

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría

en Derecho mención Derecho Constitucional

La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en Bolivia

Daniela del Carmen Palenque Dencker

Tesis escrita en la ciudad de Sucre,

capital de la República de Bolivia

2008

COMPROMISO

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Daniela del Carmen Palenque Dencker.

Sucre, 23 de julio de 2008.

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría

en Derecho mención en Derecho Constitucional

La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en Bolivia

Daniela del Carmen Palenque Dencker

Tutor de tesis

Magíster Wilfredo Cervantes Ortiz

Tesis escrita en al ciudad de Sucre,
capital de la República de Bolivia

2008

RESUMEN

En la legislación boliviana no se encuentra normado el Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa, aunque es evidente la necesidad de su incorporación como un mecanismo de control constitucional de -omisiones de desarrollo normativo del Poder Legislativo-, con el objeto de restituir el orden constitucional y la eficacia plena de lo contenido en la Constitución Política del Estado.

En este sentido, comenzamos revisando lo sostenido por la doctrina y la jurisprudencia constitucional de países donde no han instituido este recurso constitucional, como de aquellos que si lo incluyen en su legislación; para lo cual hacemos un examen de sus rasgos característicos.

Con una base teórica y practica del señalado recurso, exploraremos la legislación boliviana en cuanto a las atribuciones del Tribunal Constitucional, respecto a los Recursos Directo e Indirecto de Inconstitucionalidad instituidos para la impugnación de -acciones inconstitucionales-; recursos que fueron interpretados por este órgano jurisdiccional como adecuado para el conocimiento también de omisiones legislativas, a pesar de no estar expresamente prescrito este control en el texto constitucional , ni en la Ley N° 1836 (orgánica del Tribunal Constitucional).

En este sentido, para identificar las consecuencias negativas de las omisiones del legislador, se analizan diferentes *casos* de omisiones de desarrollo normativo del Poder Legislativo. Para finalmente, proponer normativamente la incorporación del "Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa" en la legislación boliviana, como un mecanismo de control constitucional.

AGRADECIMIENTO

A mis queridos padres y hermano, a quienes agradezco infinitamente por el apoyo que me brindaron para la elaboración de este trabajo de investigación.

TABLA DE CONTENIDO

Compromiso.....	1
Portada.....	2
Resumen.....	3
Agradecimiento.....	4
Tabla de contenido.....	5
Lista de anexos.....	5
Introducción.....	9

ANEXOS

1. Sentencia Constitucional 0066/2005.
2. Sentencia Constitucional 0076/2004.
3. Sentencia Constitucional 0032/2006.
4. Sentencia Constitucional 0009/2004.
5. Sentencia Constitucional 0057/2002.

CAPÍTULO I

OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

1.- Control constitucional.....	11
1.1.- Tipos de control constitucional.....	12
1.2.- Control jurisdiccional constitucional.....	14
1.2.1.- Control por acción.....	15
1.2.2.- Control por omisión o inacción.....	15
2.- Control por omisión.....	16
2.1.- Concepto.....	19
2.2.- Clases de omisiones.....	21

2.2.1.- Absoluta.....	22
2.2.2.- Relativa.....	24
2.2.3.- Normas de prognosis o pronóstico.....	25
2.3.- Justiciable.....	26
2.4.- Legitimados.....	28
3.- Efectos.....	30
3.1.- Derecho Comparado.....	37
3.1.1.- Portugal.....	38
3.1.2.- Ecuador.....	39
3.2.- Crítica.....	41

CAPÍTULO II

OMISIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA.

ANÁLISIS DE CASOS.

2.- Visión de control de constitucionalidad.....	44
2.1.- El Tribunal Constitucional. Jueces y Tribunales Ordinarios.....	45
2.2.- Control previo y correctivo de constitucionalidad.....	46
2.3.- Recurso de Inconstitucionalidad.....	48
2.4.- Jurisprudencia constitucional.....	50
3.- Análisis de casos.....	53
3.1.- Omisión inconstitucional total.....	53
3.1.1.- Derechos Culturales de los grupos étnicos en Bolivia.....	53
3.1.1.1.- Derechos Constitucionalmente reconocidos. Convenio 169 "Pueblos Indígenas y Tribales".....	53
3.1.1.2.- Ausencia de protección jurídica de derechos fundamentales.....	56

3.1.1.3.- Ausencia de desarrollo normativo total.....	57
3.2.- Caso resuelto por el Tribunal Constitucional. Gobierno democrático participativo y representativo.....	59
3.2.1.- Derecho constitucionalmente reconocido. Artículo 88 Código Electoral	59
3.2.2.- Ausencia de regulación normativa. Art. 88 Código Electoral (norma de pronosis o pronóstico).....	61
3.2.3.- Violación del derecho a ser representado.....	61
3.2.4.- Pronunciamiento del Tribunal Constitucional.....	62
3.3.- Omisión Inconstitucional relativa.....	66
3.3.1.- Constitución Política del Estado, artículo 107.....	66
3.3.1.1.- Derecho constitucionalmente reconocido.....	66
3.3.1.2.- Ley N° 2445 de Juicio de Responsabilidades.....	67
3.3.1.3.- Ausencia de desarrollo normativo parcial.....	68
3.4.- Omisión Inconstitucional. Norma de pronosis o pronóstico.....	69
3.4.1.- Derecho a la libertad de expresión.....	69
3.4.1.1.- Derecho constitucionalmente reconocido.....	69
3.4.1.2.- Ley de Imprenta de 1925.....	72
3.4.1.3.- Ausencia de desarrollo normativo parcial.....	73

CAPÍTULO III

PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

3.- Necesidad de Reforma Constitucional.....	76
3.1.- Planteamiento de incorporación del Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en la Constitución Política del Estado.....	77

3.1.1.- Incorporación del Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional.....	77
3.1.1.1.- Procedencia.....	78
3.1.1.2.- Oportunidad.....	78
3.1.1.3.- Legitimación activa.....	78
3.1.1.4.- Requisitos para la admisión del recurso.....	79
3.1.1.5.- Procedimiento.....	79
3.1.1.6.- Sentencia y sus efectos.....	79
3.2.- Planteamiento de incorporación del Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en la Constitución Política del Estado.....	80
3.2.1.- Incorporación del Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional.....	80
3.2.1.1.- Procedencia.....	80
3.2.1.2.- Oportunidad.....	81
3.2.1.3.- Legitimación activa.....	81
3.2.1.4.- Requisitos para la admisión del recurso.....	81
3.2.1.5.- Procedimiento.....	82
3.2.1.5.1.- Admisión del Recurso por la Comisión de Admisión.....	82
3.2.1.6.- Sentencia y sus efectos.....	83
3.2.1.7.- Notificación con la Sentencia Constitucional.....	83
Conclusiones.....	84
Bibliografía.....	86

INTRODUCCIÓN

El texto constitucional, demarca las directrices para el accionar de gobernantes y gobernados, constituida como norma jurídica fundamental por su jerarquía y fuerza vinculante, establece en sí misma institutos procesales de protección, frente a acciones u omisiones.

El desarrollo de teorías de control constitucional y su sustento normativo en la generalidad de los países del mundo, ha ampliado sus fronteras durante los últimos años; hoy, no solo se abordan acciones o recursos sustentados en la anulación de ilícitos que sean contrarios o, sean incompatibles con mandatos constitucionales, sino también, se ha orientado este control hacia conductas que *omiten* cumplir lo constitucionalmente prescrito.

La evocación de esta temática ha sido ampliamente considerada por los órganos controladores de la constitucionalidad, que en algunos casos ante la ausencia de su desarrollo normativo, se han visto en la necesidad de producir líneas jurisprudenciales, enmendando de alguna manera la inexistencia de protección de la Constitución.

Por tanto, conviene referirnos que en una gran parte de países del mundo como en Bolivia, no se encuentra normado el recurso de inconstitucionalidad por omisión legislativa, pero sí creemos, que existe la necesidad de su incorporación en la legislación boliviana como un mecanismo de control de constitucionalidad específico, que logre remediar la vulneración de la Constitución Política del Estado, provocada por la omisión de desarrollo normativo del Poder Legislativo.

Además de los votos positivos que nos plantean jurisperitos y la propia doctrina constitucional, llegamos a la conclusión después de un análisis de diferentes *casos* de omisiones inconstitucionales provocadas por el Poder Legislativo boliviano, que es conveniente plantear una propuesta normativa para la inclusión del mecanismo que estudiamos tanto en la Constitución, como en la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional.

En este contexto, nos permitimos desarrollar en el primer capítulo el recurso de inconstitucionalidad por omisión legislativa sostenida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. El segundo capítulo contiene la revisión de normas constitucionales bolivianas en cuanto al control de constitucionalidad y, del órgano que se encarga de esta importante función; por otro lado, se hace un análisis de diferentes casos de omisiones legislativas consideradas como atentatorias a disposiciones constitucionales. Finalmente, en el tercer y último capítulo se plantea normativamente la incorporación en la legislación boliviana del Recurso de Inconstitucionalidad que es objeto de esta Tesis.

CAPÍTULO I

OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

1. CONTROL CONSTITUCIONAL

El principio de supremacía constitucional supone el reconocimiento de la Constitución como norma fundamental, de tal manera que se configura en el sustento de las normas que integran el ordenamiento jurídico de un Estado y significa el reconocimiento de particulares y autoridades que deben acomodar sus acciones a lo dispuesto en ella.

Así entendida podemos sujetarnos a lo afirmado por Néstor Pedro Sagues, cuando refiere que la Constitución “goza de un rango o alcurnia superior al resto del derecho positivo: tiene supremacía, de tal modo que las normas inferiores o las conductas opuestas a él, son jurídicamente inválidas”.¹

Por consiguiente, la garantía que representa esta norma demanda un sistema que brinde protección frente a aquellos actos u omisiones que impliquen su desconocimiento, hablamos de medios que permitan ejercer el control constitucional. Ahora bien, en este sentido podemos ver que este control consiste en aquella “acción política o jurisdiccional que tiene la finalidad de garantizar la primacía de la constitución, la que debe ser acatada y cumplida por todos los órganos de poder público, los gobernantes y gobernados, así como aplicada con preferencia a las leyes, decretos o resoluciones”.²

Así, cuando hablamos de control constitucional podemos encontrar diferentes posibilidades en cuanto al sujeto u órgano que se encargará de esta actividad, pues, como nos

¹ Néstor Pedro Sagues, *Los principios específicos del derecho constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991 p. 27.

² José Antonio Rivera, *Jurisdicción Constitucional: Procesos Constitucionales en Bolivia*, Cochabamba, Kipus, 2004, p. 22.

expone Manuel Aragón considera que existen tres clases de control: social, jurídico y político, frente a algunos juristas como Galeotti que le han dado solo una connotación jurídica.³

1.1 TIPOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

En atención a lo referido es “una lógica consecuencia del principio de la supremacía constitucional [...] que la propia Constitución debe y tiene que prever mecanismos e instituciones que garanticen su cumplimiento”⁴. Por lo que debemos señalar que la doctrina ha identificado a los sujetos que se encargan de esta función; que en algunos casos son, autoridades u órganos reconocidos dentro del organigrama estatal, mientras que en otros casos cumplen con esta labor, sujetos que en forma eventual surgen de la propia sociedad.

De esta manera la doctrina reconoce tres tipos de control constitucional, que son: el *social* clasificado dentro de los no institucionalizados; y, el *jurídico* y *político* dentro de los institucionalizados.⁵ Ahora bien, es importante conocer los rasgos característicos de cada uno de ellos.

El primero –el control social- que “fue defendido por los revolucionarios franceses [...] para que mediante peticiones escritas, manifestaciones y hasta insurrecciones, logren que la Constitución sea respetada por los gobernantes”.⁶ Es que cumplen con este tipo de control, aquellos sujetos que no están compelidos por normas o encargos institucionales, sino por el

³ Manuel Aragón Reyes, “La interpretación de la constitución y el carácter objetiva del control jurisdiccional”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor coord, *Interpretación Constitucional*, México D. F, Porrúa S.A., 2005, pp. 16-21.

⁴ (Rivera, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional: Procesos Constitucionales en Bolivia*, 21).

⁵ (Aragón, Manuel, “La interpretación de la constitución y el carácter objetiva del control jurisdiccional”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor coord, *Interpretación Constitucional*, 21).

⁶ Joachim Roth, “El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional”, en *La Constitución de 1993: análisis y comentarios III*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 124.

contrario como lo señala Manuel Aragón son “generales y difusos [...], que se manifiestan a través del juego de la opinión pública e incluso por medios no públicos de presión”.⁷

Por otro lado, como mencionamos precedentemente existen otros dos tipos de controles constitucionales que se encuentran dentro de los institucionalizados, efectuado por funcionarios u órganos que forman parte del estado. Pero ambos tienen claras diferencias, pues, por un lado cuando nos referimos al control político, podemos afirmar que se distingue del jurídico porque es:

- *Subjetivo* en sentido de que no existe una regla establecida preexistente que imponga realizar el control al órgano que se encargare de esto; pues, se podrá dar en cualquier circunstancia, conforme éste lo disponga.
- El *objeto* que es merecedor del control se dará de acuerdo a motivos políticos, es decir, conforme a la coyuntura.
- Aquel o aquellos que operan el control tendrán plena *libertad* de ejecutarlo y de imponer una sanción.
- El que se encargare del control será un *sujeto u órgano político*.

Por el contrario, el control jurídico a diferencia del político se caracteriza porque es:

- Un control *objetivado*, ya que se realiza en virtud a normas preestablecidas, por lo que deberá efectuarla conforme está establecido.
- El *objeto* de control será valorado de acuerdo a razones netamente jurídicas.
- Es un control *necesario*, ya que se efectuará cuando así lo dispongan las normas jurídicas y además merecerá una sanción de carácter jurídico cuanto se compruebe los efectos negativos que produce.

⁷ (Aragón, Manuel, “La interpretación de la constitución y el carácter objetiva del control jurisdiccional”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor coord, *Interpretación Constitucional*, 21).

- Este tipo de control estará a cargo de *órganos* imparciales e independientes; con plenos conocimientos jurídicos.⁸

1.2 CONTROL JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL

Dentro de los controles señalados líneas arriba, el control jurisdiccional constitucional cumple con las características del control jurídico, ya que como lo señala Manuel Aragón es “el control jurídico por excelencia”.⁹

De esta manera, la actividad estatal se encuentra sometida al control jurisdiccional que tiene por objeto de determinar si sus actos u omisiones se enmarcan a lo dispuesto en la constitución.

En este sentido, debemos señalar los rasgos que caracterizan la actividad pública de control jurisdiccional de normas producidas por el órgano legisferante, que son las siguientes:

- Se efectúa por parte de un órgano único y especializado, es decir, le tocara “a un órgano judicial especial resolver la cuestión de constitucionalidad”.¹⁰ Es un control concentrado, que se diferencia del difuso y mixto como lo señala Germán Bidart Campos, por que en el control:

Concentrado, si hay un órgano jurisdiccional único (por ej., un tribunal o corte constitucional); difuso, si todos los jueces y cualquiera tienen competencia para ejercerlo (por ej., en Argentina y Estados Unidos); mixto, cuando tanto un tribunal constitucional como los jueces comunes son competentes, cada cual según determinadas vías procesales.¹¹

⁸ (Aragón, Manuel, “La interpretación de la constitución y el carácter objetiva del control jurisdiccional”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor coord, *Interpretación Constitucional*, 26-27).

⁹ (Aragón, Manuel, “La interpretación de la constitución y el carácter objetiva del control jurisdiccional”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor coord, *Interpretación Constitucional*, 27).

¹⁰ Jaime Urcullo, “El Tribunal Constitucional en el Perú y su desarrollo. Aportes de la experiencia del Tribunal Constitucional de Bolivia para su reforma”, en “*La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*”, Sucre, Tribunal Constitucional / AECL, 2003, p. 69.

¹¹ Germán Bidart Campos, *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, p. 26.

- Este es un control abstracto ya que se tendrá como finalidad la verificación de la compatibilidad o contradicción con normas constitucionales; pero no dentro de un caso concreto.
- Este control se efectuara *a posteriori*, en el entendido de que se deberá verificar el incumplimiento de desarrollo normativo por parte del legislador; o en su caso, la contradicción de desarrollo normativo del legislador con lo preceptuado constitucionalmente.

1.2.1 CONTROL POR ACCIÓN

El legislador a quien se le ha encargado la emisión de normas, deberá cumplir estrictamente con lo dispuesto en el texto constitucional; pero, en caso de no tener una coincidencia total o parcial con el contenido constitucional, el órgano encargado del control constitucional verificará la existencia de esta situación con el objeto de dejar sin efecto la – acción- que haya producido la vulneración constitucional.

Por tanto, se concebirá como inconstitucionalidad por acción a la “cometida a través del ejercicio efectivo de la función normativa por la cual el legislador incorpora una norma al ordenamiento jurídico a través de un acto legislativo que debe encontrar validez y justificación en la Constitución; de no encontrar estos presupuestos el acto normativo no cumple con el modelo querido por el constituyente”.¹²

1.2.2 CONTROL POR OMIISIÓN O INACCIÓN

El control de omisiones inconstitucionales se efectuará con el objeto de restituir el orden constitucional, que evitó la eficaz aplicación de la constitución por la inacción del órgano legisferante que omitió cumplir con un encargo constitucional, como es el de desarrollo normativo. Por tanto, el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad deberá verificar:

¹² Diego Andrés Parra, “El control de constitucionalidad de omisiones legislativas: perspectivas del problema”, en *Revista de Derecho N° 4*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional 2005, p. 63.

- Si normas constitucionales denominadas “programáticas”, no fueron desarrolladas normativamente por el legislador, pues, como señala Germán Bidart Campos este tipo de normas constitucionales “proponen un programa y, por ende, son incompletas, viéndose requeridas de otra norma ulterior que las reglamente y les permita funcionar plenamente. Se suele decir que son de aplicación diferida, hasta que aquella norma posterior las complete”¹³.
- Estas normas programáticas deberán en forma *concreta* vincular “al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional”¹⁴, es decir, tendrán que contener un encargo constitucional en forma clara y expresa, que permita identificar el *poder constituido* a quien se le ha atribuido esta facultad, como es el -Poder Legislativo-.
- De la misma manera, se verificará que se cumpla dentro del plazo señalado por la constitución -el desarrollo normativo-, pues, en caso de no contener expresamente este dato, el órgano legisferante deberá sujetarse a un “plazo razonable”; dentro del cual deberá haber cumplido con lo querido por el poder constituyente.

2. CONTROL POR OMISIÓN

Empero, ahora nos referiremos solamente al control jurisdiccional constitucional, por insuficiencia o por causas sobrevinientes de actos del órgano legisferante –de producción de leyes-. Es decir, el control estará enfocado a determinar si el legislador por su inacción produce efectos no queridos por el constituyente; o, cuando una norma jurídica producida por el legislador es contraria o incompatible con el texto constitucional por insuficiencia o por causas sobrevinientes.

¹³ Germán J. Bidart, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1994, p. 110.

¹⁴ Francisco Fernández, “La Inconstitucionalidad por Omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en Víctor Bazán coord., *Inconstitucionalidad por Omisión*, Santa Fe de Bogotá, Temis S.A., 1997, p. 14.

Cabe abordar las omisiones inconstitucionales de todos los funcionarios y órganos públicos, un desafío compartido con doctrinarios y jurisconsultos que puede ser resuelto de varias formas.

Ahora bien, nuestro objeto de estudio son las omisiones, pero no todo tipo de omisiones; convendrá determinar cuáles de ellas vulneran mandatos constitucionales, mantienen en *statu quo* su eficacia y quiénes son, los que por su inacción producen efectos jurídicos negativos.

Por ende, determinaremos qué se entiende por omisión, para lo cual nos sujetaremos a lo expuesto por Guillermo Cabanellas, que la identifica como la “falta del que ha dejado de hacer algo conveniente, obligatorio o necesario en relación con alguna cosa”¹⁵. Este “no hacer” algo, a lo que se está obligado, puede tener connotación jurídica, pues, el desconocimiento de una obligación constitucional, produce la vulneración de lo dispuesto constitucionalmente.

La garantía constitucional desarrollada como mecanismo de protección frente a omisiones inconstitucionales, es concebida desde dos visiones, denominadas por la doctrina como “amplia” y “restringida”.

En este sentido, empezaremos hablando de la concepción *amplia*, pues se puede referir que está, no limita su análisis al desconocimiento constitucional en que incurren solo algunos poderes constituidos, ya que no olvida el innumerable volumen de disposiciones que impone la Constitución a diferentes funcionarios y órganos del Estado, de efectuar determinadas acciones: nombramiento de autoridades, emisión de convocatorias, desarrollo de normas, etc.; las que no son cumplidas por éstos, contrariando consecuentemente con su omisión o quiescencia lo dispuesto constitucionalmente. En este sentido, el Profesor Ignacio Villaverde Menéndez al mencionar a Rainer Wahl, expone que, “si el control, como noción jurídica, es inseparable de la noción, también jurídica, de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado, difícilmente podrán admitirse en ese ordenamiento espacios donde el poder sea inmune,

¹⁵ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Heliasta S.R.L., 1993, p. 281.

incluso si ese espacio lo llena el silencio del Poder público¹⁶, esto es, lo que precisamente resalta la visión amplia, de que ningún poder constituido está ni puede estar fuera del control constitucional.

Por tanto, la propuesta que somete la declaración de inconstitucionalidad de omisiones de los poderes constituidos –sin distinción alguna-, es también sostenida por el profesor Iván Castro Patiño, en cuanto a que:

La inobservancia total o parcial de los mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable [...] ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución.¹⁷

La relevancia que da el autor a la “situación jurídica constituida por la exigencia de observar una determinada conducta”¹⁸ por parte de aquel funcionario u órgano público, significará de acuerdo a la “visión amplia” que todo poder constituido está en la obligación de cumplir lo dispuesto en la constitución, pues, caso contrario corresponderá el control de constitucionalidad por ausencia de desarrollo jurídico. En este sentido, el argentino Víctor Bazán, refiere que:

No deberá centrarse exclusivamente en la conducta omisiva del Poder Legislativo, pues, [...] no interesa cuál es el órgano público omitente; lo trascendente -para excitar el control constitucional- es

¹⁶ Ignacio Villaverde, *Inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 3.

¹⁷ Iván Castro, *Inconstitucionalidad por Omisión: Teoría General, Derecho Comparado, Reforma Necesaria en la Constitución Ecuatoriana*, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2006, p. 95.

¹⁸ http://www.ijb.gov.bo/diccionario_juridico/diccionario_juridico.aspx?NumeroPagina=0&NumeroFilasPagina=5

que la actitud negativa (por omisión) cristalice una agresión a la Constitución nacional, bloqueando el goce de derechos o garantías reconocidos por ella.¹⁹

Por otro lado, ahora conviene resaltar lo sostenido por la concepción *restringida*, que ciñe su mirada a la actividad del órgano legislador; su enfoque se basa en las consecuencias negativas que provoca la ausencia de desarrollo normativo por parte de los legisladores, que omiten cumplir con su función por un tiempo, provocando la vulneración de mandatos constitucionales. Es cierto que esta pasividad, puede ser provocada por injerencias político-partidarias, intereses personales, o simple desconocimiento de institutos que la Constitución protege, pero, la orientación no va encaminada a las causas, sino, por el contrario a las consecuencias jurídicas.

2.1 CONCEPTO

El concepto de omisión inconstitucional en este trabajo de investigación se enmarca a lo sostenido por la teoría restringida, por lo que se destacan exigencias que corresponde resaltarlas, nos referimos a la presencia de: a) contenido constitucional expreso y concreto, que implique desarrollo normativo; b) expresada en una obligación pasible de ser cumplida por el órgano legisferante; c) dentro de un plazo explícitamente prescrito o, por un lapso no determinado expresamente que signifique la infracción de un mandato constitucional; d) que signifique el incumplimiento de lo dispuesto constitucionalmente; e) evitando que se produzca la aplicación eficaz de la disposición; f) vulnerando lo dispuesto en la constitución. Así determinada, José Julio Fernández la conceptualiza como “la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.²⁰

¹⁹ Víctor Bazán, *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, p. 226.

²⁰ José Fernández, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión”, en Víctor Bazán, coord. *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 123.

En este mismo sentido el español Ignacio Villaverde, señala que:

El silencio del legislador sólo se transforma en una omisión contraria a la Constitución, [...] si el legislador con su silencio desplaza al Pueblo soberano y se transforma en poder constituyente, es decir, si con su silencio altera el contenido normativo de la Constitución. Y esa transformación sólo tiene lugar cuando la norma constitucional, es decir, la voluntad normativa del Pueblo soberano, ha decidido que determinada realidad se configure jurídicamente de cierta forma y el legislador con su silencio crea situaciones *contrarias* a lo querido por el soberano. Si se dan todas estas circunstancias el *silencio del legislador* se convierte en una omisión inconstitucional.²¹

De esta manera, debemos señalar que nuestro estudio está encaminado a las omisiones inconstitucionales sólo del *órgano legisferante*, y no así cualquier tipo de omisión producida por funcionarios u órganos públicos. Por tanto, conviene precisar que los silencios legislativos, son el elemento central y el objeto de control constitucional que resaltaremos en este trabajo, en la medida como lo ha determinado la “concepción restringida”. En este sentido, Juan Carlos Morón hace referencia a la importancia de la función de este Poder del Estado, a quien se le ha encomendado la emisión de normas que significa una forma de activar el ejercicio y aplicación efectiva de todo lo dispuesto por el poder constituyente; en tanto señala, que:

Por el carácter supremo de la Carta es que desde ella debe descender, gradualmente todo el sistema jurídico de un Estado, y recíprocamente, toda norma o acto público debe encontrar validez y justificación jurídica en la Constitución, gracias a una remisión directa o indirecta entre ellas. Las decisiones incorporadas a la Constitución, por ser embriones de programas socio políticos y jurídicos con vocación de permanencia, siempre exigen la emanación de otras normas de nivel inferior, que las proyecten, precisen y viabilicen [...], esto es, que el poder constituido no pueda traspasar o desobedecer lo dispuesto en la Carta Fundamental sin violar el orden constitucional; la

²¹ (I. Villaverde, *Inconstitucionalidad por omisión*, 3-4)

inacción legislativa que impide o dificulta la aplicación de una norma constitucional resulta un acto inconstitucional.²²

Por otro lado, debemos determinar cuál es el tiempo adecuado para la producción de institutos constitucionales; es evidente que la Constitución señala en algunos casos, plazos perentorios de desarrollo de estructuras normativas, pero, en muchos otros, no encontramos esta precisión; es por esto que juega un papel importante la figura conocida como “plazo razonable”, adecuada para determinar si una acción negativa produce por su ausencia temporal y permanente, el gozo efectivo de derechos.

Finalmente, cabe agregar que esta tendencia autoriza declaraciones de inconstitucionalidad de órganos contralores de la constitucionalidad, previa comprobación de omisiones que producen la anulación de la –efectividad de derechos y de normas constitucionales-. Su desarrollo reviste gran importancia, pues consideramos a nuestro criterio, que no solo tendrá efectos a posteriori, sino también, repercutirá en el accionar del Poder Legislativo, que frente a la posibilidad de que sus omisiones se enmarquen como inconstitucionales, preferirán cumplir efectivamente con sus responsabilidades, coincidiendo con un efecto preventivo, que afirmamos debe ser considerado.

1.3 CLASES DE OMISIONES

Los deberes concretos que expresan el desarrollo de disposiciones constitucionales, identifican a sus actores, como los responsables de dar eficacia a estos preceptos. Pues, para que se origine una omisión inconstitucional –conforme lo sostenemos-, deberá producirse un silencio por parte del legislador, de forma tal que se identifique la vulneración de un mandato constitucional, o *parcial* cuando el producto de la inacción atente a la vigencia efectiva de la Constitución.

²² Juan Carlos Morón, “La Omisión Legislativa Inconstitucional y su tratamiento jurídico” en: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° I, Lima, 1999, p. 449-450.

Que, al efectuarse constantemente la vulneración de la Constitución, por incumplimiento de deberes, la doctrina se ha permitido clasificar las omisiones “entre “absolutas” y “relativas”, cuya autoría se debe a Wessel²³, lo que permitirá identificar, el grado de afectación producida por ausencia de desarrollo de una materia y la calificación del término adecuado para realizarla.

1.3.1 ABSOLUTA

La inobservancia constitucional producida constantemente por los legisladores, ha permitido identificar la ausencia total de institutos jurídicos; que, requieren indispensablemente de un desarrollo, contemplado como requisito insalvable para la propicia aplicación de estos. La arbitraria actitud que en ocasiones es asumida por los responsables de operativizar contenidos constitucionales, ha fomentado el pronunciamiento de diferentes órganos contralores de la constitucional, que inmiscuidos en esta problemática latente en nuestros días y planteada por la doctrina, se obligaron a intervenir e interpretar constitucionalmente, las consecuencias y soluciones jurídico-constitucionales posibles.

Un porcentaje bajo de los países del mundo ha instituido mecanismos contra estas omisiones y, en muchos otros se ha tratado de salvar a través de pronunciamientos, que las Cortes y Tribunales Constitucionales han ejecutado; es así, que el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, se ha pronunciado ante la inminente violación de derechos, de los que como ejemplo nos referiremos: a la falta de producción normativa en que incurrió el órgano legislativo, al no sancionarla, en el tiempo que estaba constitucionalmente establecido, anulando de esta manera las prerrogativas de leyes orgánicas, que reformarían el sistema laboral de ese país.

En este sentido fue que el mencionado Tribunal colegiado, determinó ante la ausencia de desarrollo de la norma constitucional por el órgano legisferante, que:

²³ Germán Bidart Campos, “¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en Víctor Bazán coord, *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Temis S.A., 1997, p. 18.

Es el único órgano competente, en virtud del principio de reserva legal, para dictar la legislación laboral, contentiva del régimen del derecho a prestaciones sociales de los trabajadores, sin que se haya dictado todavía la correspondiente normativa en esta materia, lo cual supone una omisión inconstitucional absoluta, que atenta contra el efectivo disfrute por parte de los trabajadores de un derecho social de rango constitucional, como es el derecho a prestaciones sociales que protege el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.²⁴

No cabe duda, que los directos responsables en este caso son los legisladores, que incumplieron con una de sus más importantes funciones, como es el de desarrollar normativamente la Constitución. La inexistencia de una acción positiva, causó la ausencia total de lo dispuesto en la Constitución Bolivariana, que se afirma, con lo sustentado por Víctor Bazán, respecto a este tipo de omisiones, acusadas por la “ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente”²⁵. Otra falta identificada como violatoria a normas constitucionales, es aquella sostenida por el ecuatoriano Iván Castro Patiño en cuanto al incumplimiento de deberes legislativos, al explorar justamente las omisiones “absolutas” producidas en su país; haciendo referencia a la disposición transitoria vigésima séptima de su Constitución, en cuanto a que “la legislatura no ha aprobado las leyes que hagan viable el sistema oral, ni ha aprobado las leyes que hagan viable el sistema oral, ni la Función Judicial ha adecuado sus dependencias para adaptarlas al nuevo procedimiento”.²⁶

Conforme se tiene referido, no debemos olvidar, que estas omisiones, son el reflejo de la ausencia total de acciones positivas o normas legales, que la propia constitución detalla en forma concreta e inequívoca, que determinan necesariamente un desarrollo específico; y, exigen su

²⁴ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/1168-150604-03-1745.htm>

²⁵ “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, 2006, p. 479.

²⁶ (I. Castro, *Inconstitucionalidad por Omisión: Teoría General, Derecho Comparado, Reforma Necesaria en la Constitución Ecuatoriana*, 9).

reconocimiento por parte del poder constituido, en particular "Poder Legislativo", para que la norma constitucional sea aplicable, sobre todo cuando de derechos constitucionales se trata.

1.3.2 RELATIVA

Los responsables de desarrollar una determinada actividad constitucional, en muchos de los casos enfocan sus actos a la ejecución de los mismos, pero, en muchos otros olvidan la atención –debida- que comportan estos compromisos, evitando parcialmente que la constitución imponga sus prerrogativas conforme son o deben ser traducidas en los hechos; es así, que la actividad del Estado limita en ocasiones, la tutela de ciudadanos que requieren de desarrollo normativo de lo dispuesto en la constitución, para ser asistidos y ejercer plenamente sus derechos; pues en otras palabras, sus actos no están exactamente dirigidos a lo que el poder constituyente les encargó, es decir, no existe una coincidencia real con lo dispuesto.

De esta manera, podemos determinar que la violación de un precepto constitucional, puede ser no solo por la ausencia total de una norma, sino, también significará, el dejar en el tintero parcialmente lo dispuesto por la propia constitución, vulnerando de esta manera – principios constitucionales-.

Esta violación, generalmente atenta contra el principio de igualdad o regla; lo que enfatiza la discriminación y anula consecuentemente la igualdad entre unos y otros frente a la ley; por lo que recurriendo nuevamente a la definición que nos da Víctor Bazán cuando menciona, que:

Habrà omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que - como el argentino- les acuerden tal valencia), el órgano legislativo [...] encargados de efectivizarlo quiebren -en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario- el

principio de igualdad, o – como afirma Fernández Rodríguez- cuando se produzca una regulación deficiente a causa de la falta de “complitud”(sic) de la norma.²⁷

O sea, entendida como la producción efectiva de una disposición constitucional, que provoca, como refiere en este caso el autor, -la violación del principio de igualdad, u otro principio-, por no acomodarse al contenido exacto que propugna la norma constitucional.

Conforme lo señala José Julio Fernández que en la Sentencia Constitucional española “116/1986, de 7 de julio, que declara parcialmente inconstitucional el artículo 1º de la ley 37/1984, de 22 de octubre en cuanto excluye del ámbito de aplicación del Título I de la misma a los militares que ingresaron en las fuerzas armadas de la República después de 18 de julio de 1936”²⁸, dejando a los militares que ingresaron antes de esta fecha sin una normativa legal que los asista, atentado al principio de igualdad ante la ley.

El que hacer de estos legisladores que orientan su accionar en desmedro de ciertos beneficiarios, habilitan la posibilidad de que este grupo de personas planteen acciones como estas contra aquellas omisiones, violatorias al principio mencionado.

La situación jurídica en que la Constitución coloca a determinadas personas, como nos dice Luigi Ferrajoli, “es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida”²⁹; y que son, a quienes se afecta en caso de producir una omisión inconstitucionalidad relativa.

1.3.3 NORMAS DE PROGNOSIS O PRONÓSTICO

Por otro lado, conviene destacar que las normas que fueron desarrolladas normativamente -absoluta o relativamente- en algún tiempo por el Órgano Legisferante, pueden convertirse por circunstancias sobrevinientes en: inadecuadas, obsoletas, inoperantes, etc., en -

²⁷ (“La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, 2006, 479).

²⁸ (J. Fernández, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión”, en Víctor Bazán, coord. *Inconstitucionalidad por omisión*, 136-137).

²⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos Fundamentales: en los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2001, p. 21.

todo o en parte-; en tal sentido, podrán ocasionar total o parcialmente efectos negativos e inconstitucionales, al vulnerar normas o derechos constitucionalmente reconocidos.

Así entendidas, el profesor Víctor Bazán las ha definido como “aquellas normas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, han sufrido el desgaste o desfase como consecuencia de circunstancias sobrevinientes; sencillamente, han devenido anacrónicas y, por ende, disvaliosas”.³⁰

Por lo tanto, debemos entender que estas normas constitucionales, vuelven a requerir de acciones positivas por parte del legislador, para que desarrolle *nuevamente* en forma normativa lo dispuesto en la Constitución; justamente, de aquellas que en un momento determinado ya fueron activadas, pero, por circunstancia posteriores necesitan otra vez que en forma “absoluta” o “relativa”, es decir, total o parcialmente se las exprese en una norma legal, pues, en caso de no hacerlo se incurrirá en una omisión inconstitucional.

1.3 JUSTICIABLE

La Constitución contiene normas que se diferencian unas de otras por su estructura, contenido y alcance, lo que hace depender, su aplicación mediata o inmediata; cabalmente deberemos iluminar esta diferenciación en coincidencia con lo afirmado por Gerardo Eto Cruz, quien indica que:

Todas sus normas tienen idéntico grado de validez; sin embargo, en la práctica ocurre que unas normas tienen más eficacia práctica que otras. Y si bien hay cierto sector en la doctrina que no admite esta distinción entre normas de *naturaleza operativa* (o autoaplicables), de aquellas *programáticas* (que requieren de reglamentación legal), en la dinámica constitucional se puede evidenciar esta real distinción.³¹

³⁰ (V. Bazán, *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, 230).

³¹ Gerardo Eto Cruz, “Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión”, en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 814.

En este sentido, tiene especial aplicación que hay derechos que, para su vigencia real y efectiva no requieren más que la abstención del estado de cualquier acto que pueda acarear, como efecto, la alegación o violación de un derecho, como es el caso de la libertad personal y que, por esto algunos autores llaman derechos de abstención.

En cambio, hay otros derechos de los que los habitantes de un país no pueden gozarlos o ejercerlos en la práctica si es que el estado no les provee de servicios o de bienes de los que necesitan para poder gozar de ellos, esto es lo que ocurre respecto al derecho de la educación, del que quienes carecen de dinero para pagar no pueden gozarlo si es que el estado no crea y mantiene escuelas, colegios, universidad, etc.

Mas ésto no sucede solo con los derechos económicos, sociales o culturales, o de segunda generación, como suele llamárselos, sino también con los civiles y políticos, como sucede con el derecho al acceso a la justicia o del sufragio que nadie puede ejercerlos si es que no hay juzgados y tribunales u órganos electorales y todo el aparato electoral.

En estos casos es frecuente la omisión de los actos que el estado está obligado a realizar para que las personas gocen de estos derechos y, a veces, lo único que debe hacer el estado es dictar una ley, como lo que sucede en el ejemplo de Venezuela que cito en este trabajo.

Conviene recordar que los derechos de segunda y tercera generación, enfocan reivindicaciones olvidadas por muchas generaciones, esto ha significado, que se despliegue una serie de derechos individuales y colectivos, sustentados en el bien común y la justicia social; nos referimos, a los diversos derechos sociales, económicos y culturales, que reclaman una atención efectiva y material de todos los actores sociales, en especial de la voluntad de los gobiernos.

En esencia este conjunto de derechos, se han visto opacados por lo sugestivo de su denominación gramatical, sin dejar de lado los antecedentes y fundamentos históricos que permitieron su desarrollo normativo. La ausencia de operatividad que caracterizan a estos

derechos, limita en el tiempo su ejercicio, pues, la realidad nos muestra que a pesar de su consagración constitucional, su aplicación se ve vulnerada por su contenido abstracto y su ingerencia en la economía de los estados.

Con estas previas consideraciones, en nuestro afán de entender e identificar mejor las normas que configuran la tutela del recurso de inconstitucionalidad que estudiamos, nos limitaremos a determinar las que por su contenido y alcance, pueden ser objeto de omisiones.

2.1 LEGITIMADOS

La posibilidad de recurrir a la instancia de control de constitucionalidad, está reconocida a determinados sujetos, que reconoce la propia Constitución y que como expone el profesor José Antonio Rivera, se traduce en la legitimación activa, como:

Atributo jurídico que confiere el Estado a la persona para activar el control de constitucionalidad.

