, el juez no es más que el resultado de las circunstancias objetivas y subjetivas existentes en la sociedad en la que desarrolla sus actividades, de ahí que sus resoluciones no están sujetas únicamente a la interpretación mecánica y lógico-formal de la ley, sino que además dependen de la concepción y valores del administrador de justicia que las

dicta, en cuyo sentido podría decirse que la ley es el referente general, pero no el único.

En este sentido, el juez nunca puede dejar de ser político, y lo es, porque al aplicar la ley a un caso concreto, más allá de la valoración que sobre la misma posea, está tomando una decisión sobre la base y respeto de un instrumento legal elaborado por el legislador, quien en función de cuerpo orgánico -el Legislativo- obra siempre políticamente y el juez se convierte en ejecutor y propagandista de ese resultado político que no es otro que la ley, por eso es que con sagacidad se ha dicho que "la Justicia es la continuación de la política por otros medios"; de ahí que con esta visión, los dos señalados autores refieren que en una entrevista realizada en Venezuela a un Magistrado, éste había declarado de modo terminante que: "En cuanto a la influencia política, no la hay. **Yo soy un juez con credo político, no pertenezco a la selecta especie de los independientes. Soy un hombre con compromisos e intereses, ejerciendo con toda la conciencia y afán**"¹-"; y el lustre doctor Luis Paz, nos aclara aún más el concepto, cuando refiriéndose a un capítulo de la historia de la justicia boliviana, a propósito de la falsa concepción que sobre política poseen algunos magistrados, jueces y fiscales, señala de modo elocuente la diferencia existente entre el ejercicio de la política menuda o sumisamente partidista y la política de alto nivel cívico, expresando de modo brillante que: "Ocurre que los jueces y magistrados, cual si tuvieran un concepto vulgar y falso de la política, no la conciben sino banderiza y personalista, que es la que malea la justicia. De ahí que jueces timoratos huyen del campo político, hasta la abstención total, hasta renunciar a los derechos y deberes de ciudadanos, hasta evitar todo juicio, toda palabra de opinión, creyendo comprometer su probidad, o quizá comprometer su empleo, si su juicio no fuera favorable a los hombres del poder"² y luego agrega de modo fulminante... "De ese falso concepto de la política estrecha y de personas, que debe recibir el anatema de toda conciencia honrada; de esa idea servil y abyecta que conduce a los funcionarios públicos al arribismo que los degrada y envilece, hasta pensar que toda la política está concentrada en el gobierno

1) Ob. cit., Pág. 40.

a) El subrayado es nuestro.

2) Ob. cit., Pág. 216.

que manda y reparte los empleos; de esa idea perniciosa y humillante, nace la actitud de los fiscales, que olvidan los elevados fines de su tutelar institución, y abandonando sus sagrados deberes de proteger la sociedad, se dirigen airados contra todo ciudadano que no figura en las filas oficiales, no sólo para deprimir sino aún para ahogar el ejercicio de las libertades públicas"¹.

En definitiva y en esencia, como todos los hombres, el juez es de naturaleza política, lo cual se dirá que no es ninguna novedad desde que Aristóteles dijera que el hombre es un animal político (*zoon politikon*), pero además, **conscientemente** debe ser necesariamente político, es decir, totalmente con-substanciado con la sociedad y compenetrado de los problemas cotidianos del medio en el que se desenvuelve, pues en él y a propósito de él, tendrá que actuar y emitir sus decisiones; pero incluso, y he aquí lo delicado del problema, no puede prohibírsele ser miembro de un partido político, pues tal

negación representaría una especie de parcial muerte civil del individuo por el pecado cívico de formar parte de un partido, 'presumiéndose de antemano su culpabilidad inexistente' no obstante su elevada versación y talento jurídicos, lo cual significa un monumental absurdo y la auto negación y descalificación que de sí mismos realizan los partidos políticos, olvidando que al ser las entidades llamadas para constituir los Órganos del Estado, sus miembros no pueden estar vetados o limitados inconstitucionalmente para el ejercicio de la función pública, como es la jurisdiccional, salvo que en esta maraña de auto-negación incomprensible prime una descomunal simulación.

En todo caso, el acceso de un miembro de un partido a la judicatura o a la magistratura, debiera estar condicionado a que el ciudadano declare públicamente y con altivez esa su condición política, a efecto de actuar cristalinamente, y, así, adjudicarse, en un caso reprochable, responsabilidades políticas a la organización partidaria correspondiente, con efecto público de sanción popular automática en las urnas, y, poniendo en marcha de una buena vez los mecanismos de control social propuestos últimamente en el país; pero además, desde el momento de su posesión en el cargo, sin coartarse el derecho político a ser miembro de un partido, deje de ser "militante" partidario y se convierta en servidor de la Constitución, de la sociedad, escuchando sólo los dictados de su conciencia, lo cual fortalecería no solamente al Órgano Judicial o a las entidades políticas, sino fundamentalmente, al orden constitucional de Derecho, proyectando de esta forma una imagen de credibilidad del país en la comunidad de las naciones y garantías de inversión externa.

1) Ob. cit, Págs. 217-218.

De esta manera, creemos que están delimitados los linderos entre el juez político, es decir, el vinculado con su medio y sus complejos problemas, culto, leído y con profunda convicción cívica; y, el magistrado o juez, "militante" partidario, que tal como el soldado, sólo sirve para recibir "órdenes superiores", sin descontarse la figura abyecta de aquél que por mantenerse en el cargo, no trepida en poner sus servicios a la orden del nuevo partido instalado en el gobierno, traicionando los principios del anterior, situaciones estas dos últimas, que devienen indefectiblemente en la pérdida de la independencia orgánica o externa de la rama Judicial.

b.- La profesionalidad.-

La profesionalización, -expresión empleada entre los estudiosos de la administración de los sistemas judiciales- como referente primordial para la escogencia de jueces y magistrados, aparentemente constituye un tema que no está sujeto a mayor discusión, no obstante, por su amplitud y complejidad, no deja de ser controversial en su existencia y en su análisis. Pero además, por estar este asunto imbricado con la carrera judicial y el Consejo de la Judicatura, por razones metodológicas, serán referidos únicamente algunos de sus componentes, los que en páginas siguientes serán completados y ampliados para otorgar mayores elementos de juicio a la problemática central atinente a la carrera judicial.

A la luz de la profesionalidad, concebida ésta, como el criterio determinante para la recluta de jueces y magistrados, se ha modelado el perfil un tanto indeterminado de un "juez-funcionario de carrera", que por ser tal, debe ser independiente ", palabra ésta a la que ya le dimos su sentido en el epígrafe precedente. Pero para avanzar un poco más en el concepto, la expresión "profesionalidad" en este caso, entraña necesariamente la existencia de la carrera judicial, esquematizada en un orden jerárquico de categorías de su personal, categorías por lo demás, dependientes internamente unas de otras y, por cuyas reglas, los postulantes a jueces, previamente a su nombramiento, ingresan a una escuela o centro de especialización judicial, promocionándose en ella mediante pruebas de conocimiento técnico, siendo seleccionados

a) A propósito de esta palabra, en el edificio del periódico "Los Tiempos" de la ciudad de Cochabamba, existe una placa de bronce, conteniendo un honesto cuanto certero mensaje de su fundador don Demetrio Canelas, escrito el 16 de septiembre de 1943, señalando:

"No quisiéramos decir que este diario es independiente. La palabra independiente ha adquirido en la lexicografía de esta época un sentido que sugiere cierta doblez calculada, cierta ausencia de determinación concienical para estar al alcance de toda conveniencia.

Este es un diario libre, lo que es algo diferente."

posteriormente a través de concursos de méritos y exámenes de oposición, para luego ser nombrados en el cargo jurisdiccional, garantizándoseles su Inamovilidad, promoviéndolos y ascendiéndolos y finalmente, a la culminación de su carrera, acogidos a un régimen de retiro, trayectoria ésta efectivizada y evaluada mediante criterios, sino exclusivamente, prioritariamente profesionales. Es precisamente a esta sistemática, a la que se la ha considerado como el "único" medio para garantizar la eficiencia, autonomía e Independencia de la justicia, criterio que nos parece demasiado optimista, de ahí que al referente de la profesionalidad, se le hayan hecho básicamente dos observaciones que cuestionan su posible excelencia.

La primera advertencia que se efectúa, es el hecho de haberse observado que en la búsqueda de la priorización del factor profesionalización de la magistratura y de la judicatura, se ha terminado en muchos casos en la elitización de la administración de justicia, imponiendo sistemas cerrados de ingreso y promoción, conllevando el riesgo de aislar socialmente al Órgano Judicial, convirtiéndolo "en una agencia que se renueva en virtud de intereses profesionales y de 'cuerpo' propios, que no siempre son compatibles con los intereses populares, en cuyo nombre deben juzgar" ¹. Empleando términos poco ortodoxos, pero permanentemente empleados en nuestro medio social, se advierte en buen romance, que el parámetro de la profesionalidad puede conducir a la conformación de las conocidas "roscas" tecnocráticas dentro del Órgano Judicial, con las funestas consecuencias de prever, como la conformación de consorcios oscuros, tráfico de influencias y otras aberraciones de tal especie, aunque consideramos una verdadera inexactitud concebir que dichos actos de corrupción judicial sólo se deban a la priorización de la profesionalidad. Es posible que el índice de estas anomalías se mantenga o sea igual ante la inexistencia de una carrera judicial, pero aumente o sea mucho

mayor en el caso de no existir sistemas de control externo sobre la rama judicial.

La segunda prevención que se realiza, respecto a la prioridad del requisito de la profesionalidad como indicador eficiente de validación, es que si bien es cierto que desde el punto de vista externo institucional la carrera judicial de este matiz puede constituir un instrumento que sirva para 'paliar' la influencia del poder político en la designación de magistrados y jueces; en cambio, internamente, al existir una intervención vertical de las autoridades jurisdiccionales superiores en el nombramiento y promoción de los administradores

-
- 1) ZAFFARONI, Raúl et. al. "Administración de justicia y reforma constitucional en la Argentina",
cif. CAJ, Ob cit., Pág, 44.

de justicia jerárquicamente inferiores y aún, directa o indirectamente, ejerce influencia sobre los fallos que éstos dictan, no es nada raro -tal como apunta Zaffaroni-, "que se pueda concluir en la existencia de una 'gerontología' judicial y un respeto servil por los criterios de los tribunales superiores, con grave detrimento de la independencia de la creatividad de los jueces de primera instancia"¹.

Pero además, en el importante trabajo del CAJ que venimos siguiendo, citándose a Andrés y Movilla, se asegura que: "La moderna sociología de las organizaciones ha puesto de relieve que quienes ocupan dentro de ellas posiciones jerárquicamente más elevadas "se convierten inevitablemente **en detentadores de poderes reales de carácter informal** notablemente eficaces y **difícilmente controlables**" ²". y, luego se sentencia en dicha obra que: "(...) tanto la organización jerárquica de los tribunales como la profesionalización de sus miembros **son aspectos eminentemente cuestionables del sistema de justicia**" ^{a-b}.

Estas observaciones, avaladas por trabajos de campo, no pueden ser menos que preocupantes, porque en malas, más que en buenas cuentas, advierten que la violación de la independencia judicial interna o individual, no sólo puede ser ejecutada por poderes extraños a la magistratura y a la judicatura, sino que paradójicamente, en algunos casos, el peligro puede estar incubado dentro del mismo Órgano Judicial.

Precisamente, éstas son algunas de las causas que han dado lugar en muchos países, a crear organismos especiales facultados para designar magistrados y jueces, constituyendo modelos de este caso los correspondientes fundamentalmente a Italia, Francia y España, en los que rige un organismo semejante al Consejo Superior de la Magistratura o Judicatura y que ha sido reproducido posteriormente en algunos países de la América Latina, como Venezuela, Colombia, Perú y, desde luego, incorporado un organismo similar en Solivia, a través de la última reforma constitucional.

Pero, insistiendo sobre diferencias, es notorio que mientras que en la mayor parte de los países correspondientes al régimen jurídico anglosajón, es

el principio democrático el que rige para elegir a los jueces, en los países europeos, inspirados en el derecho romano, es el concepto técnico o profesional

-
- 1) Ob. cit., Págs. 343-344.
 - 2) Ibidem, Pág. 44.
 - a) Los subrayados son nuestros.
 - 3) Ibidem, Pág. 44.
 - b) Los subrayados son nuestros.

implícito en la carrera judicial, el que prevalece. En todo caso, el tratamiento de esta problemática no termina en este punto, continuará siendo analizado en los epígrafes siguientes.

5.- FORMAS DE NOMBRAMIENTO DE JUECES Y MIEMBROS DE TRIBUNALES DE INSTANCIA.-

Dijimos que los métodos de nombramiento difieren cuando se trata de designar por una parte a magistrados y por otra a jueces. En este último caso, como en el anterior, en muchas naciones no está ausente la intervención del Ejecutivo ni del Legislativo para el nombramiento de éstos y de los miembros de tribunales de instancia, tal como sucedía en nuestro país, en el que la Cámara de Senadores, de terna elaborada por la Corte Suprema de Justicia, procedía a la elección de los vocales de las Cortes Superiores de Distrito, procedimiento que, dicho sea de paso, se mantendrá, entretanto no se promulgue la ley que regule el funcionamiento del Consejo de la Judicatura. Por lo demás, refiriéndonos siempre a Bolivia, tanto los jueces de partido, como los de instrucción, eran nombrados por la Corte Suprema de ternas elevadas por las correspondientes Cortes Superiores de Distrito, aplicándose de este modo la forma de nombramiento interno, tan criticada por las tendencias modernas de la sociología de las instituciones y de la administración de justicia, crítica que seguramente sería agravada si se añadiría a esta manera de designación intrainstitucional, la falta de un estricto sistema de nombramientos.

D.- MÉTODOS DE SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DENTRO DE LA CARRERA JUDICIAL-

Insistiendo, tal como lo hicimos en una publicación anterior¹ y corroborando lo dicho en el presente estudio, en verdad no ha sido aún ideado un sistema perfecto de escogencia de magistrados y jueces que asegure una óptima calificación en la designación de los mismos, aspecto que se repite en el epígrafe a desarrollar; pero ateniéndonos a la realidad y a lo que se tiene y se conoce en el mundo en materia de recluta de administradores de justicia y, más allá de los criterios de adherencia o de oposición respecto a los métodos expuestos hasta ahora, lo evidente es que al haber sido incorporado

en la Constitución Política de Bolivia el Consejo de la Judicatura, se ha definido con ello la vigencia en nuestra nación, de un "sistema" de selección y

- 1) PEÑARANDA TAIOA, Gonzalo. "La independencia judicial y su calificación". En: política y Constitución, Cámara de Diputados, 1991, Pág. 15 y sgts.

nombramiento de los funcionarios del Órgano Judicial, dentro del marco de la carrera judicial efectiva, a cuyo propósito es necesario repetir, que se conocen dos clases de carreras, la estricta y la imperfecta, atenuadamente denominada también "mixta".

Por lo dicho, los métodos que en realidad nos interesan analizar, son los correspondientes fundamentalmente a la carrera judicial estricta, por ser ésta la más seria y de mayor autoridad, pues el Consejo de la Judicatura ha sido instaurado en Bolivia, retomando a los causes de la línea romana, para superar las limitaciones del "asistema" existente en nuestro medio, a efecto de instaurar un sistema orgánico y confiable, que desde un punto de vista administrativo, tienda a la optimización del servicio social de la justicia.

A su turno, son de igual modo variados y controvertidos los métodos conocidos dentro de la propia carrera judicial, otorgándoseles mayor o menor validez a cada uno de ellos, de acuerdo a las características y requerimientos particulares de cada nación.

Como quiera que en los países del *common law*, no existe la carrera judicial, centramos la atención en los métodos más conocidos dentro del régimen romano, que oportuno es decirlo, tampoco han dejado de estar sujetos a criterios encontrados por considerárselos contrapuestos, aunque a nuestro entender, de la amalgama de ellos, más bien podría lograrse una unidad metodológica que se adecúe a las necesidades del sistema judicial boliviano, conforme sugerimos al final del presente capítulo.

Dos son los métodos más comunes: el uno que conlleva la existencia de la "oposición" o pruebas de conocimiento para el ingreso a la carrera judicial y el otro consistente en la instauración de las Escuelas o Institutos de especialización.

Realizando un paréntesis en el análisis, vale la pena insistir machaconamente, sobre la relatividad existente en la mayor parte de los temas en estudio. Así como en fin de cuentas, no es usual encontrar una definición precisa de la carrera judicial, tampoco existe una exacta de la administración de justicia, representando prueba de lo dicho, la referencia que de ésta última nos ofrece el ilustre Ángel Ossorio y Gallardo, que en su peculiar estilo ameno e inteligente dice: "Nadie tome estas palabras como humorísticas e irrespetuosas, sino como fiel y considerada depuración de la verdad (...) Si me viera en el trance de definir la Administración de justicia en España, quizás me atreviera a decir que es un "conjunto de buenas personas, hilvanadas en un escalafón, que todos los días se esfuerzan en hacer justicia, **y a veces lo consiguen**"¹". De igual manera, si bien es cierto que el culto Ossorio es uno de los mayores propugnadores del método de la oposición, no cree en éste a pies juntillas, también como en el caso que acaba de citarse con fines de ilustración, muestra sus dudas y vacilaciones, propias de todo hombre evadido del dogmatismo. Considera a la Escuela de Derecho mucho más ventajosa en

relación al sistema de la oposición y en esa medida el mejor capítulo para el logro de la "magistratura formada": "No es la Escuela una mera fuente de tecnicismo. Es, en igual grado, una formación moral, llamada a producir efecto en sus alumnos mientras vivan. Una buena Escuela de Derecho no se limitará a enseñar las varias ramas del mismo, sino a constituir caracteres, a sembrar devociones y abnegaciones, a establecer solidaridades... En una palabra, a crear un tipo y un núcleo sociales"².

Pero inmediatamente, él mismo se encarga de reconocer que su propuesta es deseable y tan bellamente ambiciosa, que difícilmente podría plasmarse en la realidad, motivo por el que opta por el sistema de la oposición y del secretariado, entendiéndolo como la manera más admisible para la recluta del personal judicial, entre otras razones, porque evita que los nombramientos dependan de los otros Órganos del Estado y estén sujetos a los vaivenes de la política, lo cual -según sostiene el tratadista- no significa que éste sea el método óptimo, **es simplemente el menos malo** ³, al extremo de sostener que, "La oposición es deficientísima, sobre todo porque no asegura nada del orden moral, y aún en el técnico sólo garantiza el acierto de unos minutos, según la suerte al sacar unas papeletas, la mayor o menor fluidez de la palabra, la precisión más grande o más pequeña de la memoria. Esa falta de definición moral es verdaderamente grave"⁴.

Dentro de este cuadro de limitaciones, Ossorio, considera que la carrera judicial debe comenzar con la práctica del personal auxiliar en los tribunales (secretariado), quienes -señala- adquieren en estas faenas experiencia para el futuro ejercicio de la judicatura.

Por su parte, el otro docto español, Luís Jiménez de Asúa, se Inclina por el Instituto de Altos Estudios. Comienza su planteamiento, aseverando, al igual que Ossorio, que, "(...) de nada sirve un buen Código si la Judicatura es

1) OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. "La justicia", Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, Pág.27.

a) El subrayado **es** nuestro.

2) *Ibidem.*, Pág. 116.

3) *Ibidem.*, Pág. 128.

4) *Ibidem.*, Pág. 129.

deficiente. De modo reiterativo he dicho que es preferible un Código Penal Imperfecto, viejo, retrasado y hasta duro, con Jueces perspicaces, informados, con acabada preparación y vocacionados a su oficio (...) que un Código perfecto, novísimo, audaz y benigno, con Magistrados torpes, ayunos de conocimientos, sin vocación profesional (...)"¹ razones éstas por las cuales los aspirantes a la Judicatura, luego de haber logrado su licenciatura en Derecho y aún su doctorado, deben Ingresar, por un período de dos años, a los Institutos de Altos Estudios, para su especialización en la rama jurídica de su vocación; no obstante, realiza una severa advertencia: "El mundo ha marchado por la vía de la especialización y el resultado ha sido sorprendentemente nefasto. El hombre moderno es un *bárbaro técnico*, una bestia feroz provista de todos los medios especializados" ², por eso, -añade el erudito tratadista-

para sortear este delicado problema, habrá que especializar solamente a los hombres que hayan recibido una amplia educación humanista y luego de haberse dedicado largamente al estudio de conocimientos formativos y no simplemente informativos, "Sólo un hombre de amplia *cultura* puede *especializarse* luego, sin peligro de ser un *bárbaro técnico*"³. Rechaza de plano cualquier posibilidad de la elección libre por parte de los otros Organos del Estado, así se anuncie tomarse en cuenta las cualidades personales, éticas y científicas del aspirante, "En primer término, porque, (...) no puede existir el guía seguro de fama pública; en segundo lugar, porque en ausencia de esta guía y vigilante supremo, es Incontenible la tentación del favoritismo (...)"⁴, verdad tan lapidaria que es corroborada por don Ángel Ossorio, quien sugiere, "(...) quizás más valga no acordarse"⁵ (de la elección libre), pues -añade-"(...) se han aprovechado para dar nombramiento a personas beneméritas, que la mayor parte de las veces han sido utilizados (estos nombramientos) para satisfacer compromisos de pandillaje político o de necesidad familiar"⁶.

Pero Jiménez de Asúa, discrepando un tanto, pero en el fondo quizás más coincidiendo con Ossorio y Gallardo, no considera adecuados ni los concursos de méritos ni los exámenes de oposición, pues en los primeros al no contar los jóvenes aspirantes con el *curriculum vitae* suficiente, termina este concurso en la elección libre y, los exámenes de oposición -sostiene-, tienen el defecto de privilegiar las facultades simplemente memorísticas del

1) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. "El Criminalista", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1943, t. III, Pág. 87.

2) *Ibidem*. Pág. 104.

3) *Ibidem*. Pág. 104.

4) *Ibidem*. Pág. 105.

5) *Oto. cft.* Pág. 129.

6) *Ibidem*. Pág. 130.

postulante, de ahí que de modo tajante, el lustre español, sentencia: "No se trata en puridad de *elegir* Jueces sino de *formarlos*. (...) La Universidad no forma Jueces; en la más halagüeña de las hipótesis forma juristas"¹.

Ese Instituto de Altos Estudios Judiciales por el que se inclina Jiménez de Asúa, debe formar -dice- a los magistrados; es decir, que la libre elección; la evaluación de los antecedentes de los postulantes (por el Ejecutivo, el Legislativo y aún el propio Judicial o cualquier otra institución); o, los exámenes de oposición, deben ser reemplazados por el ingreso de los aspirantes a administradores de justicia a dicho Instituto, del que egresarán dotados de las condiciones y suficientes conocimientos para el cumplimiento de misión tan elevada.

Así conocidos los criterios de dos de las cumbres del Derecho latino, familiarizados con nuestro sistema jurídico^a, corresponde apuntar, que no obstante las evidentes limitaciones que se han señalado respecto de todos los métodos, sin excepción, lo evidente es que el sistema de carrera judicial mejor organizado es el de los países europeos adscritos al derecho romano, especialmente Italia, Francia y España.

El método de selección dentro de la carrera estricta, tiene vigencia en España desde 1869. Sintetizando, Ángel Ossorio², explica que se ingresa a la carrera judicial desde muy joven, debiendo seguir una trayectoria por méritos y por antigüedad a través de todos los niveles del escalafón hasta culminar en el más alto para acogerse a la jubilación a los 70 años. La vida de éstos sigue una sola trayectoria, no oscila entre el ejercicio libre de la abogacía y la judicatura y viceversa; por eso, estos autores de cuño, sabiduría y ética, consideraban a la magistratura como un verdadero apostolado y una misión a la que tenían acceso sólo los vocacionados.

La forma de ingreso a la judicatura en sí -explica- es dura y ejemplar. Sólo se ingresa a través de exámenes de oposición y pruebas efectuadas ante el público, consistiendo la primera de ellas en el desarrollo de diez temas elegidos mediante sorteo sobre diferentes materias jurídicas; quien no pueda responder o responda mal, es reprobado, pues caso contrario el público fiscalizador, deshonraría a los examinadores.

1) Ob. cit., Pág. 107.

a) Manuel Ossorio y Gallardo, fue encargado para elaborar un Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil para Solivia; y Luis Jiménez de Asúa, en su largo andar de exiliado, maravilló con su sabiduría a quienes tuvieron la suerte de conocerle y de escucharle en su paso por tierras bolivianas. Así nos lo han relatado.

2) OSSORIO y GALLARDO, Ángel. Nociones de derecho político, Ed. Atlántida S.A., Buenos Aires, 1951, Pág. 73 y ss.

Luego, a propósito del tribunal examinador, refiere que su sola composición ya representaba signo de garantía al estar conformado por el Presidente y un magistrado del Tribunal Supremo; un magistrado de la Audiencia de Madrid; el Decano del Colegio de Abogados y tres miembros del mismo; dos catedráticos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid; y un Secretario de Sala.

Una vez concluido el examen -refiere Ossorio- el tribunal examinador remite los resultados al Ministro de Justicia, quien se limita a firmar los nombramientos en el orden indicado, de tal manera que el Ministro no nombra a nadie ni puede modificar el orden de la lista. Este tribunal tiene una estructura y atribuciones parecidas al Consejo Superior de la Magistratura de Italia y Francia.

E.- EL CONSEJO DE LA JUDICATURA DENTRO DE LA CARRERA JUDICIAL-

Por todo lo referido, salta a la vista, que dándose por descontada la enorme importancia que entraña el Consejo de la Judicatura, en el fondo, esta institución no representa más que uno de los muchos y variados componentes de los complejos temas relativos tanto a la independencia judicial como a la carrera judicial, de tal manera que hubiera sido Inconducente ingresar directamente en la consideración del Consejo de la Judicatura, como si se tratase de un ente aislado, sin antes abordar los tópicos que le dan sentido.

Ahora bien, conocidos los antecedentes explanados y la abundancia de criterios encontrados existentes sobre la problemática en estudio, es de

referir que los denominados Consejos Generales o Superiores de la Judicatura, hacen su aparición en las constituciones de muchos países de Europa después de la segunda guerra mundial. Francia es el primer país en adoptarlo en su Constitución de 1946, luego Italia en 1947 y Grecia en 1952, aunque en la República francesa se produjo un retroceso en 1958, al restringírsele a esta institución sus facultades decisorias y sólo reconocérsele sus atribuciones disciplinarias. En la Constitución española de 1978 se incorpora el Consejo General del Poder Judicial. Dentro de esta misma línea de conducta, es de reconocer que uno de los cambios substanciales operados en muchos países latinoamericanos, radica en la incorporación de la institución que lleva las denominaciones de Consejo General de la Magistratura o Consejo de la Judicatura como en el caso boliviano, en la perspectiva de lograr un sistema más calificado para la designación de magistrados y jueces, institución inspirada en los modelos europeos anteriormente señalados.

Venezuela, fue uno de los primeros países de nuestro continente en instaurar en 1961 mediante previsión constitucional el Consejo de la Judicatura, con atribuciones para seleccionar y mantener la disciplina entre los jueces. En el Perú, fue creado el Consejo Nacional de la Judicatura el año 1968, con parecidas atribuciones que en el caso anterior. En Panamá, de acuerdo al Código Judicial, rige este instituto desde 1984. En Colombia ha sido incorporada una institución similar desde 1970, con regulaciones posteriores mediante decretos de 1978, 1986 y 1987, incorporándose de esta forma este Consejo en otros países más de la América Latina.

De un modo general, se sostiene que dos son los factores, quizás aparentemente contrapuestos pero en última instancia coincidentes, los que motivan la creación de institución de esta naturaleza: por una parte, la necesidad de evitar la injerencia de los Órganos del Estado e Intereses extraños en el nombramiento de magistrados y jueces. "Las encuestas de opinión realizadas en diversos países indican en general una gran Insatisfacción con respecto a los mecanismos de selección y nombramiento de los funcionarios judiciales. Los principales motivos aducidos por los interesados para Justificar esta respuesta tan negativa son sobre todo la influencia política, el compadrazgo y las relaciones de amistad que priman sobre criterios (...) como la capacidad, la experiencia y la honestidad de los candidatos"¹; pero por otra parte, también en el mismo trabajo de campo que citamos, se establece que el Consejo de la Judicatura se incorpora producto de la desconfianza de la sociedad hacia el propio Órgano Judicial.

Con todos los elementos expuestos en el presente capítulo, consideramos que ya es posible ocuparnos del caso boliviano.

Inicialmente, la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución del 1º de abril de 1991, dio lugar a la creación del Consejo de la Judicatura, medida que despertó interés en sectores especializados de la opinión nacional, cercano al producido por la incorporación del Tribunal Constitucional. Hubieron destacados profesionales que hicieron conocer su criterio autorizado respecto a esta institución, unos sustentándola y otros objetándola.

Sin embargo, antes de ingresar en el detalle del análisis, necesario es expresar algo que llama la atención. La mayor parte de los estudiosos nacionales y extranjeros, consideran que la organización de la carrera judicial, con todas sus metodologías y organismos que le incumben (entre ellos el Consejo

1) CENTRO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. "Independencia judicial", Ob. Clt. Pág.31.

de la Judicatura), daría lugar a la independencia judicial; es decir, se constituiría en una especie de *conditio sine que non* para tal logro, concepción que la visualizo como si se tratase de un cuadro "puesto de cabeza", pues el fenómeno se presenta exactamente a la inversa; es decir, sólo la independencia del Órgano Judicial podrá garantizar la vigencia de una carrera judicial estricta, y no es que caigamos en la discusión bizantina que "si fue primero el huevo o la gallina", sino que este fenómeno depende de algo superior, del equilibrio o respeto que pueda imperar entre los Órganos supremos del Estado. Así de nada servirían magníficas previsiones constitucionales, estructurando la más perfecta de las carreras judiciales o instituyendo un impecable Consejo de la Judicatura y un excelente Instituto de Especialización Judicial, si en la realidad tendrían que estar sujetos a la intervención anómala de cualesquiera de las ramas del Poder Público, incluyendo a la Judicial, pues ya se sabe que las designaciones internas en este último caso y el autocontrol por los propios *poderes* del Estado, son temas de incredulidad y descrédito irreversibles.

De entrada, algunas de las previsiones contenidas en la Constitución vigente respecto del Consejo de la Judicatura, no son precisamente las más deseables y constituyen un evidente retroceso en relación a las previstas en la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución, con todo, la normatividad constitucional en este rubro representa en términos generales todo un avance, no ya dentro del manido concepto de la "modernización del Estado", sino en cuanto respuesta concreta para enfrentar la profunda crisis del sistema judicial; proceso de solución, por cierto, de verdadero largo aliento.