Tiene su sustento en el derecho de acceso a la justicia o el derecho a la tutela judicial efectiva que tiene toda persona; lo que implica que el Estado tiene la obligación de garantizarle el acceso a la instancia jurisdiccional.³²

La vulneración de la constitución, como es el caso, nos plantea la posibilidad de identificar diferentes titulares, capaces de impugnar de manera concreta o abstracta, la ausencia de eficacia normativa producida por la inacción del recurrido –legitimación pasiva-. Es decir, merecerán actuar en esta calidad, aquellos que se vieran afectados en forma directa por la ausencia total o parcial de desarrollo constitucional o, caso distinto, será el de aquellos sujetos que sin haber merecido ningún daño, por la sola identificación atentatoria a la vigencia y efectividad de disposiciones supremas producida por una acción pasiva, podrán promover la acción de inconstitucionalidad por omisión en pos de su conocimiento y resolución por parte del juez constitucional.

³² José Rivera, *Jurisdicción Constitucional: Procesos Constitucionales en Bolivia*, Cochabamba, Kipus, 2004, p. 161.

De esta manera debemos tomar en cuenta para nuestro estudio lo afirmado por Néstor Pedro Sagués, en cuanto a que en Latinoamérica se distinguen tres posibilidades de ejercicio de la titularidad en la instancia de control constitucional, como son la legitimación: amplísima, amplia y restringida.

Entendiendo la legitimación amplísima como aquella que recae sobre cualquier persona que reconozca la afectación constitucional. Mientras que la segunda posibilidad –legitimación amplia- habilita a aquella persona o personas afectadas en sus derechos o garantías, producidas por acciones u omisiones inconstitucionales. Finalmente la legitimación restringida, faculta sólo a determinados sujetos investidos de cierto poder dentro del organigrama estatal, como por ejemplo: el Presidente de la República, Parlamentarios, Organizaciones nacionales o regionales, Defensor del Pueblo, etc., aptos para accionar mecanismos de control de constitucionalidad.³³

Partiendo de esta idea, la presentación de la acción de inconstitucionalidad por omisión, está matizada en cada sistema constitucional, de diferente manera, motivando la participación activa de sujetos que tienen cierta condición, o aquellos que no la poseen. Como es el caso de la República de Venezuela, que reconoce la legitimación, a toda persona sin distinción alguna, así es, que en los hechos un grupo de trabajadores, FENATRIADE a través de su representante, el año 2003, solicitaron a la Sala Constitucional que determine la inconstitucionalidad de la omisión de desarrollo normativo por parte del Poder Legislativo Nacional, como instancia destinada reformar la legislación laboral en el plazo de un año, lo que no se produjo, pues la mora excedió a más de tres años, provocando un agravio constitucional.³⁴ Lo mismo podemos decir del Ecuador.

³³ Néstor Sagués, “Justicia Constitucional y Control de la Ley en América Latina”, en Luis López, comp., *La Justicia Constitucional en la actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 194-196.

³⁴ <http://www.tsj.gov.ve/search4/oop/qfullhit2.htm?CiWebHitsFile=%2Fdecisiones%2Fscon%2Fjunio%2F1168%2D150604%2D03%2D1745%2Ehtm&CiRestriction=%40Contents+omisi%F3n+inconstitucional&CiBeginHilite=%3Cb+class%3DHit%3E&CiEndHilite=%3C%2Fb%3E&CiUserParam3=/search4/busador.asp&CiHiliteType=Full#CiTag-1>

Ahora bien, debemos precisar que el ejercicio de esta titularidad, es un atributo que se configura de diferente manera en el caso brasileño, confiriendo no a cualquier persona, sino, exclusivamente a aquellos que ejercen una determinada función; así nos expone Víctor Bazán al referir que:

La actual previsión acuerda *legitimario ad causam* al presidente de la república, a la mesa del Senado Federal, a la mesa de la Cámara de Diputados, a la mesa de la Asamblea Legislativa, al gobernador estatal, al procurador general de la república, al Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil, a los partidos políticos con representación parlamentaria nacional, a las confederaciones sindicales y a las entidades de clase con alcance nacional.³⁵

Otro país que configura esta titularidad a determinadas personas es Portugal, estableciendo en su artículo 283 que, “a requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, por razón de violación de derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional examina y comprueba el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias”.

Por tanto, sea una autoridad legitimada u otro sujeto, -encargado- de plantear esta omisión, implicará necesariamente efectuarla contra el *sujeto pasivo*, identificado como aquel que incumpliera el mandato constitucional; o sea en este caso, nos referimos al órgano legisferante.

3. EFECTOS

Como se tiene expuesto, el control de constitucionalidad varía de una legislación a otra, de manera que el modelo adoptado en algunos Estados, ha previsto la verificación de conductas

³⁵ (V. Bazán, coord., *Inconstitucionalidad por omisión*, 69).

negativas incompatibles al texto constitucional por parte de jueces o tribunales, a través del Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa.

Por tanto, los criterios de interpretación y alcance de las sentencias constitucionales en esta materia, son discutibles por muchos autores y delineadas de diferente manera en las legislaciones que la reconocen; empero debemos tener siempre presente el sentido y efectos que deberán contener las declaraciones del juez constitucional, en función a los extremos pasibles de su aplicación, en atención a las posibilidades jurídicas que brinda cada legislación que ha habilitado este Recurso de Inconstitucionalidad.

Significa que si la Corte, Sala o Tribunal encargado del control de constitucionalidad, declara la inconstitucionalidad de una omisión, surtirá diferentes efectos conforme se haya determinado y formulado en la sentencia constitucional.

Precisamente nos referimos con esto, a lo que en la doctrina y jurisprudencia se ha venido definiendo durante los últimos años, pues, más allá de la función de interpretación y declaración de inconstitucionalidad de todo lo que contraríe al texto constitucional, el juez constitucional cumple con su función en un sentido más creativo, pues, gran parte de las legislaciones ha activado la posibilidad de que además se convierta en "legislador positivo"; estableciendo con esta posibilidad la creación de contenidos normativos –en ausencia o existencia de normas inadecuadas que se encuentren vigentes y se consideren inconstitucionales-.

Este nuevo tipo de –resoluciones constitucionales-, son objeto de críticas en sentido de que la jurisdicción constitucional, estaría constantemente invadiendo ámbitos que no le corresponde y atentado a la independencia institucional vigente en todo estado democrático, pues, los que apoyan este criterio creen que:

Constituye una grave violación del principio de separación de poderes en tanto en cuanto el Poder Judicial no sólo asumiría la tarea de legislador negativo, sino también la de legislador

positivo llegando a una situación en el que prácticamente todo el poder de un órgano (tanto el poder legislativo negativo como el positivo) sería ejercido por quien posee todo el poder de otro órgano (el poder judicial), lo cual subvertiría los principios fundamentales de una Constitución libre.³⁶

Por tanto en la labor interpretativa de omisiones inconstitucionales por parte del juez constitucional, como sucede en la práctica no sólo las Sentencias Constitucionales serán declarativas, sino también, de acuerdo a la modulación de sentencias podrá contener otros encargos, que los identificamos como: a) la puesta en *conocimiento* del órgano omitente –Poder Legislativo-, una vez comprobada la infracción constitucional, b) la fijación de *plazo* perentorio para que dentro del cual, se subsane la inexistencia parcial o total de una norma jurídica, en cumplimiento del desarrollo constitucional establecido; c) simples *conminatorias*, destinadas a corregir a través de acciones positivas, las disposiciones constitucionales que fueron omitidas en su momento por los directos responsables; d) la *sustitución o adición*, de acuerdo al caso, que cubra a través de un acto positivo, la ausencia constitucional producida por la inacción del responsable de desarrollo constitucional.

Como podemos advertir, la jurisprudencia constitucional ha sentado algunas pautas que configuran el Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa, dando variedad de posibilidades para que el juez constitucional resuelva recursos en que se impugnen omisiones de desarrollo normativo de la Constitución, a pesar de que este tema y principalmente sus efectos, aún se debaten.

Es cierto, que no existe un criterio generalizado, por lo que no podemos constituir una línea orientadora, como ocurre con otros mecanismos de control ampliamente desarrollados, pero, la importancia de esta figura ha sido aceptada por la doctrina del Derecho Procesal Constitucional y recogida en muchos países, incluso en aquellos que no la incluyen como un

³⁶ <http://www.asamblea.go.cr/ley/leyes/7000/7135.doc>

mecanismo de control; aunque a pesar de esto, en los hechos los jueces constitucionales han fijado razonamientos que destacan el control de omisiones inconstitucionales.

En esta línea, la gran parte de la jurisprudencia sentada en los países que hemos mencionado en el desarrollo de nuestro estudio, convienen en inferir que las Sentencias Constitucionales no pueden contener declaraciones que afecten principios consagrados en sus cartas políticas, que yacen incompatibles con el estado de derecho. De esta manera, podemos ver que las declaraciones de los órganos contralores de la constitucionalidad lo hacen de forma restringida, a pesar de que muchas veces en los hechos no siempre puede solucionar plenamente los casos de omisiones inconstitucionales sometidos a su conocimiento.

Al respecto Víctor Bazán, uno de los pocos que ha trabajado sobre esta clase de atentados a la Constitución, destaca el sentido que le han dado países europeos, como: España, Italia, Alemania y otros, al control de omisiones inconstitucionales³⁷, en comparación con aquellos países que legislan el Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa, pues, han concensuado lineamientos a seguir en sentido tal de que en caso de existir la afectación a la Constitución por la omisión de desarrollo normativo por parte del órgano legisferante, coinciden en disponer que en sus Sentencias simplemente se declare la inconstitucionalidad y que su alcance tenga "carácter *erga omnes*"³⁸.

En este caso hablamos de Portugal, Costa Rica, entre otros; que como anticipamos, se diferencian de la solución que han adoptado países como Venezuela (expediente 03-1745, Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia) y la república federativa de Brasil, que en algunos de sus distritos, además de la declaración de inconstitucionalidad, se han pronunciado en casos que se objeta la inacción de órganos administrativos, un *plazo* para el cumplimiento de la Sentencia que determine el desarrollo normativo -en 30 días-; medida que fue creada, para viabilizar la efectiva aplicación del derecho o garantía omitida. Por otro lado, el país que más ha

³⁷ (V. Bazán, *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, 195-199).

³⁸ (V. Bazán, *Inconstitucionalidad por Omisión*, 70).

previsto soluciones efectivas ha sido Ecuador, la Argentina en la Provincia Río Negro, evocando no solo los aspectos que mencionamos, sino también, a través del artículo 207 de su Constitución, ha permitido como refiere Víctor Bazán al mencionar a Germán Bidart Campos, Martín Lozada y Ezequiel Lozada, que:

El Superior Tribunal acoge la acción, en principio, fija el plazo para que la omisión sea subsanada. En caso de incumplimiento, "integra el orden normativo", resolviendo la cuestión – reduciendo perímetro y superficie de su sentencia estrictamente al caso concreto-; y, de no ser posible, "determina el monto del resarcimiento a cargo del estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.³⁹

Ayudan a resolver el problema de la falta de la acción de inconstitucionalidad por omisión, algunas especies de sentencias que se admiten en los procesos de inconstitucionalidad por acción.

Nos expone el profesor José Antonio Rivera los tipos de sentencias, que se denominan como: interpretativas, aditivas o integradoras, sustitutivas y exhortativas. Que, como se da en los hechos la jurisdicción constitucional se ha permitido combinarlas, para así lograr mejores resultados en la activación efectiva de la Constitución; por lo que corresponde ahora conocer la finalidad de cada una de ellas.

Ahora, pasaremos a conocer lo que nos expone el autor respecto al tipo de Sentencias Constitucionales, que posibilitan la anulación de efectos negativos producto de acciones u omisiones. En este sentido la "*sentencia interpretativa*" la considera, como aquella que se limita a determinar el sentido en el que la norma impugnada por inconstitucional debe ser aplicada para evitar la inconstitucionalidad. Por el contrario la "*sentencia aditiva*" o -integradora, así calificada por la Corte Constitucional colombiana- plantea la posibilidad según sea necesario, de decidir la

³⁹ (V. Bazán, *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, 194).

inconstitucionalidad de las expresiones de la norma por las que resulta inconstitucional. La violación de una norma también podrá darse, cuando se haya producido el buscado desarrollo constitucional, pero este contenga algunas consideraciones contrarias o atentatorias a la Constitución, que identificadas, podrán ser objeto de reemplazo, anulando de esta manera los efectos contrarios que producían, que según la doctrina son las *"sentencia sustitutivas"*.

Finalmente las *"sentencias exhortativas"*, como afirma José Antonio Rivera son las que buscan lograr que se cumpla con lo dispuesto en la Constitución, a través de la declaración de inconstitucionalidad de un acto, norma o resolución y la imposición de un término perentorio, para que el órgano del poder público que es competente, que puede ser el legislador, llene el vacío o la norma, o resuelva el conflicto por la declaratoria de inconstitucionalidad.⁴⁰

Así concebidas, es imprescindible identificar el sentido y alcance de las *"sentencia aditivas o integradoras"*, apropiadas para nuestro objeto de estudio; pero antes, es necesario aceptar los matices que caracterizan a las resoluciones, que en infinidad de casos la jurisprudencia en materia constitucional ha producido en una gran parte de países que no regulan el Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa.

En este marco, la reparación del agravio constitucional producido, ha sido salvada por la simple *"declaración de inconstitucionalidad"* y, de manera complementaria, la jurisdicción constitucional ha coincidido en emitir conminatorias expresas, que en muchos casos además contienen *"plazos"* perentorios dirigidos a aquellos que no obraron conforme manda la Constitución.

Debemos tener presente, que esta clasificación y otras, que han sido mantenidas por la doctrina y manejadas por la jurisdicción constitucional, satisfacen las expectativas de la figura de *"inconstitucionalidad por omisión"*. Por lo tanto, la sentencia que entra dentro de las simplemente declarativas, instituidas para:

⁴⁰ (J. Rivera, *Jurisdicción Constitucional: Procesos Constitucionales en Bolivia*, 94-101).

Declarar el precepto legal como inconstitucional, o declarar la incompatibilidad de la norma con la Carta Fundamental, sin determinar la razón de la anulación de dicha norma, lo que otorga al legislador la oportunidad de modificar la norma declarada inconstitucional, manteniendo abierta la posibilidad de que éste configure la norma libremente dentro de los parámetros constitucionales.⁴¹

También el Tribunal Constitucional de Bolivia ha hecho uso de este tipo de sentencias, que a través de la sentencia 0032/06, se pronunció sobre la inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley 1777, que significó además, una exhortación dirigida al poder legisferante, para que en un plazo determinado (dos años) emita una nueva Ley que regule el tema de concesiones mineras, *previendo* que en caso de incumplimiento, -se derogarían las mismas-. Así concebida, nos encontramos ante una interrogante ¿si, se produjere el desconocimiento de esta conminatoria jurisdiccional y, se derogarían las normas citadas como inconstitucionales, cómo se resolvería la *ausencia de normativa* especial del régimen minero?, está claro, que la fuerza vinculante de las decisiones de este alto tribunal, deben ser eficazmente cumplidas, conforme los parámetros que determine, pero esto, en los hechos no siempre se produce. Como es el caso, las diferencias políticas e intereses partidarios, pueden influir en el cumplimiento de esta sentencia constitucional, provocando consecuentemente la violación de derechos de todos aquellos que estén asistidos por este régimen.

De la misma manera el Tribunal Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, a través de la Sentencia que:

OTORGA a la Asamblea Nacional un plazo máximo de seis (6) meses [...] para que prepare, consulte, discuta y sancione conforme al procedimiento constitucional de elaboración de leyes orgánicas, la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, que contenga el nuevo régimen del derecho a prestaciones sociales, de conformidad con los criterios materiales y procesales

⁴¹ http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/130lanoult..pdf

contenidos en los referidos preceptos constitucionales.⁴²

La atribución otorgada a estos Tribunales determina como se ha analizado, ciertas limitaciones contenidas tanto en las normas constitucionales, como en la propia práctica jurisprudencial. Por lo que hoy en día a través no solo de las sentencias aditivas, sino, de la mezcla de algunos elementos que componen otro género de sentencias, permiten ampliar el enfoque y alcance de las sentencias constitucionales.

En este sentido, es que el juez constitucional puede desempeñar esta función, valiéndose de estas posibilidades para cumplir con su principal objetivo, como es el respeto del principio de supremacía constitucional, el estado de derecho y la vigencia plena de derechos fundamentales.

3.1 DERECHO COMPARADO

Los países que incluyen este recurso de inconstitucionalidad tanto en sentido amplio como restringido, son: “La ex Yugoslavia, Portugal; Hungría, Brasil (Constitución Federal y además en las constituciones de los estados de Río Grande do Sul; Sao Paulo; Santa Catarina y Río de Janeiro), Argentina (Provincia de Río Negro), Venezuela, Costa Rica [...], México (Estado de Veracruz) y Angola”.⁴³

De los países que han habilitado el control de constitucionalidad de omisiones, nos remitiremos solo a dos de ellos Portugal que fue el primero que incluyó dentro de su legislación el control de constitucionalidad de omisiones y Ecuador que dentro de su nueva constitución habilitó este control, en un sentido amplio.

⁴²<http://www.tsj.gov.ve/search4/ooop/qfullhit2.htm?CiWebHitsFile=%2Fdecisiones%2Fscon%2Fjunio%2F1168%2D150604%2D03%2D1745%2Ehtm&CiRestriction=%40Contents+omisi%F3n+inconstitucional&CiBeginHilite=%3Cb+class%3DHit%3E&CiEndHilite=%3C%2Fb%3E&CiUserParam3=/search4/busador.asp&CiHiliteType=Full#CiTag-1>

⁴³ (I. Castro, *Inconstitucionalidad por Omisión: Teoría General, Derecho Comparado, Reforma Necesaria en la Constitución Ecuatoriana*, 115)

3.1.1 PORTUGAL

En la república de Portugal el control de omisiones en un primer momento fue realizado por un órgano administrativo denominado Consejo de la Revolución, conforme lo disponía el artículo 279 de su texto constitucional de 1976, que establecía “Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable”.⁴⁴

De esta manera, el control de omisiones era realizado por el Consejo de la Revolución que estaba asesorado jurídicamente para este efecto por una Comisión Constitucional, encargado de verificar la vulneración a la Constitución por parte del legislador.

Como nos refiere Miranda mencionado por José Julio Fernández esta función estaba enmarcada a verificar lo siguiente:

- que el no cumplimiento de la Constitución consista en la violación de cierta y determinada norma;
- que se trate de la norma constitucional no exigible por sí misma; que, en las circunstancias concretas de la práctica legislativa, falten las medidas legislativas necesarias para convertir en exigible aquella norma [...]
- que se trate de norma no exigible prescriptiva, y no meramente permisiva.⁴⁵

Posteriormente en 1982 se atribuyó esta función a un órgano jurisdiccional, pues se incluyó dentro de la carta constitucional el ejercicio del control constitucional de omisiones por parte de jueces y tribunales judiciales, y a un órgano especializado como es el Tribunal Constitucional que tiene como una de sus atribuciones velar por el cumplimiento pleno de lo dispuesto en ella,

⁴⁴ (Fernández, Francisco “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en Víctor Bazán, coord. *Inconstitucionalidad por omisión*, 26).

⁴⁵ José Julio Fernández, “La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI”, en Javier Tajadura Tejada, coord. *La constitución portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2006, p. 235.

ante la vulneración de alguno de sus contenidos provocado por la inacción del legislador. Por lo que:

Entre la regulación constitucional vigente hoy en día y la que existía con anterioridad cabe apuntar cuatro diferencias [...]: una, mientras que en 1976 el órgano controlador actuaba de oficio, en 1982 la iniciativa corresponde a otros órganos diferentes a aquel que realiza control; dos, en la redacción original decidía el Consejo de la Revolución previo parecer de la Comisión Constitucional, por el contrario, en la actualidad decide por sí solo el Tribunal Constitucional; tres, el reformado artículo 279 preveía una recomendación a los órganos legislativos, en cambio, ahora se habla de poner en conocimiento, lo cual presenta, en nuestra opinión, un talante menos imperativo; y cuatro, en 1976 la emisión de la recomendación por parte del Consejo de la Revolución era potestativa de éste, en 1982 la puesta en conocimiento, una vez declarada la omisión, es obligatoria.⁴⁶

Este instituto procesal que se ocupa del control constitucional de omisiones del órgano legislador, como vemos tuvo alteraciones desde su concepción en la constitución de 1976; en muy pocas ocasiones se lo interpuso ante el Tribunal Constitucional, por lo que la jurisprudencia respectiva es muy escasa.

3.1.2 ECUADOR

La actual Constitución Política de la República del Ecuador, a diferencia de la ya descrita, concibe a este instituto procesal desde una visión más amplia, ya que como manda en su artículo de 436, numeral 10 establece "Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el

⁴⁶ (Fernández, José Julio, "La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI", en Javier Tajadura Tejada, coord. *La constitución portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*, 235).

plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

Pueden formularse las siguientes puntualizaciones de esta norma:

1. El control es ejercido por un órgano jurisdiccional, especializado en el control de constitucionalidad
2. La Corte Constitucional actuará como legislador positivo en caso de que el órgano o funcionario omitente persista con su inacción, al omitir desarrollar lo constitucionalmente establecido.
3. El cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución deberá ser realizado dentro del plazo señalado en la propia constitución; y, en caso de no estar establecido deberá cumplirse en el plazo razonable para este cometido, el cual será determinado por la Corte Constitucional. Aunque de la lectura de esta normativa podemos ver que los parámetros para determinar el plazo razonable para el cumplimiento del encargo constitucional, no han sido normados.
4. La Corte Constitucional actuará como legislador positivo en caso de que el órgano o funcionario omitente persista con su inacción, al omitir desarrollar lo constitucionalmente establecido, pero la norma que la corte expida, por omisión del órgano competente, tiene valor provisional.
5. El control recae sobre omisiones de instituciones del estado o autoridades públicas, es decir, conforme manda el artículo 225 de la Constitución ecuatoriana “El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las

personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos". Entonces debemos entender, que la Corte Constitucional tiene atribución para conocer de este recurso cuando por su inacción algún funcionario u órgano público quebrantare la norma constitucional en forma total o parcial, al no desarrollarla normativamente o no cumplir con un acto administrativo.

3.2 CRÍTICA

El control de omisiones es un tema que aún se debate, pues muchos doctrinarios consideran que atenta contra el principio de división e independencia entre los órganos que componen el estado. Pero, existe otro sector que creen que ningún órgano puede estar libre del control de constitucionalidad, pues, caso contrario implicaría que la Constitución esta constantemente en peligro de ser vulnerada por la inacción del poder público.

Como referimos, en muy pocos países se ha habilitado el control constitucional de omisiones –en un sentido amplio o restringido-, como es el caso de la república de Portugal que realiza el control de constitucionalidad de omisiones del poder legislativo como único poder del estado encargado de desarrollar normativamente la constitución a través de leyes de aplicación general; acodandose de esta manera a la teoría restringida.

Por el contrario, en Ecuador este recurso podrá ser planteado ante el órgano contralor de la constitucionalidad -como es la Corte Constitucional-, con el objeto de que se efectúe el control de omisiones del poder público, sin hacer distinción alguna, tal como lo plantean los que se acomodan a la teoría amplia. Consideramos que como consecuencia de este nuevo instituto procesal incorporado a la legislación ecuatoriana, corresponderá que una ley especial determine el control no solo en abstracto, sino también en concreto, pues como está prescrito, se verificarán las omisiones de todo órgano o funcionario público que con su inacción provocare la inaplicación de la Constitución o su ineficaz aplicación de la constitución, pudiendo entonces

afectarse no siempre a toda la colectividad –como es el caso de omisiones legislativas-, sino también, a un sujeto o a un sector específico de la sociedad.

Planteado así el recurso en la legislación ecuatoriana será necesario establecer en forma precisa los límites y alcances de este tipo de control, pues, como en ninguna otra legislación se ha posibilitado el control de todo tipo de omisiones, a pesar de las dificultades que creemos pueden presentarse principalmente cuando no se cumple por parte del poder público con el encargo constitucional dentro del plazo señalado en la Constitución o dentro de aquel determinado por la Corte Constitucional. Ya que en este caso el órgano contralor de la constitucionalidad ejecuta en forma provisional, la disposición constitucional omitida, y de esta manera tendrá que desarrollar normativamente lo dispuesto en la Constitución encomendada al poder legislativo, o en su caso encargada al poder ejecutivo -que produce normas de índole administrativa y política-, podrá también surgir conflicto con la acción de incumplimiento.

Por otro lado, cuando la Corte Constitucional realice el control de constitucionalidad de omisión de un acto administrativo, consideramos que surgirá la dificultad de ejecutar en forma provisional estos encargos constitucionales, como: la designación de autoridades y funcionarios en general, u otras medidas ejecutivas –que son de índole netamente políticas-, y que por disposición de la Constitución están encargados al Poder Ejecutivo.

Como referimos el juez constitucional en el Ecuador podrá actuar como legislador positivo, pues, a pesar de las dificultades antes señaladas creemos que se plantea como una solución ante el constante incumplimiento de mandatos constitucionales por parte del poder público.

Así instituido este recurso de inconstitucionalidad en un sentido amplio, consideramos por otra parte que al permitirse el acceso a la justicia constitucional para todo tipo de omisiones del poder público, activa la posibilidad de que se plantee un gran número de causas que puede ocasionar el normal cumplimiento de funciones de la Corte Constitucional, puesto que la

acumulación de estas impedirá el inmediato control de constitucionalidad de las omisiones impugnadas y por ende la postergación de la aplicación efectiva de la norma constitucional vulnerada por inacción.

De igual manera, creemos que la acción de incumplimiento que esta normada en el artículo 436 numeral 5 de la Constitución ecuatoriana respecto a la impugnación de actos administrativos, tiene determinados rasgos típicos que encuentran coincidencia con este nuevo instituto procesal de inconstitucionalidad por omisión que se habilito; por lo que puede crear cierta confusión para aquellos impugnen ante esta instancia la vulneración de la carta política por la inacción de algún acto administrativo, ya que existen dos mecanismos procesales que la nueva constitución prevé.

CAPÍTULO II

OMISIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA. ANÁLISIS DE CASOS

2. VISIÓN DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Como afirma el profesor Víctor Bazán “la Constitución puede ser vulnerada no solo por acción, sino también por omisión”⁴⁷, de quienes por desidia o pereza incumplen con lo mandado en sus disposiciones, evitando de esta manera su eficaz aplicación. Esto se advierte en la primera parte de nuestro trabajo, que nos conduce a afirmar, ineludiblemente, que el poder constituido, en este caso el órgano legisferante al no desarrollar normativamente una norma constitucional lesiona la Constitución; es decir, “si el silencio del legislador o de sus leyes puede crear o conservar situaciones contrarias a la Constitución, se transforma en una *omisión inconstitucional*. [...] El silencio legislativo del que aquí se habla es una abstención de hacer aquello para lo que el legislador es competente. Competencia que le atribuye la Constitución”.⁴⁸

En este sentido, hay que resaltar que la Constitución boliviana incluye (para su desarrollo normativo), están aquellas que describen Derechos Humanos; por un lado, están las *expresamente señaladas* en su texto, mientras que otras, son aquellas que se encuentran enunciadas *en instrumentos internacionales de derechos humanos*. Pues, la propia norma suprema las asimila al disponer en su artículo 35 que: “Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

⁴⁷ (V. Bazán, coord., *Inconstitucionalidad por omisión*, 45).

⁴⁸ (I. Villaverde, *Inconstitucionalidad por omisión*, 38-40).

Nuestro estudio se limita solo a las omisiones inconstitucionales del legislador, sustentada por la *teoría restringida* (precedentemente desarrollada), y al control constitucional de estas. Antes de abordar el tipo de silencios del legislador que podrán ser objeto de control por parte del juez constitucional, debemos referir, que en Bolivia no existe un mecanismo adecuado para el control de este tipo de violaciones a la Constitución, pues, las atribuciones del Tribunal contralor de la constitucionalidad, expresadas tanto en la Constitución Política del Estado (con su abreviatura C.P.E.) como en la Ley N° 1836 (orgánica del Tribunal Constitucional) restringe el control de constitucionalidad solo a acciones y no así a -omisiones inconstitucionales, que implique la ausencia total o parcial de desarrollo normativo por parte del legislador-.

No obstante, la vinculación del legislador boliviano con el texto constitucional y la existencia de silencios normativos en el país, cuya responsabilidad constitucional corresponde al Poder Legislativo, que se revisara más adelante; hacen para nuestro estudio -jurídicamente relevante-, en sentido de concebir la posibilidad de su incorporación en la legislación nacional, como uno de los mecanismos constitucionales, instituidos para el resguardo y respeto de la norma suprema.

2.2 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. JUECES Y TRIBUNALES ORDINARIOS

Durante muchos años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación además de ser un tribunal de casación, ejercía el control de constitucionalidad; pero, a partir del 12 de agosto de 1994 a través de una reforma constitucional, en virtud al principio de supremacía constitucional y jerarquía normativa (art. 228 C.P.E.), desempeña esta importante función el "Tribunal Constitucional", en el resguardo de la Carta Magna y en el respeto de los derechos y garantías constitucionales. Pero, debemos tener presente, que la fecha de su creación no coincide con la que se determinó para su funcionamiento, pues, recién a partir de junio de 1999, cumple con la labor de control de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional forma parte de la estructura del Poder Judicial (art. 119 par. I.- C.P.E.), pero es independiente de los demás órganos del Estado, y está sometido solo a la Constitución (art.116 par. I.- C.P.E.).

Por otro lado, la Constitución y más ampliamente la Ley N° 1836 (orgánica del Tribunal Constitucional) determina la estructura, competencia y atribuciones de este órgano con jurisdicción nacional, compuesto por Magistrados, en un número de cinco titulares y cinco suplentes, expertos en la interpretación de la Constitución y definición de lineamientos constitucionales; quienes tienen el deber de cumplir con esta alta función constitucional, que ha significado durante casi diez años de funcionamiento, la orientación de la -vida política, institucional y normativa del país-, puesto que sus decisiones adquieren la calidad de cosa juzgada, son definitivas y “no cabe recurso ulterior alguno” (art. 121 parr. I.- C.P.E.).

2.3 CONTROL PREVIO Y CORRECTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

Posterior a la reforma constitucional de 1994, se promulgó la Ley N° 1836 el 1 de abril de 1998, que establece en su artículo primero, que “II. Son fines del Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad y garantizar la primacía de la Constitución, el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas, así como la constitucionalidad de las convenciones y tratados”. Esto significa que en el conocimiento de demandas instauradas por aquellos legitimados para interponerlas, merecerán que este órgano -en el cumplimiento de su obligación constitucional-, sustancie y resuelva sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto que vulnere mandatos constitucionales; que, como podremos verificar a través de la revisión de sus atribuciones que se describen en esta ley, solo es competente, para realizar el control previo y posterior de “acciones” consideradas inconstitucionales, y no así de “omisiones”.

Ahora bien, corresponde distinguir las competencias que el artículo 7 de la Ley N° 1836 consigna para el restablecimiento de la constitucionalidad. Por consiguiente, son atribuciones del Tribunal Constitucional:

Conocer y resolver conforme a la Constitución y la presente ley:

- 1) Los recursos directos o abstractos de inconstitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones de cumplimiento general no vinculadas a un proceso judicial o administrativo.
- 2) Los recursos indirectos o incidentales de inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales.
- 3) Los recursos de inconstitucionalidad contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derecho o contribuciones de cualquier naturaleza, creados, modificados o suprimidos en contravención a la constitución.
- 4) Los conflictos de competencia y controversias que se susciten entre los poderes públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios.
- 5) Las impugnaciones del poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales contrarias a la constitución.
- 6) Los recursos directos de nulidad contra los actos o resoluciones de quienes usurpen funciones que no les competen o ejerzan jurisdicción, potestad o competencia que no emane de la Ley.
- 7) Los recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras, cuando tales resoluciones afecten uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera sean las personas afectadas.
- 8) La revisión de los recursos de Habeas Corpus y Amparo Constitucional.
- 9) Las consultas del Presidente de la República, del Presidente del Congreso Nacional y del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones. La declaración del Tribunal Constitucional es obligatoria para el órgano que efectúa la consulta.
- 10) La constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales.

11) Las demandas respecto a procedimientos contrarios de Reforma de la Constitución.

Ratificando lo afirmado precedentemente, tenemos que resaltar el hecho de que esta norma, no habilita un recurso adecuado para el control de –omisiones inconstitucionales-, es decir, el Tribunal Constitucional no está facultado para realizar el control de constitucionalidad de omisiones del legislador.

Pero, debemos afirmar que el Tribunal Constitucional boliviano en el conocimiento de los Recursos “Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad” e “Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad”, ha sentado jurisprudencia, en sentido, de que, no solo las acciones serán pasible de control, sino también, las -omisiones inconstitucionales- del legislador; a pesar de no estar expresamente señalado en la legislación.

Por tanto, corresponde revisar ambos Recursos de Inconstitucionalidad en nuestra legislación y, cómo los ha concebido el Tribunal Constitucional ante la impugnación de omisiones legislativas.

2.4 RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Las once atribuciones contenidas en la Ley N° 1836 para el resguardo de la Constitución, se pueden agrupar como afirma el profesor Willman Ruperto Durán en “tres funciones básicas [...]: 1) El control normativo de constitucionalidad 2) El control de los límites del ejercicio del poder político 3) El control de la salvaguarda de los derechos y garantías”⁴⁹.

En este orden, de la variedad de mecanismos constitucionales que establece el ordenamiento jurídico boliviano, debemos restringirnos al análisis del control de normas y salvaguarda de derechos fundamentales, clasificados por el autor en el grupo uno y tres, es decir, en la labor de control correctivo o *a posteriori* de constitucionalidad de actos del legislador- o sea a la verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de éstas con la Constitución.

⁴⁹ Willman Ruperto Durán, “El Sistema de Control de Constitucionalidad vigente en Bolivia”, en “*La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*”, Sucre, Tribunal Constitucional / AECCI, 2003, p. 172.

Por consiguiente, el *Recurso de inconstitucionalidad* en Bolivia, conforme lo dispone el numeral 1 y 2 del artículo 120 de la Ley N° 1836, establece que “el Tribunal Constitucional controla la constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones generales, tanto con carácter abstracto, a través del recurso directo de inconstitucionalidad, como de manera concreta, mediante el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad en un proceso judicial o administrativo”.⁵⁰

Es decir, la ley destaca la diferencia entre ambos recursos, en su procedencia, finalidad, oportunidad, legitimidad y trámite. En este sentido, podemos verificar conforme lo define el artículo 59 y siguientes de la Ley N° 1836, que el “recurso indirecto o incidental de inconstitucional”, procede contra una ley, decreto o resolución no judicial, aplicable a un proceso administrativo o judicial concreto, considerada contraria o incompatible con la Constitución; será planteado como un incidente por una de las partes del proceso. Se resolverá en única instancia por el Tribunal Constitucional, y su decisión tendrá efectos *erga omnes*. Este Recurso fue considerado por el órgano contralor de la constitucionalidad en Bolivia, para el conocimiento de omisiones legislativas.

Como adelantamos, este mecanismo es diferente al “recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad”, que como refiere José Antonio Rivera, es:

Una acción constitucional extraordinaria que tiene por finalidad el control objetivo de las disposiciones legales ordinarias para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con los principios, declaraciones, preceptos y normas de la Constitución, con el objeto de realizar una depuración del ordenamiento jurídico del Estado.⁵¹

⁵⁰ Francisco José Eguiguren, “El Tribunal Constitucional en el Perú y su desarrollo. Aportes de la experiencia del Tribunal Constitucional de Bolivia para su reforma”, en *“La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003”*, Sucre, Tribunal Constitucional / AEIC, 2003, p. 54.

⁵¹ (J. Rivera, *Jurisdicción Constitucional: Procesos Constitucionales en Bolivia*, 2005).

Así entendido, como veremos en el próximo subtítulo, ambos recursos constitucionales fueron planteados para interponer demandas por omisiones inconstitucionales en Bolivia, a pesar de que como referimos, ni la Constitución y ni la Ley del Tribunal Constitucional establecen expresamente el control de constitucionalidad de omisiones –solo de acciones inconstitucionales-; pero, a pesar de esta situación y ante la inexistencia del “Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa”, el órgano contralor de la constitucionalidad – Tribunal Constitucional- ha determinado que es competente para conocer y resolver demandas planteadas por omisiones inconstitucionales, a través de los recursos mencionados - Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad y Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad- porque considera que, es de su competencia, resolver sobre la inconstitucionalidad por omisión, “cuando el legislador no desarrolla el instituto Constitucional que de manera precisa y concreta le impone la Constitución o desarrolla el mismo de manera deficiente o incompleta, de tal manera que el mandato constitucional se torne ineficaz o de imposible aplicación por causa de la omisión o insuficiente desarrollo normativo”⁵²

2.5 JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Ahora bien, del análisis de este último recurso, podemos afirmar que la competencia del Tribunal Constitucional procede cuando se impugna normas expedidas y no así en omisiones inconstitucionales; revisando la jurisprudencia constitucional, identificamos que a pesar de no haberse consignado en el ordenamiento jurídico esta posibilidad, el Tribunal Constitucional en el conocimiento de recursos que objetaban omisiones inconstitucionales, determinó que “cuando el legislador no desarrolla el instituto Constitucional que de manera precisa y concreta le impone la Constitución o desarrolla el mismo de manera deficiente o incompleta, de tal manera que el mandato constitucional se torne ineficaz o de imposible aplicación por causa de la omisión o

⁵² <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion12503.html>

insuficiente desarrollo normativo, el Tribunal Constitucional tiene atribuciones para hacer el enjuiciamiento de constitucionalidad de tales actos".⁵³

En este sentido, es importante recalcar que la jurisprudencia constitucional boliviana ha activado -a nuestro modesto entender- la posibilidad de impugnar las omisiones inconstitucionales que implique un desarrollo normativo; es decir, se ha enfocado solo al desarrollo constitucional de la "función de emisión de normativa" (sostenido por la teoría restringida), y no otro tipo de obligaciones constitucionales (sostenido por la teoría amplia), han sido objeto de este tipo de control correctivo. Por lo que ahora, conviene detallar las Sentencias Constitucionales en las que se pronunció el Tribunal Constitucional boliviano anexadas a esta Tesis, que son: SC 0066/2005 (anexo 1), SC 0076/2004 (anexo 2), SC 0032/2006 (anexo 3), SC 0009/2004 (anexo 4), SC 0057/2002 (anexo 5).

Similar situación sucede en la República de Colombia, donde la Corte Constitucional ha sentado jurisprudencia respecto al hecho de conocer a través de esta acción, las omisiones concebidas en sentido restringido, y no en sentido amplio, pues, sostuvieron en la Sentencia C-543/96 que "Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores, si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control". Similar situación sucede en la legislación Peruana, "Argentina en casos concretos, y de Colombia, se han reconocido competentes para conocer de inconstitucionalidades por omisión, no obstante que la Carta Constitucional no preveía expresamente estos supuestos con ese epígrafe".⁵⁴

⁵³ <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion12503.html>

⁵⁴ (J. Morón, "La Omisión Legislativa Inconstitucional y su tratamiento jurídico" en: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 477).

Este panorama, nos muestra que en otros países y en particular en el caso boliviano, ante la ausencia de un mecanismo apropiado para resolver las omisiones inconstitucionales y la escasa jurisprudencia nacional, el Tribunal Constitucional ha tratado de superar la limitación normativa impuesta ya que debe “preservar la supremacía de la Constitución y hacer valer la jerarquía normativa frente a los restantes sujetos y actos del ordenamiento jurídico en el momento de practicar la aplicación última del ordenamiento”⁵⁵.

Opino que El Tribunal Constitucional debe contar con atribuciones específicas para realizar el control de constitucionalidad de –omisiones-; a través de la regulación del “Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa”, para que se active el acceso a la justicia constitucional de los bolivianos, en caso de identificar omisiones inconstitucionales provocadas por la ausencia de desarrollo normativo de una norma programática expresada en la Constitución Política del Estado.

Es necesario que la propia Constitución exprese textualmente el control de omisiones legislativas inconstitucionales, así como en la Ley N° 1836 (orgánica del Tribunal Constitucional), la que podrá contener de manera más amplia, sus notas típicas; hablamos de: su procedimiento, legitimación, trámite, procedencia, sentencia y efectos, etc. Justamente por las razones anotadas, también el ecuatoriano Iván Castro Patiño, sostiene que:

Esta patología de orden jurídico, grave falencia del constitucionalismo ecuatoriano – y sin duda del constitucionalismo universal – debe ser superada, regulando la inconstitucionalidad por omisión, a fin de conseguir que la voluntad del constituyente se realice plenamente y se viva en la práctica las doctrinas de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución. En suma, los derechos consagrados en la Constitución deben ser tutelados para impedir que quede impune su violación. No

⁵⁵ (I. Villaverde, *Inconstitucionalidad por omisión*, 120).

hay que olvidar que, como lo sostiene Ferrajoli, el progreso de la democracia se mide por la justicialidad y eficacia de los derechos.⁵⁶

En este sentido, el profesor José Antonio Rivera también encuentra la necesidad de la habilitación de este Recurso en la legislación boliviana, pues cree que “en un futuro próximo, [...] pueda incorporarse en la legislación nacional y, eventualmente, en la jurisprudencia constitucional, la inconstitucionalidad por omisión que permita al Tribunal Constitucional ejercitar el control de las omisiones legislativas en el marco de las características que tiene este mecanismo de control”.⁵⁷

3. ANÁLISIS DE CASOS

Conviene revisar diferentes tipos de omisiones inconstitucionales provocadas por el legislador boliviano, que provocan situaciones negativas, al afectar derechos fundamentales o la eficacia de la Constitución; que, nos permita reconocer la necesidad del control de constitucionalidad de éstas, a través del “Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa”.

3.1 OMISIÓN INCONSTITUCIONAL TOTAL

3.1.1 DERECHOS CULTURALES DE LOS GRUPOS ÉTNICOS EN BOLIVIA

3.1.1.1 DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDOS. CONVENIO 169 “PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES”

El territorio boliviano está dividido en tres regiones, el Altiplano, Valles y Llanos, cada uno diferente del otro en su topografía y clima. Esta riqueza y diversidad natural, se ve también reflejada en las -formas de vida y costumbres- de los comunarios, que desde hace muchos años han habitado el territorio boliviano. La diversidad de costumbres, religión, vestimenta, organización política, familiar, lengua, etc., que han asimilado

⁵⁶ (I. Castro, *Inconstitucionalidad por Omisión: Teoría General, Derecho Comparado, Reforma Necesaria en la Constitución Ecuatoriana*, 30).

⁵⁷ (J. Rivera, *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*, 160).

los diferentes grupos étnicos, tienen muchas similitudes, pero también diferencias, aunque desde la colonización han ido perdiendo en cierto grado su identidad cultural, por diversas causas, principalmente –por falta de reconocimiento y protección jurídica-.

Esta diversidad no fue materia de preocupación que habíamos contraído en varios instrumentos. Los instrumentos internacionales que no fueron desarrollados en la práctica pese a que forman parte del ordenamiento jurídico boliviano.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de derechos Sociales, Económicos y Culturales, que en su artículo 1.1 señalan, que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico social y cultura”. Fue de esta manera que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su labor interpretativa ha determinado en la Observación General N° 12, artículo 1.1 que “De conformidad con los Propósitos y Principios de la Carta de Naciones Unidas en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”.

De igual forma, la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960, ha determinado como principio rector para los Estados, como Bolivia, que son parte de este organismo: “2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su derecho económico, social y cultural”.

Ya con la reforma a la Constitución en 1994 se ha reconocido la diversidad cultural, al establecer en el artículo primero que Bolivia es “libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural constituida en República Unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática

representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos"; momento, en que se ha empezado a construir una democracia plural, multiétnica y pluricultural.

Por otro lado, la Constitución en su artículo 171 expresa, que: "I. Se reconocen, se 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 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".

Este marco normativo, nos permite identificar el reconocimiento constitucional de tres aspectos fundamentales: a) el reconocimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, b) además de garantizar el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales y de su expresión cultural y, c) el reconocimiento de sus autoridades, normas consuetudinarias y a su administración de justicia comunitaria, cuando no contraríe lo dispuesto en la Constitución y las leyes de la república.

Pero, sus requerimientos y necesidades van más allá, pues además de las políticas y planes de gobierno, no se ha realizado un importante cambio que viabilice su vigencia y respeto en la producción y reproducción de sus prácticas culturales.

Sus silencios todavía se dejan oír, a pesar de que se ha introducido en el año 1991 a través de la Ley 1257 el "Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales", que compromete a los estados suscriptores -como Bolivia-, tomar todas las medidas necesarias para el

reconocimiento de estos grupos humanos que comparten diferentes culturas. Ahora bien, debemos tener presente que el legislador tiene la *responsabilidad constitucional* de desarrollar normativamente estos derechos, ya que este instrumento internacional de Derechos humanos, tiene rango constitucional por disposición del artículo 35 de la norma suprema, que refiere “Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

3.1.1.2 AUSENCIA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En efecto, a partir de 1994 Bolivia se reconoce como multiétnica y pluricultural, y brinda a estos grupos humanos su respeto y protección constitucional en el ejercicio de alguno de sus derechos, disponiendo que una ley sea la que imponga sus límites entre éstos y los Poderes del Estado (art. 1 y 171 C.P.E.).

El tema que para esta tesis reviste gran importancia es el contenido en el párrafo III del transcrito artículo 171 de la Constitución, al encargar el desarrollo normativo sobre la “compatibilización y articulación de la justicia comunitaria con la justicia ordinaria”⁵⁸, que no ha merecido regulación por parte del órgano legisferante ocasionando dificultades en la aplicación de normas y solución de conflictos por parte de autoridades comunitarias y campesinas que administran justicia en contradicción a lo dispuesto en la Constitución y en la leyes vigentes en Bolivia.

La falta de armonización de la justicia comunitaria con la ordinaria aparece en los casos siguientes:

- A través de la Sentencia Constitucional N° 0313/2004 se declaró la violación de derechos fundamentales a la ciudadanía, dignidad y seguridad jurídica, ya que el recurrente junto con su familia fueron desconocidos por las autoridades comunitarias de

⁵⁸http://www.poderjudicial.gov.bo/main1.php?page_id=1278&nweb=723f7d74eb19d21e49e750a2e768878a

Cornaca y por ende sus actos no tenían ningún valor dentro de esta región. En tal sentido, el Tribunal Constitucional declaró que los actos de los recurridos vulneran derechos fundamentales.

- En la zona de Collana las autoridades de la comunidad invadieron un espacio territorial debido a que consideraban que no cumplía una función social, vulnerando derechos constitucionalmente reconocidos –de seguridad jurídica y de propiedad privada-, lo que produjo que el propietario del terreno usurpado, solicite al órgano contralor de la constitucionalidad que cese la violación a sus derechos fundamentales. Por lo que se el Tribunal Constitucional determinó que la acción efectuada por las autoridades comunales no se acomodaba a lo establecido normas constitucionales, por tanto eran violatorias de derechos fundamentales (Sentencia Constitucional N° 1008/2004).
- Una familia de la Comunidad San Juan del Rosario se vieron desalojados de su territorio por autoridades de la comunidad, violando de esta manera el derecho al libre tránsito, a la propiedad privada, al derecho de trabajo; ante esta situación el Tribunal Constitucional otorgó en la Sentencia Constitucional N° 0295/2003 recurrentes la tutela solicitada por la atentar contra sus derechos fundamentales

3.1.1.3 AUSENCIA DE DESARROLLO NORMATIVO TOTAL

En estos tres casos y, posiblemente otros similares se constata que el tribunal conoce y resuelve conflicto en los que se juzga actos de la autoridad indígena; resueltos por esta autoridad, al parecer, de conformidad con su derecho propio y entre miembros pertenecientes a la misma comunidad, sin que ni la Constitución ni la ley le confiera expresamente competencia sobre tales actos.

Para comprender el grado de afectación resaltaremos y agruparemos, los aspectos y derechos que se han dispuesto en al Constitución boliviana y en el Convenio 169, y la importancia de su protección jurídica. Que son:

- Busca el respeto y debida protección del Estado, de toda expresión cultural, artística, religiosa y espiritual, con el objeto de que se mantengan intangibles en el tiempo; en pleno reconocimiento de sus derechos constitucionalmente reconocidos, y en especial, hace hincapié en los de segunda y tercera generación. Pues su falta de protección en el ordenamiento jurídico boliviano, pone en peligro la libertad de llevar a cabo sus prácticas culturales y puede ocasionar, su desaparición o adulteración total o parcialmente.
- Otro aspecto importante, que está sustentado en la Constitución boliviana y que resalta el señalado Convenio es, el respeto y vigencia de sus -instituciones, de sus procedimientos y formas de solución de conflictos, imposición de penas, etc.-; en este sentido, solo la ley podrá determinar cuando y en que casos estos grupos étnicos podrán actuar conforme lo manda su derecho consuetudinario y sus costumbres. Por tanto, el legislador boliviano deberá armonizar la justicia comunitaria con la justicia ordinaria ya que:

Para darle efectiva vigencia, deberán ser reconocidos sus principios fundamentales, establecidos los límites de cada una de las instancias jurisdiccionales, tanto la indígena como la ordinaria; porque definidas claramente éstas, va permitir el desarrollo con libertad del derecho indígena y su respeto por el sistema jurídico ordinario y por ende la vigencia efectiva del pluralismo jurídico.⁵⁹

Este panorama nos muestra que no solo estos, sino también otros aspectos y derechos descritos expresamente en la norma constitucional, no han sido tomados en cuenta por el legislador boliviano

⁵⁹ Rodrigo Gazahui E, “El órgano judicial y la democratización de la justicia en Bolivia”, en *Las reformas al estado* coords. Oscar Alba S. y Sergio R, Castro, Cochabamba, Instituto de Estudios Internacionales, 2007, p. 336-337.

Es necesario pues, que el órgano legisferante con seriedad y responsabilidad enfrente esta obligación, pues el vacío jurídico-legislativo como hemos verificado con la revisión de la jurisprudencia constitucional boliviana en cuanto a situaciones que han producido la vulneración de la constitución en la solución de conflictos y aplicación de normas comunitarias por parte de autoridades reconocidas en estas zonas de Bolivia, se produce justamente por la inexistencia de una ley que compatibilice la -justicia comunitaria con la justicia ordinaria-.

3.2 CASO RESUELTO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. GOBIERNO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y REPRESENTATIVO

3.2.1 DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO. ARTÍCULO 88 CÓDIGO ELECTORAL

Conforme dispone la Constitución en su artículo primero podemos afirmar que Bolivia “adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa” (art. 1 C.P.E.), es decir, se ha adoptado el sistema indirecto o representativo, que consiste como refiere Pablo Dermizaky, en que “el pueblo delega el ejercicio de su soberanía en mandatarios que elige por períodos determinados, y que tienen responsabilidad”.⁶⁰

En este sentido y dejando para otra oportunidad el estudio de la forma participativa, abordaremos lo sustentado en la Constitución y en la Ley N° 1984 Código Electoral, respecto a los procesos electorales, haciendo especial énfasis en el que se desarrolló el 2002.

Se debe tener presente que los procesos electorales en el país se deben llevar a cabo en armonía con el sentido democrático que caracteriza al Estado Social de Derecho, y en función a los valores de “libertad e igualdad” (art. 1. II.- C.P.E.). Pues, la participación del ciudadano boliviano en la elección de sus autoridades, no solo significa una obligación, sino también un derecho que, se encuentra sustentado y reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 21, al referir que “1) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”; así también, está

⁶⁰ Pablo Dermizaky, *Derecho Constitucional*, Cochabamba, Editora “JV”, 2004, p. 106.

desarrollado en otros instrumentos internacionales, hablamos de: la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (art. 1), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 1º num. 1), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 1º num. 1), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 25) y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica (art. 23).

En mérito a esta normativa, el ciudadano boliviano no gobierna directamente, sino, a través de otros que, en representación suya administran los bienes del estado y son detentadores del poder político del país. Este derecho, se ejercita a través de una figura jurídica, como refiere Bidart Campos mencionado por Pablo Dermizaky Peredo cuando establece que el *sufragio*:

Una técnica o un procedimiento institucionalizado mediante el cual el cuerpo electoral (que es el conjunto de hombres con derecho electoral activo, llamado también electorado activo) hace manifestación o expresión de opiniones políticas, con dos finalidades distintas: a).-para elegir gobernantes; b).-para la adopción de decisiones políticas.⁶¹

El acto de sufragar, no sólo está descrito en normas internacionales, sino también, en el artículo 219 del texto constitucional boliviano, que a la letra dice: "El sufragio constituye la base del régimen democrático representativo y se funda en el voto universal, directo e igual, individual y secreto, libre y obligatorio; en el escrutinio público y en el sistema de representación proporcional"; que permite a nivel nacional la elección de Presidente de la República, de Vicepresidente de la República (art. 86 C.P.E.), Senadores (art. 63 C.P.E.) y Diputados.

Estos últimos –los Diputados-, conforman la Cámara Baja, en un total de 130 miembros, distribuidos conforme manda la Constitución en su artículo 60 parágrafo VI "del total de escaños

⁶¹ (P. Dermizaky, *Derecho Constitucional*, 333).

entre los departamentos se determina por Ley en base al número de habitantes de cada uno de ellos, de acuerdo al último Censo Nacional”.

3.2.2 AUSENCIA DE REGULACIÓN NORMATIVA. ARTÍCULO 88 Ley ELECTORAL (NORMA DE PROGNOSIS O PRONÓSTICO)

Al cumplirse el mandato presidencial de Jorge Quiroga Ramírez, se convocó a través del Decreto Supremo N° 26459, a elecciones generales de Presidente de la República, Vicepresidente, Senadores y Diputados, a realizarse el 30 de junio de 2002, para lo cual la Corte Nacional Electoral debía llevar a cabo este proceso conforme manda la Constitución y las leyes de la República.

Pero, este proceso electoral se desarrolló sin cumplir con lo dispuesto en el artículo 60 parágrafo VI de la Constitución, concordado con el artículo 88 de la Ley N° 1984 Código Electoral, en sentido de que no se tomaron los datos del último Censo de Población y Vivienda llevado a cabo el año 2001, es decir, el Congreso omitió desarrollar este mandato constitucional, al no aprobar una ley modificatoria conforme los nuevos parámetros poblacionales, para la reasignación de escaños para cada Departamento

3.2.3 VIOLACIÓN DEL DERECHO A SER REPRESENTADO

Como podemos verificar, después de la distribución de escaños desarrollada el 5 de junio 1991 con la promulgación del Código Electoral, se produjo un significativo aumento de población en los diferentes Departamentos del país, lo que tendría que haber tomado en cuenta el Congreso Nacional para las -elecciones generales del 2002-, es decir, para la distribución de escaños entre los distintos departamentos. De esta manera, al haberse desconocido los datos poblacionales del Censo desarrollado el año 2001 (después de diez años de la puesta en vigencia del Código Electoral), se produjo la violación de la Constitución.

En coincidencia con lo desarrollado en el capítulo primero de este trabajo, podemos afirmar que la ausencia de desarrollo normativo por parte del Poder Legislativo, significó el

incumplimiento de una de sus obligaciones; puesto que efectivamente: a) existe un mandato constitucional concreto, b) que le impone la obligación de desarrollo normativo, c) que debe ser cumplir dentro de un “plazo razonable”.

Por lo que entendemos, existe una “omisión inconstitucional relativa” ya que por causas sobrevinientes el artículo 88 de la Ley Electoral se ha convertido en una norma de prognosis o pronóstico, pues, a pesar de que el legislador boliviano produjo la mencionada ley el 5 de junio de 1991, no la modificó posteriormente conforme lo establece el artículo 60 de la Constitución – en cuanto a los nuevos datos poblacionales obtenidos en el Censo de 2001-.

3.2.4 PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ante el Tribunal Constitucional se promovió mediante el recurso abstracto o indirecto de inconstitucionalidad la vulneración a la Constitución por falta de desarrollo normativo por parte del legislador boliviano; resolviéndose la inconstitucionalidad del artículo 88 de la Ley Electoral, con los efectos derogatorios del artículo 58 párrafo III de la Ley del Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Constitucional N° 0066/2005 bajo los siguientes argumentos:

- Este alto tribunal consideró ser competente para realizar el control de constitucionalidad de omisiones del poder legislativo cuando:
 1. Exista el desarrollo normativo de un mandato constitucional por parte del Poder Legislativo.
 2. La norma jurídica producida por el legislador con este desarrollado en forma precisa con lo dispuesto en la Constitución.
- El órgano a quien se le atribuye la emisión de leyes es el Poder Legislativo en virtud al artículo 59 numeral 1 que establece “Son atribuciones del Poder Legislativo: 1ª Dictar leyes, abrogarlas, derogarlas, modificarlas e interpretarlas”. Por consiguiente este llamado a cumplir con el desarrollo normativo del artículo 60 párrafo VI determina que “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”.

- El señalado artículo 60-VI fue desarrollado por el legislador boliviano conforme lo dispuso la Constitución a través de la Ley N° 1984 (promulgada el 5 de junio de 1991) en el que se estableció en su artículo 88 la distribución de escaños electorales, determinándose en su parte *in fine* que deberá ser modificado solo en caso de que se realice un nuevo Censo Poblacional.
- El contenido del artículo 88 de la Ley Electoral se aplicó para las elecciones generales realizadas en 1993, 1997 y 2002.
- Previo a las elecciones del año 2002, se realizó en Bolivia un Censo de población y vivienda el año 2001 que logró la obtención de nuevos datos poblacionales, que el legislador no tomó en cuenta para la modificación de la Ley Electoral (artículo 88) en cuanto la redistribución de escaños electorales conforme lo dispone la Constitución en su artículo 60 parágrafo VI.
- Para diciembre del año 2005 se convocó a elecciones generales, para lo cual el Poder Legislativo estaba obligado a modificar la Ley Electoral en su artículo 88 conforme los nuevos datos poblacionales obtenidos en el último Censo desarrollado en 2002; pero, el legislador omitió cumplir con este encargo constitucional.
- Frente a esta inacción legislativa el Tribunal Constitucional revisó diversas disposiciones constitucionales que se conectan con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución antes descrito; como lo contenido en el artículo primero al señalar que Bolivia “adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa”, es decir, el pueblo boliviano ejerce su soberanía a través de sus representantes por medio del sufragio como lo señala el artículo 219 “constituye la base del régimen democrático

representativo y se funda en el voto universal, directo e igual, individual y secreto, libre y obligatorio; en el escrutinio público y en el sistema de representación proporcional”.

- El sufragio se ejerce a través del voto de los ciudadanos mayores de dieciocho años en forma directa, es decir, todo ciudadano tiene derecho a elegir a sus representantes, y cada uno de ellos lo hace en igualdad de condiciones que los otros, por lo que tiene el mismo valor para efectos de la distribución proporcional de representantes parlamentarios.
- La forma de gobierno democrático representativo y participativo tiene como base el – sistema de representación proporcional- que determina la distribución de escaños electorales para la composición de Diputados en el Congreso Nacional, de la siguiente manera:

Se establece un sistema proporcional de asignación en el que se establece, primero el número de escaños que le corresponde a cada partido, de acuerdo a los resultados obtenidos en la votación acumulativa (Presidente, Vicepresidente, Senadores y Diputados Plurinominales) en cada departamento.

Posteriormente, de acuerdo a las circunscripciones con las que cuenta cada departamento, se asignan escaños a los diputados uninominales electos. Estos, en primera instancia, forman parte del número de escaños proporcionales obtenidos por cada partido ocupando el lugar de los plurinominales con votación más baja en cada partido. En caso de que el número de uninominales supere la cifra proporcional de escaños, éstos reemplazarán a los diputados plurinominales con menor votación en la repartición proporcional.

También puede ocurrir que resulte elegido un diputado uninominal de un partido que no ha obtenido ningún escaño a partir de la votación acumulativa. En ese caso, ese representante uninominal ocupará también el escaño del plurinominal con menor votación en la distribución proporcional de escaños.⁶²

⁶² http://www.cne.org.bo/centro_doc/prensa_virtual/gestion2002/boletines/junio/boletin80.html

- Así es que para la elección de los mencionados representantes nacionales –Diputados– conforme lo manda el ya citado artículo 60 deberá realizarse la distribución de escaños en concordancia con el número de habitantes obtenido en el último Censo poblacional de 2002:

Que se configura un sistema mixto en que para el 52 % de la Cámara de Diputados rige el principio de representación mayoritaria, diputados uninominales y para el otro 48 % rige el principio de representación proporcional. Lo que se diseña en conjunto es un sistema de proporcionalidad imperfecta.⁶³

- De esta manera, los principios de representación mayoritaria y de representación proporcional que rigen en la legislación boliviana, consiste en que:

1. La fórmula de decisión del sistema mayoritario consiste en que aquel candidato o lista de partido que obtiene más votos que los demás en la competencia, gana la elección y logra el asiento parlamentario en disputa.
2. La fórmula de decisión del sistema proporcional consiste en que la cantidad de asientos parlamentarios que logre un partido o coalición sea lo más próximo a la proporción de votos que se haya obtenido en la elección.⁶⁴

- En este sentido, fue que verificada la omisión de desarrollo normativo del artículo 60 parágrafo VI de la Constitución, que en forma concreta establece que será una Ley la que contendrá la distribución de escaños electorales de Diputados conforme los datos poblacionales obtenidos en el último Censo; se pronunció el Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad por omisión por la inacción del Poder Legislativo, en

⁶³ (Jackisch, Carlota “Representación democrática y sistemas electorales”, en Carlota Jackisch compiladora *Sistemas electorales y su consecuencia políticas*, 196).

⁶⁴ (Jackisch, Carlota “Representación democrática y sistemas electorales”, en Carlota Jackisch compiladora *Sistemas electorales y su consecuencia políticas*, 56).

sentido de que no se produjo una Ley modificatoria del artículo 88 de la Ley Electoral, que por circunstancias sobrevinientes se convirtió en una norma incompatible a lo dispuesto en la Constitución.

Además de declarar la inconstitucionalidad por omisión, el órgano contralor de la constitucionalidad exhorta al Poder Legislativo para que produzca la Ley que modifique el artículo 88, conforme a los parámetros establecidos en la Constitución.

3.3 OMISIÓN INCONSTITUCIONAL RELATIVA

3.3.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, ARTÍCULO 107

3.3.1.1 DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO

La Constitución Política del Estado ha previsto, que una *Ley especial* será la que regule el juzgamiento de altos dignatarios de estado, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones; a este efecto y en virtud a lo establecido en el artículo 107, que a la letra dice: “Los Ministros serán juzgados conforme a la Ley de Responsabilidades por los delitos que cometieren en el ejercicio de sus funciones y con arreglo a la atribución 5ª del artículo 118 de esta Constitución”.

En este sentido, debemos tener presente que conforme lo ha definido en la Sentencia 020/2004 el órgano contralor de la constitucionalidad en Bolivia –Tribunal Constitucional-, que:

Constituye un fuero constitucional que se otorga a los altos dignatarios de Estado como garantía de la independencia, autonomía y funcionamiento ordenado de los órganos del Estado, en los que aquellos desempeñan funciones, de manera que, dada su naturaleza, el juicio de responsabilidades contra altos dignatarios de Estado se constituye en un proceso especial que se desarrolla con la concurrencia de ciertas garantías, como el que sólo podrá desarrollarse ante el máximo Tribunal de Justicia ordinaria y previa autorización expresa del Congreso Nacional; pues con estos procedimientos se busca evitar que, mediante el ejercicio abusivo del derecho de acceso a la justicia, se impida irregularmente el ejercicio del poder; este fuero constitucional se aplica aún en el caso de

que los altos dignatarios de Estado hubiesen cesado en el ejercicio de sus funciones, si el juzgamiento es por hechos ocurridos en el desempeño de sus funciones.⁶⁵

Por consiguiente, el Congreso Nacional encargado de "Dictar normas, abrogarlas, derogarlas, modificarlas e interpretarlas" (art. 59 num. 1ª C.P.E.), sancionó la mencionada Ley N° 2445 que se encuentra vigente a partir del 13 de marzo de 2003, abrogando las dos anteriores leyes de "Juicio de Responsabilidades" (de fecha 31 de octubre de 1884 y otra posterior, de 23 de octubre de 1944); puesto que, conforme manda el texto constitucional en su artículo 29 "Sólo el Poder Legislativo tiene facultad para alterar y modificar los Códigos, así como para dictar reglamentos y disposiciones sobre procedimientos judiciales".

El primer artículo descrito, guarda concordancia con el 118 también de la Constitución, al referir que: "I. Son atribuciones de la Corte Suprema: 5º Fallar en los juicios de responsabilidad contra el Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros de Estado y Prefectos de Departamento por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, a requerimiento del Fiscal General de la República, Ministros de Estado y Prefectos de Departamento, 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".

3.3.1.2 LEY N° 2445 DE JUICIO DE RESPONSABILIDADES

En virtud a lo dispuesto en el artículo 107 de la norma suprema antes señalado, podemos afirmar que el Congreso Nacional ha cumplido con este encargo constitucional, al promulgar la Ley N° 2445 de "Juicio de Responsabilidades".

Pero, conviene revisar el contenido de este cuerpo normativo, que reconoce un enjuiciamiento diferente para altos dignatarios de estado que hubieren cometido delitos en el ejercicio de sus funciones; respecto al establecido en la justicia ordinaria.

⁶⁵ <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/res> José Rivera, *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2007, p. 253.olucion8966.html

Podemos afirmar que la Ley de Juicio de Responsabilidades contiene en sus cinco artículos solo aspectos sustantivos y no así procedimentales. En su artículo 3º prescribe la forma de tramitación de la *acusación*, en cuanto a la intervención de particulares y del Fiscal General de la República; mientras que en la última parte señala, que “La Corte Suprema de Justicia derivará a su Sala Penal, la que tramitará el sumario y deberá pronunciarse por la acusación o por el sobreseimiento. Si se pronuncia por la acusación, el juicio se sustanciará por las demás Salas, sin recurso ulterior. La sentencia condenatoria será pronunciada por dos tercios del total de los miembros de la Corte Suprema de Justicia”.⁶⁶

3.4.1.3 AUSENCIA DE DESARROLLO NORMATIVO PARCIAL

La Ley que analizamos, fue desarrollada por el Congreso Nacional en forma incompleta, puesto que no describe en forma clara y expresa el *trámite* a seguir para la etapa del -Sumario- que se ha encargado a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ni la -sustanciación- por parte de sus Salas-. En definitiva el artículo 3º, como vimos no entra en detalles en cuanto a plazos, ni formalidades para las señaladas etapas del Juicio de Responsabilidades; y, tampoco lo hace en los demás cuatro artículos.

En tal sentido, el legislador boliviano ha omitido parcialmente el mandato constitucional que determina el enjuiciamiento de altos dignatarios de estado, al no brindar líneas a seguir a aquellos que les corresponde administrar justicia y, a sus operadores; que deben ceñir sus actuaciones a la Constitución Política del Estado y a la norma especial -como es en este caso la Ley N° 2445-.

En ese orden, el vacío normativo ha ocasionado que el más alto Tribunal de Justicia de Bolivia -como es la Corte Suprema-, se pronuncie sobre este aspecto para el enjuiciamiento a ex - autoridades del Estado, al determinar que “aplicará el Nuevo Código de Procedimiento Penal como instrumento legal para juzgar al ex mandatario y los ex ministros, en vista de que la Ley

⁶⁶ <http://www.congreso.gov.bo/leyes/2445.htm>

2445 (de juicio de responsabilidades) tiene vacíos jurídicos al no establecer con detalle el procedimiento de juzgamiento ni tampoco fijar plazos".⁶⁷

De esta manera, es conveniente que el Poder Legislativo considere la necesidad de modificar parcialmente la señalada Ley, adecuándola al sistema jurídico del país y dotándola de contenido jurídico-procesal. De ahí, que se cumpla con la observancia del *principio de legalidad*, entendido por Germán J. Bidart Campos como:

La *seguridad individual* de los gobernados. La ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependan solamente de la voluntad ocasional de quien manda. Este aspecto toma en cuenta, por eso, el valor *previsibilidad*.⁶⁸

Así mismo, por lógica consecuencia el principio de *seguridad jurídica* en estos juicios de responsabilidad, se configurará en una garantía real si el órgano omitente cumple estrictamente con el mandato constitucional vulnerado (art. 107 C.P.E.); entendiendo, que es un principio que "se orienta a lograr la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado, prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación".⁶⁹

3.4 OMISIÓN INCONSTITUCIONAL. NORMA DE PROGNOSIS O PRONÓSTICO

3.4.1 DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

3.4.1.1 DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO (ARTÍCULO 7 INC. B)

La Constitución Política del Estado vigente desde el año 1967, dispone en su artículo 7 lo siguiente "Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: [...] ;b) A emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier

⁶⁷ http://www.correodelsur.net/2004/1016/w_local4.shtml

⁶⁸ (G. Bidart, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, 359).

⁶⁹ José Rivera, *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2007, p. 253.

medio de difusión". De ahí que las personas o colectividades en base a una ley especial, podrán expresar públicamente su pensamiento, exteriorizándolo a través de medios de difusión.

Este derecho constitucionalmente reconocido se circunscribe al ámbito interior del ser humano, que al ser un sujeto de derechos podrá expresar libremente sus ideas, sentimientos, opiniones, etc.; así lo afirma María Hayes, al referir que:

El derecho a la libertad de expresión puede definirse como el derecho de la persona a expresar pública y externamente, su opinión, su pensamiento, sus ideas y criterios individuales. Este derecho ingresa en el rubro de las libertades del espíritu para difundir las concepciones del mundo, las opiniones y las respuestas sobre los diversos problemas que plantea la realidad en todas las dimensiones, utilizando para ello el punto de vista personal.⁷⁰

Ahora bien, este derecho se encuentra íntimamente relacionado con la actividad periodística, por lo que no restringiremos nuestro análisis sólo al derecho que tiene una persona de expresar libremente sus ideas u opiniones, sino también, al derecho a difundir diferente tipo de información, como: imágenes, proyecciones audio visuales, orales y otros.; en sí los derechos de libertad de prensa y de libertad de información, que también se encuentran sustentados y protegidos por instrumentos internacionales, incorporados a la legislación boliviana.

En este sentido, continuaremos con la revisión de la normativa constitucional. De este modo, advertimos que el mencionado artículo no hace distinción alguna respecto a los medios de difusión, por lo que debemos entender que pueden ser: escritos, orales y visuales; es decir, a través de periódicos, revistas, folletos, televisión, radio, Internet y otros.

Los instrumentos internacionales a los que nos referimos antes son: instrumentos internacionales, así la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 19 establece,

⁷⁰ (M. Hayes, *Los Derechos Humanos en los Instrumentos Internacionales y la Jurisprudencia Constitucional*, 81).

que "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión"; concordado con otras normas que también están incorporadas a nuestra legislación, como: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (arts. 3 y 4), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 18 y 19), I La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (arts.1 punto 1 y 5 inciso d. puntos VII y VIII), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 18 y 19), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 13 y 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 12 y 13).

De igual forma, el Comité de Derechos Humanos, a través de la Observación General N° 10 ha establecido que toda persona tiene la posibilidad de expresar libremente sus ideas e información en general, por cualquier procedimiento a su elección, es decir, sin restricción alguna, pues, los casos excepcionales estarán "fijados por ley". De este modo, podemos advertir que estas restricciones están íntimamente relacionadas con otros derechos humanos, como: el derecho al honor, a la imagen, a la intimidad, a la dignidad, entre otros.

Hace casi un siglo, se promulgó en el país una Ley que regula y protege este derecho, hablamos de la "Ley de Imprenta de 1925" que, protege la libertad de expresión, establece delitos de imprenta y encarga, que aquellos que los cometieron fueren juzgados por jurados especiales, o en su caso por la Justicia Ordinaria. Así es, que en materia de comisión de delitos relacionados con este derecho, el Código Penal vigente desde 1972 (promulgado en fecha posterior a la Ley de Imprenta), en el Título IX "Delitos contra el Honor", ha previsto la Difamación (art. 282), Calumnia (art. 283), Ofensa a la memoria del difunto (art. 284), propalación de ofensa (art. 285) e injuria (art. 287).

Por tanto, de la revisión de estas normas, debemos tener presente que la Constitución Política vigente es la del año 1967, posterior a la promulgación de la mencionada Ley, así también los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, se incorporaron a la legislación boliviana en años posteriores.

3.4.1.2 LEY DE IMPRENTA DE 1925

Hemos visto que este derecho esta constitucionalmente protegido y también se encuentra desarrollado normativamente, a través de la Ley de Imprenta, pero, la fecha de emisión de esta norma, nos impone la necesidad de revisar si actualmente es una norma que regula adecuadamente la libertad de expresión y si posibilita su ejercicio pleno; por otro lado, conviene observar si dentro de los medios de difusión, están incluidos aquellos que existen actualmente en el país –la radio, la televisión, periódicos, Internet, etc.-, y finalmente, si esta Ley qué contiene restricciones o excepciones al ejercicio de este derecho constitucionalmente reconocido. Pues, los derechos no son ilimitados, están limitados por otros, en este caso, como afirmamos anteriormente –por el derecho a la intimidad y el derecho al honor-.

En este sentido, comenzamos diciendo que la Ley de Imprenta en su artículo 1º establece, que: "Todo hombre tiene derecho de publicar sus pensamientos por la prensa, sin previa censura, salvo las restricciones establecidas por la presente ley"; concordado con el artículo 7 de este mismo cuerpo legal, que a la letra dice: "No hay delito de Imprenta sin publicación. Se entiende realizada la publicación, cuando se distribuyen tres o más ejemplares del impreso, o ha sido leído por cinco o más individuos, o se pone en venta, se fija en un paraje, se deja en un establecimiento, se remite por correo u otros casos semejantes".

Como se ve, está ley esta limitada al ejercicio de este derecho por -medios escritos-, sin tomar en cuenta que estas expresiones también se realizan por otros medios, como radio, televisión, Internet, etc.; esta afirmación esta confirmada en el segundo artículo transcrito, que

establece que se cometerá “delito de imprenta” cuando se realicen *publicaciones* (conc. arts. 3, 4 y 20 Ley de Imprenta).

Es evidente que en la fecha de promulgación de la Ley en cuestión (1925) no existían más medios de prensa – más que los escritos-, o sea: diarios, revistas y otras publicaciones.

Por otro lado, podemos ver que la Ley de Imprenta contiene una serie de delitos, distinguiéndose entre estos: a) los que revelaren “secretos anónimos”, b) los que contradijeren la Carta Magna y, c) aquellos que atentaren contra la seguridad del Estado, el orden público o, sean obscenos e inmorales (arts. 10 a 12 Ley de Imprenta).

Ahora bien, ¿quienes serán los que juzgaren estos delitos?, por un lado podemos responder afirmando, que los delitos de *calumnias e injurias*, serán conocidos y resueltos por los jueces ordinarios, imponiendo sanciones establecidas en el Código Penal (art. 282 y sgts.); mientras, que los *delitos de imprenta*, serán conocidos y juzgados por un tribunal especial, compuesto de “Jurados” que se designarán para el conocimiento de cada uno de los casos (art. 17 y sgts. Ley de Imprenta), y con respecto a las penas impuestas por el mencionado Tribunal, corresponderán las que señala en el artículo 15 de la Ley de Imprenta, que a la letra dice “Las penas por delitos cuyo conocimiento corresponda exclusivamente al Jurado, son pecuniarias, y en ningún caso puede exceder de 400 bolivianos”. Penas diferentes a las que señala el Código Penal, que se configuran en *multas y prestación de trabajo*.

Evidentemente esta Ley ha creado un tribunal de excepción, que no es parte del Poder Judicial, solo para aquellos que cometieren delitos que tengan como rasgo característico la exteriorización de ideas por medios de prensa.

En referencia al Tribunal de Jurados que reconoce la Ley de Imprenta, debemos señalar que la Constitución prescribe en el artículo 14 que “nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa”.

3.4.1.3 AUSENCIA DE DESARROLLO NORMATIVO PARCIAL

Bajo este contexto, debemos preguntarnos ¿si la Ley de Imprenta protege y regula adecuadamente la “libertad de expresión”?, para lo cual debemos recordar que este cuerpo normativo esta vigente desde el año 1925, y que en la mayoría de sus articulados se limita a referir sobre delitos de imprenta, sus sanciones y el tribunal especial que conocerá de estos delitos; convirtiéndose de alguna manera en una Ley penal de imprenta, equivalente a una ley especial paralela al Código Penal.

Además, también cabe referir que contiene normas contrarias o incompatibles con la Constitución Política del Estado, como es el caso de los “Tribunales”, compuesto de Jurados habilitados para conocer y resolver delitos de imprenta, abriendo la posibilidad de que todos los que delinquieren al emitir sus pensamientos, puedan tener este privilegio o fuero que la Constitución *no* reconoce, pues el artículo 28 de la señalada ley que “Corresponde al Jurado el conocimiento de los delitos de Imprenta, sin distinción de fueros”; concordado con el artículo 21 del mismo cuerpo normativo que establece “El cuerpo de jurados se compone de cuarenta individuos en las capitales de Departamento y de veinte en las provincias, que serán elegidos por los Concejos y Juntas Municipales, respectivamente, prefiriéndose a los abogados más notables miembros de Universidad y propietarios con residencia fija en el lugar”. De tal manera que los que cometieren delitos de imprenta serán juzgados por este tribunal en contradicción a lo establecido por la Constitución que no reconoce tribunales especiales (artículo 14 Constitución boliviana).

Pero, más allá de estas consideraciones, queremos resaltar que esta Ley a todas luces es inaplicable y obsoleta, o como lo afirma Víctor Bazán es una norma de prognosis o de pronóstico, en sentido que:

- Solo se limita a regular la exteriorización del pensamiento, sin considerar que hoy en día no solo se difunde por los medios de prensa las *ideas o pensamientos*, sino también, conocimientos, imágenes, información de sucesos, sentimientos, fotografías y otros.

- Por otro lado, restringe su protección a la libertad de prensa difundida solo por medios de prensa escritos, violando el “principio de igualdad” al no regular normativamente otros medios, como: radio, televisión, Internet, etc.

En ese sentido, podemos afirmar que la Ley de Imprenta no protege adecuadamente la libertad de expresión, un derecho constitucionalmente reconocido (art. 7 inc. b. C.P.E.), que requiere ser regulado y protegido a través de la emisión de una nueva ley o la modificación de la vigente, en la que además se determine expresamente los límites o restricciones al ejercicio de este derecho; en el entendido de que además de lo ya señalado, también se proteja e imponga límites, para que este derecho no atente contra otros derechos también reconocidos por la Carta Magna, como el derecho a la intimidad, que se encuentra continuamente invadido por el derecho a la libre expresión.