Por definición constitucional, el Consejo de la Judicatura es el órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial (artículo 122 de la Constitución). Si se lo analizara a este artículo de modo abstracto y aislado, transcribiéndolo literalmente, tal como está redactado en la Constitución, en sentido de que al ser "el Consejo de la Judicatura (...) del *Poder Judicial*", se podría concluir que con esta previsión se habría reinstalado el denominado "auto-control" del Órgano Judicial, sistema tan desprestigiado y cada vez más abandonado en los sistemas Judiciales de las naciones.

En páginas anteriores, hacíamos una breve referencia a esta temática, cuando señalábamos que si bien había coincidencia en los estudiosos de la administración judicial sobre la existencia de mecanismos de control y fiscalización sobre el Ejecutivo y el Legislativo, de pronto en el mundo, juristas, políticos, ciudadanos en general y aún jueces y magistrados, comenzaban hoy a debatir sobre quién y cómo se controla, pero de modo real y efectivo, al ramo jurisdiccional, pues producto de la desconfianza social sobre el mismo, **el autocontrol ha perdido credibilidad**, admitiéndose, sólo por razones casi obligadas, el control interno a través de las instancias procedimentales, al que se agrega que en los países en los que rige la moralidad en los procesos, el carácter público de los mismos representaba ya un control social sobre la administración de justicia y, más aún, con la vigencia del sistema de jurados tal control estaría asegurado. Sobre esta temática, también existen

criterios contrapuestos, sin embargo ya no nos es permitido ingresar en el detalle de este asunto procedimental distinto al contenido del presente libro.

En todo caso, lo cierto es que en nuestra realidad nacional, virtualmente no rige ni siquiera el control social a través de los medios de comunicación sobre el Órgano Judicial, más específicamente sobre la Corte Suprema, tal como sucede con el Legislativo y el Ejecutivo.

La opinión pública, de una o de otra manera, a través de los medios de comunicación, está enterada en menor o en mayor grado de la actividad que desarrollan estos dos Órganos del Poder Público. Están identificados los pocos parlamentarios que cumplen con responsabilidad sus funciones, como lo están los que incumplen su representatividad. Se conocen los actos de fiscalización que se realizan y las posiciones que se adoptan en los mismos; se está al tanto de los malabarismos que se realizan para la elección de las directivas camarales; los medios de comunicación informan hasta sobre la inveterada e irritante inasistencia de los congresales, en fin, se sabe hasta el monto de la dieta que percibe un Senador o un Diputado. Lo mismo acontece con el Ejecutivo. Los Ministros de Estado y aún el Presidente de la República, casi están obligados de modo permanente a informar a la opinión nacional sobre los actos de función pública que realizan. Verdades más o verdades menos, la población está informada, es más, está aprendiendo a sacar sus propias conclusiones aún de falsas declaraciones que se realizan, más allá del criterio personal de los comentaristas de televisión, radio o periódico. Sobre la actividad jurisdiccional, particularmente de la Corte Suprema de Justicia, se sabe muy poco, existe un verdadero velo de misterio recubierto de una especie de fundamentalismo judicial.

En 1859 el ilustre doctor Casimiro Olañeta introdujo la tradición de abrir el año judicial presentando los casos más notables de jurisprudencia. En esos tiempos, debido al escaso movimiento de causas era comprensible que la Suprema Corte rindiera informe de sus labores una sola vez al año; pero luego de haber transcurrido 139 años desde aquel acto solemne, tal costumbre anual hoy es insuficiente como son insuficientes actualmente el contenido y divulgación de la "Gaceta Judicial". ¿Qué se sabe del movimiento de causas en dicho Tribunal? ¿Quién fiscaliza externamente el estricto cumplimiento del sorteo y resolución de las mismas por orden de prefación? ¿Quién conoce el tiempo de permanencia de un expediente en conocimiento de un Ministro relator? -pues el Ministerio Público no realiza esta averiguación, al menos sus resultados no se conocen públicamente; quien sabe el Defensor del Pueblo tenga que preocuparse de estos extremos. ¿Qué conocimiento social se tiene respecto de la asistencia de los Magistrados de dicho Tribunal a sus labores Jurisdiccionales, más aún si una de las preocupaciones nacionales se centra en la retardación de justicia? Un ex Mandatario de la Nación ha declarado públicamente que el Presidente de la República percibe un emolumento mensual de alrededor de nueve mil quinientos bolivianos, equivalente a la dieta de un Senador Nacional. ¿La opinión pública, conoce cuánto percibe un Magistrado de la Corte Suprema?

El intelectual sucrense, Dr. Hugo Poppe Entrambasaguas, actual Magistrado del Supremo Tribunal, refiere que, "En cierta ocasión, conversaba con el Padre del Derecho Comunitario, magistrado del Tribunal de las Comunidades Europeas, el famoso Pierre Pescatore y con especial interés y curiosidad, le pregunté qué tiempo dedicaba para dictar una sentencia en el Tribunal de Luxemburgo. Luego de breve meditación, manifestó: "diez y ocho días" ¹.

Interesante pregunta formulada por el prestigioso Magistrado y hombre público boliviano, pregunta, que conociendo las limitaciones producto del acumulo de causas, habría que repetiría entre magistrados y jueces, a efecto de que las respuestas sean de conocimiento del pueblo.

Posiblemente al lector, le parecerá habernos desviado del tema en estudio, pero no es así. Constituyendo el artículo 122 constitucional, el marco general del Consejo de la Judicatura, es necesario abordar estos aspectos y desde luego muchos otros más referidos al orden interno de la justicia ordinaria, por estar íntimamente ligados a la "administración" y "disciplina" del Órgano Judicial, acápites importantes que según la doctrina contemporánea, deben ser de público conocimiento, tal como se aclara en la siguiente cita transcrita del trabajo de campo dei CAJ de la Universidad Internacional de Florida:

"(...) el sistema judicial debe ser un sistema "abierto" hacia la sociedad con sus problemas y sus necesidades, si la función de administrar justicia es una función "política" (en el sentido estricto explicado en páginas anteriores) , la autonomía judicial queda protegida más eficazmente por la capacidad de la

-
- 1) BOLIVIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA POPPE ENTRAMBASAGUAS, Hugo, "Se necesita coraje para ser juez", Sucre, 1995, Pág. 15.

magistratura de someterse a la confrontación y a la sana crítica de las demás instituciones y grupos sociales que por el silencio de los jueces y por las restricciones, prohibiciones e incapacidades de que estos funcionarios han sido objeto tradicionalmente; esto último no debería tolerarse sino en la medida en que se pudiera demostrar que tales silencios e interdicciones son indispensables para un mejor cumplimiento de los objetivos del sistema de justicia.

El sistema actual refleja una falta de confianza absoluta e injustificada, tanto en la conciencia profesional de los jueces, como en la capacidad del público de apreciar la calidad del trabajo efectuado por ellos. También representa una posibilidad real de escapar a cualquier crítica y control de las funciones judiciales y de quienes las ejecutan"¹.

Como se puede apreciar, la problemática del autocontrol, guarda relación con las temáticas administrativas y disciplinarias del Consejo de la Judicatura.

Ahora bien, si dejamos de realizar una interpretación abstracta y aislada de la primera parte del citado artículo 122 (cuyo texto íntegro figura en el capítulo relativo al análisis que realizamos de los 35 artículos incorporados a la Constitución) y lo concordamos, como no puede ser de otra manera, con la segunda y tercera partes de la misma disposición constitucional, referida a la composición del Consejo y a la designación de sus miembros, llegaremos a la conclusión, que por la Ley reglamentaria dispuesta en el mismo Código Fundamental, es posible hacer del Consejo de la Judicatura una institución alejada del señalado defecto del autocontrol.

En efecto, en la referida segunda parte, se establece que el Consejo está presidido por el Presidente de la Corte Suprema e integrado por cuatro Consejeros y; en la tercera parte del artículo en mención, se dispone que dichos Consejeros son designados por el Congreso Nacional por dos tercios de sus miembros, pero **sin normarse el origen de la designación**, o si se quiere, sin disponerse de dónde o mediante qué procedimiento son tomados

en cuenta los respectivos postulantes -deficiencia arraigada en el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema e imperfección que se mantendrá entretanto no se promulgue la Ley que regule el funcionamiento del Consejo de la Judicatura-, vacío que sin embargo podría fructíferamente ser llenado mediante la mencionada Ley reglamentaria, disponiendo que una Alta

1) CAJ. UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE FLORIDA U.S.A., Ob. cit., "Independencia judicial en América Latina", Pág. 46.

Comisión, de legítima representación institucional, presente ante el Congreso las ternas correspondientes para la designación de los cuatro miembros del Consejo de la Judicatura, las mismas que serían de público conocimiento e inmodificables en y por el Legislativo, Comisión que podría estar conformada (de modo simplemente indicativo) por un representante del Congreso Nacional, un representante del Ejecutivo, un representante del Colegio Nacional de Abogados, un catedrático representante de las Facultades de Derecho del país, un representante de la Universidad Boliviana, un representante de la Federación de Profesionales de Bolivia y un representante de los Comités Cívicos; Comisión que por lo demás, podría variar tanto en la presencia de las instituciones representadas, como en el número de sus integrantes -que tendría que ser necesariamente impar-, pues lo que interesa fundamentalmente, con realismo y dejando de hacernos ilusiones, es 'disminuir' la presencia de los Órganos del Estado, no suprimida, lo cual es altamente deseable pero totalmente utópico por lo abundantemente señalado y, aumentar la participación de instituciones competentemente profesionales y representativas de la sociedad civil (que en puridad, siendo sinceros, tampoco dejan de tener su componente político, tal el caso de colegios de profesionales, comités cívicos, etc., en los que los partidos políticos pugnan por tener su presencia de liderazgo) , eliminando de esta manera indirecta, el autocontrol del Órgano Judicial, pues con la presencia asegurada de antemano del Presidente de la Corte Suprema, nada menos que en la presidencia del Consejo de la Judicatura, no queda aislado de ninguna manera el Órgano Judicial en cuanto que esta autoridad llevará siempre la posición de la Sala Plena de la Corte Suprema y con ella de toda la justicia ordinaria, disuadiéndose de este modo cualquier susceptibilidad en torno a que el nuevo organismo podría constituirse en un cuarto poder, como en algún momento sostuvieron algunos profesionales del Derecho.

De esta manera, se daría la oportunidad de 'disminuir' la partidización en la nominación de los cuatro miembros del Consejo de la Judicatura, al establecerse claramente el origen de su designación en el Congreso Nacional, disminuyendo en el Legislativo las tratativas parlamentarias desaprobadas por la sociedad nacional, otorgándose de esta forma mayor grado de legitimidad social a los profesionales que vayan a formar parte de las ternas correspondientes al Consejo de la Judicatura a ser consideradas en el Congreso Nacional; pero en lo concreto del tema, con la instauración de este procedimiento se disminuiría grandemente el nocivo autocontrol del Órgano Judicial, dándose de esta manera respuesta efectiva a la problemática relativa al numeral 1. del artículo 122 constitucional.

Por otra parte, es de conocimiento general y la propia Corte Suprema lo ha establecido en incontables oportunidades, que existe una sobreacumulación agobiante de causas que desemboca en la álgida retardación de justicia, de ahí que resultaba contradictorio, inexplicable y perjudicial que los Magistrados del Alto Tribunal, distraigan su invaluable tiempo dentro del Consejo de Administración enfrentando ventoleras de precariedad económico-financiera o en su caso centrando sus labores en acciones de "semanería" o de inspección, como la de supervigilar la conducta y labores de los subalternos, realizar seguimiento de las causas, o ya realizando giras por todo el país efectuando visitas a las oficinas judiciales de la República, registros de derechos reales, notarías de fe pública, de minería y de gobierno, bibliotecas, archivos, etc., cuando su augusta misión de administrar justicia, suprema función que la sociedad les ha confiado, era y es desesperadamente requerida. Indudablemente, con la creación del Consejo de la Judicatura, institución consagrada al cumplimiento de estas importantes tareas administrativas y disciplinarias y, con la incorporación del Tribunal Constitucional, los magistrados de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, encontrarán el tiempo, sosiego y ambientes favorables para estudiar con circunspección los asuntos confiados a su ilustrado conocimiento, otorgando celeridad a la administración de justicia, tan reclamada por el pueblo boliviano. De ahí que desde esta perspectiva, que en realidad es la más importante de todas, la de administrar justicia judicial propiamente dicha, se justifica la creación del Consejo de la Judicatura, como ente especialmente administrativo y disciplinario, su éxito o fracaso, como en el caso del Tribunal Constitucional, dependerá de la sanidad y competencia con que los hombres públicos y jurisconsultos lo forjen.

No creemos, de ninguna manera, que la solución a la crisis del sistema judicial, consista en la creación indiscriminada de instituciones al por mayor, pero cuando existe concentración desproporcional e incompetente de funciones en una sola entidad, lo elemental es proceder a su distribución racional y sabia entre instituciones que el mundo moderno nos demuestra que están siendo eficientes en países similares al nuestro, así su origen sea lejano.

En sentido crítico, se ha sostenido que al pasar al Consejo de la Judicatura el control disciplinario ejercido sobre los administradores de justicia, se estaría con ello mellando la independencia judicial individual, percepción que no debe dejar de ser tomada en cuenta para el caso concreto en el que los cuatro miembros del Consejo no sean designados siguiendo las reglas de legitimidad -no sólo de legalidad- humanamente posibles conforme acabamos de proponer. De encontrarse sensatez y calidad cívica en el procedimiento de designación de los Consejeros, tal prevención carecerá de fundamentación suficiente, si se tiene en cuenta que este Consejo es un órgano del propio ramo judicial, presidido -repetimos- por el Presidente de la Corte Suprema. En este mismo contexto, por la estructuración que asume el Consejo de la Judicatura, tampoco resulta menguada la autonomía económica del Órgano Judicial por la cual correspóndale al Máximo Tribunal de Justicia la administración y disposición de la partida presupuestaria asignada en el Presupuesto General de la Nación, actividad ésta que dentro del estrecho marco del Consejo de Administración, distraía el tiempo y la atención jurisdiccional del Presidente y algunos de los Ministros de la Corte Suprema, y que hoy, superando tal imperfección orgánica, será atendida especialmente y a dedicación plena por este ente no jurisdiccional y adecuadamente administrativo.

Según la tercera parte del mismo artículo 122 de la Constitución, los Consejeros duran en sus funciones diez años, sin que puedan ser reelegidos, sino pasado un tiempo igual al de su mandato.

Lo correspondiente a la gestión de diez años, siempre es y será materia de discusión, no sólo para este cargo, sino para los correspondientes a la magistratura o la judicatura. No existen reglas universales a este propósito; pero en cuanto a la admisión de su reelección, después de haber pasado un tiempo similar al de su mandato, nos parece más que razonable, pues un hipotético ejercicio de esta función por veinte años, nos parece la mejor fórmula para la efectivización del anquilosamiento administrativo, el mecanicismo improductivo y el consiguiente deterioro institucional del Consejo de la Judicatura, plasmándose en este caso con todas sus tildes, aquella frase de la posibilidad del desarrollo de una "gerontología", esta vez administrativa.

En este orden de relación, corresponde realizar un análisis del artículo 123 constitucional relativo a las atribuciones del Consejo.

Por el primer numeral de la primera parte de este artículo, el Consejo de la Judicatura, debe proponer al Congreso Nacional "**nóminas**" para la designación de Ministros de la Corte Suprema, y a este Tribunal para el nombramiento de Vocales de Cortes Superiores de Distrito.