La Constitución establece que una ley especial será la que reglamente el derecho de libertad de expresión, al referir en su artículo 7 que “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: b) A emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión”; por tanto el Poder Legislativo encargado de la emisión y modificación de normas de acuerdo al artículo 59 de la Constitución que establece “Son atribuciones del Poder Legislativo: 1ª Dictar leyes, abrogarlas, derogarlas, modificarlas e interpretarlas”, tiene la obligación constitucional de desarrollar este derecho fundamental acorde a los requerimientos y necesidad que configuran su ejercicio, y en sentido de que no quebrante sus disposiciones, ni vulnere el derecho de igualdad ante la ley.

CAPÍTULO III

PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

3. NECESIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL

La Constitución como norma fundamental del Estado, en el actual proceso de desarrollo del constitucionalismo no puede ser una simple norma declarativa de principios y mandatos de la sociedad, debe además estructurarse en un conjunto de normas que encuentren una plena y real aplicación y vigencia dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Bolivia, como muchos de los países del mundo, no ha regulado de manera específica la omisión legislativa como instituto jurídico que permita de manera directa, accionar la vulneración de derechos y garantías constitucional cuyo origen precisamente nace de una omisión legislativa, en la que pudiese incurrir por la naturaleza de sus funciones esencialmente el Poder Legislativo, como principal responsable del desarrollo normativo de la Constitución.

La necesidad que se ha demostrado en los casos analizados de incorporar este instituto jurídico, desde la perspectiva constitucional tiene como finalidad y objetivo generar mecanismos orientados a que ese desarrollo legislativo se cumpla adecuadamente; resguardando y garantizando así el desarrollo pleno de los mandatos constitucionales, y consecuentemente la plena vigencia de todo aquello establecido en la Carta Fundamental del Estado.

Es evidente que el legislador boliviano ha vulnerado la Constitución con su inacción, pues, como pudimos verificar en el capítulo segundo de este trabajo existen diferentes casos en que no se ha desarrollado lo dispuesto en la norma suprema, o se lo ha hecho de forma parcial.

Tomando en cuenta las diversas y constantes afectaciones que sufre la Constitución Política del Estado, ocasionadas por la quiescencia u omisión del órgano legisferante en Bolivia, *proponemos* la inclusión del "Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa" para que de manera expresa, se constituya e incluya normativamente como mecanismo constitucional en

la propia norma suprema y por consecuencia directa, en la Ley N° 1836 en las que se deberá desarrollar su procedimiento. Esto permitirá, el acceso a la justicia constitucional para el control por parte del Tribunal Constitucional de omisiones inconstitucionales.

De esta manera, a continuación nos permitiremos señalar la normativa propuesta que deberá incluirse al texto constitucional, como así también a la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional; a través los mecanismos especiales denominados "Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucional por Omisión Legislativa" y el "Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa".

3.1 PLANTEAMIENTO DE INCORPORACIÓN DEL RECURSO DIRECTO O ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

El "Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa" deberá estar contenido en el Capítulo III del Título Tercero de la norma suprema, como una de las atribuciones del Tribunal Constitucional; en los siguientes términos:

- I. Procede por la ausencia de efectividad constitucional, provocada por la omisión total o parcial de desarrollo normativo de lo dispuesto en la Constitución por parte del Poder Legislativo, dentro del plazo expresamente señalado o, en caso de que no estuviere establecido se afectare con la omisión alguna norma constitucional.
- II. Conocerá y resolverá el Tribunal Constitucional, declarando su inconstitucionalidad y fijando un plazo para que el órgano omitente cumpla con el desarrollo normativo; pudiendo además expresarse lineamientos a seguir.

3.1.1 INCORPORACIÓN DEL RECURSO DIRECTO O ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN LA LEY N° 1836 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la Ley N° 1836 del "Tribunal Constitucional" se incluirá como una de sus atribuciones y competencias, el Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa y todo lo que corresponde a su procedimiento; de la siguiente manera:

3.1.1.1 PROCEDENCIA

El Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa procede contra:

- I. Toda omisión de desarrollo normativo de una norma constitucional, encargada al Poder Legislativo.
- II. Cuando se hubiere procedido al desarrollo normativo, pero de forma parcial o incompleta.
- III. Cuando por circunstancias sobrevinientes, la norma constitucional desarrollada se convirtiere en inoperante o inaplicable, total o parcialmente.

3.1.1.2 OPORTUNIDAD

Se podrá plantear el Recurso, cuando:

- I. El Poder Legislativo vencido el plazo fijado en la norma constitucional, no ha desarrollado normativamente la misma.
- II. A diferencia del primero, en caso de que no existiere un plazo expresamente fijado y no se hubiere desarrollado normativamente una norma constitucional por el Poder Legislativo, se planteará el Recurso a partir del momento en que por su omisión se vulnere algún principio o regla constitucional.
- III. Cuando la norma jurídica desarrollada por el Poder Legislativo por el transcurso del tiempo o circunstancias sobrevinientes se convirtiere en inoperante o inaplicable con la Constitución.

3.1.1.3 LEGITIMACIÓN ACTIVA

Puede plantear el Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa: el Presidente de la República, el Fiscal General de la República, Cualquier Diputado o Senador, o el Defensor del Pueblo.

3.1.1.4 REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO

La Comisión de Admisión podrá admitir el Recurso, cuando verifique:

- I. La acreditación de la personería jurídica de quien interpusiere el recurso.
- II. La mención de la norma constitucional omitida que requiere de ley.
- III. La mención de la norma jurídica desarrollada en forma incompleta por el Poder Legislativo, en su caso
- IV. La mención de la norma jurídica desarrollada por el Poder Legislativo, considerada inoperante o inaplicable.
- V. El fundamento de la inconstitucionalidad.

3.1.1.5 PROCEDIMIENTO

Una vez admitido y sorteado el Recurso por la Comisión de Admisión:

- I. Se notificará al órgano omitente, para que en el plazo de quince días formule sus argumentos.
- II. Con o sin la presentación de argumentos del órgano omitente, se emitirá resolución en el término de treinta días.

3.1.1.6 SENTENCIA Y SUS EFECTOS

La Sentencia declarará:

- I. Inconstitucional la omisión total o parcial de desarrollo normativo de la norma constitucional encargada al órgano omitente.
- II. Inconstitucional la omisión total o parcial de la norma jurídica desarrollada, que por el transcurso del tiempo o por circunstancias sobrevinientes se convierte en inoperante o inaplicable.

En ambos casos, se señalará un plazo para que el órgano omitente desarrolle normativamente lo dispuesto en la Constitución. Y en su caso, el Tribunal Constitucional expresará lineamientos a seguir.

3.2 PLANTEAMIENTO DE INCORPORACIÓN DEL RECURSO INDIRECTO O INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

En el Capítulo III del Título Tercero del texto constitucional, deberá incluirse como una de las atribuciones del Tribunal Constitucional el “Recurso Indirecto o INCIDENTAL de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa”; de la siguiente manera:

- I. Procede cuando en los procesos judiciales o administrativos una de las partes identifique la ausencia de efectividad constitucional, provocada por la omisión total o parcial de desarrollo normativo de lo dispuesto en la Constitución por parte del Poder Legislativo, dentro del plazo expresamente señalado o, en caso de que no estuviere establecido se afectare con la omisión alguna norma constitucional.
- II. Conocerá y resolverá el Tribunal Constitucional, declarando su inconstitucionalidad y fijando un plazo para que el órgano omitente cumpla con el desarrollo normativo; pudiendo además expresarse lineamientos a seguir.

3.2.1 INCORPORACIÓN DEL RECURSO INDIRECTO O INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN LA LEY N° 1836 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se incluirá como una de las atribuciones y competencias del Tribunal Constitucional, en la Ley N° 1836 el Recurso Indirecto o INCIDENTAL de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa y todo lo que corresponde a su procedimiento; con el siguiente contenido:

3.2.1.1 PROCEDENCIA

El Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa procede cuando en un proceso judicial o administrativo una parte identifique:

- I. La omisión de desarrollo normativo de una norma constitucional, encargada al Poder Legislativo, o.
- II. Que se hubiere procedido al desarrollo normativo, pero de forma parcial o incompleta, o.
- III. Que por el transcurso del tiempo o por circunstancias sobrevivientes, la norma constitucional desarrollada se convirtiere en inoperante o inaplicable, total o parcialmente.

3.2.1.2 OPORTUNIDAD

Se podrá plantear el Recurso por las partes en cualquier etapa del proceso judicial o administrativo; exceptuando, el caso en que ya se estuviere ejecutoriada la Sentencia. Cuando:

- I. El Poder Legislativo vencido el plazo fijado en la norma constitucional, no ha desarrollado normativamente la misma.
- II. A diferencia del primero, en caso de que no existiere un plazo expresamente fijado y no se hubiere desarrollado normativamente una norma constitucional por el Poder Legislativo, se planteará el Recurso a partir del momento en que por su omisión se vulnere algún principio o regla constitucional.
- III. Cuando la norma jurídica vigente desarrollada por el Poder Legislativo, se convirtiere en inoperante o inaplicable.

3.2.1.3 LEGITIMACIÓN ACTIVA

Puede plantear el Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa: cualquiera de las partes intervinientes en el proceso judicial o administrativo.

3.2.1.4 REQUISITOS DEL RECURSO

La autoridad judicial o administrativa que conociere la causa, verificara que el recurso contuviere:

- I. La mención de la norma constitucional omitida
- II. La afectación que pudiere sufrir dentro del proceso judicial o administrativo, con la existencia de la omisión total o parcial considerada inconstitucional.
- VI. La mención de la norma jurídica desarrollada en forma incompleta por el Poder Legislativo.
- VII. La mención de la norma jurídica desarrollada por el Poder Legislativo, considerada inoperante o inaplicable.
- VIII. El fundamento de la inconstitucionalidad.

3.2.1.5 PROCEDIMIENTO

La autoridad judicial o administrativa que conociere la causa, correrá en traslado dentro de las veinticuatro horas siguientes, para su contestación dentro del tercer día de la notificación.

Existiendo respuesta o no la autoridad deberá emitir resolución:

- I. Rechazando el incidente planteado, en caso de considerarlo infundado. La resolución se elevara en consulta de oficio ante el Tribunal Constitucional dentro de las veinticuatro horas siguientes.
- II. Admitiendo el incidente a través de un auto motivado, se remitirá al Tribunal Constitucional junto con las piezas pertinentes, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.
- III. El proceso judicial o administrativo continuará con su tramitación, solo hasta la etapa de sentencia o resolución final

3.2.1.5.1 ADMISIÓN DEL RECURSO POR LA COMISIÓN DE ADMISIÓN

Una vez admitido el recurso o consulta y sorteada por la Comisión de Admisión, no impedirá que se prosiga con la tramitación del proceso, pero solo hasta la etapa de sentencia o

resolución final, mientras se pronuncie el Tribunal Constitucional dentro del término de treinta días.

3.2.1.6 SENTENCIA Y SUS EFECTOS

La sentencia declarará:

- I. Inconstitucional la omisión total o parcial del órgano omitente.
- II. Inconstitucional la omisión total o parcial de una norma jurídica inoperante o inaplicable.

En ambos casos, se señalará un plazo para que el órgano omitente desarrolle normativamente lo dispuesto en la Constitución. Y en su caso, el Tribunal Constitucional expresará lineamientos a seguir.

3.2.1.7 NOTIFICACIÓN CON LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Con la sentencia constitucional se notificará al órgano judicial o administrativo que conociere de la causa donde se presentó el incidente, para que se sujetare a lo dispuesto en el mismo, en lo que correspondiere en la tramitación o en sus decisiones en el proceso. También se notificará para efectos señalados en el anterior subtítulo, al Poder Legislativo como órgano omitente.

CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que arribamos luego de elaborado el presente trabajo de investigación, son las siguientes:

- Las situaciones jurídicas provocadas por las omisiones del legislador, que no cumple con el desarrollo normativo de lo dispuesto en la Constitución, producen la ausencia de eficacia de su contenido.
- En Bolivia no se encuentra normado el control de constitucionalidad de –omisiones de desarrollo normativo del Poder Legislativo-; es decir, no existe un mecanismo específico como es el “Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa” que cree situaciones jurídicas buscadas por la Constitución, en oposición con las producidas por la ausencia de desarrollo normativo establecidas en ella.
- La necesidad de inclusión del señalado Recurso en la legislación boliviana, es tan evidente que el propio Tribunal Constitucional como órgano contralor de la constitucionalidad, se ha pronunciado en diferentes ocasiones frente a omisiones inconstitucionales impugnadas.
- La presencia de omisiones de desarrollo normativo del legislador en la realidad actual boliviana, está demostrada con el análisis de diferentes casos analizados en la elaboración de este trabajo de investigación; permitiéndonos de esta manera afirmar nuevamente la necesidad imperiosa de la incorporación del Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa.
- La conclusión final a la que llegamos, conforme manda la propuesta normativa de la presente Tesis, es que debe incorporarse el control constitucional de omisiones en la Constitución y por ende en la Ley N° 1836 (orgánica del Tribunal Constitucional) a través del “Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa”. En el entendido, de

que como norma fundamental de Bolivia además de contener las permisiones y límites para los Poderes del Estado –como es el Poder Legislativo-, debe también contener en su texto, mecanismos que preserven el orden constitucional y permita la protección de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- Bazán, Víctor, *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.
- Bidart, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1994.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Heliasta S.R.L., 1993.
- Castro, Iván, *Inconstitucionalidad por Omisión: Teoría General, Derecho Comparado, Reforma Necesaria en la Constitución Ecuatoriana*, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2006.
- Cruz, Gerardo Eto, "Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión", en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- Campos, Germán Bidart, "¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?", en Víctor Bazán coord, *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Temis S.A., 1997.
- Dermizaky, Pablo, *Derecho Constitucional*, Cochabamba, Editora "JV", 2004.
- Durán, Willman Ruperto, "El Sistema de Control de Constitucionalidad vigente en Bolivia", en *"La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003"*, Sucre, Tribunal Constitucional / AEIC, 2003.

- Eguiguren, Francisco José, "El Tribunal Constitucional en el Perú y su desarrollo. Aportes de la experiencia del Tribunal Constitucional de Bolivia para su reforma", en *"La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003"*, Sucre, Tribunal Constitucional / AECI, 2003.

- Fernández, José, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión", en Víctor Bazán, coord. *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, 1997.

- Fernández, Francisco, "La Inconstitucionalidad por Omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?", en Víctor Bazán coord., *Inconstitucionalidad por Omisión*, Santa Fe de Bogotá, Temis S.A., 1997.

- Ferrajoli, Luigi, *Derechos Fundamentales: en los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2001.

- Hayes, María, *Los Derechos Humanos en los Instrumentos Internacionales y la Jurisprudencia Constitucional*, Sucre, Gaviota del Sur s.r.l., 2007

- La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, 2006.

- Morón, Juan Carlos, "La Omisión Legislativa Inconstitucional y su tratamiento jurídico" en: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° I, Lima, 1999.

- Rivera, José, *Jurisdicción Constitucional: Procesos Constitucionales en Bolivia*, Cochabamba, Kipus, 2004.

Rivera, José, *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2007.

- Sagués, Néstor, "Justicia Constitucional y Control de la Ley en América Latina", en Luis López, comp., *La Justicia Constitucional en la actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.

- Stavenhagen, Rafael, "El Problema de los Derechos Culturales, en *Ensayos en honor de Thomas Buergenthal*, San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

- Villaverde, Ignacio, *Inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

Páginas Web:

http://www.correodelsur.net/2004/1016/w_local4.shtml

<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion11804.html>

http://www.ijb.gov.bo/diccionario_juridico/diccionario_juridico.aspx?NumeroPagina=0&NumeroFilasPagina=5

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/1168-150604-03-1745.htm>

<http://www.tsj.gov.ve/search4/ooop/qfullhit2.htm?CiWebHitsFile=%2Fdecisiones%2Fscon%2Fjunio%2F1168%2D150604%2D03%2D1745%2Ehtm&CiRestriction=%40Contents+omisi%F3n+inconstitucional&CiBeginHilite=%3Cb+class%3DHit%3E&CiEndHilite=%3C%2Fb%3E&CiUserParam3=/search4/buscador.asp&CiHiliteType=Full#CiTag-1>

<http://www.sup-trib-delsur.gov.ar/sup-trib-delsur/Conrn.htm>

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/tituloIV.html>

http://www.e-local.gob.mx/wb2/ELOCAL/ELOC_constver

<http://www.asamblea.go.cr/ley/leyes/7000/7135.doc>

http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult..pdf

<http://www.tsj.gov.ve/search4/ooop/qfullhit2.htm?CiWebHitsFile=%2Fdecisiones%2Fscon%2Fjunio%2F1168%2D150604%2D03%2D1745%2Ehtm&CiRestriction=%40Contents+omisi%F3n+inconstitucional&CiBeginHilite=%3Cb+class%3DHit%3E&CiEndHilite=%3C%2Fb%3E&CiUserParam3=/search4/buscador.asp&CiHiliteType=Full#CiTag-1>

<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion12503.html>

<http://www.pizarra.edu.bo/index.php/Etnias/Etnias>

<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion8966.html>

<http://www.congreso.gov.bo/leyes/2445.htm>

<http://asamblea.racsa.co.cr/ley/leyes/7000/7135.doc>



SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0066/2005

Sucre, 22 de septiembre de 2005

Expedientes: 2005-12152-25-**RDI**

Distrito: La Paz

Magistrado Relator: Dr. Willman Ruperto Durán Ribera

En el **recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad** interpuesto por Napoleón Ardaya Borja, Guido Rodolfo Añez Moscoso y Gerardo Rosado Pérez, diputados nacionales, **demandando la inconstitucionalidad del art. 88 de la Ley Electoral 1984, por infringir el art. 60.VI de la Constitución Política del Estado (CPE).**

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso

Por memorial presentando el 4 de agosto de 2005, cursante de fs. 29 a 34 vta. de obrados, los recurrentes Napoleón Ardaya Borja, Guido Rodolfo Añez Moscoso y Gerardo Rosado Pérez, en sus condiciones de diputados nacionales, exponen los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

La Ley Electoral 1984, aprobada el 25 de junio de 1999, fue reformada a través de las Leyes 2006, 2028, 2232, 2282, 2346, 2802 y 2874, por lo que fue ordenada bajo el Título de Ley Electoral 1984 -Texto Ordenado, actualmente vigente, constituyendo el marco normativo que rige los procesos electorales del país.

En ese contexto normativo, se emitió el Decreto Supremo 28228 de 6 de julio de 2005 que convoca a elecciones generales en todo el territorio nacional para elegir Presidente, Vicepresidente, senadores y diputados por el próximo período constitucional de cinco años, a realizarse el 4 de diciembre de 2005, constando en el tercer y cuarto considerando del mismo Decreto Supremo, que fue emitido en aplicación del art. 84 de la Ley Electoral.

La mencionada Ley Electoral, conforme lo acreditan las actas del Congreso Nacional que se acompañan y se consigna también en la propia Declaración Constitucional 004/2001, de 12 de noviembre, utilizó los datos del “Censo Nacional de Población y Vivienda de 1991 (Censo 1991)” para la distribución de diputados por departamento, determinándose en esa oportunidad como base mínima para los departamentos con menor población y menor grado de desarrollo económico, el número de cuatro diputados. El resultado final de esa asignación,

según consta en el art. 88 de la Ley Electoral es el siguiente:

La Paz, con 16 uninominales, 15 plurinominales tiene un total de 31 diputados.
 Santa Cruz, con 11 uninominales, 11 plurinominales tiene un total de 22 diputados.
 Cochabamba, con 9 uninominales, 9 plurinominales tiene un total de 18 diputados.
 Potosí, con 8 uninominales, 7 plurinominales tiene un total de 15 diputados.
 Chuquisaca, con 6 uninominales, 5 plurinominales tiene un total de 11 diputados.
 Oruro, con 5 uninominales, 5 plurinominales tiene un total de 10 diputados.
 Tarija, con 5 uninominales, 4 plurinominales tiene un total de 9 diputados.
 Beni, con 5 uninominales, 4 plurinominales tiene un total de 9 diputados.
 Pando, con 3 uninominales, 2 plurinominales tiene un total de 5 diputados.

Ahora bien, conforme se acredita por la publicación del Instituto Nacional de Estadística que se acompaña en original, el 2001 se realizó un nuevo Censo Nacional de Población y vivienda, y conforme a lo preceptuado en el art. 60.VI de la CPE que prescribe: “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”, corresponde que se realice una nueva distribución de diputados por departamento. Al efecto, la Brigada Parlamentaria de Santa Cruz presentó el respectivo proyecto de ley el 19 de julio de 2005, que no fue aprobado en esa legislatura, con la agravante de que el martes 2 de agosto concluyó la misma, manteniéndose vigente el art. 88 de la Ley Electoral que aplicó los datos del Censo 1991 y no del que corresponde constitucionalmente, es decir, los datos del Censo 2001.

El art. 60.VI de la CPE expresa los siguientes aspectos fundamentales:

- 1) La distribución de escaños por departamento debe realizarse en base al número de habitantes que existan en el mismo y según datos del último Censo Nacional.
- 2) Debe existir un número mínimo de diputados asignados por equidad a los departamentos con menor población y menor grado de desarrollo económico.

Consecuentemente, el art. 88 de la Ley Electoral se tornó inconstitucional porque actualmente no se ajusta al contenido del art. 60.VI de la CPE, aspecto que se ve agravado porque afecta además el contenido de los arts. 1, 2, 6, 219 y 228 de la CPE y que están relacionados con la legitimidad democrática, igualdad constitucional, jerarquía normativa y Estado de Derecho.

Así, los arts. 1 y 2 de la CPE, al sostener que la soberanía radica en el pueblo y está delegada a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, implica que la voluntad política corresponde al pueblo pero como no es posible que éste lo ejerza directamente se delega el ejercicio de la titularidad a los representantes, para lo cual se realiza un proceso electoral en el que los ciudadanos deciden por mayoría quiénes serán los gobernantes. Por tanto, el proceso electoral para elegir autoridades debe guardar la mayor fidelidad entre la decisión del pueblo y las personas que resulten elegidas y si la distribución de escaños no se ajusta a los preceptos constitucionales, creando disfunción entre la población de un determinado departamento y el número de representantes, se produce una grave deslegitimación de las autoridades elegidas y del mismo sistema democrático, porque una parte importante de la

ciudadanía está siendo subvaluada en dicho proceso y sus decisiones no tendrán el mismo valor que del resto de los ciudadanos, afectando con ello los cimientos mismos de la democracia.

La igualdad está prevista en el art. 1 de la CPE como un valor superior del ordenamiento jurídico y en su art. 6, como un principio informador sobre el que se sostiene la igualdad de los seres humanos, por último, en su art. 219, está considerado como un principio político para los procesos electorales, es decir, la igualdad constituye un elemento informador que integra plenamente el orden constitucional, a partir del cual se expande a todos los ámbitos de la convivencia. En el caso presente, todos los ciudadanos que cumplieron los 18 años de edad, conforme al art. 40 de la CPE, tienen derecho en igualdad de condiciones no sólo a participar en la elección de sus autoridades, sino, que su voto tenga el mismo valor político. El principio de igualdad es la base para el contenido del art. 60.VI de la CPE, al disponer la distribución de diputados conforme a los datos del último censo, pues no hace otra cosa que reconocer los procesos de crecimiento natural de la población, así como los procesos de inmigración -reconocimiento de la unidad e integración boliviana-, que pueden tener efectos temporales sobre unos determinados departamentos y posteriormente sobre otros, logrando que el voto de cada ciudadano tenga el mismo valor político, para alcanzar la mayor fidelidad entre la votación de los ciudadanos y el resultado de un proceso electoral determinado, pues si no se respeta el principio de igualdad es evidente que existirá distorsión de la representación política y los resultados no derivarán en su esencia de lo que el elector haya decidido, sino solamente lo que una parte del electorado decida, poniéndose en riesgo el criterio de ciudadanía y la base de legitimación democrática.

El art. 228 de la CPE reconoce la supremacía constitucional, prescribiendo sobre esa base la SC 58/2002, de 8 de julio, que no pueden dictarse leyes contrarias a la Constitución y que las autoridades públicas tienen la obligación de encuadrar sus actos a las reglas que aquella dispone. Por otra parte, en un Estado de Derecho, los legisladores están obligados a cumplir la norma suprema, en este caso con lo dispuesto en su art. 60.VI de la CPE, sin que su cumplimiento pueda estar sujeto a acuerdos políticos o circunstancias subjetivas y menos a la voluntad de los legisladores, tal como lo ha señalado la Declaración Constitucional 004/2001, de 12 de noviembre, que reconoció el carácter imperativo del art. 60.VI de la CPE.

Si bien la Ley Electoral establece el principio de preclusión para determinados actos electorales, no opera dicho instituto para este tema, además que la Ley no puede impedir el cumplimiento expreso de un mandato constitucional. Por otro lado, el Tribunal Constitucional tal vez precisará modular la resolución final de este recurso, sea otorgando un plazo corto y fatal para la modificación del art. 88 de la Ley Electoral, o disponiendo que la Ley señale expresamente la metodología de distribución de los escaños así como el número mínimo de diputados, dado que una vez resuelto ese tema corresponde la aplicación por departamento del último censo (2001), a través de una simple operación aritmética; aspecto que no es un tema disponible para la ley, debiendo el Tribunal Constitucional lograr que la distribución de diputados por departamento para la elección general prevista para el 4 de diciembre de 2005 se realice conforme a los datos del censo 2001, aplicando por lo mismo, el principio de celeridad procesal para la resolución de este recurso.

Por lo expuesto, plantean este recurso pidiendo se declare en sentencia inconstitucional el

art. 88 de la Ley Electoral y se disponga que el cumplimiento del art. 60.VI de la CPE, la distribución de diputados por departamento, para la elección general de 5 de diciembre próximo se realice conforme a los datos del censo 2001.

I.2. Admisión y citación

Por AC 384/2005-CA, de 11 de agosto, la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional admitió el recurso planteado y ordenó que el recurso y el Auto de Admisión se pongan en conocimiento del Presidente del Congreso Nacional, Sandro Stefano Giordano García, como personero del órgano que generó la norma impugnada (fs. 35 a 37), diligencia que se cumplió el 22 de agosto de 2005 (fs. 52).

I.3. Alegaciones del personero del órgano que generó la norma impugnada

El Presidente del Congreso Nacional, Sandro Stefano Giordano García, mediante memorial de 1 de septiembre de 2005 (fs. 479 y 480), presentó alegatos en los siguientes términos:

El art. 88 de la Ley Electoral define la composición de la Cámara de Diputados y la distribución departamental de éstos y si bien está demandada su inconstitucionalidad por los recurrentes, cabe referir que fue el art. 3 de la Ley 1704, de 2 de agosto de 1996, bajo el título “Reforma a la Ley Electoral Aplicación del art. 60 de la Constitución Política del Estado”, el que definió la distribución de los diputados por departamento que actualmente está en vigencia sin modificación alguna, plasmada en el art. 88 de la Ley Electoral 1984. Por tanto, fue en el período legislativo 1995-1996, durante la elaboración de la Ley 1704, que se adoptaron los criterios, se generaron los debates y discusiones sobre la redacción del artículo impugnado.

Por último, para que el Tribunal Constitucional conozca los motivos y criterios asumidos por el legislador a tiempo de elaborar la disposición legal impugnada, remite la documentación pertinente así como cintas magnetofónicas de los debates de la Ley 1704, pidiendo en definitiva dictar sentencia de acuerdo a lo establecido en el art. 58.V de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC).

II. CONCLUSIONES

II.1. El art. 60.VI de la CPE, dispone:

“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”.

II.2. El art. 88 de la Ley Electoral, cuya inconstitucionalidad se demanda, prevé textualmente:

“(Composición de la Cámara de Diputados) La Cámara de Diputados se compone de ciento treinta miembros, de acuerdo con la siguiente distribución Departamental:

DEPARTAMENTO UNINOMINALPLURINOMINAL TOTAL

La Paz 161531
 Santa Cruz 111122
 Cochabamba 9918
 Potosí 8715
 Chuquisaca 6511
 Oruro 5510
 Tarija 549
 Beni 549
 Pando 325

Esta composición sólo podrá variar por Ley después de un nuevo Censo Nacional de Población”.

II.3. Diputados del departamento de Santa Cruz, considerando el proceso electoral fijado para el 4 de diciembre del 2005, remiten al Presidente de la Cámara de Diputados, mediante nota de 19 de julio de 2005, un proyecto de Ley de modificaciones al Código Electoral sobre la distribución de circunscripciones uninominales y número de Diputados por Departamentos, de acuerdo al último Censo (fs. 3 a 6).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El presente recurso ha sido planteado con la finalidad de someter al control de constitucionalidad el art. 88 de la Ley Electoral, por haber entrado, por omisión legislativa, en contradicción con los preceptos y principios que emergen del art. 60.VI de la CPE. En consecuencia, corresponde a este Tribunal, previo análisis, resolver dicho recurso.

III.1. Sobre la competencia del Tribunal Constitucional para conocer recursos de inconstitucionalidad por omisión normativa

El 54 de la LTC, que desarrolla el art. 120 de la CPE, establece que “El recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad procederá contra toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, contraria a la Constitución Política del Estado como acción no vinculada a un caso concreto”. De esto se infiere que el control de Constitucionalidad que la norma fundamental del país le encomienda al Tribunal Constitucional, está referida a la sujeción, por parte del legislador, a las normas, principios y valores de la Constitución, tanto en el proceso de creación de las normas como sobre el contenido de las mismas. Esto significa que cuando el legislador no desarrolla el instituto Constitucional que de manera precisa y concreta le impone la Constitución o desarrolla el mismo de manera deficiente o incompleta, de tal manera que el mandato constitucional se torne ineficaz o de imposible aplicación por causa de la omisión o insuficiente desarrollo normativo, el Tribunal Constitucional tiene atribuciones para hacer el enjuiciamiento de constitucionalidad de tales actos; disponiendo, en su caso, que el legislador desarrolle la norma constitucional que de

manera obligatoria y concreta le impone la Constitución, lo que no puede darse cuando se trata de normas constitucionales programáticas. Consiguientemente, corresponde establecer si el precepto constitucional denunciado como vulnerado por el legislador ordinario contiene un mandato expreso al legislador para que desarrolle tal enunciado constitucional.

En este cometido se tiene que el art. 60.Vi de la Constitución, dispone que 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”. De la norma glosada se extrae con toda claridad que la Constitución establece un mandato directo al legislador para que mediante ley determine el número de escaños por departamento conforme al último Censo Nacional; consecuentemente, corresponde a este tribunal entrar al fondo de la problemática planteada.

III.2. Normas y principios constitucionales con los que se conecta la supuesta omisión normativa en análisis

III.2.1.Principio de Estado Democrático

La caracterización de Bolivia como Estado democrático, fue introducida en la reforma constitucional de 20 de febrero de 2004, a través de la Ley 2631, de Reformas a la Constitución Política del Estado. Esta definición implica una cualificación de la relación Estado- sociedad, pues supone la intervención activa de los ciudadanos a través de diferentes mecanismos de participación incorporados a nuestra Constitución en la aludida reforma de 2004, como la iniciativa legislativa, el referéndum, etc., así como las nuevas formas de representación popular también incorporadas en la reforma.

El principio de Estado Democrático, implica un énfasis en la democracia, entendida ésta como el gobierno del pueblo, donde la titularidad del poder político descansa en el gobernado, es decir en el pueblo, y no en el gobernante, quien ejerce el poder por delegación conferida por el pueblo a través del voto directo e igual, bajo el sistema de representación proporcional establecido en el art. 219 de la CPE. Es así que conforme al principio democrático aludido, el Gobierno, en la democracia, se legitima por el consentimiento del pueblo, fundamentalmente a través del voto emitido en las elecciones, conforme a la representación proporcional.

En este sentido, la formulación de Bolivia como un Estado Democrático, hace referencia, entonces, a la titularidad del poder, que descansa en el pueblo, que debe participar en la vida política a través de los diferentes mecanismos previstos por el sistema democrático. El principio democrático, implica además una mejor distribución del poder político, y una apuesta por lo diverso, como negación de todo totalitarismo, a nivel étnico, cultural, ideológico, político o regional.

En coherencia con lo expresado, se tiene que el art. 219 de la CPE establece que “El sufragio Constituye la base del sistema democrático representativo y se funda en el voto universal, directo e igual, individual y secreto, libre y obligatorio; en el escrutinio público y en el sistema de representación proporcional” (las negrillas son nuestras).

III.2.2 La participación política como derecho fundamental

Bolivia, de acuerdo al art. 1 de la CPE, “adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa...”; la primera de ellas, es decir, la democracia representativa, se manifiesta en la elección de diversas autoridades a través del ejercicio de los derechos políticos, fundamentalmente a través del ejercicio del derecho al sufragio, y tiene como base el voto universal, directo e igual, individual y secreto, libre y obligatorio.

El derecho al sufragio, conforme lo ha entendido la SC 64/2004, “...es la potestad o facultad que tiene todo ciudadano para expresar su voluntad política y efectivizar su participación en el proceso de conformación de los órganos de gobierno y la adopción de las decisiones de trascendencia política referidas con el ejercicio del poder político. La doctrina del Derecho electoral, califica al sufragio como una técnica o un procedimiento institucionalizado mediante el cual el cuerpo electoral hace manifestación o expresión de opiniones políticas, con dos finalidades distintas: a) para elegir gobernantes; b) para la adopción de decisiones políticas”.

”El derecho de sufragio, en la actualidad se constituye en un derecho político atribuido a los ciudadanos miembros de la comunidad política, para adoptar, mediante él, decisiones también de naturaleza política que atañen al gobierno del Estado. En ese ámbito conceptual, la doctrina del Derecho Electoral reconoce al derecho de sufragio diversas funciones, entre ellas la de producir gobiernos, esto es, que el pueblo delega el ejercicio de su soberanía en sus mandatarios y representantes a quienes los elige mediante el ejercicio del sufragio; la otra función esencial, es la de articular la participación del pueblo en el ejercicio del poder político, unas veces en forma directa, votando en los referendos o plebiscitos, y otras, indirectamente eligiendo a sus representantes”.

”En definitiva, el sufragio, en sus diferentes funciones y objetivos, se constituye en la base esencial del régimen democrático contemporáneo, porque es través de él que el titular de la soberanía, el cuerpo electoral, expresa su voluntad política en los procesos de conformación de los órganos del poder público y en la adopción de las decisiones políticas trascendentales. Se ejerce mediante el voto universal, directo e igual, individual y secreto; así lo dispone la norma prevista por el art. 219 de la Constitución Política del Estado”.

Conforme a lo anotado, el derecho al sufragio, forma parte de los derechos políticos, que han sido catalogados por el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, como derechos humanos, y además está previsto en el art. 40 de la Constitución, al establecer que la ciudadanía consiste “en concurrir como elector o elegible a la formación o el ejercicio de los poderes públicos”; consecuentemente, está reconocido como derecho fundamental, dado que el catálogo de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, no está limitado al art. 7 de la CPE, sino que de manera implícita reconoce otros derechos, como lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal en las SSCC 338/2003-R, 1662/2003-R, 686/2004-R, 69/2004-R, entre otras.

III.2.3. El voto directo e igual como base del derecho al sufragio y del sistema democrático representativo

Conforme se señaló en la SC 64/2004 precedentemente glosada, el derecho al sufragio se ejerce a través del voto, que tiene como características el ser universal, directo, igual, individual y secreto. Dos de esas características cobran relevancia para analizar la problemática planteada en el recurso: el carácter directo e igual del voto; es directo, porque cada ciudadano elige a las personas que lo han de representar, y es igual, por cuanto no se realiza ninguna distinción entre las personas, varones o mujeres, mayores de dieciocho años de edad, sino que todos pueden concurrir, en igualdad de condiciones, a la elección de sus representantes.

Es así que según la norma prevista por el art. 219 de la Constitución, el régimen electoral, como la vía de expresión del sistema democrático representativo y participativo, tiene su base en el principio de la representación proporcional. Este principio tiene un doble significado; de un lado, implica que el número de representantes sea proporcional al número de habitantes de la respectiva circunscripción o, lo que es lo mismo, tal cantidad de representantes en proporción al número de habitantes representados; y, de otro, significa que la distribución de los escaños entre los partidos, frentes, alianzas o agrupaciones ciudadanas que participan en las elecciones sea en proporción a la votación obtenida en el proceso electoral. El principio de la representación proporcional tiene su fundamento en el valor supremo de la igualdad, de manera tal que todas las personas estén representadas de manera igual, lo que supone que se evite que unos estén sobre representados, o, en su caso, sub representados; desde otra perspectiva, se persigue también que el voto de los ciudadanos, emitido en el proceso electoral para la conformación de los órganos del poder público, tenga un igual valor, evitando que el voto de algunos ciudadanos sirva para elegir un mayor número de representantes, en tanto que el voto de otros ciudadanos sirva para elegir un número menor de representantes.

Ahora bien, una concreción del carácter directo e igual del voto, así como del principio de representación proporcional, se encuentra en la norma prevista por el art. 60 de la Constitución, por dos razones: la primera, porque establece la distribución de los escaños entre los departamentos en base al número de habitantes, con la finalidad de evitar que unos departamentos tengan una sub representación, es decir, que teniendo una mayor población se les asigne una cantidad de escaños que no responda a esa proporción de habitantes, y que otros departamentos tengan sobre representación, al recibir la asignación de escaños en número mayor a la proporción de sus habitantes, salvando la asignación que por equidad debe efectuarse, conforme a lo previsto por el art. 60.VI de la CPE, referido a los departamentos con menor población.

La segunda, porque prevé que los diputados serán elegidos en votación universal, directa y secreta, asignándose los escaños mediante el sistema de representación proporcional regulado por la Ley Electoral. La previsión constitucional garantiza que los habitantes de los diferentes departamentos tengan una representación ante la Cámara de Diputados en igualdad de condiciones; asimismo, garantiza que los ciudadanos ejerzan su derecho de sufragio en igualdad de condiciones sin que se produzca el fenómeno de la sub o sobre representación, sobrevalorando o subvaluando el voto de los ciudadanos por una mala distribución de escaños entre los departamentos; finalmente, la representación proporcional garantiza el derecho de las minorías de estar presentes en el Congreso Nacional que es el pilar básico de la manifestación de la democracia.

En definitiva, de una adecuada interpretación de las normas previstas por el art. 60 de la Constitución en concordancia práctica con las establecidas en los arts. 1.II, 6.I y 219 de la

misma Ley Fundamental, se puede concluir que el constituyente previó una distribución proporcional de los escaños entre los departamentos sobre la base del número de habitantes, y como quiera que el número de habitantes es susceptible de variaciones por diversas razones, entre ellas, los flujos migratorios, remitió a la Ley la concretización de esa distribución sobre la base del último Censo Nacional, lo que significa que esa distribución no es inmutable, al contrario es susceptible de actualización en cada oportunidad en que se realice un nuevo Censo Nacional.

III.2.4 Principio de supremacía constitucional

Este principio garantiza y posibilita la realización material de los principios acuñados por la Constitución; nace de la cualidad específica de la Constitución, como base, sustento y marco que informa todo el sistema normativo.

En la Constitución Política del Estado vigente, el principio en análisis está previsto en el art. 228 constitucional, cuando expresa: “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”.

Concretizan el principio de supremacía constitucional, entre otros, los arts. 120 y 121 de nuestra Ley Fundamental, al dotar a los ciudadanos y al poder político de un órgano jurisdiccional encargado de manera exclusiva de ejercer el control de constitucionalidad y derivado de ello, de garantizar la supremacía de la Constitución.

A su vez, del principio de supremacía constitucional, nacen los principios de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución, principio de jerarquía normativa y unidad del ordenamiento (sub principios en sentido estricto).

El primer principio se proyecta en un doble sentido: de un lado, impone al legislador la obligación de preservar, en el proceso de elaboración de las normas, que estas guarden sujeción a la Constitución, y de otro, obliga a todos los poderes a realizar un juicio previo de constitucionalidad positiva de las normas a aplicar, de tal manera que si el juicio resulta negativo, o lo que es lo mismo, si de tal labor interpretativa se entendiera que la norma contradice a algún precepto o principio de la constitución o existen dudas sobre su constitucionalidad, dado el carácter concentrado del sistema de control de constitucionalidad vigente, se debe formular o promover la consulta respectiva ante el Tribunal Constitucional, promoviendo de oficio el incidente de inconstitucionalidad previsto por el art. 59 y ss de la LTC.

Consiguientemente, la falta o el insuficiente desarrollo de una norma constitucional, que se expresa en un mandato directo y concreto al legislador ordinario de que desarrolle determinado precepto, constituye una lesión al principio de supremacía constitucional.

III.3. El juicio de constitucionalidad de la disposición legal impugnada

Efectuadas las precisiones que anteceden, corresponde a este Tribunal realizar el juicio de constitucionalidad de la disposición legal impugnada, vale decir del art. 88 de la Ley Electoral.

A ese efecto, cabe señalar que la Constitución, con el objeto de lograr que la representación en la Cámara de Diputados sea proporcional al número de habitantes que tiene cada Departamento, establece que los ciento treinta escaños de los que se compone la Cámara, “se determina por ley en base al número de habitantes de cada uno de ellos, de acuerdo al último Censo Nacional..”, agregando que “por equidad la ley asignará un número de escaños mínimo para los departamentos con menor población y menor grado de desarrollo económico”.

Es en desarrollo de esa norma constitucional que el legislador determinó esa distribución mediante la norma prevista por el art. 88 de la Ley Electoral (texto ordenado de la Ley 1984), basándose en los resultados del Censo Nacional de 1992, de manera que dicha disposición legal tiene el siguiente texto:

“Artículo 88. (Composición de la Cámara de Diputados) La Cámara de Diputados se compone de ciento treinta miembros, de acuerdo con la siguiente distribución Departamental:

DEPARTAMENTO UNINOMINALPLURINOMINAL TOTAL

La Paz 16 1531
 Santa Cruz 11 1122
 Cochabamba 9 9 18
 Potosí 8 715
 Chuquisaca 6 511
 Oruro 5 510
 Tarija 5 4 9
 Beni 5 4 9
 Pando 3 2 5

Esta composición sólo podrá variar por Ley después de un nuevo Censo Nacional de Población”.

Ahora bien, corresponde señalar que tomando en cuenta los datos del Censo Nacional de 1992, la disposición legal impugnada era compatible con la Constitución; sin embargo al haberse realizado un nuevo Censo Nacional de Población y Vivienda el 5 de septiembre de 2001, cuyos resultados demuestran que se han producido variaciones importantes y significativas en la población de los departamentos, pues unos departamentos han aumentado de población, en cambio otros han disminuido debido, sobre todo, a los flujos migratorios.

En consecuencia, se ha originado una inconstitucionalidad sobreviniente del art. 88 de la Ley Electoral, ello por una omisión del Legislativo que no ha cumplido con el mandato constitucional previsto por el art. 60.VI, cual era actualizar la distribución de los escaños entre los departamentos sobre la base del último Censo Nacional realizado el año 2001; pues resulta que la distribución prevista por el actual texto del art. 88 de la Ley Electoral ya no responde al número de habitantes que tienen los departamentos en la actualidad.

Es importante recordar que la norma prevista por el art. 60.VI es clara y concisa al establecer que la distribución de escaños entre los departamentos se hará en base al número de habitantes que tenga cada uno de ellos de acuerdo al último Censo Nacional de Población y Vivienda, que en el caso presente, es el realizado el 5 de septiembre de 2001. Por consiguiente, al existir ese mandato constitucional, el Poder Legislativo, en ejercicio de las atribuciones que le reconoce el art. 59-1ª. de la CPE, está en la obligación de sancionar la

Ley correspondiente que efectúe esa distribución de los escaños de acuerdo al último Censo Nacional realizado el año 2001, sin que el cumplimiento de ese precepto constitucional esté librado a la voluntad del legislador ordinario, quien en todo caso, como representante del pueblo tiene el deber, como todos los ciudadanos, de acatar y cumplir la Constitución y las Leyes de la República, conforme prevé el art. 8-a) de la CPE, toda vez que la Constitución no sólo reconoce derechos sino que contempla obligaciones, deberes y cargas, correlativos a aquéllos, cuyo cumplimiento se exige para lograr la efectiva vigencia de los postulados y mandatos constitucionales.

La interpretación precedente, ya fue realizada por este Tribunal en la Declaración Constitucional 004/2001 de 12 de noviembre, pronunciada en la Consulta formulada por el Presidente en ejercicio del Congreso Nacional, Enrique Toro Tejada, sobre la constitucionalidad del artículo único del Proyecto de Ley sobre la aplicación del art. 60 de la CPE al proceso electoral del año 2002, teniendo en cuenta el art. 88 de la Ley Electoral, al expresar en su penúltimo Considerado lo siguiente:

“Que, como lo ha entendido precedentemente el legislador ordinario, no cabe duda alguna que el art. 60 parágrafo VI de la Constitución Política del Estado es claro y preciso al establecer que la distribución de los 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, precepto que, dado el principio de la supremacía constitucional, no se encuentra librado a la voluntad del legislador, por tanto, lo que se debe interpretar aquí, es si el legislador está compelido por el orden constitucional a realizar, en base a las cifras provisionales de población recogidas en el censo desarrollado el 5 de septiembre del año en curso, una nueva distribución de Diputados por Departamento; extremo que obliga a este Tribunal a efectuar una ponderación no sólo de las normas constitucionales y legales referidas, sino también de las circunstancias concretas, que informan la problemática jurídica en cuestión.”

[...]

“Que del análisis de las normas, valores y principios del orden constitucional en su conjunto, se extrae que éste tiene vocación de plenitud, de certeza plena; característica que es incompatible con cualquier margen de error, duda o incerteza; entendimiento éste que se expresa, entre otros, al consagrar uno de los derechos fundamentales de la persona, la seguridad”

“Que, los datos provisionales no son confiables para prever la certeza que conforme al sentido del orden constitucional debe tener el legislador ordinario para la distribución del número de diputados que correspondería a cada Departamento como consecuencia del censo aludido; dado que cualquier grado de error, no sólo implicaría una incorrecta aplicación del precepto constitucional del art. 60.VI, sino también el germen de imprevisibles conflictos, derivados en las legítimas expectativas que tiene cada región sobre el particular, lo cual obliga al legislador, y en especial a este Tribunal, a compulsar y prever cuidadosamente las consecuencias de sus pronunciamientos”.

En base a los razonamientos expuestos, el Tribunal Constitucional declaró constitucional el art. 88 de la Ley Electoral, para su aplicación al proceso electoral del año 2002.

De lo referido, este Tribunal concluye que la disposición legal impugnada es incompatible con la norma prevista por el art. 60.VI de la Constitución, toda vez que determina una

distribución de escaños entre los departamentos que no está basada en el número de habitantes de cada Departamento establecido en el último Censo Nacional de 2001. Asimismo, la disposición legal impugnada también vulnera el valor superior de la igualdad proclamado por el art. 1.II de la Constitución, toda vez que da un tratamiento discriminatorio a aquellos departamentos que, conforme al último Censo Nacional, han tenido un considerable incremento en el número de sus habitantes, frente a aquellos departamentos que han sufrido una disminución, pues a aquéllos se les asigna un número de escaños proporcionalmente menor con relación a éstos últimos, a los cuales se les asigna un número de escaños proporcionalmente mayor a sus habitantes determinados en el último Censo Nacional; por otra parte, vulnera el derecho a la igualdad de los ciudadanos que habitan en los departamentos con mayor población, derecho consagrado por el art. 6.I de la Constitución, ya que les brinda un tratamiento discriminatorio con relación a los ciudadanos que habitan en los departamentos con menor población, toda vez que el voto de aquellos tiene un menor valor con relación al voto de estos últimos; por lo tanto, indirectamente también se vulnera el derecho al sufragio de los ciudadanos que habitan en los departamentos con mayor población ya que su voto no es igual respecto al voto de los otros ciudadanos que habitan en los departamentos con menor población.

Finalmente, la disposición legal impugnada es incompatible con la norma prevista por el art. 219 de la Constitución, que proclama el principio de la representación proporcional como base del sistema electoral en que se sustenta el régimen democrático representativo y participativo; ello en razón a que la distribución de escaños entre los departamentos prevista por el art. 88 de la Ley Electoral no es proporcional al número de habitantes que tienen los diferentes departamentos en la actualidad conforme al último Censo Nacional de 2001; al contrario es una distribución que genera sub representación en unos departamentos y sobre representación en otros, lo cual no es compatible con el principio de representación proporcional.

En consecuencia, este Tribunal concluye que se ha producido una inconstitucionalidad sobreviniente con relación a la disposición legal impugnada, debido a la omisión en que ha incurrido el Poder Legislativo al no haberla modificado para determinar la nueva distribución de escaños entre los departamentos en base al número de habitantes de cada Departamento determinado en el último Censo nacional de 2001; por lo tanto, la disposición legal es inconstitucional y debe ser expulsada del ordenamiento jurídico, estando obligado el Poder Legislativo, por mandato del Constituyente, a sustituirla para determinar la nueva distribución de escaños.

III.4.Dimensionamiento en el tiempo de las Resoluciones Constitucionales

El art. 48.4 de la LTC faculta a este órgano jurisdiccional a dimensionar los efectos de sus resoluciones en el tiempo, modalidad que ha sido adoptada por este Tribunal en casos excepcionales y que respondían a una realidad concreta, difiriendo el efecto de la inconstitucionalidad declarada. En el caso concreto, el diferimiento no resulta viable por dos razones fundamentales: primero, porque no es posible diferir los efectos de una sentencia cuando la inconstitucionalidad origina una lesión de los derechos fundamentales, y segundo, porque en la Declaración Constitucional 004/2001 de 12 de noviembre de 2001, debido a la ausencia de datos oficiales, se estimó que la aplicación del nuevo censo debía operar de manera imperativa en la próxima elección, que resulta ser precisamente la convocada para el

4 de diciembre del presente año.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los arts. 120.1ª de la CPE; arts. 7 inc. 1), 54 y ss. de la LTC, declara:

1. INCONSTITUCIONAL el art. 88 de la Ley Electoral, con los efectos derogatorios establecidos en el art. 58.III de la LTC.

2. Instar al Poder Legislativo, que con carácter de urgencia sancione la Ley modificatoria al art. 88 de la Ley Electoral, ajustado a lo previsto por el art. 60.VI de la CPE.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional

No interviene la Decana, Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, por encontrarse con licencia.

Fdo. Dr. Willman Ruperto Durán Ribera
PRESIDENTE

Fdo. Dr. José Antonio Rivera Santivañez
MAGISTRADO

Fdo. Dra. Martha Rojas Álvarez
MAGISTRADA

Fdo. Dr. Artemio Arias Romano
MAGISTRADO

Fdo. Dr. Walter Raña Arana
MAGISTRADO



SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0076/2004

Sucre, 16 de julio de 2004

Expediente: 2004-08994-18-RII

Distrito: Cochabamba

Magistrado Relator: Dr. René Baldivieso Guzmán

En el recurso **indirecto o incidental de inconstitucionalidad** promovido de oficio por Oscar Freire Arze, Juez Segundo de Partido Administrativo, Coactivo, Fiscal y Tributario, demandando la **inconstitucionalidad de la Disposición Final Novena del Código Tributario Boliviano (CTB), por ser contraria a los arts. 7 inc. a) y 16.II y IV de la Constitución Política del Estado (CPE).**

I. ANTECEDENTES DE RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso

En el Auto de 28 de abril de 2004 (fs. 53 a 54 vta.), el recurrente manifiesta que la SC 0009/2004, de 28 de enero declaró inconstitucional el proceso contencioso administrativo previsto en el art. 147 del CTB (Ley 2492), por ello inaplicable el procedimiento de impugnación judicial ante la Corte Suprema de Justicia; mientras que la SC 018/2004, de 2 de marzo declaró inconstitucional la Disposición Final Primera del indicado Código, que derogó el literal B) del art. 157 de la Ley de Organización Judicial (LOJ) que atribuía competencia a los juzgados en materia administrativa, coactiva fiscal y tributaria, para conocer demandas propias de esa materia; y que la SC 029/2004 de 31 de marzo declaró inconstitucional el segundo párrafo de la Disposición Transitoria Primera del Decreto Supremo (DS) 27310 de 9 de enero de 2004 por establecer un régimen transitorio diferente al previsto en el Código Tributario Boliviano.

Señala que de las indicadas Sentencias se establece que los contribuyentes no podían ejercitar su derecho de defensa en el proceso contencioso administrativo que previó el Código Tributario Boliviano, porque no respetaba la garantía del debido proceso, ya que según se señala en la SC 0009/2004 se les privaba de toda posibilidad de someter el acto administrativo tributario a un proceso contencioso en el que de manera contradictoria y en igualdad de condiciones pudiesen ser oídos y hacer valer sus pretensiones, producir prueba, objetar las de contrario, etc., porque según dicho fallo, la única manera de asegurar el debido proceso en la materia es a través del contencioso tributario, por su carácter único y especializado, habiéndose restituido así la competencia a los juzgados en materia

administrativa, coactiva fiscal y tributaria, para conocer los procesos contencioso tributarios.

Añade que si bien las causas en trámite a la fecha de publicación del Código Tributario Boliviano seguirán siendo conocidos por dichos juzgados aplicando el proceso contencioso tributario previsto en el Código tributario (Ley 1340), contradictoriamente, los procesos posteriores a aquel Código, pese a que deben ser conocidos por los jueces en materia administrativa, coactiva fiscal y tributaria, no podrán empero aplicar el proceso contencioso tributario previsto en el Código tributario, por la abrogatoria dispuesta por la Disposición Final Novena del CTB, vulnerando el derecho a la defensa y la garantía judicial del debido proceso de los contribuyentes y conculcando los principios de seguridad jurídica y legalidad, por lo que a fin de otorgar una tutela judicial efectiva que resguarde estos derechos y principios constitucionales, corresponde excluir de su ámbito abrogatorio el proceso contencioso tributario contemplado en el Título VI del Código tributario (CTb) (arts. 214 a 303).

Fundamenta la relevancia que tendrá la norma legal impugnada en la decisión del proceso señalando que de ello dependerá la competencia de su Juzgado para conocer procesos contencioso administrativos con la aplicación del procedimiento previsto en el Código tributario, cuya abrogatoria ocasionó inseguridad jurídica a los contribuyentes para impugnar los actos de la Administración Tributaria.

Por lo expuesto solicita se declare la inconstitucionalidad de la Disposición Final Novena del CTB.

I.2. Trámite procesal del incidente y Resolución del Juez

El presente recurso ha sido promovido de oficio por el Juez Segundo de Partido Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de Cochabamba, por Auto de 28 de abril de 2004 (fs. 53 a 54 vta.) dentro del proceso contencioso tributario interpuesto por Yoni Claudia Chirinos Jara, contra la Gerencia Distrital del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN).

II. CONCLUSIONES

Luego del análisis y compulsas de los antecedentes, se establecen las siguientes:

II.1. Mediante Resolución Administrativa de Clausura 05/2004 de 17 de marzo, la Gerencia Distrital del SIN dispuso la sanción de clausura por el lapso de seis días a la contribuyente, Yoni Claudia Chirinos Jara (fs. 40), ante lo cual ésta interpuso demanda contenciosa tributaria al amparo de lo establecido por el art. 157.B.1 de la LOJ (fs. 42 a 44 y 48 vta.).

II.2. Sin admitir la demanda, el Juez ahora recurrente por proveído de 22 de abril de 2004 hace conocer que promoverá recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad respecto de la Disposición Final Novena del CTB (fs. 49).

II.3. La disposición legal impugnada dispone lo siguiente:

“NOVENA. A partir de la entrada en vigencia del presente Código, queda abrogada la Ley N° 1340, de 28 de mayo de 1992, y se derogan todas las disposiciones contrarias al presente

texto legal”.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, como vía de control concreto, correctivo o a posteriori de constitucionalidad, tiene por finalidad que este Tribunal, verifique la compatibilidad o incompatibilidad de la disposición legal impugnada con los principios, valores y normas de la Constitución, recurso que conforme a lo establecido por el art. 59 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC) procede en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial aplicable a aquellos procesos. Consecuentemente en la especie, de acuerdo a lo alegado por el recurrente, corresponde compulsar si la Disposición Final Novena del CTB, es contraria a los arts. 7 inc. a), 16.II y IV de la CPE.

III.1. La SC 0009/2004, de 28 de enero, declaró inconstitucional por omisión normativa el art. 131 del CTB al haber modificado el sistema de protección o tutela administrativa y judicial del contribuyente prevista en el Código tributario, excluyendo la vía de impugnación judicial ante un juez o tribunal independiente e imparcial, contradiciendo así la garantía constitucional del debido proceso en su elemento del derecho al juez natural, independiente, imparcial y competente consagrado en las normas previstas por los arts. 14 y 16.IV de la CPE, privando al contribuyente de toda posibilidad de someter el acto administrativo tributario a un proceso contencioso en el que de manera contradictoria y en igualdad de condiciones pueda ser oído y hacer valer sus pretensiones, produciendo prueba, objetando la de contrario, desvirtuando los procedimientos administrativos tributarios que dieron lugar al acto determinativo, para en suma lograr una decisión legal y justa.

En aquella oportunidad se llamó la atención al legislador por no haber previsto la vía de impugnación judicial como medio de tutela alternativo, omisión que lesiona los valores supremos de justicia e igualdad impidiendo al contribuyente el ejercicio de su derecho a una tutela judicial efectiva, toda vez que el proceso contencioso administrativo previsto en el referido art. 131, dada su naturaleza jurídica –se dijo– no reemplaza al proceso contencioso-tributario, puesto que el primero es una vía de control de legalidad, que requiere el agotamiento de las instancias administrativas, mientras que el segundo es una vía de impugnación directa y controversial del acto administrativo tributario, y finalmente, porque aquel se tramita como proceso de puro derecho y en única instancia, mientras que éste como un proceso de hecho, admitiendo los recursos previstos en el ordenamiento procesal.

Por estos mismos motivos y al ser conexas se declararon también inconstitucionales las normas del art. 147 del Ctb, además, inconstitucionales por contradicción los arts. 131 tercer párrafo, 139 inc.c), 141, 145, 146 y 147 del indicado Código.

III.2. Es indudable que la ratio decidendi de la SC 0009/2004 resumida en el punto anterior apunta al restablecimiento del proceso contencioso tributario como medio de impugnación judicial y alternativo de los actos de la administración tributaria, sin excluir la impugnación en sede administrativa, lo cual ha sido patentizado con la declaratoria de inconstitucionalidad, a través de la SC 0018/2004 de 2 de marzo, de la Disposición Final Primera del CTB que establecía la derogatoria del literal B) del art. 157 de la LOJ que

señalaba la competencia de los Juzgados en materia administrativa, coactiva, fiscal y tributaria para conocer y decidir, en primera instancia, los procesos contencioso-tributarios originados en los actos de determinación de tributos y en general de las relaciones jurídicas emergentes de la aplicación de leyes tributarias. En suma, la impugnación de los actos administrativos ante la autoridad jurisdiccional por vía del contencioso tributario prevista en el art. 174 del CTb se encuentra plenamente vigente.

III.3. El restablecimiento de la garantía constitucional del debido proceso, en su elemento del derecho al juez natural, independiente, imparcial y competente, así como de los valores supremos de justicia e igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva del administrado contribuyente como resultado de lo dispuesto en las SSCC 0009/2004 y 0018/2004 quedaría trunco sin el instrumento que haga efectiva la tutela de esos derechos y garantías, cual es precisamente el procedimiento contencioso-tributario como el que se encontraba previsto por el Título VI del CTb, que ha quedado sin efecto como consecuencia de la abrogatoria dispuesta por la disposición legal que ahora se impugna de inconstitucional.

Dicha abrogatoria resulta incompatible con la Constitución, puesto que lesiona los derechos fundamentales del contribuyente al debido proceso en su componente del juez natural, independiente e imparcial, así como los valores supremos de justicia e igualdad, suprimiendo además el derecho a la defensa del contribuyente en sede judicial, puesto que la medida legislativa ha ocasionado una ausencia total de los mecanismos de carácter procedimental que hagan viable la acción ante la autoridad jurisdiccional para obtener así una tutela judicial efectiva, lo cual sólo será posible con la vigencia de un procedimiento tributario que reúna los requisitos mínimos para garantizar el debido proceso en cada caso.

III.4. Asimismo, la abrogatoria del Código tributario, por la Disposición Final Novena del CTB, en lo que respecta al procedimiento contencioso tributario previsto en el Título VI del antiguo Código tributario, es contraria al principio de seguridad jurídica, que el art. 7 inc. a) de la CPE recoge como derecho fundamental y que conforme ha entendido este Tribunal en profusa jurisprudencia es “la condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran; representa la garantía de la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de las autoridades pueda causarles perjuicios”, puesto que el contribuyente que estime que ha sufrido una lesión de sus derechos por parte de la Administración Tributaria, ante la ausencia de un procedimiento que regule el contencioso tributario, se verá imposibilitado de acudir a dicha instancia, precisamente por la falta de los mecanismos que hagan eficaz esa tutela, como ocurre en el caso que ha motivado el recurso, ya que la falta de normas a las cuales tanto las partes como el juez sujeten sus actuaciones les impide ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones inherentes a un debido proceso con reglas procesales preestablecidas.

III.5. No obstante de lo expresado en los fundamentos anteriores y dado que conforme a lo señalado por el art. 59.1ª de la CPE, es atribución del Poder Legislativo dictar leyes, abrogarlas, derogarlas, modificarlas e interpretarlas, corresponde a este Órgano suplir el vacío legal dejado como emergencia de la abrogatoria del Código tributario, en cuanto al procedimiento contencioso tributario se refiere, dictando la ley correspondiente que lo regule y establezca. Por tal razón, este Tribunal dicta una sentencia exhortativa determinando la constitucionalidad de la disposición legal impugnada con vigencia temporal, exhortando al

Poder Legislativo para que en el plazo de un año a partir de su citación dicte la ley extrañada, tomando en cuenta los fundamentos contenidos en la presente Sentencia; y en caso de no hacerlo dentro de dicho término, la Disposición Final Novena del CTB quedará expulsada del ordenamiento jurídico del Estado en lo que respecta a la abrogatoria del procedimiento contencioso tributario establecido en el Título VI, arts. 214 a 302 del CTb.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los arts. 120.1ª de la CPE y 7 inc. 2) y 59 y siguientes de la LTC declara la **CONSTITUCIONALIDAD** de la Disposición Final Novena del CTB, con vigencia temporal de un año a partir de la fecha la citación con esta Sentencia, y **EXHORTA** al Poder Legislativo para que en dicho plazo subsane el vacío legal inherente a la ausencia de un **procedimiento contencioso tributario**, bajo conminatoria en caso de incumplimiento, de que la indicada disposición legal quedará expulsada del ordenamiento jurídico nacional, en lo que respecta a la **abrogatoria del procedimiento contencioso tributario establecido en el Título VI, arts. 214 a 302 del CTb.**

Regístrese, hágase saber y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No intervienen los magistrados, Dr. José Antonio Rivera Santivañez, por no haber conocido el asunto y las Dras. Elizabeth Iñiguez de Salinas y Martha Rojas Álvarez, por encontrarse ambas, en uso de su vacación anual.

Dr. Willman Ruperto Durán Ribera PRESIDENTE Dr. René Baldivieso Guzmán DECANO

Dra. Silvia Salame Farjat MAGISTRADA Dr. Walter Raña Arana MAGISTRADO



SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0032/2006

Sucre, 10 de mayo de 2006

Expediente: 2005-13026-27-RDI

Distrito: La Paz

Magistrada Relatora: Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas

En el **recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad** interpuesto por Juan Gabriel Bautista, Diputado Nacional, demandando la **inconstitucionalidad de los arts. 68, 69, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82 y 83 del Código de minería (CM), por ser presuntamente contrarios a los arts. 2, 30, 59.5ª y 7ª, 136, 137, 138 y 228 de la Constitución Política del Estado (CPE).**

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA.

I.1. Contenido del recurso

En el memorial presentado el 9 de diciembre de 2005, cursante de fs. 7 a 13 vta., el impetrante manifiesta lo que se anota a continuación:

a) Planteó un anterior recurso de inconstitucionalidad que mereció la SC 0067/2005, de 26 de septiembre, que declaró su improcedencia por haberse dirigido contra "un conjunto de leyes sujetas a una normativa y tratamiento constitucional propios y particulares, lo que determina la imposibilidad, por las razones señaladas, de resolver la problemática planteada a través de una sola sentencia", lo que le motiva a interponer este recurso exclusivamente contra varios artículos del Código de minería, señalando que, sin embargo, el primer recurso ya fue admitido y el Tribunal Constitucional debió resolverlo en el fondo en mérito al principio de inexcusabilidad, más aún si se considera que el art. 58 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC) no contempla una sentencia de improcedencia en los recursos de inconstitucionalidad.

b) El art. 68 del CM dispone que sobre las concesiones, actividades mineras y sus productos pueden celebrarse toda clase de actos y contratos, los mismos que se rigen por dicho Código y, en lo que fuere aplicable, por el Código de comercio, Código civil y otras normas pertinentes. El art. 69 del CM señala que los títulos ejecutoriales y los contratos traslativos de dominio, así como los de registro compartido, de arrendamiento y los de opción de compra relativos a concesiones mineras, para tener eficacia jurídica, deben celebrarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro Minero a cargo del Servicio Técnico

de Minas y en el Registro de Derechos Reales. Por lo que la observación de inconstitucionalidad se centra en que la concesión minera, otorgada por la Superintendencia de Minas y que constituye un bien y riqueza nacional, por las normas indicadas, pueden pasar "a dominio" de un particular mediante un simple contrato inscrito en el Servicio Técnico de Minas y Derechos Reales, lo que es atentatorio a lo dispuesto por los arts. 59.5ª y 7ª de la CPE.

e) Los arts. 72, 74 y 75 del CM, "increíblemente" permiten la "hipoteca" de las concesiones mineras, lo que implica permisión para la enajenación de un bien nacional en caso de incumplirse con la obligación, lo que es inconcebible para ser realizado directamente por un particular.

d) El art. 76 del CM enuncia que las sociedades constituidas en el país, así como las entidades y corporaciones del Estado, y las personas individuales o colectivas, nacionales o extranjeras, domiciliadas y representadas en el país, pueden celebrar contratos de riesgo compartido para el desarrollo o ejecución de trabajos, proyectos, obras, servicios, suministros y otros de carácter minero; pueden asimismo, desarrollar o ejecutar los trabajos, obras y servicios complementarios o accesorios al objeto principal del contrato de riesgo compartido. Los arts. 77, 78, 79, 80, 81, 82 y 83 del CM, establecen aspectos reglamentarios a tales contratos, incluyendo los requisitos para la formación de los mismos; sin embargo, en ninguno de ellos se determina el cumplimiento del requisito del art. 59 de la CPE. Al respecto –continúa el recurrente– conviene señalar que este tipo de contratos fueron y son los celebrados por la Corporación Minera de Bolivia (COMIBOL), entidad dependiente del Poder Ejecutivo, lo que es atentatorio al art. 59.5ª de la CPE, pues no cumplió con el requisito de autorización del Poder Legislativo. Estos contratos, en especial, son los más significativos, pues reproducen la filosofía y contenidos de la ex Ley de Hidrocarburos, "y que han merecido la crítica del Tribunal Constitucional a través de su comunicado de 7 de abril de 2005" (sic). La citada Ley fue aprobada en una coyuntura política dominada por el Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR), omitiendo expresamente el requisito que estos contratos que explotan riquezas nacionales, sean autorizados por el Legislativo.

e) Puntualiza que, el Código de minería ha permitido que el Poder Ejecutivo suscriba contratos para la explotación de nuestra riqueza nacional, sin contar con el requisito del art. 59.5ª de la CPE y, también, ha permitido a los particulares suscribir contratos que constituyen verdaderos actos de enajenación de nuestros recursos, es decir que existe "una inconstitucionalidad por omisión, pudiendo concluir que la multiplicidad de aquellos contratos suscritos son inconstitucionales en la medida que no han sido autorizados por el Poder Legislativo", motivo por el que se encuentran viciados de nulidad, dado que lo contrario significaría convalidarlos, contraviniendo la Constitución Política del Estado "y el propio comunicado del Tribunal Constitucional".

f) Sostiene que, conforme expresa José Antonio Rivera Santivañez en su libro "Jurisdicción Constitucional", la inconstitucionalidad por omisión es la inconstitucionalidad negativa, la que resulta de la inercia o del silencio de cualquier órgano de poder, que deja de practicar en cierto tiempo el acto exigido por la Constitución Política del Estado, "el Tribunal Constitucional afortunadamente ha comprendido la importancia de esta institución, y la ha implementado dentro del control de constitucionalidad boliviano", como en la SC 0066/2005, de 22 de septiembre, en la que reconoce la potestad de efectuar el control de constitucionalidad cuando existe inconstitucionalidad por omisión, de modo que en ese fallo,

declaró inconstitucional el art. 88 del Código Electoral (CE), por la omisión del Poder Legislativo al no haber modificado esa disposición para determinar la nueva distribución de escaños de diputados entre los departamentos. Igualmente –indica- se puede encontrar otro referente de inconstitucionalidad por omisión en la SC 009/2004, de 28 de enero, aclarando que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del "art. 131.2" del Código Tributario Boliviano aún sin haber sido solicitado por los recurrentes, como afirma el Fundamento Jurídico III.6 de dicho Fallo.

g) Refiere que en el presente caso también existe una inconstitucionalidad por omisión, cuyos elementos, enumerados por José Antonio Rivera, en la obra citada, se cumplen a cabalidad en este recurso. Remarca que el ejercicio de control de constitucionalidad sobre omisiones legislativas, persigue recomponer el imperio de la Constitución Política del Estado y la restauración del orden constitucional quebrantado por la conducta omisiva, en la medida que la supremacía constitucional queda bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente. La supremacía, además de exigir el sustento normativo, exige sustento conductista, es decir, el comportamiento de los operadores de la Constitución Política del Estado y su voluntad de cumplirla, como de castigar las infracciones a tal supremacía, las mismas que pueden ser provocadas por acción u omisión.

h) Indica que si bien el debate sobre el destino de los hidrocarburos del país ha sido el que ha despertado la polémica, su trascendencia alcanza a todas las normas sectoriales a través de las que los gobiernos han administrado la riqueza nacional. Y no obstante que las SSCC 0114/2003 y 0019/2005, que han declarado la constitucionalidad del Decreto Supremo (DS) 24806, de 4 de agosto de 1997 y de la Ley de Capitalización, y "que consiguientemente han dado validez a los contratos de riesgo compartido y a los contratos de la capitalización suscritos", existe un debate aún no definido plenamente, "surgido también dentro del Tribunal Constitucional mediante su comunicado de fecha 7 de abril de 2005" (sic); además que se presentó una disidencia a la SC 0114/2003, del Magistrado Rolando Roca Aguilera, que sostuvo que el DS 24806 debió ser declarado inconstitucional por ser contrario al art. 59.5ª y 7ª de la CPE. Entonces, es un tema que debe ser definitivamente dilucidado por el Tribunal Constitucional.

i) El derecho a la seguridad jurídica del Estado boliviano y de todos los bolivianos, se ha visto lesionado por la inconstitucionalidad por omisión que ahora denuncia.

De acuerdo a lo expuesto, solicita se declare la inconstitucionalidad de los arts. 68, 69, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82 y 83 del CM, y al mismo tiempo, "se declare la nulidad de todos los contratos suscritos por el Poder Ejecutivo y de los contratos suscritos por particulares entre si, referentes a la explotación de riqueza nacional no autorizados por el Poder Legislativo".

I.2. Admisión y citaciones

Mediante Auto Constitucional 633/2005-CA, de 14 de diciembre (fs. 16 a 18), la Comisión de Admisión de este Tribunal admitió el recurso y dispuso se ponga el mismo en conocimiento del Presidente del Congreso Nacional, Sandro Giordano, como personero del Órgano que generó las normas impugnadas, lo que se realizó el 4 de enero de 2006, conforme consta en la diligencia de fs. 40.

I.3. Alegaciones del personero del órgano que generó las normas impugnadas.

Por memorial presentado el 13 de enero de 2006 (fs. 113 a 114 vta.), Sandro Stefano Giordano García, Presidente del Congreso Nacional, sostiene lo siguiente:

a) En la economía jurídica minera del país y desde hace más de cien años atrás, los contratos mineros y las concesiones mineras han sido regulados y se han sustanciado con los Códigos de minería de 13 de noviembre de 1834, de 13 de octubre de 1880, de 13 de febrero de 1925, de 7 de mayo de 1965, Ley 1234, de 11 de abril de 1991 y Ley 1777, de 17 de marzo de 1997, que es el Código de minería vigente.

b) En los contratos mineros, respetando las prescripciones del Código de minería, se han aplicado supletoriamente las normas pertinentes del Código mercantil y del Código civil. Las autoridades e instancias competentes en materia minera, en representación del Estado, que es el dueño originario de las sustancias minerales, han otorgado, otorgan, mantienen y extinguen las concesiones mineras sin intervención, autorización, ni aprobación del Poder Legislativo, porque así lo determina la Constitución Política del Estado.

c) Señala que desde la Constitución Política del Estado de 1938, y según el art. 136.I de la CPE, son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les da esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. El art. 136.II de la CPE de este precepto constitucional, estatuye que la ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares. Esta ley que refiere la Constitución Política del Estado, es precisamente el Código de minería, que regula todas las adjudicaciones o concesiones así como los contratos mineros. Así, cuando el particular o adjudicatario obtiene una concesión minera siguiendo los trámites previstos en la parte adjetiva del Código, "la concesión minera sale del dominio originario del Estado mediante el acto de concesión minera para incorporarse al patrimonio del adjudicatario como un verdadero derecho real", cuyas características están claramente señaladas en el art. 4 del CM, siendo éste el fundamento legal que reconoce al adjudicatario o concesionario minero un derecho real pleno, así como la facultad de contratar y disponer de su concesión, sin que medie para ese fin, ninguna otra autorización o aprobación de ninguna autoridad. Es decir que el Poder Legislativo no puede ni debe intervenir autorizando o aprobando las concesiones mineras o contratos mineros constituidos o celebrados entre particulares respecto a sus derechos reales de los cuales son titulares.

d) Aduce que, "por lógica jurídica", los arts. 68, 69, 76, y 77 del CM, en la forma en que están redactados, constituyen el complemento necesario a lo dispuesto por el art. 4 del CM, y no contradicen ningún precepto constitucional.

e) Finaliza indicando que la concesión es un acto de derecho público, mediante el cual el Estado delega a una persona o una empresa particular, llamada concesionario, una parte de su autoridad y de sus atribuciones, para la prestación de un servicio de utilidad general, fijándose las condiciones en un contrato específico, es decir que el Estado otorga al concesionario un derecho temporal, que no priva de la titularidad del mismo, ya que ésta es una función propia de la Administración Pública, además que el Estado conserva en todo

momento la facultad de otorgar, controlar y supervigilar la ejecución del contrato de concesión. A todo eso se suma que el Poder Legislativo sancionó el Código de minería con todo el procedimiento legislativo conforme dispone la Constitución Política del Estado.

Solicita se declare la constitucionalidad de los arts. 68, 69, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82 y 83 del CM.

I.4. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional.

A Solicitud de la Magistrada Relatora, a efectos de contar con mayores elementos de juicio para dilucidar el presente recurso, mediante AC 118/2006-CA, de 9 de marzo, la Comisión de Admisión solicitó al Presidente del Congreso Nacional, remita la documental allí detallada, suspendiéndose el cómputo del plazo para dictar la Resolución.

Recibida la literal, el 6 de abril de 2006, dada la complejidad que demandó un estudio y análisis minucioso y pormenorizado del asunto, toda vez que dicha documental consta de veintiún cuerpos consistentes en las actas de debates de la Asamblea Constituyente de 1967, se reanudó el cómputo del referido término el 26 de abril de 2006, siendo la nueva fecha de vencimiento el 27 de abril de 2006.

Por requerir de mayor análisis y amplio estudio, de conformidad a lo establecido en el art. 2 de la Ley 1979 de 24 de mayo de 1999, mediante Acuerdo Jurisdiccional 64/2006, de 27 de abril, se amplió el plazo procesal para dictar resolución hasta el 19 de mayo de 2006, por lo que la presente Sentencia es pronunciada dentro del plazo legal.

II. CONCLUSIONES

De los actuados que informan el expediente, se establece que:

II.1. A objeto de contar con los elementos de juicio necesarios para emitir Sentencia, resulta necesario transcribir el contenido de las normas del Código de minería impugnadas en el recurso:

Dentro del Título VI De los Contratos Mineros, el Capítulo I, de Disposiciones Generales, establece en sus arts. 68 y 69 del CM, lo siguiente:

"Artículo 68.- Sobre las concesiones, actividades mineras y sus productos pueden celebrarse toda clase de actos y contratos, los mismos que se rigen por el presente Código y, en lo que fuere aplicable, por el Código de Comercio, Código Civil y otras normas legales pertinentes."

"Artículo 69.- Los títulos ejecutoriales y los contratos traslativos de dominio, así como los de riesgo compartido, de arrendamiento y los de opción de compra, relativos a concesiones mineras, para tener eficacia jurídica, deben celebrarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro Minero a cargo del Servicio Técnico de Minas y en el Registro de Derechos Reales."

En el Capítulo III del Título VI, ahora estudiado, se encuentran los arts. 72, 74 y 75 del CM

objetados, que dicen:

"Artículo 72.- El préstamo minero se rige por la ley común.

La concesión minera puede hipotecarse, el acreedor puede llevar la ejecución u otro litigio hasta el remate de los bienes gravados, conforme a la ley civil."

"Artículo 74.- A los efectos de la oponibilidad, los contratos con garantía hipotecaria o prendaria deben inscribirse obligatoriamente en el Registro de Derechos Reales."

"Artículo 75.- La maquinaria, herramientas y demás bienes son susceptibles de hipoteca juntamente con la concesión minera. También puede constituirse prenda sobre ellos."

Dentro del mismo Título del Código de minería, el Capítulo IV estipula norma para los contratos de riesgo compartido, donde se hallan los arts. 76 al 83 del CM también impugnados, que disponen:

"Artículo 76.- Las sociedades constituidas en el país, así como las entidades y corporaciones del Estado y las personas individuales o colectivas, nacionales o extranjeras, domiciliadas y representadas en el país, pueden celebrar contratos de riesgo compartido para el desarrollo o ejecución de trabajos, proyectos, obras, servicios, suministros y otros de carácter minero. Pueden, asimismo, desarrollar o ejecutar los trabajos, obras y servicios complementarios o accesorios al objeto principal del contrato de riesgo compartido."