No con poca razón, algunos juristas bolivianos han expresado su preocupación señalando que podría ser abrumadora la presión que sobre los cinco Consejeros podría ejercerse en la instancia de la conformación de nóminas para la designación de magistrados y vocales, presión que podría realizársela con mayor fuerza y facilidad que a los propios parlamentarios, emergiendo el peligro de que la administración de justicia quede bajo el arbitrio de dichos Consejeros, pudiendo quedar los administradores de justicia, en determinadas circunstancias, en la disyuntiva de aplicar estrictamente la ley o evitar disgustar a aquellos de quienes depende su nombramiento¹. Justamente, para evitar esta grave distorsión, que indudablemente convertiría al Consejo de la Judicatura en un organismo perjudicial, es que en la Ley reglamentaria, ordenada en su existencia por la propia Constitución, debería incorporarse esa Alta Comisión que nos hemos permitido sugerir en páginas anteriores, integrada por delegados de instituciones representativas de la sociedad, de tal manera que desde la base u origen de su nombramiento, los vocales y magistrados gocen de suficiente independencia, producto de la legalidad y legitimidad de su designación.

Pero es más, por adelantado, consideramos que en la mencionada Ley reglamentaria y en los instrumentos legales colaterales y complementarios, debe regularse sobre el Instituto de la Judicatura y del Ministerio Público dependientes del Consejo de la Judicatura previsto en la Ley de Organización Judicial, incorporándose los concursos de méritos y exámenes de oposición, como vía para el acceso a la judicatura y a la magistratura, fortaleciéndose a la vez la Oficina del Escalafón Judicial, tratando de recoger y combinar lo mejor de los sistemas y métodos referidos a la carrera judicial estricta que se han expuesto en este capítulo, aspectos que serán abordados en las páginas siguientes.

En el mismo numeral primero de la parte correspondiente al artículo 123 de la Constitución que comentamos, se dispone que el Consejo de la Judicatura propondrá al Congreso "**nóminas**" para la elección de los Magistrados y Vocales señalados^a. La expresión "nóminas", sin ningún límite de

número, es inconveniente a todas luces, pues la remisión de una nómina, por ejemplo de cien o cincuenta profesionales, puede provocar dos cosas en el

- 1) BOLIVIA. UMSS. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. HOZ DE VILA, Víctor, "Análisis de la Ley de necesidad de Reforma de la Constitución". En: Revista Jurídica, 1993, Pág. 85.
- a) No está demás hacer notar que en el fondo, la diferencia entre las palabras magistrado, vocal y juez, es solamente lingüística, pues en la medida en la que todos ellos juzgan, estrictamente son jueces. Aunque claro está, que la palabra magistrado posee un contenido mucho más amplio que rebasa el marco jurisdiccional. Así, Rafael Bielsa, nos dice que existe una confusión o sinonimia inconveniente entre magistrado y juez, confusión proveniente del Derecho romano, donde el término magistrado aludía al funcionario que tenía alguna potestad pública, cualquiera fuese: política, administrativa, judicial, civil, militar (Rafael Bielsa. "Los conceptos jurídicos y su terminología, Págs, 43-44), interpretación que se ha mantenido hasta el presente: el Presidente de la República es el primer magistrado del país, sin que ello signifique que tenga exclusivamente facultades jurisdiccionales; pero sobre lo que no existe duda, es que todos los mencionados son funcionarios públicos y, los primeros de los nombrados, todos ellos, son jueces a la vez.

Congreso: la demencia de los parlamentarios, aunque lo cual es poco probable por su natural desconocimiento del tema; o la construcción del medio exacto que dé lugar a la transacción o al "consenso" partidario tan temido y repudiado por el pueblo en tratándose de elegir a los hombres que deberán conformar las "nóminas" de las personas que tendrán en sus manos la libertad, la honra, el patrimonio y hasta la vida de los bolivianos.

Con la elaboración de "nóminas", sin limitación de número, virtualmente el trabajo de los Consejeros representará una labor *de don nadie* y lo que en verdad se habrá hecho, es introducir implícitamente el "nombramiento libre", del que hemos hecho referencia en el transcurso de este capítulo y que recibe el rechazo unánime de todos los doctrinarios de la administración de justicia. Atento este grave riesgo, es imprescindible que en la ley reglamentaria prevista en la última parte del artículo 123, se establezca que las "nóminas" señaladas estén conformadas por **tres nombres** (terna). Consideramos que aún estamos a tiempo para enmendar el error. Desde luego que este aspecto, es extensivo al numeral segundo de la primera parte de este artículo constitucional, referente a la remisión de "nóminas" a las Cortes Superiores de Distrito.

En el numeral tercero de la primera parte del comentado artículo 123 de la Constitución, se dispone que el Consejo de la Judicatura deberá administrar el Escalafón Judicial. En primer lugar es necesario realizar una observación de carácter general.

En algunos medios judiciales administrativos del país, prima una anómala concepción "gremialista" o "corporativista" del escalafón judicial (con minúsculas, pues no nos referimos a la Oficina), perdiéndose de vista que el mismo es un método destinado a contribuir a la eficiencia de la carrera judicial, "carrera judicial" que tampoco es un fin exclusivamente puesto al servicio de los derechos y necesidades -muy legítimos por cierto-, de magistrados,

jueces y personal auxiliar de la justicia; tan evidente es lo dicho, que en un documento oficial emitido en Sucre el 2 de abril de 1979 (Corte Suprema de Justicia - Reglamento del Escalafón y Carrera Judiciales), referido al "Escalafón y Carrera Judiciales", se expresa: "Para los funcionarios de la judicatura, alcanzar este objetivo vital (implantación del reglamento del Escalafón y Carrera Judiciales) conlleva la significación de una **verdadera conquista** • de sus derechos profesionales (...)".

Por otra parte, en un trabajo también oficial realizado el año 1974 por

a) El subrayado es nuestro.

un estimado y talentoso amigo, con quien solíamos establecer interminables tertulias en torno a este tema cuando juntos prestábamos servicios en la Corte Suprema, un tanto abstraído en su formación de sociólogo, insistió en que los factores de "atracción" y "retención" -tan comunes en la Sociología de la Administración dentro de las teorías cepalinas del desarrollismo-, eran compatibles con el ejercicio de funciones de los administradores de justicia, olvidando que éstos no pueden ser asimilados con los parámetros comunes que corresponden a cualquier funcionario de la administración pública, pues si bien estos elementos tienen importancia de primer orden en otras corporaciones de profesionales, como las del Magisterio, Fuerzas Armadas, Policía Nacional y otras, en la medida que se dirigen a garantizar prioritariamente, cuando no únicamente, las condiciones materiales de vida -que desde luego no pueden ser desdeñadas-, como aquéllas que él mismo señalaba: "las amplias oportunidades de realización personal, esto es, un margen apreciable para alcanzar sus aspiraciones y variadas ventajas para satisfacer las necesidades económicas propias y familiares y mejorar su nivel de vida (...) o la comodidad del trabajo que permite realizar diversas actividades lucrativas (como) a) fácil ingreso; b) aprendizaje sencillo; c) tareas livianas; d) ventajas económicas; e) garantía de ascenso; f) inamovilidad y seguro de cesantía; g) beneficios sociales; h) jubilación y retiro en condiciones convenientes.", conjunto de factores éstos que además dan lugar a la "camaradería" y al "espíritu de grupo" o de "cuerpo", siendo necesario admitir que no todos estos elementos pueden ser concebidos como los más relevantes para el ejercicio de la función judicial con ética y alta magostad, pudiendo conducirse inversamente a una visión "salarialista" de la magistratura.

No negamos que estos factores pueden ser elementalmente legítimos para el logro de mejores condiciones de vida para cualquier ser humano, pero medir prioritariamente (no exclusivamente) con estos parámetros el escalafón como método de la carrera judicial, nos parece inadecuado y en su caso altamente peligroso, pues por esta vía se accedería a la judicatura y a la magistratura en la perspectiva de lograr una simple fuente de trabajo con todas sus consecuencias funestas de prever, olvidando que la administración de justicia constituye todo un apostolado que está privilegiada sólo para unos cuantos mortales vocacionados "para dar a cada uno lo que es suyo", sin que con ello prediquemos la autoflagelación de los administradores de justicia para ser buenos jueces.

En nuestro entender, el escalafón judicial tiene que estar supeditado a valores superiores que rebasan los límites de lo material -sin descuidar los

derechos y necesidades legítimos de los hombres de la justicia-, poniéndose al servicio altamente calificado de la carrera judicial, dentro del concepto superior de la independencia judicial y cumpliendo -la Oficina del Escalafón Judicial-, con todas aquellas tareas que le encomienda la Ley de Organización Judicial en su artículo 221, como la de ser una división de información y estadística, encargada de mantener el registro clasificado y archivo de antecedentes de los magistrados, jueces y funcionarios del Poder Judicial, "debiendo llevar un registro de los fallos emitidos por los jueces y magistrados, las amonestaciones, apercibimientos y multas impuestas previstas en la presente Ley, los Informes de los ministros inspectores y de los vocales visitadores, así como toda otra información útil para realizar una evaluación de méritos y deméritos de las personas registradas en el Escalafón Judicial, para realizar una adecuada selección y elección de magistrados, jueces y subalternos del ramo judicial.", aspectos éstos que con modificaciones se constituirán en valiosa información para fines de ascenso, retiro y aún para la conformación de "nóminas de tres" (ternas) en relación a los postulantes a la judicatura y a la magistratura, registrando además, en nuestro criterio, las calificaciones obtenidas por los egresados del Instituto de la Judicatura y el Ministerio Público.

Pero además, en este numeral que comentamos, se le asigna al Consejo de la Judicatura "poder disciplinario" sobre los Vocales, Jueces y funcionarios judiciales. Antes de ingresar a considerar el rol que debe cumplir el Escalafón Judicial en este rubro, es de apuntar que es en esta parte en la que se ha producido un retroceso respecto a la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución del 1° de abril de 1993 (para otros seguramente representa un avance), pues en el inciso c) del artículo 120 de dicha Ley, que lleva virtualmente la misma redacción del numeral que analizamos, se preveía el control disciplinario, encontrándose sujetos al mismo en primer término, los "Ministros" (textual), de la Corte Suprema, expresión que ha sido suprimida de raíz en el texto actualmente vigente, con una errónea concepción de la jerarquía funcionarla, pues no existe el más mínimo fundamento serio que avale la evasión de dichos funcionarios judiciales a un elemental control disciplinario, estableciéndose una discriminación odiosa y relajada respecto a Vocales y Jueces, porque tanto éstos como aquéllos y viceversa, pueden Incurrir en faltas disciplinarias que afecten a la sociedad, sin que exista fundamento alguno para que los últimos de los nombrados estén sujetos a sanción y los otros gocen de impunidad total en nombre de su jerarquía, que en puridad es la de ser Integrantes de una Corte de Casación.

De igual manera, ha sido suprimido en su integridad el inciso d) de este mismo artículo 120 de la Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución, que textualmente disponía: "Procesar en la vía disciplinaria a Magistrados de la Corte Suprema, Vocales de las Cortes Superiores de Distrito, Jueces y funcionarios judiciales por faltas y contravenciones en el ejercicio de sus funciones, suspendiéndolos temporalmente por mayoría absoluta del total de sus miembros y, en su caso, encausándolos ante el Tribunal competente".

Al margen del defecto anotado, las así limitadas atribuciones disciplinarias del Consejo de la Judicatura, pueden ser auxiliadas por el Escalafón Judicial, cumpliendo las tareas que el artículo 221 de la Ley de Organización Judicial le asigna: "(...) llevar un registro de los fallos emitidos por los jueces y **magistrados** ^a, las amonestaciones, apercibimientos y multas impuestas(...)", aspectos éstos que luego se convertirán en antecedentes necesarios para adoptar medidas correctivas.

Asimismo, las labores del Escalafón Judicial en esta materia, están íntimamente relacionadas con las importantes previsiones contenidas en el Título XVI (DINÁMICA PROCESAL) de la citada Ley de Organización Judicial, que contiene responsabilidades y sanciones a magistrados y jueces, estableciendo que los antecedentes pertinentes sean remitidos al Escalafón Judicial, para su archivo y efectos correspondientes, Título relevante, que sepamos, no ha merecido ningún comentario, y que no queremos creer sea la causa para la exacerbada crítica que se emitió en algún momento a la citada Ley, más allá de los evidentes defectos que contiene producto de la vigencia limitante de la Constitución de 1967 en el momento de la elaboración, sanción y promulgación de la repetida Ley de Organización Judicial y, desde luego, de las deformaciones que fueron introducidas en el Parlamento respecto del Anteproyecto elaborado por el Consejo de Reforma y Modernización del Sistema Judicial. Con estos instrumentos, el Consejo de la Judicatura puede comenzar a cumplir las atribuciones disciplinarias que la Constitución le asigna.

Retornando al importante tema de la designación de los administradores de justicia, es perfectamente posible, sin el más mínimo riesgo de violentar la Constitución, que a través de la Ley reglamentaria, se ponga en práctica la carrera judicial estricta a la que nos hemos referido con detenimiento en el transcurso de éste capítulo. Me declaro seguidor irrefrenable de las ideas desarrolladas en esta materia por Jiménez de Asúa y Ossorio y Gallardo, y tal como propuse cuando me correspondió ser miembro del Consejo de Reforma

a) El subrayado es nuestro.

y Modernización del Sistema Judicial, tan competentemente presidido por el entonces Vicepresidente de la República Dr. Luis Ossio Sanjinés, y conforme se publicó el proyecto pertinente en algunos periódicos del país y en el órgano "Política y Constitución" de la Cámara de Diputados, ya citado en página anterior, soy partidario de la idea de que más importante que elegir magistrados y jueces es formarlos, por eso, combinando las concepciones de los dos insignes tratadistas españoles de pensamiento universal, es imperativo el funcionamiento de un Instituto de Altos Estudios Judiciales, (denominado Instituto de la Judicatura y del Ministerio Público en la Ley de Organización Judicial) dependiente del Consejo de la Judicatura, al que puedan ingresar todos los interesados, sean éstos abogados, jueces o magistrados en ejercicio, con una duración de estudios de tres años, pues ya sabemos que los relampagueantes cursos de post-grado o de doctorado, no son más que la repetición o en el mejor de los casos, una simple variante de las materias desarrolladas en los cursos facultativos. Luego los egresados de este Instituto, serían los únicos habilitados para acceder a la judicatura o a la magistratura, debiendo para ello rendir un examen público de oposición previo concurso de méritos, (con datos obtenidos en su caso del Escalafón Judicial) en un orden de preferencia de acuerdo al promedio de las calificaciones obtenidas en el transcurso de sus estudios.

Tomando en cuenta a los que hayan superado los exámenes de oposición y los concursos de méritos, con las calificaciones más altas, el Consejo de la Judicatura procedería a elaborar las nóminas compuestas de tres

profesionales para ser las mismas remitidas al Congreso Nacional a efecto de la designación por dos tercios de voto, al igual que a la Corte Suprema y a las Cortes Superiores de Distrito para la designación de Ministros de la Corte Suprema, Vocales de las Cortes Superiores de Distrito y Jueces respectivamente.

Posteriormente, los ascensos se producirían sin ningún examen de oposición, sino únicamente con concursos de méritos sustentados en los antecedentes de cada postulante cursantes en la Oficina del Escalafón Judicial, convirtiéndose de esta manera los concursos de méritos en un valioso instrumento que obligue al administrador de justicia a dictar fallos altamente calificados y dentro los términos fijados por ley, y compelido a la vez ha encontrarse en permanente actualización de conocimientos para evitar ser rebasado por otro más culto y mejor adiestrado en la práctica jurídica.