"Artículo 77.- Las personas individuales o colectivas extranjeras que suscriban contratos mineros de riesgo compartido se rigen por las leyes nacionales, deben constituir domicilio en Bolivia y cumplir los demás requisitos establecidos en la legislación nacional".

"Artículo 78.-El contrato de riesgo compartido no constituye sociedad ni establece personalidad jurídica. Los derechos y obligaciones asumidos por las partes y la forma de cubrir la responsabilidad hacia terceros se rigen por lo acordado en el respectivo contrato."

"Artículo 79.- El contrato de riesgo compartido debe celebrarse mediante escritura pública. Surte efecto legal frente a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro de Comercio."

"Artículo 80.- El contrato de riesgo compartido contendrá, además de todo aquello que las partes convengan:

- a) Objeto, con especificación de las actividades a realizar y de los medios acordados para su ejecución;
- b) Plazo, que podrá ser fijo o determinado por la duración del proyecto que constituya el objeto;
- c) Denominación, que deberá estar seguida por la expresión Riesgo Compartido "R.C.";
- d) Nombre o denominación, nacionalidad, domicilio y datos de inscripción en el Registro de Comercio, en su caso, de cada una de las partes. Tratándose de sociedades debe insertarse en la escritura la resolución del órgano societario que aprobó la celebración del contrato de riesgo compartido;

- e) Obligaciones asumidas por las partes, las contribuciones o aportes comprometidos y los modos de financiar las actividades comunes;
- f) Designación de los representantes y administradores con especificación del nombre o denominación, domicilio y facultades. En el contrato se estipulará la forma de reemplazarlos en caso de muerte, incapacidad, impedimento, renuncia u otros que correspondan;
- g) Sistema o forma convenidos para la participación de los contratantes en la distribución de los resultados, ingresos y gastos;
- h) Causales de separación y exclusión de alguna de las partes, así como las condiciones de admisión de nuevas partes;
- i) Sanciones por incumplimiento de obligaciones;
- j) Obligatoriedad de establecer un sistema de contabilidad y preparación de estados financieros y balances de acuerdo con la legislación nacional;
- k) Causas de resolución y extinción del contrato y forma de designación del o los liquidadores, y
- l) Régimen de solución de controversias".

"Artículo 81.- Los representantes y administradores del riesgo compartido deben tener poderes suficientes de todas las partes para ejercer los derechos y contraer las obligaciones relativas al desarrollo y ejecución del contrato."

"Artículo 82.- Salvo estipulación expresa en contrario, no se presume la solidaridad ni la responsabilidad ilimitada de las partes en los contratos de riesgo compartido por los actos y operaciones de éste, ni por las obligaciones contraídas frente a terceros."

"Artículo 83.- La quiebra de cualesquiera de las partes o la incapacidad o muerte de los contratantes individuales no causa la extinción del contrato de riesgo compartido, salvo pacto en contrario."

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El recurrente arguye que los arts. 68, 69, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82 y 83 del CM, son contrarios a los arts. 2, 30, 59.5ª y 7ª, 136, 137, 138 y 228 de la CPE.

III.1. Alcances del control de constitucionalidad.

El art. 54 de la LTC, prevé que: "El recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad procederá contra toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, contraria a la Constitución Política del Estado como acción no vinculada a un caso concreto."

Constituyendo este recurso una acción constitucional extraordinaria que: "...tiene por finalidad el control objetivo de las disposiciones legales ordinarias para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con los principios, declaraciones, preceptos y normas de la Constitución, con el objeto de realizar una depuración del ordenamiento jurídico del Estado..." (SC 009/2003, de 3 de febrero).

De tal manera y con carácter previo a dilucidar la problemática planteada, siguiendo el criterio expresado en la SC 0051/2005, de 18 de agosto, es necesario precisar los alcances del control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional a través de los recursos de inconstitucionalidad, por cualquiera de las dos vías reconocidas -directa o

indirecta-. En ese orden, cabe señalar que el control de constitucionalidad abarca los siguientes ámbitos: a) la verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales impugnadas con las normas de la Constitución Política del Estado, lo que incluye el sistema de valores supremos, principios fundamentales, así como los derechos fundamentales consagrados en dicha Ley Fundamental; b) la interpretación de las normas constitucionales así como de la disposición legal sometida al control desde y conforme a la Constitución Política del Estado; c) el desarrollo de un juicio relacional para determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales; determinando previamente el significado de la norma legal por vía de interpretación; y d) la determinación de mantener las normas de la disposición legal sometida al control. De lo referido se concluye que el control de constitucionalidad no alcanza a la valoración de los fines, los propósitos, la conveniencia o beneficios que pudiese generar la disposición legal sometida a control; lo que significa que el Tribunal Constitucional, como Órgano encargado del control de constitucionalidad, no tiene a su cargo la evaluación de si son convenientes, oportunos o benéficos los propósitos buscados por las normas impugnadas, su labor se concentra en el control objetivo de constitucionalidad de las disposiciones legales objetadas. Es en ese marco que resolverá la problemática planteada en el presente recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad.

III.2. Las normas constitucionales cuya infracción se denuncia

Con el fin de facilitar la elaboración y realización del juicio de constitucionalidad entre las normas impugnadas y las disposiciones de la Constitución Política del Estado cuya lesión se denuncia, es imperioso efectuar un estudio de estas últimas.

a) El art. 2 de la CPE

El art. 2 de la CPE expresa: "La soberanía reside en el pueblo; es inalienable e imprescriptible; su ejercicio está delegado a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La independencia y coordinación de estos poderes es la base del gobierno. Las funciones del poder público: legislativa, ejecutiva y judicial, no pueden ser reunidas en el mismo órgano."

Esta disposición constitucional, según la SC 0019/2005, de 7 de marzo, consigna tres normas, dos principistas y una orgánica, "(...) De un lado, la norma a través de la cual el Constituyente ha consagrado el principio fundamental de la soberanía popular, conocido también como el principio democrático, que tiene como significado la pertenencia del poder al pueblo, es decir, que el pueblo es el origen de todo poder, lo que implica el reconocimiento a aquél del derecho de crear o configurar su propio orden político fundamental, su Constitución, así como el derecho de modificarla. En consecuencia, el poder del Estado emana del pueblo el que, en un sistema democrático representativo, delega su ejercicio a sus mandatarios y representantes mediante elecciones libres, pluralistas, igualitarias y ampliamente informadas.

De otro, contiene una norma orgánica que crea los órganos del poder constituido, el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a través de los cuales se ejerce el poder del Estado.

Finalmente, incluye una norma que proclama el principio de la separación de funciones, conocida también en la doctrina clásica del Derecho Constitucional como el principio de la

‘división de poderes’, implica la distribución de competencias y potestades entre diversos órganos estatales para el ejercicio del poder, de manera que esa distribución se constituya en una limitación para cada órgano de poder, el que sólo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia."

b) El art. 30 de la CPE.

El art. 30 de la CPE dispone lo siguiente: "Los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les confiere esta Constitución Política del Estado, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente les están acordadas por ella".

Siguiendo la citada SC 0019/2005, esta disposición consigna dos normas constituyendo obligaciones negativas para los órganos del Poder Público. La primera norma establece una obligación negativa para los poderes, prohibiendo que deleguen las facultades y potestades que les confiere la Constitución Política del Estado, lo que supone que ningún órgano de poder puede delegar, a otro órgano o autoridad, las funciones y atribuciones que le confiere la Ley Fundamental. Esa norma constituye una garantía constitucional al principio fundamental de separación de poderes. La segunda norma también establece una obligación negativa para los Órganos Legislativo y Judicial, prohibiendo que otorguen facultades extraordinarias al Ejecutivo; es una norma, se sustenta en el principio de la indelegabilidad e intransferencia de funciones, como garantía del principio fundamental de la separación de poderes base esencial del Estado Social y Democrático de Derecho.

c) El art. 59.5ª y 7ª de la CPE.

El art. 59 de la CPE establece las competencias del Poder Legislativo.

La atribución quinta reconocida a este órgano del Estado, está referida a: "Autorizar y aprobar la contratación de empréstitos que comprometan las rentas generales del Estado, así como los contratos relativos a la explotación de las riquezas nacionales."

Este artículo confiere al Poder Legislativo, la facultad de autorización y aprobación de dos tipos de contratos: a) los de empréstito, a través de una autorización previa a la contratación que se emitirá mediante ley de la República, una vez revisados los antecedentes económico-financieros respecto de la fuente de financiamiento, el destino de los recursos, la forma, plazos de pago y costo financiero; asimismo, respecto de los recursos con los que se cancelará el crédito. Siguiendo lo expresado en "La Constitución Política del Estado. Comentario Crítico" de Stefan Jost, José Antonio Rivera, Gonzalo Molina y Huáscar Cajías, la finalidad que tiene esta atribución es establecer un mecanismo de control previo para evitar que el Poder Ejecutivo pueda asumir obligaciones económicas que pongan en riesgo los ingresos y las rentas nacionales. Se trata de un mecanismo de control previo, es decir antes que el Ejecutivo pueda contraer los compromisos.

En la segunda parte, esta norma constitucional se refiere b) al control de los contratos de explotación de las riquezas nacionales, orientado fundamentalmente a preservar la explotación racional y sostenible de la riqueza nacional, y establecer la transparencia del proceso de adjudicación del contrato respectivo para evitar actos de corrupción. Se trata de una función de control previo, pues antes que el Poder Ejecutivo suscriba los contratos de

explotación de recursos naturales, debe acudir al Legislativo para obtener dicha autorización.

El art. 59.7ª de la CPE, reconocida al Poder Legislativo es la relativa a "Autorizar la enajenación de bienes nacionales, departamentales, municipales, universitarios y de todos los que sean de dominio público".

Esta competencia se refiere al control de la enajenación de los bienes nacionales, departamentales, municipales, universitarios y otros bienes de dominio público, a título gratuito u oneroso. Para ese efecto, el Poder Legislativo, previa constatación de antecedentes, autorizará dicha enajenación mediante una ley de la República. Ello, también, significa un sistema de control previo por parte del Legislativo, ya que dispone que el Poder Ejecutivo central, la administración departamental o Prefectura, el Gobierno Municipal y las Universidades, acudan a aquél, para recabar autorización previa con el fin de poder disponer la enajenación de sus bienes.

d) El art. 136 de la CPE, reza:

"Artículo 136.-

I. Son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les da esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento.

II. La ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares."

El dominio originario del Estado tiene directa relación con el dominio público, cuyas características esenciales son la inalienabilidad e imprescriptibilidad, que se mencionan en otros preceptos constitucionales, también invocados por el impetrante.

e) El art. 137 de la CPE señala:

"Artículo 137.-

Los bienes del patrimonio de la Nación constituyen propiedad pública, inviolable, siendo deber de todo habitante del territorio nacional respetarla y protegerla"

La SC 0019/2005, en relación al precepto constitucional aludido, expresó que esta disposición consigna dos normas: a) una norma declarativa orientada a resguardar los bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, declarándolos de propiedad pública y de carácter inviolable; y b) una norma constitutiva de un deber constitucional para los habitantes del territorio nacional de respetarla y protegerla.

"A los fines de la resolución de la problemática planteada resulta necesario establecer los alcances del carácter inviolable que la Constitución Política del Estado otorga a los bienes del patrimonio de la Nación. Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas, inviolable significa "que no se puede o no se debe violar o profanar", y el vocablo inviolabilidad significa la "incolumidad, intangibilidad o prohibición rigurosa de

tocar, violar o profanar a una cosa, de infringir un precepto o de atentar contra alguien o algo", finalmente la inviolabilidad de la propiedad significa "el carácter absoluto del dominio sobre un bien (...) la intangibilidad del derecho de propiedad (que no debe o puede tocarse), sin otra excepción que la de la expropiación forzosa por utilidad pública". De lo referido se puede inferir que la intención del Constituyente, al consignar esta norma, fue la de otorgar una garantía a los bienes del patrimonio de la Nación frente a los particulares o personas privadas para que los mismos no sean afectados o tomados en propiedad por éstos, salvo para ser usados o aprovechados en las formas y condiciones previstas por la Constitución Política del Estado y las leyes que regulan la materia; ello implica también que dichos bienes no pueden ser objeto de embargos o secuestros a instancia de particulares o empresas privadas (Las negrillas y el subrayado son nuestros).

"De otro lado resulta importante señalar que, según la doctrina del Derecho Administrativo, los bienes del Estado se clasifican en: a) Bienes dominiales, aquellos que integran el patrimonio público indisponible del Estado, los que devienen del dominio original de la Nación y tienen su fundamento en la soberanía del Estado; dadas sus características son inalienables, inembargables, imprescriptibles y no susceptibles de propiedad privada, es decir, intransferibles. Dentro de este grupo se ubican los bienes de dominio público aéreo, los de dominio público marítimo, los de dominio público terrestre, dentro de este último grupo de bienes se ubican determinadas riquezas nacionales de carácter estratégico como los minerales, o los hidrocarburos; las riquezas históricas y culturales del Estado. b) Bienes dominicales, aquellos que integran el patrimonio privado del Estado, por lo mismo son prescriptibles, embargables y disponibles, es decir, susceptibles de sustracción del destino de uso público para que ingrese al dominio privado, por lo tanto son transferibles según los mecanismos y procedimientos previstos por la Constitución Política del Estado y las leyes. En este grupo de bienes se encuentra los bienes inmuebles, muebles, enseres que son ocupados y utilizados por los órganos del poder central, regional o gobiernos locales autónomos, las entidades descentralizadas, autónomas, autárquicas y las empresas estatales. Dentro de esa clasificación, algunos Estados constituyen una categoría especial de bienes que, por importancia estratégica para su desarrollo económico, o por tener un valor histórico, se constituyen en intangibles, inalienables e inviolables, bienes que los catalogan como "Patrimonio Nacional" o "Patrimonio de la Nación" (Las negrillas son nuestras).

"En el caso del Estado boliviano, de las normas previstas por los arts. 136, 137, 138, 139 y 59.7ª de la CPE se infiere que el Constituyente, siguiendo los criterios doctrinales antes referidos, ha definido que el Estado posee dos clases de bienes: a) los bienes de dominio público (bienes dominiales), algunos de los cuales forman parte del Patrimonio de la Nación; y b) los bienes sujetos al régimen jurídico privado (bienes dominicales)" (Las negrillas son nuestras).

f) En cuanto al art. 138 de la CPE.

Dentro del criterio del art. 137, el art. 138 de la CPE, manifiesta que: "Pertencen al patrimonio de la Nación los grupos mineros nacionalizados como una de las bases para el desarrollo y diversificación de la economía del país, no pudiendo aquellos ser transferidos o adjudicados en propiedad a empresas privadas por ningún título. La dirección y administración superiores de la industria minera estatal estarán a cargo de una entidad autárquica con las atribuciones que determina la ley."

Esta disposición hace alusión a la minería nacionalizada, sosteniendo que los grupos mineros nacionalizados, no pueden ser transferidos o adjudicados en propiedad a empresas privadas, bajo ningún título, además que la dirección y administración de la industria minera estatal estarán a cargo de una entidad autárquica, de lo que se concluye que se está refiriendo a la actividad minera del Estado, y no a aquella que podría ser desarrollada por empresas privadas.

g) Finalmente, el art. 228 de la CPE.-

Textualmente dispone: "La Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones."

Este precepto constitucional proclama, por un lado, el principio de supremacía constitucional, que implica que la Constitución Política del Estado es la Ley Suprema y fundadora de todo el ordenamiento jurídico del país, y de otro, el principio de jerarquía normativa, al señalar la estructura jurídica del Estado respecto de los niveles jerárquicos de las disposiciones que conforman el ordenamiento, constituyendo así la pirámide jurídica en la que las normas inferiores no pueden contradecir a las superiores.

III.3. Contexto doctrinal respecto de la problemática ahora planteada

III.3.1.. La separación de funciones y la función de control del Órgano Legislativo del Estado

El Estado Social y Democrático de Derecho, está constituido sobre la base de principios, entre los que se encuentra el de la división de poderes, conocido por la doctrina constitucional contemporánea como la separación de funciones, que evita la concentración del poder en una misma persona u órgano -que genera su uso abusivo y arbitrario-, garantizando con ello, la libertad, la dignidad y la seguridad de los ciudadanos; conforme lo expresó la SC 0009/2004, de 28 de enero: "(...) el principio de la separación de funciones, conocida también en la doctrina clásica del Derecho Constitucional como el principio de la 'división de poderes', implica la distribución de competencias y potestades entre diversos órganos estatales para el ejercicio del poder, de manera que esa distribución se constituya en una limitación para cada órgano de poder, el que sólo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia." (las negrillas son nuestras). En nuestra Constitución Política del Estado, conforme dispone el art. 2 de la CPE, el poder se ejerce por los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Las técnicas del control son, estructuralmente, de dos tipos. Cuando las instituciones de control operan dentro de la organización de un solo detentador del poder, son designadas como controles intraórganos. Cuando, por otra parte, funciona entre diversos detentadores del poder que cooperan en la gestión estatal, se les designa como controles interórganos. Los conceptos de controles "intraórganos" e "interórganos" están tomados de la conocida terminología del derecho constitucional americano, que distingue entre la jurisdicción de los Estados miembros (intra state), y jurisdicción entre los Estados o jurisdicción federal (inter-state). Los controles intraórgano e interórgano constituyen conjuntamente la categoría de los

controles horizontales, la misma que, lógicamente, requiere ser completada y confrontada con la articulación vertical del proceso del poder. Bajo esta segunda categoría se entienden aquí aquellos controles que operan entre la totalidad de los detentadores del poder establecidos constitucionalmente y encargados de dirigir el proceso gubernamental, y todas las otras fuerzas sociopolíticas de la sociedad estatal, que pueden funcionar sobre una base territorial, pluralista y hasta individual.

Tal como resalta la jurisprudencia constitucional arriba citada (SC 0009/2004), lo que el art. 2 de la CPE regula por medio de la separación de funciones, es el ejercicio del poder; pues bien, la moderna doctrina constitucional, reconoce otros mecanismos que tienen el mismo objeto de regular, limitar y racionalizar el ejercicio del poder; así Karl Lowenstein, autor de la moderna doctrina constitucional, expresa que el poder presenta una nueva división, a saber: a) decisión política conformadora o fundamental; b) la ejecución de la decisión política; y, c) el control político.

a) La decisión política conformadora o fundamental, consiste en la elección de una, entre varias posibles políticas fundamentales, entre las que se encuentra el Estado. Por decisión política fundamental debe entenderse aquellas que son determinantes en el presente y para el futuro de la sociedad; así, la elección de un sistema político, de una forma de gobierno, que generalmente se efectúa en las normas constitucionales; empero, también pueden tomarse por los órganos constituidos; en ese ámbito; la elección entre el libre cambio y el proteccionismo, la dirección que se deberá dar a la educación, humanista o técnica, la alternativa entre un sistema económico con empresa privada libre del control estatal o un sistema de economía dirigida. De lo expuesto se concluye que las decisiones políticas fundamentales corresponden generalmente al poder constituyente originario o derivado; pero también a los Órganos Legislativo, e incluso al Órgano Ejecutivo. En ese marco doctrinal, es una política conformadora o fundamental la forma de explotación de los recursos naturales y la riqueza nacional de un Estado.

b) La ejecución de la decisión de la política fundamental, que comprende llevar a la práctica las decisiones fundamentales, frecuentemente mediante la ejecución de la legislación, como de las decisiones políticas; tal labor esta encargada a los tres Órganos del Estado, aunque en gran medida al Ejecutivo, que se dota de los medios administrativos para dicha función; en menor medida la cumple el Legislativo; y el Judicial mediante técnicas diferentes, pues su labor es ejecutar y aplicar la ley al caso concreto, cabe recordar que el sentido de la ley y su correspondencia con una visión filosófica específica, ha sido asumido por la voluntad política conformadora fundamental, por vía constitucional o legal ordinaria.

c) El control político, que son los mecanismos para moderar y limitar el poder político del gobierno y de los detentadores del poder, tomando como base la propia separación de funciones, pues los diferentes Órganos del Estado se encuentran limitados y controlados mediante los frenos y contrapesos, y por la obligada coordinación entre ellos para expresar la voluntad estatal; también se reconoce como un componente esencial del control el ejercido por el pueblo o soberano. Modernamente, el control es también ejercido por los mecanismos de la democracia directa, tales como el referéndum, el control social y ciudadano, la revocatoria de mandato (voto constructivo de censura municipal), e incluso por mecanismos sociológicos no institucionalizados, como la opinión pública.

El control asume dos modalidades básicas: el control por distribución de poder; es decir, cuando se requiere la voluntad de dos o más detentadores del poder para producir un acto jurídico estatal, como en el nombramiento del Contralor General de la República por el Ejecutivo, en base a ternas propuestas por el Senado; o por negación del poder; que acaece cuando un poder del Estado puede disolver un acto de otro poder, o en Estados de forma de gobierno parlamentario a este último poder; por ejemplo el veto presidencial a las leyes que sancione el Congreso, o la disolución del Parlamento por el Poder Ejecutivo o el Gobierno, en los regímenes parlamentarios.

III.3.2.. El control del Legislativo sobre el Ejecutivo

Es una forma de control inter-órganos, sustentada en que el Legislativo es la representación del soberano, y por ello la expresión de mayorías y minorías de la población, lo que equivale a decir que representa el equilibrio de la fuerzas sociales de un Estado; y consiste en las acciones que el Legislativo está facultado a realizar sobre los actos del Ejecutivo, ya sea para producir un acto jurídico estatal, o para negar la constitución de ese acto. Los mecanismos adoptados por la mayoría de los Estados Constitucionales son: la aprobación o rechazo de una ley apoyada por el Ejecutivo, las interpelaciones y censuras, la investigación por comités o comisiones de parlamentarios de los actos ejecutivos, la ratificación de tratados, participación en el nombramientos de autoridades judiciales, militares, alto cargos administrativo-políticos y otras. Modernamente se asume al control también como función técnica, que puede ser ejercida en forma previa al acto o en forma posterior.

En Bolivia la Constitución Política del Estado ha establecido diversos mecanismos para que el Legislativo ejerza su función de control y fiscalización; así, las previstas por sus arts. 59.3ª, 5ª, 7ª, 8ª, 9ª, 11ª, 12ª, 13ª, 22ª; 62.2º, 70, 111.II, 113, 114, 151 y 152 de la CPE.

III.3.3.. La inconstitucionalidad por omisión

Se alude a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento inconstitucional no se traduce por actos, sino por abstención de conducta. En otras palabras, este tipo de inconstitucionalidad, sobreviene cuando el órgano que, conforme a la Constitución Política del Estado, debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo; o, más claramente, la inconstitucionalidad por omisión consiste en la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un largo período, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.

Conforme sostiene José Julio Fernández Rodríguez (en *La Inconstitucionalidad por Omisión*, Civitas, Madrid, 1998, pag. 31), todo texto constitucional se ve en la imposibilidad de agotar todas las materias que son objeto de tratamiento, no sólo por razones fácticas o de conveniencia política, sino, y especialmente, por motivos de orden técnico relativos a la función de la Constitución Política del Estado y a la metodología de su elaboración. Los constituyentes recogen una serie de aspiraciones y anhelos del pueblo, un conjunto de valores e ideas que se traducen en un determinado contenido material en la Ley Suprema. Esta labor tiene como resultado una Constitución Política del Estado integrada por normas de diferente carácter y de distinto tipo, con la consiguiente repercusión en la intensidad de su vinculación. La aludida imposibilidad fáctica y las exigencias de técnica legislativa dan lugar a que el legislador ordinario asuma la necesidad de desarrollar determinados preceptos del

Texto Fundamental para, de esa manera, asegurar la eficacia del proyecto constitucional y la concreción del mismo.

El primer efecto de esta situación es la aparición en el articulado de la Ley Fundamental, de una serie de normas que generan la concreta obligación de ser desarrolladas por el legislador ordinario para tender a la eficacia plena. Tales normas son los encargos al legislador que no son meras proposiciones declarativas sino que constituyen verdaderas normas jurídicas que necesitan conectarse con otras para originar su efectividad.

Sin embargo, se debe discriminar entre las diferentes normas que integran la Ley Suprema para ver en qué casos se puede producir la omisión inconstitucional, pues no todos los preceptos que integran el Texto Básico poseen el mismo carácter, la misma naturaleza, ni tienen que ser necesariamente desarrollados por el legislador ordinario, dado que algunas de ellas deben ser aplicadas en forma inmediata sin disposición inferior que las reglamente, regule o desarrolle.

III.3.4.. Tipos de normas contenidas en la Constitución Política del Estado

Resulta imprescindible para la resolución del presente recurso, establecer doctrinalmente, la clasificación de las normas que contiene la Constitución Política del Estado. Así, siguiendo a Néstor Pedro Sagüez (Teoría de la Constitución, Astrea, Buenos Aires, 2001, pag. 261), se debe manifestar que no todas las reglas constitucionales tienen idéntico vigor formal. Pueden distinguirse: a) las cláusulas declarativas; b) las cláusulas programáticas (de cumplimiento discrecional o de cumplimiento obligatorio para el legislador); y c) las cláusulas operativas (permisivas, preceptivas y prohibitivas).

a) Cláusulas declarativas, son las que efectúan declaraciones casi siempre genéricas y que, contrariamente a lo que algunos autores sostienen, no se agotan con el simple acto de la declaración, pues tales cláusulas tienen como fin, cuando menos, de invalidar una norma inferior que las contradiga, además que significan pautas para el comportamiento jurídico del legislador, ya que éste debe someterse al hecho ideológico constitucional, marcado a menudo por esas normas constitucionales declarativas. Del mismo modo, son útiles para interpretar el resto de las normas constitucionales y la normativa infraconstitucional.

b) Cláusulas programáticas, La cláusula constitucional programática es aquella no operativa, o no autoaplicativa, también se la llama de efecto diferido. En concreto, para funcionar requiere el dictado de otra norma, de inferior jerarquía u ordinaria, que la reglamente o instrumente. Por eso las normas programáticas han sido juzgadas como "bajo condición suspensiva", la condición es el dictado de esa norma infraconstitucional, que entonces monitoriza a las reglas constitucionales programáticas convirtiéndolas en operativas.

En efecto, las normas que pueden catalogarse como encargos al legislador, son normas constitucionales de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ella contenida, resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena. Por ejemplo, el art. 136 de la CPE, luego de señalar cuáles son los bienes de dominio originario del Estado, dispone que será la ley –instrumento normativo emitido por el Legislativo- que establezca las condiciones de dicho dominio; en otro ámbito, en el Régimen Cultural, cuando

en el art. 184 la CPE dispone que el personal docente es inamovible, encarga al legislador determinar, mediante ley, las condiciones para esa inamovilidad; o, en cuanto al Régimen de las Fuerzas Armadas, en el art. 214 de la CPE, dispone que los ascensos en esa institución serán otorgados conforme a ley; o, para dar otro ejemplo más, se encuentra otro encargo al legislador en los arts. 220, 221, y 222 de la CPE, del Régimen Electoral, cuando la Constitución Política del Estado dispone que el legislador regule, a través de ley, la votación de los ciudadanos extranjeros en elecciones municipales, los requisitos para ser candidatos, y la organización de partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas.

c) Cláusulas Operativas, frente a las normas programáticas, las operativas son autoaplicativas: se efectivizan sin necesidad de una norma complementaria o inferior que las regule o implemente para entrar en funcionamiento. Las normas operativas son de distinta índole, según el tipo de conducta a que hagan referencia.

a. Normas permisivas, facultan a los particulares o a la autoridad pública, a realizar, o no, determinadas conductas. Las reglas enunciativas de los derechos personales, son, por lo común, normas constitucionales permisivas, en tanto los particulares pueden ejercer o no el derecho en cuestión, por ejemplo, el derecho a ser o no propietario; a practicar o no un culto religioso.

b. Normas preceptivas, son las que imponen a los particulares o agentes públicos, determinados comportamientos. Son deberes de acción. Por ejemplo, en el art. 10 de la CPE, en cuanto a la aprehensión de un delincuente in fraganti por parte de cualquier persona, aún sin mandamiento, dispone el deber de conducir al aprehendido inmediatamente ante autoridad o juez competente. Las normas preceptivas no requieren de desarrollo alguno, son mandatos de acción de los que no puede sustraerse nadie al ser imperativos, y de hacerlo, deberá estar a las consecuencias de su inobservancia al mandato constitucional. Dicho de otra manera, las normas preceptivas no precisan de desarrollo legislativo, pues se aplican por sí solas, así, el art. 2 de la CPE, no requiere de una ley para generar los tres órganos del Estado; de igual modo, el art. 59.5ª y 7ª de la CPE no precisa de norma legislativa que reconozca esas atribuciones, pues el órgano Legislativo, no sólo puede ejercerlas en forma directa, sino que está obligado a hacerlo, pues es su función, así como los demás órganos deben respetar tal ejercicio.

c. Normas prohibitivas. Son las que impiden realizar determinados actos a la autoridad pública o a los particulares, es decir que enuncian deberes de omisión. Así se tiene, entre otras de este tipo, la prohibición de toda especie de torturas, coacciones, exacciones o cualquier violencia física o moral, que determina el art. 12 de la CPE.

III.4. El contexto normativo de las disposiciones impugnadas

Las normas impugnadas por el impetrante forman parte del Código de minería –Ley 1777, de 17 de marzo de 1997-, por lo que resulta imprescindible remarcar que su art. 1 del CM, señala que pertenecen al dominio originario del Estado todas las sustancias en estado natural, cualesquiera sea su procedencia y forma de presentación, hállese en el interior o en la superficie de la tierra. Su concesión se sujetará a las normas de dicho Código. En el art. 2 del CM, dispone que el Estado, a través del Poder Ejecutivo, otorgará concesiones mineras a las personas individuales o colectivas, nacionales o extranjeras, que las soliciten ante el

Superintendente de Minas de la jurisdicción, conforme a las normas de ese Código.

Conforme al art. 3 del CM, las personas individuales o colectivas que realicen actividades mineras quedan sometidas a las leyes del país; siendo extranjeras, se tiene por renunciada toda reclamación diplomática sobre cualquier materia relativa a dichas actividades.

El art. 4 del CM expresa que la concesión minera constituye un derecho real distinto al de la propiedad del predio en que se encuentra, aunque aquélla y éste pertenezcan a la misma persona. Es un bien inmueble, transferible y transmisible por sucesión hereditaria. Puede constituirse sobre ella hipoteca, y ser objeto de cualquier contrato que no contraríe las disposiciones de dicho Código. La concesión minera, de acuerdo al art. 5 del CM, está formada por una cuadrícula o por dos o más cuadrículas colindantes al menos por un lado, cuya extensión no podrá exceder las 2.500 cuadrículas. Según el art. 6 del CM, la cuadrícula es la unidad de medida de la concesión minera. Tiene la forma de un volumen piramidal invertido, cuyo vértice inferior es el centro de la tierra y su límite exterior, la superficie del suelo correspondiente planimétricamente a un cuadrado de quinientos metros por lado con una extensión total de veinticinco hectáreas. Sus vértices superficiales están determinados mediante coordenadas de la Proyección Universal y Transversa de Mercator (UTM), referidas al Sistema Geodésico Mundial (WGS-84).

Conforme al art. 10 del CM examinado, la concesión minera obliga a su titular y con la condición del pago de patentes, el derecho real y exclusivo de realizar por tiempo indefinido actividades de prospección, exploración, explotación, concentración, fundición, refinación y comercialización de todas las sustancias minerales que se encuentren en ella, incluidos los desmontes, escorias, relaves y cualesquier otros residuos mineros o metalúrgicos, respetando derechos preconstituidos. Se obtiene por concesión del Estado y se adquiere por actos jurídicos entre vivos o por causa de muerte, conforme a la ley civil; los derechos y obligaciones establecidos por este Código para los concesionarios mineros quedan extendidos a quienes ejerzan posesión legal en virtud de relación contractual.

Añade el art. 15 del CM, que los preceptos del art. 171 de la CPE y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Ley 1257, de 11 de julio de 1991, son aplicables al sector minero.

III.5. El juicio de constitucionalidad en el presente caso

Realizadas las consideraciones que anteceden, este Tribunal ingresa a analizar y dilucidar la problemática hoy planteada, para lo que efectuará el juicio de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas siguiendo el orden en que se encuentran en el Código de Minería que las agrupa.

a) El art. 68 del CM

Esta norma, dispone que, sobre las concesiones, actividades mineras y sus productos, pueden celebrarse toda clase de actos y contratos, que se regirán por dicho Código y, en lo que sea aplicable, por el Código de comercio, Código civil y otras normas legales pertinentes.

En este punto es necesario dejar claro que la concesión consiste en el otorgamiento

gubernativo a favor de particulares o de empresas, del aprovechamiento privado en el dominio público en minas, aguas o montes. Las diversas legislaciones han establecido distintos sistemas para la explotación de riquezas naturales en los países. Así, el sistema dominial sostiene que las minas pertenecen al dominio eminente del Estado como integrantes de una categoría de bienes de interés general, separados e independientes del suelo, pudiendo explotar la riqueza minera a través de particulares o en forma directa; consecuencia de ello es que se haya reservado al Estado la potestad de conceder permisos de exploración, de limitar las exploraciones y explotaciones a determinadas zonas o sustancias; obligar que se realicen determinadas inversiones o trabajos para mantener los premisos; exigir determinada capacidad técnica o económica para adjudicar este dominio a los particulares mediante la concesión; etc.

Por lo anterior, y partiendo de la premisa que el art. 136 de la CPE proclama que son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les da esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento; y dispone que la ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares, es la propia Constitución que permite otorgar la concesión; sin embargo, tal concesión no puede consistir en un bien inmueble, sino que la concesión faculta al concesionario a realizar actos y actividades de explotación sobre la riqueza natural en las condiciones que la ley establece, puesto que habrá que recordar que el principio de la dominalidad pública del Estado sobre las minas, lleva implícitamente el poder de concederlas para su explotación dado que hay también un interés general, público, en que las minas se exploten para evitar que la improductividad de esta riqueza prive a la sociedad de uno de sus elementos más valiosos para la defensa y la prosperidad común.

Es así que, examinada desde la óptica de lo establecido por los arts. 136 y 137 de la CPE, se tiene que el art. 68 del CM, al establecer la posibilidad que sobre las concesiones mineras se celebren "todo tipo de actos y contratos", implica que inclusive podrían celebrarse contratos de traslación de dominio, de enajenación, o de garantía hipotecaria, en contra de la inalienabilidad consagrada por las normas constitucionales señaladas, dado que se trata de bienes dominiales, que no pueden ser objeto de contratos entre particulares por cuanto su titularidad corresponde siempre al Estado.

Por consiguiente, el art. 68 del CM es contrario al mandato de los arts. 136 y 137 de la CPE, y debe declararse su inconstitucionalidad en la presente Sentencia.

b) El art. 69 del CM establece que la eficacia jurídica de los títulos ejecutoriales y los contratos traslativos de dominio, así como los de riesgo compartido, de arrendamiento y los de opción de compra, sobre concesiones mineras, se alcanza con la celebración mediante escritura pública y la inscripción en el Registro Minero a cargo del Servicio Técnico de Minas y en el Registro de Derechos Reales.

Esta disposición debe ser examinada desde dos puntos de vista: el primero en relación al art. 59 y la presunta inconstitucionalidad por omisión, denunciada por el recurrente; y, el segundo, en lo que toca a la traslación de dominio de los bienes nacionales.

En cuanto al primer punto, recuérdese que el recurrente, al formular el presente recurso,

señala la existencia de una supuesta inconstitucionalidad por omisión, en sentido que –a decir suyo– el Código de minería dejaría de lado la atribución del Congreso de autorizar los contratos sobre la explotación de riquezas nacionales, porque menciona solamente la celebración por escritura pública y la inscripción en los registros pertinentes. Sin embargo, debe considerarse que las atribuciones del Poder Legislativo constituyen mandatos de acción, y, como tales, no requieren ser desarrollados ni reiterados en normas legales de inferior jerarquía para su cumplimiento, de forma que, una vez efectuado todo el trámite legal para el otorgamiento de la concesión, corresponde al Ejecutivo, a través del órgano correspondiente, remitir los contratos al Legislativo para que éste cumpla con la competencia que el Constituyente le ha encomendado sobre la autorización de tales documentos, ya que no puede existir una "inconstitucionalidad normativa" por la inacción del Ejecutivo o de otro Poder Público que, con la omisión aplicativa de una norma preceptiva, ha impedido que el Legislativo ejercite una facultad privativa que le reconoce la Constitución Política del Estado.

Al respecto, es menester dejar claro que la inconstitucionalidad por omisión es una cuestión muy diferente a la omisión aplicativa, que consiste en la no aplicación de los preceptos constitucionales por aquellas instancias que les compete hacerlo. Aquí no se produce un problema de ausencia de desarrollo normativo que traiga como corolario la ineficacia de las disposiciones de la Constitución, sino que esa ineficacia se produce por la actitud de los poderes públicos que rehúsan aplicar cierta normativa constitucional a pesar que se dan las condiciones necesarias para ello y que esa normativa es de aplicación preceptiva, es decir, sin necesidad de reglamento ni desarrollo legislativo posterior alguno, es lo que sucede con el art. 59.5ª y 7ª de la CPE.

En la especie, habrá que recordar que la SC 0019/2005, manifestó que: "Esa autorización tiene su fundamento en la norma prevista por el art. 59.7ª de la Constitución, por cuyo mandato es atribución del órgano Legislativo 'autorizar la enajenación de bienes nacionales, departamentales, municipales, universitarios y de todos los que sean de dominio público'; asimismo tiene su fundamento en el principio de coordinación e interrelación de funciones, de los frenos y contrapesos, que como parte constitutiva del principio de la separación de funciones están consagrados por la propia Constitución. De lo referido se concluye que la potestad de otorgar la autorización para la enajenación de bienes nacionales corresponde al órgano Legislativo, en cambio el ejercicio mismo de la actividad contractual, es decir, el acto de enajenación mediante la celebración del contrato respectivo, es una facultad privativa del órgano Ejecutivo" (las negrillas son nuestras). Por consiguiente, el art. 69 del CM no contradice el art. 59.5ª y 7ª de la CPE.

En cuanto al segundo punto, conforme se ha afirmado en el Fundamento Jurídico III.2 del presente fallo, las riquezas naturales del país, son de dominio originario del Estado, constituyen bienes públicos dominiales, y por lo mismo, son inalienables, no pueden ser enajenados, no se puede trasladar la titularidad de su dominio a manos particulares.

El art. 136 de la CPE reconoce el dominio originario del Estado sobre las riquezas minerales, otorgando el mandato al legislador de establecer, mediante ley, las condiciones de ese dominio, el cual debe entenderse como dominio por parte del propio Estado; igualmente, dicha ley debe establecer las condiciones de concesión y adjudicación a particulares, obsérvese que el precepto constitucional no menciona la posibilidad de enajenación,

traslación de dominio ni transmisión hereditaria, precisamente porque se tratan de bienes públicos dominiales.

En consecuencia, el art. 69 del CM, en la parte que permite la celebración de contratos traslativos de dominio y de opción de compra, es contrario a lo previsto por el art. 136 de la CPE, por las razones jurídicas anotadas. Lo cual se encuentra en directa relación con el art. 137 de la CPE, que determina el carácter inviolable del patrimonio de la Nación, a lo que debe remarcarse que la voluntad del Constituyente, radica en dar una garantía a los bienes del patrimonio de la Nación frente a los particulares o personas privadas para que los mismos no sean afectados o tomados en propiedad por éstos, que es lo que hace el meritudo art. 69 del CM, en las frases "los contratos traslativos de dominio", y "los de opción de compra" resulte contrario al art. 137 de la CPE.