De esta manera, estableciendo toda una estructura, que empezando desde el origen mismo de la designación de los miembros del Consejo de la Judicatura; pasando por el registro en la Oficina del Escalafón Judicial y la emisión de los antecedentes profesionales del postulante; el establecimiento del Instituto de Altos Estudios Judiciales; la vigencia de concursos de méritos y exámenes públicos de oposición; la remisión al Congreso Nacional de nóminas conformadas por tres profesionales que hayan obtenido las calificaciones más altas en dicho Instituto; y, terminando en la designación final de magistrados y jueces conforme señala la Constitución, se disminuiría en proporción notable la injerencia de los otros Órganos del Estado -que es lo que más preocupa- y se 'restringiría' a la vez la designación interna, que como se tiene dicho, está desaconsejada en nuestros días.

De todos modos, reconocemos que el sistema propuesto, que puede ser incorporado a través de la Ley reglamentaria ordenada por la propia Constitución, es aún harto imperfecto; en efecto, puede darse lugar, a aquello que viene en denominarse "espíritu de cuerpo", que no sería otra cosa que la conformación de una élite judicial, desvinculada de su medio y por tanto deshumanizada. Otro peligro estaría expresado, en la "especialización" excluyente de la cultura, de ahí que los litigantes no sólo tendrían que lidiar contra la parte contraria, sino contra la ignorancia de jueces especializados, tal como nos lo previene Ortega y Gasset. En el campo práctico, serían pocas las vacantes para los egresados del Instituto, salvo que se diera lugar a la periodicidad de las funciones en la judicatura y magistratura, reduciendo a la vez el tiempo de ejercicio correspondiente, lo cual es por de pronto imposible, atentas las prescripciones constitucionales.

Algunos nos han señalado que se produciría una discriminación inaceptable entre jueces y abogados de la profesión libre. De nuestra parte, creemos que tal división se justifica, pues con el "asistema" en la designación de administradores de justicia, se aprecia que algunos profesionales viven oscilando entre el ejercicio libre de la abogacía y el ejercicio de la judicatura o la magistratura, lo cual es perjudicial, pues una es la vocación para la práctica de la abogacía y otra distinta es la inclinación natural para saber administrar justicia. El ejercicio libre de la abogacía, exige la parcialización del profesional hacia su defendido, mientras que la imparcialidad del juez en el proceso es lo que lo caracteriza; el abogado es el llamado -como dice Bielsa- a "combatir la pretensión de otro"¹, se supone que el juez no tiene que "combatir" contra nadie, que debe asumir una posición equidistante respecto a las partes contendientes aplicando lo que la ley ordena, por eso decía Montesquieu que el juez es la "boca de la ley", y todo lo dicho es significativo porque

1) Ob. Cit., Pág. 85.

tiene un trasfondo ético.

Piero Calamandrei, con su brillante estilo, refiere la situación de un abogado que en la primera sesión con su cliente se dio cuenta que éste le relataba hechos distantes de la verdad, a cuyo propósito le había interrumpido indignado con estas palabras: "¡Caballero, hágame el favor, es preciso que cada uno haga su papel: usted dígame la verdad, que de decir las mentiras a los jueces ya me ocuparé yo!"¹.

De lo dicho, no es descartable que el continuo transitar entre el ejercicio libre de la abogacía y el de la judicatura o magistratura, pueda arrastrar al despacho judicial intereses que estaban siendo defendidos por el abogado, convertido luego en administrador de justicia.

En fin, en la introducción de este capítulo, habíamos adelantado, que teníamos la seguridad que esta temática -relativa al Consejo de la Judicatura- era la más problemática por la bastedad y complejidad de sus tan variados componentes -difíciles de ser agotados en un estudio-, de ahí que sólo nos reste aspirar a que la Ley reglamentaria de este Consejo, sea elaborada con la mayor pulcritud científica y con el menor interés político, pues de obrarse de manera distinta, los temores expresados por sectores profesionales del país, una vez conocida la creación de esta Importantísima institución, podrían corroborarse de modo verdaderamente catastrófico.

La urgentemente requerida reforma del sistema judicial, sólo podrá ser obra de los bolivianos, especialmente de los integrantes de los tres Órganos del Estado, por eso cerramos este capítulo con la siguiente cita transcrita del trabajo "Independencia Judicial en América Latina": "*Pero quizás en América Latina lo más urgente e importante sea proceder a cambios profundos en las mentalidades. Sin ellos difícilmente podrá realizarse la reforma del sistema de justicia. La fuerza de la tradición y de los Intereses creados, la escasa o nula experiencia democrática, el carácter fundamentalmente dogmático prevaleciente en el sistema judicial del área, la relativamente pobre formación académica de sus miembros, e incluso la pertenencia en los planos cultural y filosófico a la familia jurídica europea-continental constituyen obstáculos de talla para la realización de tales cambios*"².

1) CALAMANDREI, Piero. "Demasiados abogados.*", Ed. Jurídicas Europa-America.

Buenos Aires, Trad. José R. Xirau, 1960, Pág. 90.

2) Ob. Cit., Pág. 49.

CAPITULO VI
EL DEFENSOR DEL PUEBLO (OMBUDSMAN)
Y EL MINISTERIO PUBLICO *

A.- REFERENCIA OBLIGADA A UN LIBRO ADMIRABLE.-

En términos generales, estoy persuadido que el Defensor del Pueblo es un instituto útil y en su caso imprescindible para precautelar los derechos fundamentales y más elementales de la persona dentro de una sociedad atrapada y entrampada en una crisis de Estado; lo que específicamente ya no puedo asegurar y menos predecir, es si los hombres encargados de hacer funcionar la maquinaria del Estado boliviano, trátase del gobierno que sea, puedan estar condicionados para poner en marcha al Ombudsman con espíritu cívico y con suficiencia.

Debo reconocer que los renglones que expongo en este primer epígrafe, están inspirados más en el sentimiento que en la razón; pero para no causar alarma entre los científicos del Derecho, aclaro que ese sentimiento al que aludo, se refiere a la irrefrenable pasión que siento por la justicia, que creo que es la misma enfermedad que en el fondo padecen todos los individuos; pasión, que más que encontrar respaldo en la doctrina, en el derecho positivo, o en la legislación comparada, se cobija en la filosofía jurídica, amplia, universal, enemiga de poner linderos al conocimiento y que por ello recurre consecutivamente al auxilio de la literatura de la imaginación y del humanismo, de ahí que no deberá causar extrañeza la presencia del relato literario, en momentos con caracteres de vehemencia, como vehemente es la vida misma, porque en fin de cuentas el derecho, más que ciencia, más que norma, más que ley, es vida toda, sino no tendría motivo de existir.

Dentro de la exquisita "literatura" jurídica universal con que los hados propicios nos han otorgado gracia, "La lucha por el derecho", del sabio alemán

*) Adaptación a la exposición realizada por el autor en el Foro-Debate Nacional "La Constitución Política del Estado y la Perspectiva Nacional", auspiciado por la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba entre el 1 y el 2 de septiembre de 1994.

Rudolph von Ihering, ha dejado huellas indelebles en mi existencia. Es una obra que debiera ser repasada por políticos, jurisconsultos, filósofos y pueblo en general, por eso es que he creído necesario transcribir, repetir, así sea de modo interminable, citas enteras de este libro tan pictórico de vida y sabiduría jurídica, con la pretensión -no sé si habré de lograrla-, de ofrecer un marco filosófico muy general, que aparentando ser indirecto respecto del Defensor del Pueblo, se constituye en verdad, en universo para su entendimiento, pues no se podría comprender un "Defensor del Pueblo", que tiene que

luchar por el "derecho" de ese "pueblo", sino se sabe por qué se debe "luchar por el derecho" y cuáles son los fundamentos filosóficos de esa "lucha por el derecho". Confieso que adelantándome a cualquier crítica -respetable siempre para quien escribe-, siento deleite especial en ser un "repetidor" de los conceptos de Ihering, pero no sólo deleite, sino también autorrealización, porque pensar en el pensamiento de otro, es identificarse con el autor, es comprenderlo y es parecerse en algo a él -así nos separen mares de distancia-, sino jamás lo leeríamos y, menos lo repetiríamos.

El alemán romanista Ihering, en su obra citada, señala que es deber de todo individuo luchar por el derecho, lucha que se desarrolla en dos esferas: en la individual y en la social, ambas interrelacionadas e imposible de ser divididas en compartimientos estancos, lo cual le otorga sello de autenticidad al derecho para ser tal.

Ocupémonos primeramente, en la forma más resumidamente posible, de establecer los juicios de Ihering sobre la lucha por el derecho en la esfera individual: "El que se ve atacado en su derecho, debe resistir, este es un deber que tiene para consigo mismo. La conservación de la existencia es la suprema ley de la creación animada, y así se manifiesta instintivamente en todas las criaturas; pero la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender además su existencia moral, que tiene por condición necesaria el derecho; es pues, condición de tal existencia que posea y defienda el derecho. El hombre sin derecho, se rebaja al nivel de bruto"¹. En esta cita, se encuentra condensada la premisa general que fundamenta el por qué habremos de tener el deber de defender el derecho, entendiéndolo como la suma de la existencia material y la vida moral de uno mismo, para hallar distinción con el animal, aunque hasta éste, evolucionada la civilización, también hoy es digno de encontrar derechos y ante su indefensión natural, encontrar protección de los hombres. Pero el deber de defender el derecho, no puede realizarse

1) IHERING, Rudolph von. "La lucha por el derecho". Ed. Temis. Bogotá-Colombia, 1990, Pág.29.

únicamente con principios abstractos, es menester -dice el autor- que se lo haga de modo práctico "cuando la arbitrariedad osa atacarlo", de donde concluye que, 'Toda injusticia no es, por lo tanto, más que una acción arbitraria, es decir, un ataque contra la idea del derecho'¹.

Cuando permitimos un ataque en nuestro derecho material, por ejemplo en el de propiedad, estamos aceptando al mismo tiempo una lesión en nuestra existencia moral, porque estamos demostrando nuestra desidia o nuestra falta de dignidad personal para hacer valer nuestro derecho, no importa cuál fuere éste, siendo ésta una reiteración de la existencia material y moral del hombre.

Pero Ihering se pregunta si los hombres sabrán que el derecho material implica la existencia moral que a toda costa deben defender, y luego ofrece un ejemplo objetivo para comprender la cuestión: "¿Qué sabe el pueblo de los riñones, del hígado, de los pulmones, como condición de la existencia física? Pero no hay nadie que deje de sentir un daño cualquiera en el pulmón, un dolor en los riñones o en el hígado y que no tome las precauciones necesarias

para contrarrestar el mal de esta especie. El dolor físico nos anuncia una perturbación en el organismo, la presencia de una influencia funesta; nos abre los ojos al peligro que nos amenaza y nos obliga a remediarlo a tiempo. **Pues lo mismo es el dolor moral que nos causa la injusticia voluntaria; su intensidad varía como la del dolor físico y depende (...) de la sensibilidad subjetiva, de la forma del objeto de la lesión, pero se anuncia, no obstante, en todo individuo que no esté completamente habituado a la ilegalidad**"²."

En consecuencia, digámoslo preliminarmente, el hombre por causas naturales y por razones morales, tiene el deber de defender el derecho, que no es sino la combinación de la existencia material y la existencia moral del hombre. Pero además, existe un imperativo para no rehuir la lucha por el derecho: la conducta individual, aislada del hombre, tiene su repercusión en la vida social y el insigne tratadista que seguimos nos ofrece otro ejemplo por demás ilustrativo: "El cobarde que abandona el campo de batalla, salva lo que otros sacrifican, su vida, pero la salva al precio de su honor. La resistencia que los otros continúan haciendo, es lo que le coloca a él y a la sociedad al abrigo de las consecuencias que necesariamente vendrían si todos pensando

1) Ob. cit., Pág. 30.

2) Ibídem., Pégs. 37-36.

a) El subrayado es nuestro.

como él obrasen. Lo mismo puede decirse del que abandona su derecho, por más que esto, como hecho aislado, quede sin consecuencias, ; **pero si se erige en regla de conducta, ¿qué sería del derecho?**"¹". He ahí, otra explicación de porqué cada uno de nosotros tenemos el deber de defender el derecho: el peligro de que nuestra conducta contemplativa, por pasiva, termine erigiendo no sólo la impunidad, sino la reincidencia y la permanencia del ataque de lo injusto, ataque que conforme proviene de los particulares, también encuentra por ejecutores a los órganos e instituciones oficiales, situación agravada si el arbitrario es el Órgano Judicial, frente a los que el individuo, en su pequeñez de solitario, se encuentra impotente para enfrentar la extralimitación del Estado, gigante, y cada vez más absorbente.

Por eso, quien sabe más que nunca, sea necesario reformar al Estado, porque éste también debe participar en la lucha por el derecho:"(...) cuando un Estado está organizado, la opinión pública participa grandemente, Influyendo sobre los tribunales en todos los ataques graves hechos al derecho de una persona (...) y los individuos encuéntrase así desembarazados de la parte más pesada del trabajo" ². Si bien, el individuo tiene el deber de luchar por el derecho, el Estado lo tiene más, y su eficacia en esta misión será proporcional a la organización que haya alcanzado: ¿cuál es el nivel organizativo del Estado boliviano? El Ministerio Público, es el representante el Estado y el defensor de la sociedad: estructuralmente, abstracción hecha de su composición individual, ¿cuáles son sus posibilidades ciertas de eficacia? Dispénsenos por haber salido del enfoque individual demarcado por nuestro autor.

Pero avancemos un poco más en el pensamiento de Ihering con un concepto de superlativa importancia. El que ataca arbitraria e injustamente mi derecho, lesiona al propio tiempo mi personalidad, **sin interesar que sea una u otra cosa el objeto de mi derecho**. Una cosa puesta en mis manos gracias a mi sacrificio y trabajo, adquiere el sello de mi personalidad y quien me la arrebató, me quita la cosa y hiere mi personalidad "porque mi propiedad soy yo" pues la propiedad "no es más que la periferia de la personalidad extendida a una cosa".

Esta relación íntima entre derecho y persona, es la que eleva a aquél a su cúspide máxima de ser derecho ideal en oposición al derecho real, al limitado por el interés y el egoísmo, y es justamente esa relación la que brinda

1 Ob. cit., Pág. 45. a El subrayado es nuestro.

2 Ibídem, Pág. 45.

abnegación y energía en la lucha por el derecho, en oportunidades, tal como lo vemos, sin interesar el valor o la importancia de lo disputado, a veces pequeño e insignificante: es la pasión por la justicia, es la adopción de una posición de principio, es la dignidad personal puesta en juego; y la lucha por lo material, se transforma en una lucha por lo ideal. Por eso, "El dolor que el hombre experimenta cuando es lastimado, es la declaración espontánea, instintiva, violentamente arrancada de lo que el derecho es para él, en su personalidad, primeramente, y como individuo de clase luego"¹ (...); de ahí que con certero pensamiento, Ihering afirme que, "Los que no han tenido ocasión de medir experimentalmente este dolor, **no saben lo que es el derecho**, por más que tengan en la cabeza todo el Corpus /ur/s; porque **no es la razón, sino el sentimiento** quien puede resolver la cuestión; "²-" , estos conceptos claros, que superan la abstracción de la terminología técnico jurídica, es la que puede ser entendida por el hombre común, más aún con la siguiente expresiva complementación: "La fuerza del derecho descansa como la del amor, en el sentimiento, y la razón no halla cabida cuando aquel Impera. Así como hay momentos en que el amor no se conoce, y en un instante dado se revela enteramente, lo mismo sucede en el sentimiento del derecho; en tanto que no ha sido lesionado, no se le conoce ordinariamente y no se sabe de lo que es capaz; pero la injusticia le hace manifestarse, poniendo la verdad en claro y sus fuerzas en todo su apogeo"³.