Desde esa premisa, es imprescindible reiterar que el art. 4 del CM señala que la concesión minera constituye un derecho real "distinto al de la propiedad del predio en que se encuentra", y le otorga la calidad de bien inmueble, transferible y transmisible por sucesión hereditaria. Pudiendo constituirse sobre ella, hipoteca y ser objeto "de cualquier contrato" que no sea contrario a las disposiciones de dicho Código. Esta norma si bien manifiesta que la concesión minera es un derecho real distinto al de la propiedad del predio donde está ubicada, otorga a la concesión, las mismas características de la propiedad, vale decir, la facultad de enajenación, transmisión por herencia, posibilidad de dar en garantía hipotecaria, y suscribir respecto de ella todo contrato dentro de los marcos del Código de minería, cual si fuera un bien inmueble, cuando no lo es, sino que la concesión otorga al titular de la misma, la potestad de explotación de los recursos correspondientes, cosa distinta a la propiedad del inmueble.

En ese sentido, debe tomarse en cuenta que, al tratarse de bienes públicos dominiales las riquezas minerales de Bolivia, éstas son inalienables, empero, la norma del art. 4 del CM faculta lo contrario de acuerdo a lo expresado, lesionando, por consiguiente, lo dispuesto por el art. 136 de la CPE, que consagra el dominio originario del Estado de tales bienes, dominio cuyas características esenciales son la inalienabilidad e imprescriptibilidad, por lo que el art. 4 del CM resulta inconstitucional por conexitud con el art. 69 del CM, más aún si se considera que le otorga el carácter de bien inmueble, cuando –como se tiene explicado– la concesión otorga la potestad de explotación o aprovechamiento, pero en ningún caso la propiedad del bien donde se encuentran las riquezas.

c) El art. 72 del CM, en su primer párrafo refiere que el préstamo minero se rige por la ley común. En su segundo párrafo dispone que la concesión minera puede hipotecarse y que el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, puede llevar la ejecución hasta el remate de los bienes gravados, o sea, hasta el remate de la concesión minera, de acuerdo a la ley civil.

En primer término, debe aquí aplicarse el mismo razonamiento expuesto en el inciso precedente en lo que concierne al deber de acción que impone el art. 59.5ª y 7ª de la CPE, o sea, que el art. 72 del CM no contradice tales disposiciones constitucionales por cuanto no está negando la obligación que tiene el Ejecutivo de remitir los contratos al Poder Legislativo para su aprobación, acción que no puede ser objeto de examen de constitucionalidad, como se tiene dicho.

Sin embargo, la norma del art. 72 del CM resulta contraria a lo dispuesto por los arts. 136, 137 y 138 de la CPE, por cuanto en su segundo párrafo prevé la posibilidad de hipotecar la concesión minera, y, como emergencia de esa medida, expresa que el acreedor puede llevar la ejecución u otro litigio hasta el remate de los bienes gravados, lo que implica que un particular pueda llegar a adjudicarse en remate la concesión minera, dando lugar a la traslación de dominio del bien, lo que no permite la concepción constitucional. Es más, en el anterior inciso del presente numeral, se dejó claro que los bienes públicos dominiales no pueden ser objeto de enajenación, de manera que, menos aún podrán ser hipotecados y rematados como si se tratara de bienes privados, lo que evidencia la lesión del párrafo segundo del art. 72 del CM, lo previsto en los arts. 136, 137 y 138 de la CPE.

d) En relación al art. 74 del CM, que contempla la facultad de establecer garantía hipotecaria o prendaria, mandando que sean registrados en Derechos Reales, también se aplica idéntico razonamiento jurídico que el expuesto en el inciso anterior, sobre el art. 72 del CM objeto de examen; lo que equivale a decir que la garantía hipotecaria da pie para que, ante un incumplimiento del contrato que está garantizando, pueda rematarse la concesión minera, cual se tratase de bienes privados, que no lo son; por ende, la facultad de dar en hipoteca la concesión minera vulnera el espíritu de los arts. 136, 137 y 138 de la CPE, razón por la que debe declararse su inconstitucionalidad, dejando claro que la potestad que da esta disposición legal de establecer garantía prendaria, no encierra inconstitucionalidad alguna porque la prenda recae sobre bienes muebles, maquinaria, etc..

e) Lo propio ocurre con el art. 75 del CM, que establece que la maquinaria, herramientas, y otros bienes pueden también ser hipotecados junto con la concesión minera y puede constituirse prenda sobre ellos. Las dos normas anteriores no contradicen lo preceptuado por la Constitución en los artículos invocados por el recurrente, toda vez que -conforme se tiene dicho- la constitución de hipoteca atenta contra la inalienabilidad característica y propia de los bienes públicos dominiales, como son las riquezas minerales que se encuentran en el territorio del país, motivo que hace imprescindible declarar la inconstitucionalidad de la frase "junto con la concesión minera" de la norma analizada, debiendo dejarse claro, nuevamente, que la facultad de constituir prenda no vulnera los preceptos constitucionales referidos.

f) Dentro del Capítulo IV del Título VI del CM, objeto de estudio, se encuentran las normas que rigen los contratos de riesgo compartido en materia minera.

Así, el art. 76 del CM, al contemplar la posibilidad que las sociedades constituidas en Bolivia, entidades y corporaciones del Estado, y personas individuales o colectivas, nacionales o extranjeras, puedan celebrar contratos de riesgo compartido para el desarrollo y ejecución de trabajos, proyectos, servicios, suministros y obras de carácter minero, no encierra desconocimiento alguno de lo dispuesto por los arts. 2, 30, 59.5ª y 7ª, 136, 137, 138 y 228 de la CPE, por cuanto lejos de referir condiciones, requisitos de validez o procedimiento para dicha celebración, se circunscribe a consagrar la facultad de tales personas a celebrar los aludidos contratos.

En el art. 77 del CM, se determina que toda persona extranjera, individual o colectiva, que suscriba contratos mineros de riesgo compartido, está regida por el ordenamiento jurídico nacional, tiene que constituir domicilio en Bolivia y cumplir los demás requisitos señalados

en la legislación boliviana, extremo que en todo caso constituye una garantía para el Estado sobre la aplicación de las normas bolivianas, sin que, para lograr lo contrario, pueda alegarse ningún aspecto que pudiera permitir la no aplicación de las normas nacionales en materia de minería.

Conforme al art. 78 del CM, los derechos y obligaciones asumidos por las partes en el contrato de riesgo compartido, y la forma de cubrir la responsabilidad frente a terceros, se rigen por lo estipulado en el contrato, extremo que no infringe las disposiciones de la Constitución Política del Estado invocadas como violentadas, toda vez que esta norma legal se circunscribe a remitir al propio contrato respecto de derechos y obligaciones entre las partes, y responsabilidad hacia terceros, lo cual no tiene incidencia en la forma de aprobación y la autorización que tendría que tener el contrato de riesgo compartido.

En lo que concierne al art. 79 del CM, se encuentra una norma que determina que el contrato de riesgo compartido debe ser celebrado por escritura pública, añadiendo que surte efecto legal respecto a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro de Comercio, lo cual no es contrario a la potestad que tiene el Poder Legislativo para autorizar previamente la firma del contrato, tampoco vulnera los demás preceptos constitucionales invocados por el impetrante.

Los requisitos de contenido que señala el art. 80 del CM, referidos al objeto del contrato, plazo, denominación, datos de cada una de las partes, obligaciones, contribuciones o aportes comprometidos, forma de financiamiento de actividades comunes, designación de los representantes y administradores, sistema para la participación en la distribución de los resultados, ingresos y gastos, causales de separación y exclusión, condiciones de admisión de nuevas partes, sanciones por incumplimiento, obligación de establecer un sistema de contabilidad y preparación de estados financieros y balances, causas de resolución y extinción del contrato, forma de designación de los liquidadores, y régimen de controversias, al tratarse de los aspectos que imprescindiblemente debe contemplar el contrato, no pueden de modo alguno vulnerar las normas constitucionales insertas en los artículos 2, 30, 59.5ª y 7ª, 136, 137, 138 y 228 de la CPE.

Los arts. 81, 82 y 83 del CM, también objetados, consagran normas sobre el poder con el que deben actuar los representantes y administradores del contrato de riesgo compartido para ejercer derechos y contraer obligaciones; así como lo relativo a la solidaridad y la responsabilidad de las partes en este tipo de contratos, y, finalmente, disposiciones sobre la quiebra de cualesquiera de las partes, incapacidad o muerte de los contratantes individuales. Consiguientemente, por los temas que regulan, ceñidos esencialmente a rubros civiles y comerciales emergentes de la ejecución de los contratos, no lesionan los preceptos constitucionales invocados por el impetrante, ya que devienen de la realización del contrato suscrito, debiendo remarcarse que la objeción a la constitucionalidad de las normas impugnadas se centra en la falta de autorización de los contratos por parte del Poder Legislativo.

III.6. Interpretación previsoras de las normas impugnadas

Conforme a todo lo examinado, se ha determinado que los arts. 4, 69, 72 párrafo segundo, un término del art. 74 y una frase del art. 75, del CM, son contrarios a lo dispuesto por los arts.

136, 137 y 138 de la CPE. Empero, a los efectos de adoptar la resolución que corresponda, conviene remitirse a lo que este Tribunal señaló en las SSCC 82/2000, 0018/2003, seguidas por las SSCC 0024/2004, 0076/2004, entre otras, en cuanto a las consecuencias que una declaratoria de inconstitucionalidad podría ocasionar:

"... es deber de este Tribunal prever las consecuencias que podrían generarse a partir de su decisión, pues si, por una parte declara la constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas estuviere convalidando actos inconstitucionales, pero por otro, si declara la inconstitucionalidad con un efecto inmediato que signifique la expulsión del ordenamiento jurídico de las disposiciones legales impugnadas estaría generando un peligroso vacío jurídico, cuyo efecto sería más negativo que el anterior (...) En consecuencia cualquiera de las dos decisiones antes referidas conducirían a resultados inaceptables y de manera que es necesario que el Tribunal Constitucional dicte una sentencia modulando sus efectos que eviten perjuicios desproporcionados a los bolivianos en el orden jurídico, es decir, evite la generación de una inseguridad jurídica anulando disposiciones legales sobre cuya base, fundamento y amparo se vienen ventilando procesos judiciales, administrativos, agrarios, peticiones, contratos y otros actos jurídicos".

III.7. Las SSCC 0114/2003, 0019/2005, y el comunicado de 7 de abril de 2005.

El recurrente, en su demanda, expresa que, no obstante que las SSCC 0114/2003 y 0019/2005, que han declarado la constitucionalidad del DS 24806 y de la Ley de Capitalización, y "que consiguientemente han dado validez a los contratos de riesgo compartido y a los contratos de la capitalización suscritos", existe un debate aún no definido plenamente, "surgido también dentro del Tribunal Constitucional mediante su Comunicado de fecha 7 de abril de 2005" que debe ser definitivamente dilucidado por el Tribunal Constitucional.

En relación a esas afirmaciones, cabe recordar que en la SC 0019/2005, en la parte que interesa al presente asunto, este Tribunal manifestó que:

"(...) La exploración, explotación, comercialización y transporte de los hidrocarburos y sus derivados corresponden al Estado. Este derecho lo ejercerá mediante entidades autárquicas, o a través de concesiones y contratos por tiempo limitado, a sociedades mixtas de operación conjunta o a personas privadas, conforme a Ley"; dentro de ese marco normativo, las nuevas sociedades de economía mixta, si pretenden desarrollar la actividad de explorar, explotar o comercializar los hidrocarburos, deberán cumplir con los requisitos, condiciones y exigencias previstas por las normas constitucionales citadas, así como las normas previstas en la Ley para obtener la concesión, y para la suscripción de los respectivos contratos de concesión por parte del Estado, el órgano Ejecutivo deberá o debió haber recabado la respectiva autorización y consiguiente aprobación de los contratos por el órgano Legislativo, conforme a lo previsto por el art. 59.5ª de la Constitución. Al respecto, cabe mencionar que la propia Ley impugnada, en su Artículo Undécimo, ha previsto lo siguiente: "Los recursos naturales Hidrocarburiíferos quedan sujetos a lo dispuesto por el artículo 139 de la Constitución Política del Estado, toda vez que los mismos constituyen dominio directo del Estado y son inalienables e imprescriptibles" (las negrillas son nuestras).

El Tribunal Constitucional en 7 de abril de 2005, hizo una "Aclaración Necesaria" sobre el

tema, al percibir que el desconocimiento de los fundamentos de la SC 0019/2005 llevaba a confusiones a la ciudadanía. El comunicado referido nunca tuvo el objeto de asumir resolución alguna en ese caso, pues no correspondía, sino únicamente dejar presente lo dicho ya en la mencionada Sentencia, que se afirma en el presente fallo es decir, que el Poder Legislativo tiene la potestad de aprobar los contratos del Estado, conforme a la facultad contemplada en el art. 59.5ª y 7ª de la CPE, constituyendo un deber de acción por parte del Ejecutivo, el someter tales contratos a conocimiento y aprobación del Congreso Nacional, lo que se ésta reiterando en la presente Sentencia, la misma que, en el marco del principio de seguridad jurídica, tiene efectos hacia delante, pro futuro, pues están revestidos del carácter ex nunc ("desde ahora", por su traducción literal).

Ahora bien, para el examen que se está efectuando, resulta imprescindible tomar en cuenta la realidad en que se desenvuelven las actividades mineras en los diferentes rubros, puesto que una cosa es que se trate de la explotación de grandes concesiones mineras, y otra es que se solicite la concesión de una cantera de yeso, por ejemplo, que si bien constituye una riqueza natural, no puede equipararse a una concesión para la explotación de estaño u otros minerales que están dentro de otra categoría, pues las connotaciones económicas y nacionales que implica esa explotación son muy distintas a las que se presentan en los casos de explotaciones menores. En todo caso, corresponderá a la instancia pertinente establecer parámetros claros respecto de los contratos que, por la importancia que encierren, deban ser autorizados por el Congreso, para su suscripción por el Ejecutivo.

III.8. En cuanto al anterior recurso planteado por el impetrante.

Finalmente, resulta imprescindible aclarar lo mencionado por el recurrente en su demanda, resumido en el numeral I.1. inc. a) de esta Sentencia, cuando refiere que formuló un anterior recurso de inconstitucionalidad que mereció la SC 0067/2005, que declaró su improcedencia por haberse dirigido contra un conjunto de leyes sujetas a una normativa y tratamiento constitucional propios y particulares, lo que determina la imposibilidad, por las razones señaladas, de resolver la problemática planteada a través de una sola Sentencia, lo que le motivó a interponer este recurso exclusivamente contra varios artículos del Código de minería, señalando que, sin embargo, el primer recurso ya fue admitido y el Tribunal Constitucional debió resolverlo en el fondo en mérito al principio de inexcusabilidad, más aún si se considera que el art. 58 de la LTC no contempla una sentencia de improcedencia.

En relación a ello, debe quedar claro que en la SC 0067/2005, no se ingresó a la contrastación de las varias normas impugnadas por el impetrante con los preceptos de la Ley Suprema aludidos como presuntamente vulnerados, precisamente porque correspondían a diferentes materias y cada una de ellas tiene un tratamiento diferenciado y particular en la propia Constitución Política del Estado, de modo que no correspondía la declaratoria de inconstitucionalidad o constitucionalidad, por lo cual, lo único que correspondía era declarar la improcedencia del recurso, como el Tribunal Constitucional lo hace frente a situaciones no previstas en la Ley, a ese fin debe tenerse en cuenta que solamente cuando se realiza el juicio de constitucionalidad, este Tribunal puede pronunciar un fallo en el que declare constitucional o inconstitucional la norma sometida a examen.

De los fundamentos precedentes, se concluye que: los arts. 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82 y 83 del CM, no son contrarios a los arts. 2, 30, 59.5ª y 7ª, 136, 137, 138 y 228 de la CPE; por una

parte, y por otra, que los arts. 4, 68, 69 en dos frases, 72 párrafo segundo, 74 en un término, y 75 del CM en una frase, desconocen lo dispuesto por los arts. 136, 137 y 138 de la CPE.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los arts. 120.1ª de la CPE, arts. 7 inc. 1) y 54 y ss. de la LTC:

1º Declara la INCONSTITUCIONALIDAD de los artículos: 4 en su segundo acápite; 68; 69 en las frases: "contratos traslativos de dominio" y "los de opción de compra"; 72 segundo párrafo; 74 en el término "hipotecaria"; y 75 en la frase "junto con la concesión minera", del CM, (Ley 1777, de 17 de marzo de 1997), con efectos diferidos a dos años computables a partir de la legal citación con esta Sentencia, y EXHORTA al Poder Legislativo para que en dicho plazo, emita una Ley que regule las concesiones mineras en Bolivia, tomando en consideración los fundamentos jurídicos del presente fallo. **En caso de no emitirse la nueva normativa encomendada en el término señalado, se producirán los efectos dispuestos por el art. 58.III de la LTC;**

2º Declara LA CONSTITUCIONALIDAD de los arts. 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82 y 83 del CM.

Se dispone la publicación de la presente Sentencia Constitucional en la Gaceta Oficial de Bolivia, así como la notificación al Ministro de la Presidencia para su cumplimiento.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional
SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0032/2006 (Continúa de la Página 28)

Fdo. Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas
PRESIDENTA

Fdo. Dra. Martha Rojas Álvarez
DECANA

Fdo. Dr. Artemio Arias Romano
MAGISTRADO

Fdo. Dra. Silvia Salame Farjat
MAGISTRADA

Fdo. Dr. Felipe Tredinnick Abasto
MAGISTRADO



SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0009/2004

Sucre, 28 de enero de 2004

Expediente: 2003-07332-14-RDI

Distrito: La Paz

Magistrada Relatora: Magistrado co-relator Dra. Martha Rojas Álvarez Dr. José Antonio Rivera Santivañez

En el **recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad**, interpuesto por Antonio Peredo Leigue y Santos Ramírez Valverde, Diputados Nacionales, **demandando la inconstitucionalidad de los arts. 139.b) y c), 140.a) y b), 143, 144, 145, 146 y 147 de la Ley 2492 de 02 de agosto de 2003 o Código Tributario Boliviano (CTb), por infringir los arts. 16.I) y IV), 116.II) y III) y, 118.7) de la Constitución Política del Estado (CPE).**

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del Recurso

Por memorial presentado el 1 de septiembre de 2003, cursante de fs. 5 a 9 de obrados, los recurrentes, en sus condiciones de Diputados Nacionales aseveran lo siguiente:

I.1.1. Hechos que motivan el Recurso

Las disposiciones impugnadas, establecen los denominados Recursos de Alzada, Recursos Jerárquicos y Revisiones Extraordinarias, que se tramitan en el primer caso ante las Superintendencias Tributarias Regionales y, los últimos, ante la Superintendencia Tributaria General, estableciendo un procedimiento ante un órgano administrativo que por su naturaleza y fines no ejercen jurisdicción y por lo tanto no pueden jamás administrar justicia en materia tributaria. Con esas disposiciones, se ha excluido de manera injustificada las atribuciones del juez o tribunal de la justicia o jurisdicción ordinaria, que por exclusividad son los que deben juzgar, con lo que se ha vulnerando el derecho a la defensa, el derecho al debido proceso (que necesariamente debe ser judicial) y, el principio de unidad jurisdiccional establecidos en la Ley Fundamental.

Por lo expuesto, los recurrentes solicitan se dicte sentencia constitucional declarando la inconstitucionalidad de los arts. 139.b) y c), 140.a) y b), 143, 144, 145, 146 y 147 CTb.

I.2. Admisión y citaciones.

A través del Auto Constitucional 410/2003-CA de 8 de septiembre de 2003 de fs. 10, la Comisión de Admisión dispuso que al no haber acreditado debidamente su personería Santos Ramírez Valverde como Diputado Nacional Titular, en el plazo de diez días subsane la deficiencia formal observada, bajo conminatoria de tenerse por no presentado el recurso, con referencia al mencionado recurrente.

Subsanada la observación, por Auto Constitucional 443/2003-CA de 24 de septiembre cursante de fs. 13 a 14 se admitió el recurso y el 6 de octubre de 2003 se citó con la provisión citatoria correspondiente al Vicepresidente de la República, como personero del órgano que generó la norma impugnada, conforme consta en la diligencia de fs. 27.

I.3 Alegaciones del personero del órgano que generó la norma impugnada

Apersonándose al proceso el Presidente del Congreso Nacional, Vicepresidente de la República, Carlos D. Mesa Gisbert, a través del memorial presentado el 27 de octubre de 2003, cursante de fs. 31 a fs. 36, señaló lo siguiente:

Si bien es cierto que el nuevo Código Tributario Boliviano (CTb) fue promulgado y sancionado mediante Ley N° 2492 el 2 de agosto de 2003 y publicado en la Gaceta Oficial de Bolivia el 4 de agosto de 2003, no es menos cierto que los recurrentes no consideraron la Disposición Final Décima que determina que el Código entraría en vigencia noventa (90) días después de su publicación en la Gaceta Oficial de Bolivia, es decir, los artículos demandados de inconstitucionales recién entrarían en vigencia a partir del 3 de noviembre de 2003, por lo que al no encontrarse vigentes ni incluidos en el ordenamiento jurídico nacional, no podrían ser derogados o excluidos del mismo. Así el art. 81 CPE, señala que: “La ley es obligatoria desde el día de su publicación, salvo disposición contraria de la misma ley”.

Señala que, este nuevo Código Tributario garantiza el debido proceso al contribuyente en sede jurisdiccional o judicial, mediante el derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva, reconociendo la competencia de la Corte Suprema para resolver mediante sentencia, las impugnaciones efectuadas contra las resoluciones administrativas dictadas por el Superintendente Tributario General conforme al art. 118.7) CPE, que establece como atribución de la Corte Suprema, resolver las demandas contencioso administrativas a las que dieran lugar las resoluciones del Poder Ejecutivo.

Así, el nuevo instrumento legal, contiene un procedimiento debido, reconociendo en sede administrativa los Recursos de Alzada y Jerárquico ante la Superintendencia Tributaria y, en sede jurisdiccional el proceso contencioso administrativo ante la Corte Suprema, garantizando al justiciable el debido proceso tanto administrativo como judicial.

En este orden, el nuevo Código Tributario Boliviano, a través de los arts. 68.6), 7) y 10), 69, 74, 77, 131, 143, 144, 145 y 147 efectiviza la presunción de inocencia y el debido proceso a que tienen derecho todos los sujetos pasivos y/o terceros responsables, estableciendo que mientras la Administración Tributaria no pruebe en debido proceso lo contrario, se presume el cumplimiento de las obligaciones tributarias del sujeto pasivo y/o terceros responsables; listando entre los derechos fundamentales el debido proceso, el de formular, aportar todo tipo de pruebas, alegatos y el de ser oído; permitiendo el ejercicio de esos derechos en los procedimientos que se desarrollan en cada Administración, ya sea cuando se determina la

obligación tributaria; cuando se apliquen sanciones por contravenciones tributarias a través de sumarios infraccionales; en la fase de revisión ante la Superintendencia Tributaria por actos administrativos que vulneran la normativa vigente y; en la vía judicial mediante el proceso contencioso administrativo resuelto por la Corte Suprema.

Refiere que, los recurrentes no establecieron los artículos que serían contrarios a la Constitución, limitándose a señalar que la facultad de juzgar es competencia del Poder Judicial y que no pueden establecerse tribunales de excepción. La Ley 2492 (CTb) con la finalidad de trasladar el conocimiento de recursos administrativos que antes eran conocidos por el propio ente recaudador, a través de sus arts. 132 al 146, crea un órgano administrativo autárquico (Superintendencia Tributaria) que conoce de los Recursos de Alzada y Jerárquico cuya imparcialidad, independencia y especialidad han sido aseguradas mediante un eficiente régimen de estabilidad, buscando que dichos recursos ofrezcan mayor seguridad a quienes hagan uso de los mismos.

Las Superintendencias Tributarias no son juzgados de excepción y por tanto no contravienen los arts. 14 y 16-II) CPE, ya que el juzgamiento por comisiones especiales prohibidas por la Constitución se da cuando los habitantes son juzgados por un tribunal constituido a posteriori del hecho, consistente en leyes ex post facto que sacan al acusado de la jurisdicción permanente de los jueces naturales para someterlo a tribunales o jueces accidentales o de circunstancias y que se identifican con el carácter meramente accidental del tribunal y por el hecho de haber sido instituidos especialmente para juzgar determinado caso o grupo de casos. Cosa que no sucede con la Superintendencia Tributaria que fue establecida para conocer impugnaciones posteriores a su creación sin que tenga carácter retroactivo, lo cual se corrobora a partir de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 2492.

Agrega que, la validez constitucional de las actuaciones del órgano administrativo que se cuestionan por el presente recurso, se halla supeditada al control judicial que deja expedita la Ley 2492, estimándose imprescindible que el Poder Judicial revise el pronunciamiento administrativo mediante el proceso contencioso administrativo que en definitiva resuelva la controversia.

Finalmente, manifiesta que conforme dispone el art. 118 CPE, existen dos tipos de procesos contenciosos de acuerdo a la naturaleza, por lo que la Corte Suprema tiene plenas atribuciones para conocer procesos contencioso administrativos contra resoluciones de la Superintendencia Tributaria, para realizar el control de legalidad de los actos y resoluciones de los funcionarios y autoridades administrativas; en consecuencia, las decisiones o resoluciones de la Superintendencia Tributaria se encuentran sometidas a control constitucional de legalidad mediante el proceso contencioso administrativo; por lo que al no existir disposición contraria con la Constitución, solicita se dicte sentencia declarando la constitucionalidad de las normas impugnadas.

1.4. Trámite procesal en el Tribunal

Que conforme a lo previsto por el art. 45 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), la Magistrada Relatora, por Auto Constitucional 562/2003-CA, de 18 de noviembre, solicitó la remisión de: a) La exposición de motivos, que fundaron a Ley 2492, b) Informes de las comisiones y c) Actas de los debates de ambas Cámaras, referentes a la discusión y

aprobación del Código Tributario; remitida la documentación requerida a conocimiento de este Tribunal, mediante decreto de 10 de diciembre de 2003, se reanuda el computo del plazo, cuyo nuevo vencimiento era el 9 de enero de 2004; que dicho plazo fue ampliado en uso de la facultad reconocida por el art. 2 de la Ley 1979, de 24 de mayo de 1999, por el Pleno de este Tribunal Constitucional mediante Acuerdo Jurisdiccional 03/2004 de 7 de enero, teniendo en consecuencia nueva fecha de vencimiento el 30 de enero de 2004 por lo que la presente Sentencia es pronunciada dentro del plazo legalmente establecido.

II. CONCLUSIONES

Luego del análisis y compulsa de los antecedentes procesales y de la prueba aportada, se arriba a las siguientes conclusiones:

II.1 El art. 139 de la Ley 2492, Código Tributario Boliviano (CTb) de 2 de agosto de 2003 dispone que el Superintendente Tributario General tiene las siguientes atribuciones y funciones: “(...) b) Conocer y resolver, de manera fundamentada, los Recursos Jerárquicos contra las Resoluciones de los Superintendentes Tributarios Regionales, de acuerdo a reglamentación específica; c) Conocer y resolver la Revisión Extraordinaria conforme a lo establecido en este Código. (...)”

II.2 Entretanto el art. 140 del citado Código dispone que los Superintendentes Tributarios Regionales tienen las siguientes atribuciones y funciones: “a) Conocer y resolver, de manera fundamentada, los Recursos de Alzada contra los actos de la Administración Tributaria, de acuerdo al presente Código; b) Admitir o rechazar los Recursos Jerárquicos contra las resoluciones que resuelvan los Recursos de Alzada y remitir a conocimiento del Superintendente Tributario General; (...)”.

II.3 El art. 143 CTB, señala que: “el Recurso de Alzada será admisible sólo contra los siguientes actos definitivos:

1. Las resoluciones determinativas.
 2. Las resoluciones sancionatorias.
 3. Las resoluciones que denieguen solicitudes de exención, compensación, repetición o devolución de impuestos.
 4. Las resoluciones que exijan restitución de lo indebidamente devuelto en los casos de devoluciones impositivas.
 5. Los actos que declaren la responsabilidad de terceras personas en el pago de obligaciones tributarias en defecto o en lugar del sujeto pasivo.
- Este Recurso deberá interponerse dentro del plazo perentorio de veinte (20) días improrrogables, computables a partir de la notificación con el acto a ser impugnado”.

II.4 El art. 144 del referido Código, respecto al Recurso Jerárquico, establece que: “Quién considere que la resolución que resuelve el Recurso de Alzada lesione sus derechos, podrá interponer de manera fundamentada, Recurso Jerárquico ante el Superintendente Tributario Regional que resolvió el Recurso de Alzada, dentro del plazo de veinte (20) días improrrogables, computables a partir de la notificación con la respectiva Resolución. El Recurso Jerárquico será sustanciado por el Superintendente Tributario General conforme dispone el Artículo 139° inciso b) de este Código”.

II.5 El art. 145 CTB, al referirse a la Revisión Extraordinaria, dispone que:

“I. Únicamente por medio de su máxima autoridad ejecutiva, la Administración Tributaria y las Superintendencias podrán revisar, de oficio o a instancia de parte, dentro del plazo de dos (2) años, sus actos administrativos firmes, en los siguientes supuestos:

1. Cuando exista error de identidad en las personas.
2. Cuando después de dictado el acto se recobren o descubran documentos decisivos detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a favor de la cual se hubiera dictado el acto, previa sentencia declarativa de estos hechos y ejecutoriada.
3. Cuando dichos actos tengan como base documentos declarados falsos por sentencia judicial ejecutoriada o bien cuando su falsedad se desconocía al momento de su dictado.
4. Cuando dichos actos se hubieran dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra acción delictiva y se haya declarado así en sentencia judicial ejecutoriada.

II. La resolución que se emita declarará la nulidad del acto revisado o su anulabilidad total o parcial.

III. La declaratoria de nulidad o anulabilidad total o parcial del acto o resolución, cuando corresponda, deberá emitirse en un plazo máximo de sesenta (60) días a contar desde la presentación de la solicitud del interesado cuando sea a instancia de parte, en mérito a pruebas que la acrediten.

IV. Ante la declaración de nulidad o anulabilidad total o parcial del acto o resolución, la Administración Tributaria o el Superintendente deberá emitir, según corresponda, un nuevo acto o resolución que corrija al anterior, procediendo contra este nuevo, los Recursos Administrativos previstos en este Título”.

II.6 Por su parte, el art. 146 del mismo Código, con relación a la Reglamentación, determina que: “Los procedimientos de los Recursos de Alzada y Jerárquico se sujetarán a los plazos, términos, condiciones, requisitos y forma dispuestos por Decreto Supremo Reglamentario.”

II.7 El art. 147 CTB respecto al Proceso Contencioso Administrativo, dispone que:

“Conforme a la atribución Séptima del parágrafo I del Artículo 118° de la Constitución Política del Estado, el proceso contencioso administrativo contra la resolución que resuelva el Recurso Jerárquico será conocido por la Corte Suprema de Justicia sujetándose al trámite contenido en el Código de Procedimiento Civil y se resolverá por las siguientes causales:

1. Cuando la autoridad que emitió la resolución que resuelve el Recurso Jerárquico carezca de competencia en razón de la materia o del territorio.
2. Cuando en el trámite administrativo se hubiere omitido alguna formalidad esencial dispuesta por Ley.
3. Cuando la Resolución impugnada contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la Ley
4. Cuando la Resolución contuviere disposiciones contradictorias
5. Cuando en la apreciación de pruebas se hubiere incurrido en error de derecho o en error de hecho, debiendo en este último caso evidenciarse el error por documentos o actos auténticos que demostraren la equivocación manifiesta del Superintendente Tributario General.

Si el fallo judicial que resuelve el Proceso Contencioso Administrativo fuera favorable al demandante, la Administración Tributaria en ejecución de sentencia, reembolsará, dentro los veinte (20) días siguientes al de su notificación, previa cuantificación del importe, el monto total pagado o el costo de la garantía aportada para suspender la ejecución de la deuda tributaria. Cuando la deuda tributaria sea declarada parcialmente improcedente, el reembolso alcanzará a la parte proporcional del pago realizado o del costo de la referida garantía.

Las cantidades reembolsadas serán actualizadas conforme al Artículo 47° de éste Código, aplicando la tasa de interés activa promedio para Unidades de Fomento de la Vivienda, desde la fecha en que se realizó el pago o se incurrió en el costo de la garantía, hasta la fecha en que se notificó a la Administración Tributaria con el fallo judicial firme. En caso de incumplirse el plazo para efectuar el reembolso, la tasa de interés se aplicará hasta el día en que efectivamente se realice el mismo”.

II.8 Los artículos de la Constitución Política del Estado cuya vulneración se demanda, son los siguientes:

a) Art. 16 CPE .- “I. Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad. (...) IV. Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado”.

b) Art. 116 CPE .- “(...) 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. (...)”.

c) Art. 118 CPE .- “Son atribuciones de la Corte Suprema: (...) 7ª Resolver las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo y de las demandas contencioso-administrativas a las que dieren lugar las resoluciones del mismo”.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

A través del presente recurso se cuestiona la constitucionalidad de las normas previstas por los arts. 139.b) y c), 140.a) y b), 143, 144, 145, 146 y 147 de la Ley 2492 Código Tributario Boliviano de 02 de agosto de 2003, con el fundamento de que las mismas infringen las normas previstas por los arts. 16.I) y IV), 116.II) y III) y, 118.7) de la Constitución Política del Estado (CPE), al establecer procedimientos jurisdiccionales a desarrollarse ante un órgano administrativo que jamás puede administrar justicia en materia tributaria. En consecuencia corresponde a este Tribunal establecer si las infracciones denunciadas son evidentes.

III.1A Ese efecto cabe señalar que el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad tiene por finalidad el control objetivo de las disposiciones legales para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con los principios, declaraciones, preceptos y normas de la Constitución, con el objeto de realizar una depuración del ordenamiento jurídico del Estado. Por lo que corresponde a este Tribunal, a la luz de los fundamentos expuestos por los recurrentes y el alegato formulado por el personero legal del Congreso Nacional, determinar si la Ley impugnada es constitucional o inconstitucional.

A ese efecto, con carácter previo al análisis del fondo, cabe efectuar un análisis de algunos institutos jurídico – constitucionales vinculados con la problemática planteada en el recurso.

III.2 Principio de separación de poderes y actividad jurisdiccional.

Siguiendo la doctrina del Derecho Constitucional, este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha señalado que “el Estado Democrático de Derecho está organizado sobre la base de los principios fundamentales, entre otros, de la separación de funciones conocida también como el principio de división de poderes, lo que implica la distribución de las competencias y potestades entre diversos órganos estatales para el ejercicio del poder público, de manera tal que esa distribución se constituya en una limitación para cada órgano de poder el que sólo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia”. En el marco del principio fundamental referido, que está consagrado en la norma prevista por el art. 2 de la Constitución, el Constituyente ha efectuado la distribución de funciones y competencias; así la potestad legislativa, de control y fiscalización la tiene el Poder Legislativo; la función ejecutiva, administrativa y reglamentaria la ejerce el Poder Ejecutivo y el ejercicio de la potestad jurisdiccional la tiene el Poder Judicial.

Conforme enseña la doctrina del Derecho Constitucional, la concepción dogmática de la “división de poderes”, ha sido superada en el constitucionalismo contemporáneo con la adopción del concepto de la separación de funciones que se sustenta en los siguientes principios: 1) la independencia de los órganos de poder del Estado; 2) la coordinación e interrelación de funciones entre los órganos; y 3) el equilibrio entre los órganos que se establece a partir frenos y contrapesos; ello implica que los diversos órganos de poder del Estado no desarrollan única y exclusivamente sus función esencial, también participan en el desempeño de las funciones y labores de los otros órganos, en el marco de las atribuciones y competencias conferidas por el Constituyente, así el Legislativo participa en las labores del Ejecutivo aprobando el presupuesto general de la nación, o ratificando los tratados internacionales, entre otros; de su parte el Ejecutivo participa en las labores del Legislativo a través de los mecanismos previstos en la Constitución, tales como la iniciativa legislativa, la promulgación de la Ley, entre otras actividades.

En el marco de la doctrina referida existe una corriente doctrinal que considera que el Poder Ejecutivo, también participa en la labor jurisdiccional asignada al Poder Judicial, aunque con las reservas del caso. En efecto, tomando en cuenta que en sentido amplio, la jurisdicción es la potestad pública atribuida al Poder Judicial para conocer y fallar en los asuntos litigiosos sometidos a su conocimiento, conforme a ley; existe una corriente doctrinal que considera que la labor desempeñada por algunos órganos administrativos del Poder Ejecutivo, en ejercicio de la potestad administrativa sancionadora que tiene el Estado, constituye una labor jurisdiccional; puesto que la potestad administrativa se traduce normalmente en la sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas, constituye un mecanismo de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional y asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas. Empero, cabe señalar que, frente a esa posición doctrinal surge otra corriente importante representada por estudiosos del Derecho Administrativo, tales como Dromí, Fernández Vásquez, entre otros, que consideran que el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora ejercida por algunos órganos del Poder Ejecutivo no es en esencia una labor jurisdiccional, sino una labor propiamente administrativa, toda vez que, dada su naturaleza jurídica la potestad administrativa sancionadora, si bien es cierto que asume dos modalidades: la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las

infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia tributaria, financiera, fiscal, etc.), no es menos cierto que la decisión asumida por el órgano administrativo presenta la forma jurídica de “acto administrativo” que no es asimilable a una sentencia proferida por la autoridad judicial; pues el acto administrativo es impugnabile a través de recursos en sede administrativa, como el revocatorio, jerárquico o reclamaciones, y revisable por la vía judicial a través de procesos contenciosos, de manera que la inmutabilidad de dichas decisiones es de carácter formal y no material. Para ese sector doctrinal la potestad jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, de manera que los órganos administrativos no ejercen función jurisdiccional, sino asumen actos administrativos cuya naturaleza jurídica no es jurisdiccional.

III.3El debido proceso, en su elemento del derecho del juez natural

Con el objeto de resguardar los principios fundamentales de la legalidad y la seguridad jurídica, así como la libertad de las personas, el Constituyente ha consagrado, en el art. 16 de la Constitución, el debido proceso; de otro lado, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos a los que se ha adherido y ratificado el Estado boliviano, han consagrado como un derecho humano el debido proceso, así la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 10, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 8.

Este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha desarrollado la naturaleza y finalidad del debido proceso. Así en el AC 289/1999-R, ha definido que “(..) la garantía constitucional del debido proceso, exige que los litigantes tengan el beneficio de un juicio imparcial ante los tribunales y que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar, es decir, implica el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, lo que importa a su vez el derecho a la defensa, el emplazamiento personal, el derecho de ser asistido por un intérprete, el derecho a un juez imparcial(..)” (las negrillas han sido marcadas); de otro lado, ha señalado que el debido proceso “(..) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos” (SC N° 418/2000-R y N° 1276/2001-R).