En esta globalidad de ideas el sabio alemán nos enseña: "Sentir el dolor y permanecer indiferente, soportando con paciencia sin defenderse, constituye una negación del sentimiento del derecho"⁴, porque el derecho, no olvidemos, es la condición de la existencia moral de la persona, esencia por la que añade: "La irritabilidad y la acción, es decir, la facultad de sentir el dolor causado por una lesión en nuestro derecho, y el valor, junto con la resolución de rechazar el ataque, son el doble criterio bajo el que se puede reconocer si **el sentimiento del derecho está sano**"⁵ y Ihering finaliza su concepción sobre la lucha por el derecho en la esfera individual con una sentencia que lo define todo: "La defensa del derecho es un acto de la conservación personal, y, por consiguiente, un deber del que llega a ser lesionado, para consigo mismo".⁶.

-
- 1 Ob. cit., Pág. 49.
 - 2 Ibídem., Pág. 49. a Los subrayados son nuestros.
 - 3) Ibídem., Pág. 49-50.
 - 4) toidem., Pág. 50.
 - 5) lbfdem. Págs. 50-51.
 - 6) totdem, Pág. 54.

Sintetizando en unas cuantas líneas lo hasta aquí referido. El individuo tiene el deber de luchar por el derecho, por "su derecho", porque éste siendo su propia existencia material es sobre todo su existencia moral, es lo que le distingue del primate o del gusano. El derecho es la expresión de su amor propio, de su dignidad personal y no sólo de lo material. El incumplir con este deber, si bien representa un suicidio moral en lo personal, es un atentado contra la sociedad, pues al extenderse en ella el mal ejemplo de permanecer indiferente, soportando con paciencia sin defenderse, términase entronizando el abuso, la arbitrariedad y la injusticia, cometidos con mayor facilidad y ferocidad si el atacante del derecho es el propio Estado. Por todo esto, en lo más profundo de nuestro ser, el derecho es pasión y no razón, además que nunca se olvide, que existe siempre una "razón de los sin razón".

Pero si la defensa del derecho quedara en los cancelos de lo individual, el derecho así sea expresado en legítima pasión, se reduciría a la abyecta sincronía del vulgar egoísmo y mezquindad.

La defensa del derecho, es un deber que tiene todo individuo para con la sociedad y para probarlo dice Ihering, es necesario analizar la relación entre el derecho objetivo y el subjetivo. Muestra su disconformidad, con la teoría tradicional de hacer depender al primero del segundo, en la concepción de que serían las normas abstractas las que establecen las reglas para la vigencia del derecho concreto, cuando en verdad lo que se da es una interrelación entre los dos derechos, pues una norma abstracta que nunca ha estado en vigor o que ha perdido su fuerza en la sociedad, es virtualmente como si no existiera, sólo el derecho objetivo es el que le da vida o en su caso la resucita. "El derecho no será letra muerta, y se realizará (...) si las autoridades y los funcionarios de Estado cumplen con su deber (...) (y) si los individuos hacen valer sus derechos. Pero si (...) por comodidad, por ignorancia o por pereza, estos últimos quedan largo tiempo inactivos, el principio legal perderá por el hecho mismo su valor" ¹; pero es evidente que el derecho subjetivo regla el ejercicio de los derechos concretos, estableciéndose una interdependencia entre ambos.

En todo caso, surge el cuestionamiento por el que si un individuo no ejerciera sus derechos, las consecuencias recaerían solo sobre él, situación que no es evidente, a cuyo propósito y para demostrar la repercusión que tal conducta individual cobra en la sociedad, recuerda el tratadista que seguimos, el ejemplo de un hombre que huye del combate. "Si mil soldados están

1) Ob. cit, Pág. 58.

en línea, puede perfectamente suceder que no se note la falta de uno solo; pero si cien de ellos abandonan su bandera, la posición de los que quedan fieles será más crítica; porque todo el peso de la lucha caerá sobre ellos (...) desertar en semejante caso, es también vender la causa común, porque es engrosar las fuerzas del enemigo, aumentando su osadía y su audacia"¹; en consecuencia, la defensa que de su derecho hace un individuo, es la defensa del derecho que realiza por la sociedad, trascendiendo su propio derecho personalísimo para asegurar el orden establecido en las relaciones sociales.

Sin embargo, es también de reconocer el coraje de la fuerza con que una persona luche por el derecho y los riesgos a los que está expuesta:"(...) la suerte de los que tienen el valor de hacer observar la ley es un verdadero martirio; su sentimiento firme y enérgico del derecho, labra ciertamente su desgracia. Abandonados de todos aquellos que debieran ser sus naturales aliados, quedan completamente solos en presencia de la arbitrariedad (...) no acusamos a la injusticia de suplantar al derecho, sino a éste que le deja obrar, porque si llegase el caso de clasificar, según la importancia, estas dos máximas: "**no cometas una injusticia**" y "**no sufras alguna**" se debiera dar como primera regla, "**no sufras ninguna injusticia**", y como segunda, "**no cometas ninguna**" ²".

Con todo lo referido, se demuestra que la defensa de un derecho concreto no es sólo el cumplimiento de un deber de la persona, sino de la ley, indispensable para mantener el orden establecido como bien público, concepto que a su turno se concatena con otro de enorme importancia: se cree que a nadie se le ocurriría iniciar una contienda judicial con la sola intención de hacer prevalecer la defensa del derecho por ser ésta un deber social. Sin negar ese sentimiento ideal, Ihering refuta esa argumentación, recordando la institución de las **acciones populares** en el derecho romano, a cuyo propósito señala en nota al pie de página: "Haremos notar para aquellos de nuestros lectores que no han estudiado el Derecho, que las acciones populares ofrecían al que quería la ocasión de hacerse representante de la ley y perseguir al culpable que la había violado. Estas acciones no se limitaban a los casos en los que se tratase del interés público, sino también se podían usar todas las veces que un individuo con el cual se habla cometido una injusticia no fuese capaz de defenderse por sí solo. Estas acciones (...) son rastros de ese sentimiento ideal que defiende el derecho, por el derecho mismo, sin mirar el

1) Ob. cit, Pág. 59.

2) Ibídem, Pág. 61. a) Los subrayados son nuestros.

Interés personal" ¹. Yo me pregunto, en esta institución, ¿no estaremos encontrando a uno de los remotos antecedentes del Defensor del Pueblo que hoy acoge nuestra Constitución?; defensa del derecho, por el derecho mismo, que aparte de ser naturalmente individual, en nuestro tiempo tiene necesariamente que ser además institucional, ante el crecimiento omniciente del

Estado mismo, porque el defensor del pueblo, personal, aislado y hasta heroico es impensable. "Pero si la fuerza limitada del individuo va a estrellarse contra las instituciones que dispensan a la arbitrariedad una protección que niegan al derecho, es evidente que el huracán descargará sus iras sobre el autor y entonces una de dos: o bien su sentimiento legal herido cometerá uno de esos crímenes (de los que luego -dice- hablaremos), o bien nos ofrecerá el espectáculo, no menos trágico, de un hombre que, llevando constantemente en su corazón el aguijón de la injusticia, contra la cual es impotente, llegará a perder poco a poco el sentimiento de la vida moral y toda creencia en el derecho"².

Terrible advertencia la realizada por Ihering, que previene en el fondo, sobre la inminencia de la incredulidad ciudadana sobre el orden de derecho y la destrucción de la democracia, que para hacer más expresiva esta desgracia social recurre a un pasaje literario en el que el personaje central, hombre honrado y escrupulosamente amigo del derecho, es víctima de la injusticia, y se arrebatado, se subleva y convertido en un Atila dice: "Más vale ser perro que ser hombre y verse pisoteado; grita, y al instante toma una suprema resolución: el que me niega la protección de las leyes me destierra entre los salvjes del desierto y pone en mis manos la maza con que debo defenderme, -luego el gran Ihering prosigue- arranca a esa injusticia venal el mancillado poder que lleva, y la ataca de tal modo, que el espanto y el miedo se esparcen por todo el país, (...) ese Estado podrido se conmueve hasta sus más hondas bases"³, y, según el relato, ese hombre sucumbe y muere:"(...) esa grandeza moral que le hace superior a todos sus enemigos; viene de ese alto respeto hacia el derecho (...) de la fuerza de acción que posee su sentimiento moral, que es completamente justo y sano"⁴ -y nuestro autor añade- "Cualquiera que sea la injusticia que nosotros hayamos de sufrir, por violenta que sea, no hay para el hombre alguna que pueda ser comparada a la que comete la autoridad por Dios establecida cuando viola la ley. **El asesinato judicial, como lo llama perfectamente nuestra lengua alemana, -prosigue- es el**

1) Ob. cit., Págs. 64-65.

2) Ibidem., Pág. 66.

3) Ibidem., Pág. 72

4) Ibidem., Pág. 74

verdadero pecado mortal del derecho. El que estando encargado de la administración de justicia se hace asesino, es como el médico que envenena al enfermo"^{1-a}.

Encendidos cuanto vehementes el relato y la admonición del célebre alemán, que salen de la ritual exposición de la Ciencia del Derecho, porque ésta, en el pensamiento de Ihering se hace vida.

Por las maravillosas ideas estampadas en el opúsculo del que hemos transcrito incontables citas de entre las infinitas llenas de sabiduría que contiene, es innegable que el Estado, si con sinceridad busca su perfeccionamiento, y

pretende ser el efectivo garante del derecho de las gentes, tiene que sacrificarse, contradiciéndose dialécticamente, para dar lugar al nacimiento, desde sus entrañas, a ese desprendido e ideal defensor del derecho del pueblo, porque el individuo empedregado, por aislado, se extingue en tal esfuerzo, aunque puede encenderse en su unidad con los demás.

Por lo referido, porque la lucha por el derecho es un deber individual y es un deber social y porque el mayor de los deberes lo tiene el Estado, para no terminar en la miseria de la descomposición social y la desesperanza, es evidente, tiene que ser serio, que éste deba cumplir con la defensa del pueblo:

¿será a través del Ministerio Público -tan conocido por los bolivianos- o por medio del Defensor del Pueblo, tan nuevo entre nosotros? Ese es tema de distinta discusión. Por de pronto nos detenemos aquí.

B.- PRECARIEDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS.-

Una vez enterados los círculos profesionales del Derecho sobre la creación del instituto del Defensor del Pueblo u Ombudsmán, al igual que en el caso del Tribunal Constitucional y el Consejo de la Judicatura, emitieron pronunciamientos los más de ellos exponiendo razones para su oposición. De su parte, sobre todo entidades semioficiales y algunas oficiales, propugnadoras de la incorporación de tal institución en nuestro edificio jurídico nacional, exteriorizaron sus motivos para la adopción de tal posición.

Se sostiene, que el Defensor del Pueblo emergería en nuestro país, como una respuesta a las ilimitadas deficiencias existentes en el control de la Administración Pública, cuya burocracia insensible no se compadece de los verdaderos martirios que tiene que aguantar el ciudadano que acude a sus

1) Ob. cit., Pág. 74.

a) El subrayado es nuestro.

pasillos para realizar un determinado trámite o petición en ejercicio, unas veces de sus derechos y, otras, paradójicamente, en cumplimiento de sus deberes con el Estado. Tales defectos de la Administración, encontrarían su origen entre otros factores: 1) en el crecimiento desmedido del Estado, crecimiento no sólo cuantitativo (mayor número de funcionarios, de oficinas, departamentos, divisiones, etc.), sino también, en el elemento "cualitativo" -no sé si esta expresión cuadrará con la inoperancia-, expresado por una parte en la complejidad y entramamiento de los trámites, pero sobre todo en el rol absorbente, despiadado y cada vez más despersonalizado del Estado; y, 2) en la ineptitud de los mecanismos tradicionales de control para hacer valer los derechos de las personas.

Son señalados como mecanismos de control ineficientes los siguientes:

1) el administrativo, calificado de incipiente, incoherente y carente de procedimientos, señalándose inclusive a la Ley SAFCO, como un instrumento que no ha cumplido su cometido; 2) el parlamentario, desacreditado, por su inveterada inclinación a partidizar los temas sujetos a su inspección, fiscalización y gestión; y, 3) el jurisdiccional, carente de credibilidad, costoso, complicado, lento, burocrático.

Estos mecanismos, son acusados por ser indiferentes a los requerimientos y problemas del individuo y solemnemente despectivos frente a él, al extremo de imponer una especie de tiranía del desprecio y de la incuria. Se dice que existen oficinas en las que el proverbial "vuélvase mañana" ha sido reemplazado por el "vuélvase la próxima semana", sabiendo para sus adentros el burócrata que en verdad es "vuélvase al año", o más aún, cuando las esferas de autoridad son "muy altas", existiría la permisión para señalar, "hoy no es posible... el jefe (el ministro, el magistrado, etc.), **está malhumorado**", y, de vuelta al día siguiente, en la petición angustiada, vana e ilusa del ciudadano desesperado, la respuesta sería: "**el doctor ha viajado**". Se cuenta que unos, los más tenaces o los más necesitados, persisten en el vía crucis y, otros, agotados cuando no acobardados, prefieren desistir de su legítima petición y, se añade, que no existe quien se "ocupe" y menos "preocupe" por el individuo así desamparado, víctima del propio Estado.

Ante esta situación, que la admitimos por ser de conocimiento y también de padecimiento general, de la que se salva el "influyente", el familiar, el amigo, el compadre, el conmitón o el adinerado, es respondida de modo incomprensible con el incremento desmesurado de un sinnúmero de instituciones, que debido a tal proliferación, difícilmente pueden ser contabilizadas para su identificación. No creemos exagerar un ápice, al afirmar que posiblemente no exista país en el mundo que cuente con tantos organismos encargados de proteger los derechos de las personas, ya sea contra los abusos del propio Estado o de los particulares, con lo cual se daría la impresión de que Bolivia es la cabeza de las naciones del orbe donde las personas encuentran superprotegidos sus derechos constitucionales y legales.

Hagamos un esfuerzo para contar algunos de los organismos e instrumentos legales de protección de las personas en sus diferentes niveles y encargados a la vez de ejercer el control administrativo del Estado:

- Comisión de Derechos Humanos del Parlamento.
- Comisión de Constitución del Parlamento.
- Comisión de la Mujer del Parlamento
- Comisiones especiales de inspección, investigación y fiscalización del Parlamento.
- Ministerio Público.
- Subsecretaría de Derechos Humanos.
- Subsecretaría de Género.
- Organización Nacional del Menor y la Familia (ONAMFA).
- Policía Nacional.
- Defensoría Pública.
- Defensores de Oficio.
- Contraloría General de la República.
- Organizaciones Territoriales de Base (OTBS).
- Consejos Departamentales.

Contándose además, entre las organizaciones no oficiales a:

- Asambleas Nacionales y Departamentales de Derechos Humanos.

- Central Obrera Boliviana y Departamentales (para la protección de los derechos de sus afiliados).
- Juntas vecinales.
- Algunos medios de comunicación.
- Algunas Organizaciones no Gubernamentales (ONGS).

Entre algunas de las disposiciones legales específicas, fuera de la Constitución, se cuentan:

- Ley del Ministerio Público.
- Ley del Sistema de Administración, Fiscalización y Control gubernamentales (Ley SAFCO).
- Ley Contra la Violencia Intrafamiliar y Doméstica.

Desde luego que ésta es una lista que dista mucho de ser completa, no contemplamos en este listado procedimientos constitucionales como el *hábeas corpus* o el amparo constitucional, ni disposiciones legales destinadas al efecto que nos ocupa; pero un ajeno, de la lectura completa de la misma podría inferir que no existe persona en el planeta, como la boliviana, más protegida en sus derechos y garantías constitucionales y plenamente garantizada en su actividad frente a la función administrativa del Estado. Y aún, insatisfechos con la existencia de este verdadero "arsenal" de Instituciones protectoras -que vaya a saber, sumadas todas ellas, qué presupuesto estatal o no estatal demandará su funcionamiento-, se agrega una más, el Defensor del Pueblo u Ombudsman. No agregamos en este catálogo al Tribunal Constitucional, porque su posibilidad de constituirse en protector de los derechos y garantías constitucionales de las personas, está condicionada a la forma y contenido de la Ley que reglamente las condiciones para la admisión de los recursos y sus procedimientos, tal como lo señalamos en un capítulo anterior.

No creemos que nadie en sano juicio, pueda dejar de coincidir que ante lista tan impresionante, nos encontramos frente a un verdadero gigantismo institucional estéril que da lugar a un entrecruzamiento de facultades y prerrogativas, neutralizando la actividad de muchas de ellas para concluir en resultados nugatorios e intrascendentes, tal como la opinión pública verifica especialmente a través de los medios de comunicación social.

No dudamos de las buenas intenciones que acogen al Defensor del Pueblo en el texto de la Constitución Política del Estado; pero éstas no son suficientes. Es necesario además que exista una sincronía perfecta entre el instituto creado y la realidad concreta en la que deberá cumplir su misión. En el caso del Tribunal Constitucional fuimos terminantes: dijimos que la Corte Suprema de Justicia se había agotado en el control de la constitucionalidad, que en el fondo no lo ejerció en la confusión con la inaplicabilidad de la ley por inconstitucional, señalamos que se requería de una jurisdicción especializada que le otorgue vida real a la Constitución, tarea que no le asistía a la Suprema Corte, razón, entre las muchas otras existentes, que justificaba la incorporación de otro tipo de Tribunal, consagrado exclusivamente a otorgar

cumplimiento real y efectivo a las normas constitucionales. Dentro de este contexto, la creación del Tribunal Constitucional guarda armonía con los requerimientos de la sociedad boliviana y por lo tanto la conformación de "otra institución más", encuentra justificativo admisible. Que luego vaya a funcionar mal o bien, es asunto distinto.

Este panorama referido al Tribunal Constitucional, no es precisamente gemelo del Defensor del Pueblo, pues existen diferencias en el justificativo de la creación de ambos. Lo verdaderamente de lamentar, consistiría en que las normas constitucionales que instituyen al Ombudsman, no guarden relación de "cantidad" con la realidad institucional boliviana o, lo que sería peor, respondan a "falsas imágenes" o "vicios necesarios" deslizados en la Constitución, a cuyo propósito aclaratorio, Manuel García Pelayo, citando a un antiguo estudioso de la Ciencia Política que vivió en el siglo XVII, Amoldo Clapmarius, señala que normalmente aparecen en las constituciones disposiciones que se sabe de antemano que nunca serán cumplidas, pero que son previstas debido a la existencia de ciertos factores o necesidades sociales; dicho entre nosotros, diríamos en buen romance, que se trata de una especie de "trampitas necesarias", pero que a veces, no obstante el diminutivo empleado, pueden tener imprevisibles consecuencias para el cuerpo social.

Entre dichas falsas imágenes se cita al "*arcana imperii*", consistente en aquellos métodos íntimos y ocultos que se introducen para mantener la necesaria tranquilidad del Estado. Una especie de esta naturaleza tendríamos reflejada en el artículo 2° de la Constitución al establecer que "La soberanía reside en el pueblo", pero... "el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes" (artículo 4° de la Ley Fundamental). Justificaríanse dichas previsiones a efecto de conservar y garantizar el sistema de gobierno democrático-representativo, aunque cuando en ocasiones la situación social se hace insostenible o contraria a ciertos intereses, algunos rebasan al "*arcana imperii*" al ser insuficiente y devienen en situaciones de fuerza o convocan a consultas populares, referendums, etc.

"Los *símulacra*", conducta consistente en aparentar algo, proclamar algo, y luego hacer exactamente lo contrario. Por ejemplo, declarar enfáticamente la autonomía e independencia de un órgano o institución y luego gracias a la altisonancia de tal enunciado, substraería y hacerla más dependiente. Ejemplos últimos, los tenemos en la palma de la mano. Basta mirar en nuestro rededor.

"*La blandimenta*", es la adulación a los desposeídos utilizando alegorías

jurídicas alejadas de la verdad. Ejemplos: 'Todos son iguales ante la ley, sin distinción de raza, condición económica, etc.'. Artículo 1° de la Constitución, "Solivia (...) multiétnica y pluricultural"... y la Constitución se la publica sólo en idioma español... ¿Cómo los quechuas, aymarás, tupiguaraníes, van a exigir el cumplimiento de sus derechos si no conocen la Constitución?.

O, finalmente, una variedad del "*arcana imperii*", la "falsa conciencia", que no es otra cosa que la confusión de buena fe entre lo ideal y lo real. Por el "*arcana imperii*" de esta naturaleza, nadie engaña a nadie, pero existe equívoco al incorporar una norma constitucional. Ojalá éste no sea el caso que origina la creación de mayor número de instituciones en pos de resolver álgidos problemas que ciertamente existen. En este renglón, es de recordar que no faltan voces respetables que sostienen que más apropiado hubiese sido fortalecer y mejorar las ya existentes, refiriéndose concretamente al Ministerio

Público frente al Defensor del Pueblo, y al número extralimitado de instituciones que han sido señaladas en páginas anteriores. A este efecto, será pertinente efectuar una somera referencia comparativa entre ambas instituciones.

C.- EL MINISTERIO PÚBLICO.-

Se dice que los antecedentes de este instituto se remontan a épocas muy antiguas que lindan con la leyenda. Así en el Derecho Ático aparece como un principio de acusación privada en la que un tercero era el acusador. En Grecia el Tribunal Heliastas admitía a un ciudadano como acusador. Cicerón y Catón ejercieron la acción pública en representación del pueblo (tal vez éste podría ser el origen de los tribunales populares). En fin, luego el Ministerio Público (que no es otra cosa que el interés público) se ha confundido con el Ministerio Fiscal.

La palabra "fiscal", etimológicamente, no guarda ninguna relación con el sentido actual de su función. "Fiscal", proviene de la palabra *fiscus* que en el derecho público romano era la cesta donde se recogían las monedas o los impuestos, con el transcurrir del tiempo adquirió el sentido que hoy tiene. Por el Fuero Juzgo, aparecen los Personeros Reales o Feudales que son los "Procuradores" puestos al servicio del Emperador para realizar sus trámites judiciales, antecedente éste que habrá de ser tomado muy en cuenta para dilucidar el verdadero rol que en la actualidad debiera asumir el Ministerio Fiscal o Público, aspecto del que nos ocuparemos posteriormente.

En puridad, se dice que el origen del Ministerio Público, en el sentido que hoy tiene, se lo encuentra en la Revolución Francesa de 1789, en la que fueron instituidos los Comisarios del Pueblo a efecto de hacer cumplir las leyes y castigar a los delincuentes.

Retornando a lo más próximo de lo nuestro, en la Recopilación de las Leyes de Indias, aparecen los fiscales con funciones judiciales y administrativas, dato que también debe tomarse en cuenta como antecedente para nuestro análisis posterior, leyes, que no debe olvidarse por lo demás, continuaron rigiendo durante un buen tiempo luego de lograda la independencia republicana.

Ya en nuestro medio, el Mariscal Antonio José de Sucre, mediante Decreto de 27 de abril de 1825 (antes de que la República contara con una Constitución) crea la Corte Superior de Justicia de las Provincias del Alto Perú en reemplazo de la Real Audiencia de Charcas, conformada por cinco vocales y **dos fiscales**, institucionalizando de esta manera al Ministerio Público, que como se ve, formaba parte de la órbita jurisdiccional. De tal manera que es posible afirmar que la historia del Ministerio Público en Bolivia, está aparejada a la propia historia de la fundación de la República. No obstante, el Ministerio Público fue siempre difuso y débil en su contenido, tanto por la falsa concepción que se tuvo de esta institución, como por el deliberado mal uso que se hizo de ella por cada uno de los gobiernos de turno, -de facto como constitucionales-, que se sucedieron a lo largo de nuestra historia, al extremo que nunca contó con una ley que la rigiera, hasta que se promulgara recién el 19 de febrero de 1993 la "Ley del Ministerio Público", conteniendo disposiciones claras que definen su contenido, sus funciones y su rol, disposiciones que al presente seguimos esperando sean cumplidas, para diferenciarlo de los tiempos en que dependía del Ejecutivo.

Tan evidentes fueron esa debilidad y dependencia institucional, que el Presidente José María Linares, a tiempo de dictar en 1857 la primera Ley de

Organización Judicial, define en ella al Ministerio Público como una magistratura conformada por **agentes del Poder Ejecutivo ante los Tribunales** para representar a la sociedad, requiriendo "la correcta aplicación de la ley"(?) y **actuando como representante de la Administración** (!!); si hay algo que destacar en esta disposición de Linares, es que es franca y sincera, las cosas las dice de frente: los fiscales son para él agentes del Poder Ejecutivo y de la Administración, lo que es incomprensible, es que siendo tales, es decir "parte", hubiesen podido requerir por "la correcta -imparcial- aplicación de la ley", previsión quizás entendible con un poco de esfuerzo, si se tiene en cuenta que el dictador Linares medía el funcionamiento del Estado con la vara inflexible de la moralización severa que guiaba sus actos, olvidando que su paso por el "poder", como el paso de todos los mortales, y particularmente el de los políticos, no era eterno, era apenas menos que efímero. Lo que sí merece respeto en la conducta de Linares, es que en ella no existió ningún "arcana imperli" y desde luego menos "simulacra" de ninguna especie.

Esta mezcolanza de representaciones y prerrogativas, se arrastra hasta expresarse en la Ley de Organización Judicial de 1972, en el Código de Procedimiento Penal y aún en la Constitución de 1967. El Ministerio Público a título de representar al Estado, representaba en el fondo al Ejecutivo (tal como sin eufemismos lo reconocía Linares), esto, como un resabio de la Colonia: "el fiscal era representante de la Corona". El Ministerio Público siempre fue "convocado" para intervenir en algunas cosas de "interés" y en otras, era solemnemente ignorado, de ahí que el autor, encontrándose ejerciendo pasajeramente el cargo de Fiscal de Distrito de Cochabamba, a través de los periódicos de esa ciudad, no dejó de decir que "el Ministerio Público era un organismo multiuso que servía para todo y para nada"... por supuesto que a nadie le interesó tal declaración.

Lo cierto es que el error de concepción anotado, se mantiene en la Constitución vigente. En su artículo 124, señala: "El Ministerio Público tiene la función de promover la acción de la justicia, defender la legalidad, **los intereses del Estado** y la sociedad (...)". El artículo 125: "El Ministerio Público **representa al Estado** y a la sociedad (...)". El problema radica en que con facilidad y habilidad, a los intereses del Estado siempre se los ha convertido en intereses del Gobierno, sea el que fuese éste, porque el ciudadano medio, no adentrado en los conceptos de la Ciencia Política, no realiza la distinción entre Estado y gobierno y esta aparente superflua diferenciación, luego tiene efectos en la sociedad difíciles de evaluar.

Por los motivos señalados, en otras legislaciones están bien delimitadas las funciones, atribuciones y estructura de este organismo y/ o de otros con los cuales suele ser confundido. Antes de ingresar en la referencia de algunos ejemplos de legislación comparada, es de interés para fines de la presente exposición, aclarar la confusión de roles que suele deslizarse entre "fiscal" y "procurador". Según Guillermo Cabanellas: "Como galicismo o mala traducción francesa, *procurador* se dice en lugar de Ministerio fiscal"¹, a la vez agrega, que el procurador, en función de la "procuraduría", es "Quien con facultad recibida de otro actúa en su nombre. El que, habilitado legalmente,

1) CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario jurídico elemental", Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1979. Pág. 260.

se presenta en juicio en nombre y representación de una de las partes"¹.

Ahora bien, La Ley Orgánica de la Procuraduría General de México, con estrictez y sin subterfugios, en su artículo 1° señala: "La Procuraduría General de la República, **es una dependencia del Poder Ejecutivo (...)**" y en tal contexto claro y sincero, entre sus atribuciones establece: "Representarlo (al Ejecutivo) en los negocios en que sea parte o tengan interés jurídico las entidades de la Administración Pública". En este caso se refiere a las situaciones en las que el Ejecutivo actúa como persona de derecho privado, pero de ninguna manera el Órgano Administrativo, se presenta como si fuera el Estado en sí mismo.

En Honduras, la Ley de la Procuraduría General de la República, en su artículo 4° dispone: "Comparecer en representación del Estado en los juicios en que fuera parte, **conforme a instrucciones del Poder Ejecutivo (...)**" mientras que en su artículo 7° establece: "**Asesorar al Poder Ejecutivo en todos los casos en que el Presidente de la República requiera su opinión**". Si bien en la legislación Hondureña se hace mención al Estado, es muy claro que la Procuraduría es representante del Ejecutivo.

En Costa Rica, la Ley de Organización de la Procuraduría General de la República, en su artículo 1°, señala que la Procuraduría es un "(...) órgano superior consultivo, técnico-jurídico **de la Administración Pública** y el representante legal del Estado". De todos modos, no se oculta la ligazón íntima con el Órgano Administrador.

Sobre la base de lo referido, con toda razón, a fin de evitar confusiones sobre el rol del Ministerio Público con las funciones de Procuraduría, que lamentablemente están mezcladas en la Ley del Ministerio Público, en el anteproyecto de ley correspondiente, se centraba la intervención de la Fiscalía sólo en las causas penales, estableciéndose entre sus atribuciones concretas y no difusas: Promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y del interés público, disposición por la cual, los fiscales más que ser representantes del Estado, al estilo de los representantes de la Corona en la Colonia, eran en puridad **representantes del Ministerio Público, es decir, del 'interés público', de la sociedad y de las personas.**

En todo caso, más allá de estas observaciones, lo cierto es que la primera y única Ley del Ministerio Público, repite el concepto de la representación del Estado, concepto convertido en la praxis boliviana en abstracción

1) Ob. cit, Pág. 260.

evidente; pero rebasando tal deficiencia, y las restantes que pueda contener, la sola existencia de la Ley del Ministerio Público, representa un avance en el orden del Estado constitucional de Derecho. Luchar por su perfeccionamiento y real cumplimiento, dependerá -como diría Ihering- del sentimiento por el derecho que conmueva a las gentes del poder y a los individuos de la sociedad, y es un avance, porque se le asigna al Ministerio Público, la finalidad, las funciones y las atribuciones de defender el Estado de Derecho, la legalidad, los derechos ciudadanos, la familia, los derechos del menor e incapacitados; tiene la obligación de velar porque los tribunales de justicia respeten los derechos y garantías constitucionales de las personas, de apersonarse a los juzgados e **instancias administrativas**, para proponer las diligencias necesarias a fin de regularizar procedimientos y subsanar vicios, exigir respeto a los presos y reclusos detenidos, etc., es decir, actuar en todo lo adecuado para preservar el orden constitucional de derecho.

En suma, el Ministerio Público tiene que ser un órgano de justicia y no de simple persecución. Su verdadera tarea no es la de acusar por acusar y sostener la acusación contra el derecho y aún contra el sentido común. El Fiscal no puede ser ya el Torquemada de los años 1400. Su tarea no es la de abrir causas irresponsable y cómodamente por la simple presentación de la demanda, desde cuyo instante, según el artículo 18 de la Constitución, debe ser participado el demandado para que asuma su defensa, sea escuchado y aporte elementos de juicio. Obrar a la inversa, es presumir la culpabilidad del simplemente demandado. La alta misión del Ministerio Público en el proceso penal, consiste en contribuir a descubrir la verdad... en ayudar a hacer justicia. Por eso, el Fiscal antes de emitir un requerimiento, tiene que someter el caso a investigación profunda y cuidadosa tal como manda la Ley del Ministerio Público, recordando que de una o de otra manera, están en sus manos el honor, la libertad, el patrimonio y aún la vida de las personas, bienes jurídicos tan preciados, que él también, como persona individual, tanto los cuida para sí y para su familia. El Fiscal, en estricto apego a la ley, tiene que tener sobre todo hombría de bien, para no terminar como el "asesino judicial" al que Ihering con tanta pasión se refería.

Un requerimiento, producto de la investigación objetiva, del desvelo y del sacrificio por el estudio cuidadoso y circunspecto, es una verdadera garantía de justicia para la sociedad, que orienta e ilumina el criterio del juzgador. Justamente, este es el fundamento mayor por el que no puede haber proceso penal sin "previo" requerimiento fiscal, porque éste es una garantía constitucional para la persona, pues de ser emitido por simple rutina, con displicencia e irresponsabilidad o, peor aún, respondiendo a sugerencias o presiones extrañas que pueda dar lugar a que el juez siga el mismo oscuro camino o, siendo este último, honesto y, conociendo el predicamento abyecto de aquél, se concluya en ser desdeñado e ignorado el requerimiento fiscal, casos en los cuales no tendría razón de ser o de existir el Ministerio Público y, en todo caso, se constituiría en un perjudicial órgano destinado a obstaculizar la celeridad y correcta administración de la justicia.

Por lo dicho, si el Ministerio Público cumpliera a cabalidad su augusta misión, si se diera cumplimiento al precioso principio de su independencia funcional, venciendo cualquier despreciable "*simulacra*" que lo desvirtúa y si se le dotara de los suficientes recursos materiales y humanos, que nunca tuvo, se convertiría en auténtico "**defensor del pueblo**", así tal como está definido con tanta elocuencia en el Perú, en cuya Ley Orgánica del Ministerio

Público, artículo 8º, se señala : "La declaración de estado de sitio no Interrumpe la actividad del Ministerio público como **defensor del pueblo**".

D.- EL DEFENSOR DEL PUEBLO U OMBUDSMAN.-

A diferencia del Ministerio Público, el Defensor del Pueblo es un instituto novísimo en nuestro país, incluso en "Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos", ampulosa e ilustrativa obra coordinada por D. García Belaunde y otros, al realizarse un comentario del artículo 54 de la Constitución española, se señala que, 'Tal precepto acoge una institución por entero novedosa entre nosotros: el Defensor del Pueblo'¹.

Sobre el origen de este instituto no existe ningún dato cierto y menos criterios uniformes al respecto. Algunos dicen que ya tuvo presencia en Suecia el año 1660. Rudolp von Ihering en su "Espíritu del derecho romano", tomo III, al referirse al instituto de las **acciones populares**, sin mencionarlo explícitamente desde luego, nos da lugar a pensar que la institución romana citada, podría ser un antecedente del Defensor del Pueblo; pero de modo casi uniforme, sobre un dato objetivo, se señala que su origen se encuentra en Escandinavia, habiéndoselo incorporado de modo oficial en la Constitución de Suecia el año 1809, con el nombre de Ombudsman, palabra en realidad intraducible al idioma español, pero que en una aproximación, querría decir "defensor del pueblo", aunque en el idioma sueco significarla mandatario.

1) GARCÍA BELAUNDE D. et. al. "Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos", Ed. Dykinson, Madrid, 1982, Pág. 416.

Tiene vigencia en muchos países del mundo como: Dinamarca, Noruega, Finlandia, Australia, Egipto, Israel, Nueva Zelandia, Filipinas, Alemania, Grecia, Francia, Portugal, España, Canadá, Estados Unidos, México, Guatemala, Honduras, Costa Rica, Panamá, Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Argentina, Brasil y muchos países más, con diferentes formas y aún denominaciones.

En algunos países, existen varias clases de Defensores del Pueblo. En Suecia por ejemplo se tiene al Ombudsman del Consumidor, Ombudsman para la preservación de la igualdad de los sexos, Ombudsman para la Prensa, Ombudsman para la Libertad de Empresa, Ombudsman Militar, y, el Ombudsman de Justicia para ejercer control sobre la actividad de la Administración Jurisdiccional. En Portugal, se denomina Proveedor de Justicia, en Francia Mediateur, en Gran Bretaña Comisionado Parlamentario, en Israel Comisionado para las Quejas, en España Defensor del Pueblo. Como especies de este instituto, se conoce a la Defensoría de los Derechos Universitarios de México; el Ministerio Público en el Perú; el Tribunal de Garantías Constitucionales en el Ecuador; la Dirección de Probidad Administrativa en Honduras; el Defensor del Pueblo en Colombia; la Procuraduría de Derechos Humanos en Costa Rica (en Bolivia, se pensó inicialmente asignarle el nombre de "Procurador del Pueblo" porque se aludía al hecho de "gestionar" o hacer algo por otros); en el Brasil la Comisión Nacional de Defensa de los Derechos del Ciudadano, el Consejo Nacional de Defensa del Consumidor, el Oidor de Previsión de la

Salud, el Procurador de los Derechos de los Reclusos y detenidos; el Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala, etc.

Del análisis de los fines y atribuciones del Defensor del Pueblo contenidos en la Constitución y taxativamente en el Anteproyecto de Ley de 1992, lo menos que se puede inferir, es que se trata de una institución útil y necesaria, pues nace como respuesta a la creciente omnipotencia estatal frente al hombre inerme, indefenso y hasta temeroso para reclamar sus derechos en el ámbito del "sector público". Tal como se señaló, sólo el amigo, el militante, el pariente o el influyente goza del privilegio de la atención administrativa con celeridad y eficiencia.

De un modo general, las facultades que se le asigna son: a) de investigación, para comprobar la denuncia o queja del damnificado o perjudicado; b) de crítica, pues no es un órgano jurisdiccional, no modifica, revoca o anula un acto administrativo; c) de publicidad, se dirige y mueve a la opinión nacional, presionando socialmente al mal funcionario; y, d) de gestión, actuando para otros y por otros. Es decir, se trata de un organismo de queja, de denuncia, de gestión y presión moral y social.

No creemos que pueda existir ciudadano alguno que se oponga al cumplimiento de tareas de tanta importancia para beneficio de la propia comunidad; no obstante, nuestra preocupación se centra en la evidencia de la duplicidad de funciones y prerrogativas que se producen en relación, especialmente, a las de la Fiscalía y a las propias de las Comisiones Parlamentarias, sin descontar a las correspondientes a las otras instituciones señaladas en el ampuloso listado referido en páginas anteriores. Así por ejemplo, de conformidad al artículo 129 de la Constitución, el Defensor del Pueblo tiene acceso libre a los centros de detención, reclusión e internación, pero también el Ministerio Público tiene dicho "deber", en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 12, incisos g) y h) de la Ley del Ministerio Público.

Defensor del Pueblo tiene la facultad de Interponer recursos de inconstitucionalidad, directo de nulidad, amparo y *hábeas corpus*. El Ministerio Público, tiene de igual manera intervención obligatoria en la presentación de los recursos de ley en defensa de la sociedad.

En el Anteproyecto de Ley del Defensor del Pueblo, se le faculta a esta institución, estimular el cumplimiento de los plazos procesales. En la Ley del Ministerio Público, en su artículo 12 inc. d), se establece la "**obligatoriedad**" de la Fiscalía para "Vigilar la observancia estricta de los plazos procesales (...)".

Para no continuar con interminables ejemplos comparativos, se puede decir que el Defensor del Pueblo, las Comisiones Parlamentarias y el Ministerio Público, tienen las mismas facultades, de investigar, denunciar y realizar acciones de queja, fuera de las restantes que les son propias.

Aclaremos que de ninguna manera estamos confundiendo al Ministerio Público con el Defensor del Pueblo, pues como se sabe, el primero, según la Constitución y su Ley pertinente, es el representante del Estado y el defensor de la sociedad, especialmente, ante el Órgano Judicial, emitiendo requerimientos y dictámenes dentro de los procedimientos judiciales. Se dice que es un órgano acusador -criterio no compartido por el autor, pero es el prevaleciente.

Por su parte, el Defensor del Pueblo, serte el portavoz de las denuncias de los individuos en el ámbito de la Administración Pública. Lo que nacemos notar, es que más allá de la diferencia señalada, presente a nivel conceptual, no existen límites claros para diferenciar muchas de las facultades, funciones,

prerrogativas, etc., asignadas a todas las instituciones creadas para defender los derechos y aún las garantías constitucionales de las personas, pues no debe olvidarse, que aún en este último caso, existen diferencias de forma y fondo entre lo que son los "derechos constitucionales" y lo que son las "garantías constitucionales", espacio que no es este el pertinente para explicar tal distinción.

En el Anteproyecto de Ley del Defensor del Pueblo, existen algunas disposiciones llamativas que deben ser aclaradas. Así el artículo 26 de dicho Anteproyecto dispone "El Defensor del Pueblo" o los adjuntos, "emitirán sus fallos" mediante resoluciones motivadas y fundamentadas, en todos y cada uno de los casos". No sabemos exactamente si a la expresión "fallo" se le otorga los alcances de una resolución que causa estado y define derechos, en cuyo caso se estaría frente a un acto de ejercicio jurisdiccional, desdiciéndose la naturaleza de esta institución que es de queja y denuncia, no habiendo necesidad de realizar mayor comentario sobre este extremo, por las graves y muy obvias consecuencias que produciría en el estérilo jurisdiccional, razón por la que estamos seguros que será aclarada esta redacción.

El artículo 27 de dicho Anteproyecto señala: "(ACCIÓN PENAL) El Defensor del Pueblo o los adjuntos, sobre la base de la resolución y sus antecedentes, en caso de constatarse la comisión de un delito, (sic.) solicitarán al Ministerio Público la acción penal que corresponda, o iniciaran la acción penal, si el Ministerio Público no la incoa en el término de 30 días de recibida la resolución".

Por la primera parte de este artículo, se tiene que entender que este instituto tiene el "poder" de constatar o desvirtuar la existencia de un delito, extremo que sólo se dilucida en el proceso penal, es algo que -repito- se tiene que aclarar, pues nos imaginamos que la redacción está mal realizada y que la intención es otra. La segunda parte, superando el problema contenido en la primera, nos parece correctísima, pues de esta forma se le obliga al Ministerio Público otorgar celeridad en su acción, pues caso contrario, la Fiscalía corre el riesgo de ser rebasada por el Defensor del Pueblo, operándose casi de modo espontáneo, la supremacía de dignidad y autoridad legal de esta nueva institución sobre la otra.

Otro artículo que llama la atención en este Anteproyecto, es el 29, referido al acceso a la información, que textualmente señala: "El Defensor del Pueblo o los adjuntos, están facultados para pedir información documental o verbal que consideren necesaria y pertinente, para lo cual tendrán acceso irrestricto, sin reserva ni limitación alguna, a las dependencias estatales". (En algunos países, esta facultad del Defensor del Pueblo se extiende a los medios de comunicación masivos). Pero en esta parte del Anteproyecto, nuevamente nos encontramos con una duplicidad en relación a la función fiscalizadora e investigativa de las Comisiones del Parlamento, puesto que las mismas tienen facultades para realizar los mismos requerimientos.

En fin, las observaciones sobre lo que es y sobre lo que debe ser el Defensor del Pueblo, pueden ser muchas, y, seguros estamos, que irán siendo superadas en la formulación de la Ley que le corresponde por mandato constitucional.

En todo caso, a efecto de que el Defensor del Pueblo responda a los buenos propósitos que lo inspiran, consideramos necesario sean cumplidos los siguientes requisitos: a) se debe evitar el entrecruzamiento de facultades y por lo tanto la obstaculización de funciones entre las instituciones señaladas.

Se debe tratar de coordinar acciones; b) lo aconsejable es reducir el número, tan exagerado de las innumerables entidades referidas, y fortalecer unas pocas en busca de su optimización; c) la ley reglamentarla del Defensor del Pueblo debe ser adecuada a la realidad nacional y evitar las incongruencias que contiene y que nos hemos permitido señalar en ínfima proporción; d) el Defensor del Pueblo, debe estar dotado de gran autoridad moral y alta calidad personal de sus miembros; e) los administrados deben tener pleno conocimiento de los derechos y de las garantías consagrados en la Constitución y de los procedimientos que serán particularizados en la Ley reglamentaria del Defensor del Pueblo, procedimientos que tienen que ser sencillos y ágiles en su aplicación, a efecto de que los ciudadanos puedan acudir al Ombudsman y recibir la protección debida, caso contrario este instituto quedará como "un algo" perdido en la interminable lista de instituciones anteriormente señalada; f) a efecto del inciso anterior, debe difundirse la Constitución en sus partes relevantes, en un lenguaje sencillo, evitando los tecnicismos jurídicos y en los diferentes idiomas nativos empleando textos gráficos para hacer honor al artículo de la Ley de Leyes; g) pero fundamentalmente, el Defensor del Pueblo, debe estar despojado de hegemonía partidista; si lo estuviera, no sólo que puede convertirse en una institución intranscendente, sino que podría convertirse en una entidad malsana para el cuerpo social y hasta en su caso, ejercer acciones reñidas con los derechos y garantías de las personas.

En cuanto a la procedencia de designación y nombramiento de los miembros del Defensor del Pueblo, tropezamos con los mismos problemas a los que con detenimiento nos ocupamos en el capítulo referido al Consejo de la Judicatura, al disponerse en el artículo 128 de la Constitución que el Defensor del Pueblo es elegido por dos tercios del Congreso, sin señalarse, reiteramos, el origen de su nominación.

Al prescribirse en la Constitución, que de no ser el Defensor del Pueblo debidamente atendido en sus requerimientos de actuación, deberá poner el hecho en conocimiento de las cámaras legislativas; al establecerse la obligatoriedad de rendir cuentas de sus actos al Congreso Nacional y, finalmente, al señalarse que el presupuesto del Defensor del Pueblo está incorporado al del Órgano Legislativo, es evidente que esta institución depende del Parlamento, dependiendo su autoridad moral y legal de la honestidad, eficiencia, oportunidad y celeridad con las que actúe en favor de la sociedad.

Dentro de nuestro cúmulo de buenos deseos, aspiramos que a tanto buen propósito de proteger los derechos de las personas y ante la exuberancia de instituciones destinadas a tal cuidado, no quedemos atrapados dentro de la fina sátira de un conocido artista español, verdadero poeta del pueblo, que le dice al hombre de la calle:

*"Nada tienes que temer
la Constitución te ampara
la policía te guarda
el sindicato te apoya
el sistema te respalda
y los pajaritos cantan
pero nunca está demás ciertas precauciones...
cruza los dedos
toca madera*

*no pases por debajo de la escalera
y evita el "13"
y al gato negro
y no te levantes con el pie izquierdo
que también hacen siesta los árbitros y los jueces..."*

POST SCRIPTUM

Una vez escrito el presente libro y ya encontrándose en plena edición, de modo vertiginoso fueron precipitándose un cúmulo de fenómenos atinentes a los tres Órganos del Estado y a instituciones fundamentales del país, acontecimientos de dominio público que no hacen sino corroborar las varias observaciones apuntadas a lo largo de este trabajo. Por lo demás, los hechos por sí mismos se han encargado de responder a las diferentes interrogantes formuladas en estas "Páginas Constitucionales", cuyas respuestas parecían tener el destino de quedar en el tintero.

Queda una vez más corroborado que la realidad es la mejor fe de erratas: confirma o desmiente nuestros asertos.

El autor.