Conforme a las normas previstas por los arts. 14 y 16-IV de la Constitución, 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, uno de los elementos esenciales del debido proceso es el derecho a ser juzgado y oído por un juez natural competente, independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Con relación al tema, este Tribunal en su SC 0491/2003- R de 15 de abril, ha señalado lo siguiente: “Uno de los elementos esenciales de la garantía del debido proceso es el derecho al juez natural competente, independiente e imparcial; debiendo entenderse por Juez competente aquel que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme criterios de territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial; Juez independiente aquel que, como se tiene referido, resuelve la controversia exenta de toda ingerencia o intromisión de otras autoridades o poderes del Estado; y Juez imparcial aquel que decida la controversia judicial sometida a su

conocimiento exento de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir la resolución. El cumplimiento de estos requisitos que hacen al juez natural permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que 'toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial'.

De lo referido precedentemente se tiene que en todo proceso jurisdiccional o proceso administrativo, en el que se vaya a adoptar una decisión final a través de una sentencia o acto administrativo, según se trate de un proceso tramitado ante autoridad judicial o administrativa, es necesario que la autoridad (unipersonal o colegiada) sea: a) competente para conocer y resolver la controversia, porque previamente ha sido determinada por ley (principio de legalidad) en razón a materia, territorio, turno, etc, lo que implica que ninguna persona puede ser sometida al conocimiento de una autoridad que es incompetente para conocer o resolver su controversia; b) independiente que es aquella autoridad que resuelve la controversia al margen de presiones que pudieran ser ejercidas por personas u otras autoridades, sometiéndose únicamente al derecho y; c) imparcial que implica que la autoridad no deba tener opinión anticipada sobre el resultado final del asunto que conoce, tampoco dejarse influenciar por nadie ni con nada a favor ni en contra de alguna de las partes, sino mantener una posición objetiva a tiempo de pronunciar su decisión final.

III.4 Naturaleza jurídica del Procedimiento Tributario y del Proceso Tributario

Conforme enseña la doctrina, de manera general, el procedimiento es el conjunto de actos realizados ante la autoridad administrativa, por parte del administrado, tendientes a obtener el dictado de un acto administrativo. En cambio el proceso es el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí, conforme a reglas preestablecidas, que tienen por fin decidir una controversia entre partes (litigio), por una autoridad imparcial e independiente (juez) mediante una decisión o sentencia con fuerza legal (cosa juzgada).

Del marco doctrinal referido se infiere que el procedimiento tributario es el conjunto de actos realizados por la administración tributaria, en relación jurídica con el contribuyente, con la finalidad de determinar la deuda tributaria, conseguir el pago de la misma y, en su caso determinar los ilícitos tributarios para aplicar las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico tributario. En cambio el proceso tributario es el conjunto de actos coordinados tendientes a dilucidar una controversia entre partes (administración tributaria y contribuyente), por una autoridad independiente e imparcial, a través de una decisión con fuerza de verdad legal. Cabe señalar que la doctrina del Derecho Tributario y del Derecho Tributario Procesal, establece la diferencia entre los conceptos de procedimiento tributario y proceso tributario, sostiene que el procedimiento se desarrolla en el ámbito administrativo, por lo que no existe una autoridad decisoria imparcial e independiente, sino que la propia administración, quien siendo parte en la contienda dicta la resolución que se constituye en un acto administrativo, el que carece de fuerza de cosa juzgada material, toda vez que puede ser revisada en sede administrativa e impugnada ante la autoridad judicial; en cambio el proceso tributario se desarrolla en el ámbito jurisdiccional, ante una autoridad independiente e imparcial, en el que intervienen dos partes en igualdad de condiciones y de manera

contradictoria, concluyendo el proceso con una decisión que adquiere la calidad de cosa juzgada material.

Recogiendo la doctrina del Derecho Administrativo y del Derecho Tributario, en resguardo de los principios fundamentales de la legalidad, la reserva legal y la seguridad jurídica, la Ley N° 1340 de 28 de mayo de 1992 estableció el procedimiento tributario con normas que resguardaban los derechos y garantías constitucionales del contribuyente, entre otras, el derecho al debido proceso en sus elementos del derecho al juez natural, el derecho a la defensa, el derecho a impugnar los actos administrativos. Así en el Título IV, Capítulo VII, estableció las vías de revisión e impugnación de los actos administrativos emitidos por la Administración Tributaria, es decir, adoptó el sistema de las dos vías, no paralelas sino excluyentes entre sí, para que el contribuyente pueda hacer valer sus derechos y garantías constitucionales frente al acto administrativo. En efecto, bajo el nomen juris “De los recursos administrativos y jurisdiccionales”, la citada Ley estableció la vía de revisión del acto administrativo en sede administrativa a través del recurso de revocatoria y el recurso jerárquico previstos por el art. 171.1°); de otro lado, estableció la vía de impugnación ante la autoridad jurisdiccional, es decir, a través de procesos contencioso-tributarios, asignando inicialmente la competencia al Tribunal Fiscal que actuaba como juzgado de primera y segunda instancia, un Tribunal que en esencia no fue parte del Poder Judicial, pero sí fue un Tribunal jurisdiccional independiente e imparcial, con todas las características de un Tribunal Judicial; finalmente se encomendó a la Corte Suprema de Justicia para conocer los recursos de nulidad o casación planteados contra las sentencias emitidas por el Tribunal Fiscal; empero, previó que la elección de una vía importaba la renuncia a la otra. Posteriormente, mediante Ley N° 1455 de Organización Judicial, se asignó la jurisdicción y competencia para sustanciar los procesos contencioso-tributarios a los Juzgados en materia Administrativa.

III.5 El Procedimiento Tributario y Proceso Tributario en el Código Tributario vigente

La Ley N° 2492 Código Tributario Boliviano, de 2 de agosto de 2003, que abroga la Ley N° 1340 de 28 de mayo de 1992, hizo una confusión del procedimiento tributario con el proceso tributario, de manera que ha restringido la vía de la impugnación judicial al proceso contencioso administrativo, eliminando el proceso contencioso-tributario.

A través de las disposiciones legales impugnadas se ha previsto la vía de revisión del acto administrativo emitido por la administración tributaria a través del Recurso de Alzada y el Recurso Jerárquico a sustanciarse ante La Superintendencia Tributaria creada para el caso. En efecto, la norma prevista por el art. 131 de la Ley N° 2492, dispone que “Contra los actos de la Administración Tributaria de alcance particular podrá interponerse Recurso de Alzada en los casos, forma y plazo que establece el presente Título. Contra la Resolución que resuelve el Recurso de Alzada solamente cabe el Recurso Jerárquico, que se tramitará conforme al procedimiento que establece este Código (..)”. De otro lado, la citada disposición legal, como consecuencia de la confusión del procedimiento tributario con el proceso tributario que ha realizado el legislador ordinario, establece como vía de impugnación judicial el proceso contencioso administrativo, cuya naturaleza jurídica, fines y objetivos serán analizados más adelante.

En las normas previstas por los arts. 139 al 144 de la mencionada Ley N° 2492 se establecen

las atribuciones y funciones del Superintendente Tributario General y de los Superintendentes Tributarios Regionales; se define la organización, estructura y procedimientos administrativos del Superintendente General se aprobarán mediante Resolución Suprema y en el caso de las Superintendencias Regionales, se aprobarán mediante Resolución Administrativa emitida por la Superintendencia General; se determina los actos administrativos que pueden ser impugnados por la vía del Recurso de Alzada, fijando el plazo para interponer el recurso; finalmente se establece la forma y plazo en que se interpone el Recurso Jerárquico. De una interpretación literal de las normas referidas, se puede colegir que los recursos previstos, como son la Alzada y el Jerárquico, son vías de revisión del acto administrativo tributario en sede administrativa, por lo que per se no contradicen los valores supremos, principios fundamentales, derechos y garantías constitucionales y preceptos de la Constitución. Empero, el contenido de algunas normas previstas por las disposiciones legales impugnadas, por contradicción, así como el sistema adoptado, por omisión, vulneran las normas de la Constitución. Por lo que, seguidamente este Tribunal pasa a someter a juicio de constitucionalidad, en principio de las disposiciones legales impugnadas en el recurso, y posteriormente al sistema de impugnación adoptado por la Ley impugnada.

Con referencia a la norma prevista por el art. 139.b) de la Ley N° 2492 cabe señalar que, interpretada la misma conforme a los derechos fundamentales y garantías constitucionales consagrados por la Constitución, se entiende que el Recurso Jerárquico previsto, como una atribución del Superintendente Tributario General, constituye una vía de revisión del acto administrativo tributario en sede administrativa, lo que no debe ni puede impedir al contribuyente someter al control jurisdiccional el acto administrativo revisado, es decir, no debe ni puede excluir la impugnación judicial; en consecuencia, en el marco de esa interpretación la norma no es incompatible con la Constitución en general, menos con las normas constitucionales invocadas por los recurrentes en particular; toda vez que al ser una vía de revisión en sede administrativa, no excluyente de la vía de impugnación judicial, la actuación del Superintendente Tributario General no constituye una labor jurisdiccional propiamente dicha, pues éste no sustituirá ni suplirá a la autoridad judicial competente; en consecuencia, en el marco de esta interpretación constitucional, no quebranta las normas previstas por el art. 116 de la Constitución; de otro lado, se entiende que en las normas que regularán el procedimiento a seguirse en el trámite de recurso resguardarán el debido proceso. Empero, se reitera que dicha norma deberá ser aplicada en el marco de esta interpretación.

Respecto a las normas previstas por el art. 140.a) y b) de la Ley impugnada, cabe señalar que interpretadas las mismas desde y conforme a la Constitución, se entiende que, el Recurso de alzada, previsto como una atribución de los Superintendentes Tributarios Regionales, constituye una vía de revisión del acto administrativo tributario en sede administrativa, no siendo una vía excluyente de la impugnación judicial del acto administrativo tributario, sino alternativo para el contribuyente; en consecuencia dichas normas tampoco son incompatibles con la Constitución en general menos con las normas invocadas, como vulneradas, por los recurrentes, en la medida en que sean aplicadas en el marco de esta interpretación constitucional; toda vez que al ser una vía de revisión en sede administrativa, no excluye la vía de impugnación judicial, la actuación de los Superintendentes Tributarios Regionales no constituye una labor jurisdiccional propiamente dicha sino de un procedimiento administrativo tributario, pues éste no sustituirá ni suplirá a la autoridad judicial competente,

en consecuencia, en el marco de esta interpretación constitucional, no quebranta las normas previstas por el art. 116 de la Constitución; de otro lado, se entiende que en las normas que regularán el procedimiento a seguirse en el trámite de recurso resguardarán el debido proceso.

Con relación a las normas previstas por los arts. 143 y 144 que se impugnan en el recurso, corresponde referir que las mismas, al enumerar los actos administrativos tributarios contra los que proceden los recursos de Alzada y Jerárquico, respectivamente, así como establecer los plazos para su interposición, en el marco de la interpretación constitucional efectuada de las normas legales que instituyen los recursos de referencia, tampoco son incompatibles con la Constitución, ya que si el legislador ha previsto como una vía de revisión de los actos administrativos tributarios en sede administrativa, a través de los recursos de alzada y jerárquico, mismos que en el marco de la interpretación constitucional efectuada precedentemente son compatibles con la Constitución, resulta obvio que para la procedencia de los mencionados recursos es necesario determinar los actos administrativos que podrán ser sometidos a esa revisión, por lo mismo dichas normas no contradicen el debido proceso consagrado por el art. 16 de la Constitución, tampoco lesionan la unidad jurisdiccional prevista por el art. 116 de la Ley Fundamental. Empero, la compatibilidad de estas normas sólo se da en la medida en que sean aplicadas conforme a la interpretación constitucional efectuada por este Tribunal precedentemente.

Respecto a las normas previstas por el art. 145 de la Ley N° 2492, cabe señalar que al instituir la Revisión Extraordinaria de los actos administrativos firmes, como atribución de la máxima autoridad ejecutiva de la Administración Tributaria y las Superintendencias Tributarias, resulta incompatible con la Constitución, toda vez que contradice principios fundamentales, derechos fundamentales y garantías constitucionales, asimismo normas constitucionales orgánicas, conforme se detalla a continuación.

La Revisión Extraordinaria, no es un medio de impugnación ni ordinario ni extraordinario, sino una acción procesal subsidiaria que persigue rescindir una sentencia firme, dejando imprejuizada la cuestión litigiosa; es una acción impugnatoria autónoma, al que se accede por existir hechos ajenos al proceso y ocurridos fuera de él que provocan la lesión o el gravamen; procede contra una sentencia que adquiere firmeza, es decir, aquella contra la que no cabe recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentida por las partes. Según la doctrina del Derecho Procesal, la Revisión Extraordinaria comprende un doble enjuiciamiento iudicium rescindens (juicio rescindente) y iudicium rescisorium (juicio rescisorio), encomendado a distintos órganos jurisdiccionales no administrativos. En el juicio rescindente, el tribunal de revisión decide acerca de la existencia del vicio producido por el hecho nuevo con carácter puramente negativo: dejando sin efecto la sentencia firme. El juicio rescisorio es contingente del anterior y a él pueden acudir las partes para que se dicte una nueva sentencia, por cuanto el objeto litigioso resulta en ese momento carente de decisión, aunque el juez se encuentra vinculado, desde luego, por las declaraciones del fallo de revisión. De lo referido se concluye que: a) la Revisión Extraordinaria es una acción procesal aplicable sólo en el ámbito jurisdiccional; b) la Revisión Extraordinaria, siendo una acción procesal subsidiaria, no se activa de oficio sino a instancia de parte; c) su finalidad es dejar sin efecto una sentencia firme; y d) dada su naturaleza jurídica, es competente para conocer esta acción procesal un tribunal independiente e imparcial, por lo que generalmente se encomienda la labor al Tribunal

Supremo.

Contrastada la Revisión Extraordinaria instituida por la disposición legal impugnada con la naturaleza jurídica referida precedentemente, se establece que aquella no se encuadra en ésta, es decir, en la acción procesal subsidiaria, por las siguientes razones: 1) se pretende aplicar al ámbito del procedimiento administrativo tributario y no al proceso tributario; 2) de una interpretación sistematizada de las normas contenidas por el art. 145 de la Ley N° 2492 se establece que puede activarse de oficio o a instancia de parte, pues en el párrafo III de la disposición legal examinada, al establecer el plazo en que debe ser resuelta la Revisión, se refiere que el plazo se computará “desde la presentación de la solicitud del interesado cuando sea a instancia de partes..”, interpretando la frase “cuando” que está empleado en la dimensión alternativa, aplicando el argumento a contrario sensu se concluye que también podrá activarse la Revisión de oficio; con ello se lesiona el principio fundamental de la seguridad jurídica, consagrado como derecho fundamental por el art. 7.a) de la Constitución, conforme a interpretado este Tribunal; toda vez que la estabilidad del acto administrativo se verá alterada por la voluntad unilateral y discrecional de la Administración Tributaria, máxime si la disposición legal le reconoce la facultad de conocer de la Revisión al mismo generador del acto administrativo, lo que significa que el Administrado se encontrara en permanente incertidumbre e inseguridad a las resultas de la voluntad de la Administración Tributaria; 3) se otorga competencia para sustanciar la Revisión Extraordinaria a la propia Administración Tributaria o a la Superintendencia, es decir, a la misma autoridad que genera el acto administrativo, con lo que se vulnera el principio de la buena fé de los actos administrativos, que según ha definido este Tribunal en su SC 095/2001 impide que la Administración Pública pueda revisar y anular unilateralmente sus propios actos administrativos; de otro lado se lesiona el debido proceso en su elemento del juez natural independiente, competente e imparcial consagrado por los arts. 14 y 16 de la Constitución, toda vez que se encomienda a la Administración Tributaria revisar sus propios actos administrativos, siendo así que la Revisión debió encomendarse a la autoridad judicial independiente e imparcial, para que pueda sustanciar la acción procesal autónoma en igualdad de condiciones para las partes, y, en su caso, pueda anular el acto administrativo; finalmente vulnera la norma prevista por el art. 116-II y III de la Constitución, toda vez que se estaría creando, de hecho, un Juzgado especial para la revisión extraordinaria y se desconoce el mandato del Constituyente de que la potestad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contenciosa administrativa corresponde al Poder Judicial.

Tomando en cuenta que la norma prevista por el art. 139.c) es concordante con las normas previstas por el art. 145 de la Ley impugnada, también resulta incompatible con la Constitución por las razones y fundamentos jurídico - constitucionales precedentemente expuestos.

Respecto a la norma prevista por el art. 146 de la ley impugnada, sometida al juicio de constitucionalidad se determina que la misma es incompatible con el principio de Reserva Legal consagrado por el art. 7 de la Constitución. En efecto, la norma examinada hace una remisión reglamentaria directa respecto a los procedimientos administrativos tributarios, es decir, dispone que los procedimientos para la sustanciación de los recursos de Alzada y Jerárquico, referidos a los plazos, términos, condiciones, requisitos y forma, serán previstos por Decreto Supremo Reglamentario, lo cual lesiona el principio de reserva legal, que según ha definido este Tribunal, en su Declaración Constitucional N° 06/2000, es la “institución

jurídica que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que por disposición de la Constitución deben ser desarrolladas en una Ley; es una institución que impone un límite tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo; a aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de otra Ley”; pues habrá de recordar que la potestad administrativa sancionadora del Estado, así como el procedimiento tributario al ser de carácter correctivo, deberá ser ejercida en el marco del principio de la reserva legal, lo que implica que los ilícitos o infracciones administrativas, las sanciones, así como las normas generales y esenciales del procedimiento deben ser definidos por Ley, remitiéndose al reglamento solamente los aspectos secundarios de detalle de los procedimientos. En el caso de la norma examinada, el legislador ha omitido establecer los aspectos generales y esenciales del procedimiento, tales como los requisitos y condiciones de admisibilidad de los recursos, las causales de rechazo, las modalidades de resolución, los plazos y penalidades para el incumplimiento de plazo por parte de las autoridades administrativas que conocerán de los recursos; pues directamente ha remitido al Reglamento la regulación de esos aspectos esenciales del procedimiento.

En concordancia con la norma examinada precedentemente, las normas previstas por el art. 141 de la Ley impugnada, establecen la remisión al reglamento la regulación de los procedimientos aplicables ante la Superintendencia General, con la agravante de que, en contradicción con la norma prevista por el art. 146, dispone que el reglamento será aprobado mediante Resolución Suprema, y en el caso de las Superintendencias Tributarias Regionales, el procedimiento será aprobado mediante Resolución Administrativa emitida por el Superintendente Tributario General, lo cual lesiona el principio de la reserva legal, conforme se tiene fundamentado precedentemente.

III.6 La impugnación vía judicial en la Ley N° 2492 Código Tributario Boliviano

Como se tiene referido precedentemente, en el marco de los valores supremos de la justicia y la igualdad, la potestad administrativa sancionadora del Estado, en el ámbito tributario, debe ser ejercida con resguardo y la debida protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales del administrado contribuyente; para ello, según enseña la doctrina modernamente el Estado establece vías paralelas de revisión e impugnación de los actos administrativos tributarios. En efecto, conforme ha evolucionado la doctrina del Derecho Administrativo y del Derecho Tributario, en la legislación estatal tributaria se establece, de un lado, la vía de revisión del acto administrativo tributario en sede administrativa a través de la revocatoria, la alzada, recurso jerárquico o la reclamación; del otro, la vía de la impugnación judicial, a través del proceso contencioso-tributario; para esta última vía se otorga competencia a un Juez o Tribunal independiente de la administración tributaria, por lo mismo imparcial.

Con relación a la vía de impugnación judicial, la doctrina enseña que si bien inicialmente se asumió como vía de tutela judicial el proceso contencioso administrativo, a partir de una aparente similitud entre los mecanismos de tutela del Derecho Administrativo y los del Derecho Tributario; empero, con la evolución doctrinal se han establecido diferencias entre ambos ámbitos, por lo mismo las legislaciones estatales han establecido la vía del proceso contencioso – tributario, como vía de tutela judicial al contribuyente en materia tributaria. Como se tiene referido en el punto III.4 de esta Sentencia, asumiendo la evolución doctrinal,

el legislador, mediante la Ley N° 1340, adoptó como vía judicial de impugnación del acto administrativo tributario el proceso contencioso – tributario con una configuración procesal propia y diferente del proceso contencioso administrativo. A esta altura del análisis cabe señalar que el proceso contencioso – tributario tiene su fundamento en el derecho de contradicción del contribuyente, derecho que nace en los valores supremos de la justicia y la igualdad; el derecho a la contradicción se constituye en el derecho a obtener la decisión justa del litigio mediante una sentencia que debe dictarse en el proceso, luego de tener la oportunidad de ser oído en igualdad de condiciones, para defenderse, alegar, probar e interponer los recursos que la ley procesal prevea; persigue una doble finalidad, de una lado, la satisfacción del interés público en la buena justicia y en la tutela del derecho objetivo y, del otro, la tutela del derecho constitucional de defensa y de la libertad individual en sus distintos aspectos; de manera que el proceso contencioso – tributario tiene la cualidad de ser un proceso contradictorio, en el que las partes tienen la oportunidad de hacer valer sus pretensiones a través de la presentación y producción de pruebas, contradecir los hechos y los fundamentos jurídicos.

Sometido a juicio de constitucionalidad las disposiciones legales impugnadas, se tiene que, si bien es cierto que los recurrentes impugnan el art. 139 de la Ley N° 2492 y no así el art. 131, en el que se instituye el sistema de revisión e impugnación de los actos administrativos tributarios, no es menos cierto que, por disposición expresa de la norma prevista por el art. 58-III de la Ley N° 1836, “la Sentencia podrá declarar la inconstitucionalidad de otros preceptos que sean conexos o concordantes con la norma legal impugnada..”, en ese marco cabe señalar que las normas previstas por el art. 139 impugnado tienen concordancia y son conexas con las normas previstas por el art. 131 de la Ley, toda vez que aquellas nacen de éstas; en consecuencia, este Tribunal Constitucional pasa a someter a juicio de constitucionalidad el art. 131 de la Ley impugnada.

En ese orden cabe señalar que el art. 131 de la Ley impugnada es inconstitucional por omisión normativa. En efecto, la disposición legal sometida a examen modifica el sistema de protección o tutela administrativa y judicial del contribuyente previsto en la Ley N° 1340 de 28 de mayo de 1992; ese sistema de tutela paralela se ha sustituido por la de una tutela única, es decir, vía revisión en sede administrativa, a través de los recursos de Alzada y Jerárquico, con el complemento de un control de legalidad del acto administrativo tributario a través del proceso contencioso-administrativo a sustanciarse ante la Corte Suprema de Justicia; lo que significa que se ha excluido la vía de la impugnación judicial del acto administrativo a desarrollarse ante el Juez o Tribunal independiente e imparcial; esa supresión se hace evidente, cuando la Ley impugnada, a través de la Disposición Final Primera abroga, la vigencia del Código, el art. 157-B de la Ley N° 1455 de Organización Judicial, norma ésta que asignó competencia a los Jueces en Materia Administrativa, para conocer y decidir, en primera instancia, de los procesos contencioso-tributarios por demandas originadas en los actos que determinen tributos y en general, de las relaciones jurídicas emergentes de aplicación de las leyes tributarias.

Con la supresión referida, el art. 131 de la Ley impugnada contradice a la Constitución, toda vez que lesiona la garantía constitucional (derecho humano) del debido proceso en su elemento del derecho al juez natural, independiente, imparcial y competente consagrado por las normas previstas por los arts. 14 y 16-IV de la Constitución, ya que le priva al contribuyente toda posibilidad de someter el acto administrativo tributario a un proceso

contencioso en el que de manera contradictoria y en igualdad de condiciones pueda ser oído y hacer valer sus pretensiones, produciendo prueba, objetando la de contrario, desvirtuando los procedimientos administrativos tributarios que dieron lugar al acto determinativo del tributo, en suma lograr una decisión legal y justa; de otro lado se lesiona el derecho a impugnar los actos administrativos tributarios ante un juez o tribunal independiente e imparcial, toda vez que si bien es cierto que tiene la vía de revisión en sede administrativa, a través de los recursos de alzada y jerárquico, no es menos cierto que la autoridad competente para dicha revisión no es totalmente independiente, en la medida en que el financiamiento de sus actividades, que incluye el pago de sus sueldos, proviene de las recaudaciones tributarias, conforme dispone la norma prevista por el art. 133.1 de la Ley impugnada; pues habrá de recordar que una de las formas de garantizar la independencia del Juez o Tribunal es la gratuidad en el acceso a la justicia, esto es que las partes no tengan que efectuar la remuneración por los servicios prestados, en el caso examinado será la Administración Tributaria la que, a través del desembolso del 1% del total de las recaudaciones tributarias, soportará el funcionamiento de las Superintendencias. De manera que, si la revisión en sede administrativa es realizada por una autoridad administrativa que no es independiente e imparcial, es obvio que el legislador debió prever la vía de la impugnación judicial como un medio de tutela alternativo, es decir, que el contribuyente tenga, por una parte, la vía de revisión en sede administrativa y, por otra, la vía de impugnación judicial.

De otro lado lesiona los valores supremos de la justicia e igualdad, inherentes al Estado Democrático de Derecho y consagrados por el art. 6 de la Constitución, toda vez que al impedir al contribuyente acceder a la vía judicial de impugnación del acto administrativo, le impedirá ejercer el derecho de contradicción, por lo mismo le impedirá acceder, en igualdad de condiciones, a la vía judicial para lograr una sentencia justa y legal del litigio, en consecuencia que obtenga una tutela judicial efectiva que, como bien ha establecido este Tribunal en su jurisprudencia, constituye parte del debido proceso.

Al respecto cabe aclarar que el fundamento expresado por el Presidente del Congreso Nacional, en el alegato presentado a favor de la Ley impugnada, no es atendible, toda vez que el proceso contencioso administrativo previsto por el art. 131, dada su naturaleza jurídica, no reemplaza al proceso contencioso – tributario, el que, como se tiene referido precedentemente, difiere de aquél en su naturaleza jurídica, su finalidad y objetivo, así como en su propia configuración procesal; pues entre tanto aquél es una vía de control de legalidad, éste es una vía de impugnación directa y controversial del acto administrativo tributario, el primero es una que requiere del agotamiento de las instancias administrativas, el segundo es una vía directa y alternativa a los procedimientos administrativos tributarios; mientras aquél se tramita como un proceso de puro derecho y en única instancia, éste se tramita como un proceso de hecho admitiendo los recursos previstos en el ordenamiento procesal. En ese orden, las normas previstas por el art. 147 de la Ley impugnada, que son concordantes y conexas con el art. 131, también son incompatibles con la Constitución, conforme se tiene referido y fundamentado precedentemente.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los artículos 120.1ª CPE, 7.1), 54 y sgts. LTC, declara:

1° La INCONSTITUCIONALIDAD: 1) por omisión normativa del art. 131. 2), por contradicción los arts. 131 tercer párrafo, 139.c), 141, 145, 146 y 147 de la Ley 2492 o Código Tributario Boliviano, de 2 de agosto de 2003 (CTb), con los efectos previstos por el art. 58- III LTC;

2° La CONSTITUCIONALIDAD de los arts. 139.b), 140.a) y b), 143 y 144 de la Ley 2492 Código Tributario Boliviano, de 2 de agosto de 2003 (CTb), en el marco de la interpretación constitucional expresada en los fundamentos de esta sentencia, por previsión expresa del art. 58-V LTC.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No interviene el Decano Dr. Willman Ruperto Durán Ribera por encontrarse con licencia y la Magistrada Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas por estar haciendo uso de su vacación anual.

Dr. René Baldivieso Guzmán Presidente Dr. José Antonio Rivera Santivañez DECANO EN EJERCICIO

Dra. Martha Rojas Álvarez Magistrada Dr. Rolando Roca Aguilera Magistrado

Dr. Walter Raña Arana
MAGISTRADO

Este documento proviene del Tribunal Constitucional de Bolivia

www.tc.gov.bo



SENTENCIA CONSTITUCIONAL No. 57/2002

Sucre, 05 de julio de 2002

Expediente: 2002-03951-08-RDI

Recurrente: Ana María Romero de Campero, Defensora del Pueblo

Materia: Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad

Distrito: La Paz

Magistrado Relator: Dr. José Antonio Rivera Santiviáñez

VISTOS

El **Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad** planteado por Ana María Romero de Campero, Defensora del Pueblo demandando la inconstitucionalidad de los artículos 2 inc. b), 3 y 4 del Decreto Supremo N° 26415 de 27 de noviembre de 2001; los antecedentes del caso, y

CONSIDERANDO I

Que, por memorial presentado el 28 de enero de 2001 de fs. 34 a 44 de obrados, la recurrente plantea el Recurso expresando los siguientes fundamentos:

I.1 Que, las disposiciones del Decreto Supremo N° 26415 de 27 de noviembre de 2001, que infringen la Constitución Política del Estado, son las siguientes:

artículo 2:

"Se faculta al Ministerio de Gobierno, para que a través del Viceministro de Defensa Social:
b) Asuma el control del proceso del secado de la hoja de coca en todas las delimitaciones territoriales que no estén comprendidas en el artículo de la Ley N° 1008 o que esté siendo efectuada por personas que no estén acreditadas como productores de coca".

artículo 3:

"Cuando el productor encargado del transporte de la hoja de coca en su estado natural, desde su centro de producción a los mercados legales y los comerciantes desde el mercado legal a su puesto de venta al detalle, omitieran el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 22099-Reglamentario de la Ley 1008 y el Decreto Supremo N° 26342 de 29 de septiembre de 2001; serán pasibles a la sanción prevista en el artículo 55 de la Ley N° 1008, aplicadas tanto a las personas naturales como jurídicas."

Artículo 4:

"Cuando el secado de la hoja de coca en su estado natural, esté siendo realizado en las delimitaciones territoriales que no estén previstas en el art. 9 de la Ley 1008 o que esté siendo efectuada en las zonas tradicionales por personas que no estén acreditadas como productores de coca, se procederá al inmediato decomiso de la hoja de coca".

I.2 Que, agrega la recurrente, respecto al art. 2 inc. b) señalado, el Poder Ejecutivo ha excedido sus funciones, dado que el Ministerio de Gobierno se ha extralimitado en las atribuciones que le han sido asignadas mediante Ley dictada por el Congreso, pues sin que le esté permitido mediante Decreto Supremo, ha establecido otra competencia violando el principio de reserva legal habilitada y creada por la Constitución, dado que lo que sí queda abierto para el contenido de un Decreto Supremo es la reglamentación de la ley que establezca la competencia ministerial, sin apartarse de la competencia legal establecida.

Que, en el caso del citado art. 2 inc. b), se tiene que el art. 15 de la Ley N° 1008 establece que la producción, circulación y comercialización de la coca serán fiscalizadas por el órgano competente del Poder Ejecutivo, lo cual significa que deberá existir un órgano dependiente del Poder Ejecutivo con competencia expresa sobre el tema. Consecuentemente, esta norma crea una competencia general del Poder Ejecutivo mediante sus Ministros sobre la fiscalización de la producción, circulación y comercialización de la hoja de coca, estableciéndose en el Decreto Supremo N° 26415, la competencia expresa recayendo la misma en el Viceministerio de Defensa Social.

Que, en el caso del establecimiento de la competencia para que el Ministerio de Gobierno se encargue del control del proceso del secado de hoja de coca en todas las delimitaciones territoriales que no se encuentren calificadas como zonas de producción territoriales de coca, no existe el instrumento idóneo que manda el art. 99 de la Norma Fundamental; es decir, que esa competencia no se encuentra establecida ni en la ley de Organización del Poder Ejecutivo vigente, ni en la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas, por lo que al crear, el Decreto Supremo tantas veces referido, una nueva competencia vulnera el art. 99 de la Constitución Política del Estado, dado que por mandato del art. 228 de la misma, un instrumento normativo emanado del Poder Ejecutivo como lo es el decreto supremo no puede alterar ni modificar una Ley resultado de un procedimiento del Poder Legislativo.

Que, asimismo, no puede alterar el contenido de una Ley la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, sino que los reglamentos que éste dicte deben estar subordinados a la legislación y reflejar el espíritu de la ley que les dió origen, pues ésta sólo podrá ser modificada o abrogada sólo por otra ley.

I.3 Que, el art. 3 del Decreto Supremo N° 26415 de 27 de noviembre de 2001, de igual manera lesiona los citados preceptos además de los arts. 16 y 32 de la Ley Fundamental, puesto que modifica un tipo penal instituido en el art. 55 de la Ley N° 1008, atribución que está reservada únicamente a la Ley por una parte, y por otra, impone el decomiso como una sanción anticipada, vulnerando con ello, no sólo el principio de reserva legal, sino también el de legalidad, el cual importa la garantía de que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones que dependan solamente de la

voluntad ocasional y probablemente discrecional de quien manda. De igual forma dicho principio se manifiesta en el derecho a no sufrir ninguna pena o sanción si ésta no cumple ciertos requisitos que necesariamente tienen que surgir de una norma dictada por el Poder Legislativo.

I.4 Que, en cuanto al art. 4 del Decreto Supremo N° 26415, éste instituye la sanción del decomiso de la hoja de coca, sin que se prevea la existencia de un proceso penal y menos la existencia de una imputación de carácter penal que sea impuesta por autoridad jurisdiccional competente y que el afectado con dicha sanción haya hecho uso de su derecho a la defensa, no obstante que el decomiso es una previsión que se adopta en el curso de una acusación formal penal y que se convierte en definitiva cuando existe sentencia ejecutoriada condenatoria, la cual también puede ser revertida en caso de no existir la decisión de culpabilidad.

CONSIDERANDO II

II.1 Que, cumplidos los requisitos de presentación del Recurso, la Comisión de Admisión de este Tribunal mediante el Auto Constitucional N° 055/2002-CA de 6 de febrero de 2002, admite el Recurso (fs. 45-46), con el cual se notifica a las partes el 20 de febrero (fs. 47) y 6 de marzo de 2002 (fs. 49).

CONSIDERANDO III

III.1 Que, mediante memorial presentado el 1 de abril de 2002, el apoderado del Presidente Constitucional de la República, pide se tenga presente que luego de la admisión del Recurso el Poder Ejecutivo emitió otros Decretos Supremos modificando y derogando las disposiciones impugnadas de la siguiente forma:

a) el Decreto Supremo N° 26501 de 15 de febrero de 2002 publicado en la Gaceta Oficial de Bolivia N° 2378 de 28 de febrero de 2002, mediante su art. 2 modificó el art. 2 inc. b) impugnado así:

artículo 2:

"Se faculta al Ministerio de Gobierno, para que a través de su Viceministerio de Defensa Social:

....

"b) Asuma el control del proceso de secado de la hoja de coca en todas las limitaciones territoriales que no estén comprendidas en el artículo 9 de la Ley 1008."

De ello se evidencia que fue eliminada la parte que establecía: "... o que esté siendo efectuada por personas que no estén acreditadas como productores de coca".

b) El mismo Decreto Supremo en su art. 1 derogó el art. 3 impugnado.

c) El Decreto Supremo N° 26491 de 31 de enero de 2002 publicado en la Gaceta Oficial de

Bolivia N° 2377 de 15 de febrero de 2002 en su art. 5 modificó el "contexto, aplicación y alcance del art. 4 impugnado suprimiendo la palabra inmediato.

d) El Decreto Supremo N° 26502 de 15 de febrero de 2002, publicado en la Gaceta Constitucional N° 2378 de 28 de febrero de 2002, en su artículo único abrogó el Decreto Supremo N° 26491.

En atención a lo expuesto pide declarar si el texto del Decreto Supremo N° 26415 en sus arts. 2-b) y 4 que fueron objeto de modificación infringieron o no la Constitución Política del Estado.

CONSIDERANDO IV

IV.1 Que, tales modificaciones motivaron a la recurrente a retirar el Recurso en parte, esto es, en cuanto a la totalidad del artículo 3° y la parte suprimida del inc. b) del art. 2°. En cuanto al 4° mantiene el Recurso con el argumento de que la modificación no es suficiente, pues en cuanto al art. 2 referido, aduce que sus previsiones mantienen la vulneración al art. 99 de la Constitución Política del Estado y el cuarto sigue con una prescripción contraria al art. 16 de la Ley Fundamental (fs. 71-73).

IV.2 Que, analizado el retiro presentado, la Comisión de Admisión por Auto Constitucional N° 0150/2002 -CA de 15 de abril de 2002, ACEPTA el Retiro del Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad "...en cuanto se refiere al art. 3° del Decreto Supremo N° 26415 de 27 de noviembre de 2001, manteniéndose subsistente respecto a las demás normas impugnadas..." (fs. 76-77).

IV.3 Que, el citado Auto fue puesto a conocimiento de las partes el 19 de abril de 2002, sin que ninguna de ellas hubiese presentado objeción alguna hasta la fecha de sorteo del Recurso el 3 de junio de 2002 (fs. 78, 79).

CONSIDERANDO V

V.1 Que, el art. 54 de la Ley N° 1836 prevé que: "El recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad procederá contra toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, contraria a la Constitución Política del Estado como acción no vinculada a un caso concreto."

V.2 Que, conforme a la norma citada y el objeto de este Recurso, corresponde al Tribunal Constitucional realizar el examen de las disposiciones legales impugnadas para determinar si son compatibles o incompatibles con los valores, principios y normas de la Constitución Política del Estado.

V.3 Que, a ese efecto cabe señalar que el art. 2 del Decreto Supremo N° 26501 de 15 de febrero de 2002, que modifica los arts. 2 y 4 del D.S. N° 26415 de 27 de noviembre de 2001, dispone lo siguiente:

"Artículo 2.- (MODIFICACIÓN). Se modifican los siguientes artículos:

"El artículo 2, dirá: "Se faculta al Ministerio de Gobierno, para que a través de su Viceministerio de Defensa Social:

"a) Ejercer el control para la penalización de las personas que comercialicen hoja de coca ilegal y/o la transporten ilegalmente.

"b) Asumir el control del proceso de secado de la hoja de coca en todas las delimitaciones territoriales que no estén comprendidas en el artículo 9 de la Ley 1008.

"El artículo 4, dirá: "Cuando el secado de la hoja de coca en su estado natural se realice en las delimitaciones territoriales que no estén previstas en el artículo 9 de la Ley 1008, los responsables serán pasibles al decomiso de su producto en concordancia a lo previsto en el art. 9 del Decreto Supremo N° 22099"

CONSIDERANDO VI

VI.1 Que, el art. 2 inc. b) 4 del D.S. N° 26415 de 27 de noviembre de 2001, modificado mediante D.S. N° 26501 de 15 de febrero de 2002, es impugnado porque en criterio de la recurrente, constituye una otorgación de facultad al margen de las normas previstas por los arts. 99 y 228 de la Constitución; por lo que corresponde determinar si ello es evidente.

VI.2 Que, la disposición legal impugnada tiene su base en las normas previstas por los arts. 8, 9, 10, 11, 15 y 19 de la Ley N° 1008 que definen el régimen de la producción, circulación y comercialización de la coca, por lo que es necesario referirse a ellas. En efecto, el art. 8 de la citada Ley define y delimita tres zonas de producción de Coca en el país: a) la Zona de producción tradicional; b) Zona de producción excedentaria en transición; y c) Zona de producción ilícita; en concordancia con esa disposición legal el art. 11 de la Ley N° 1008 determina la prohibición del cultivo de coca en el territorio de la República, con excepción de las zonas definidas por los arts. 9 y 10 de la misma Ley. Por otro lado el art. 15 de la referida Ley, define que "la producción, circulación y comercialización de la coca quedan sujetas a la fiscalización del Estado, a través del órgano competente del Poder Ejecutivo, y serán objeto de reglamentaciones especiales dentro del marco jurídico de la presente ley". Finalmente el art. 19 de la Ley N° 1008, define que "es responsabilidad del Poder ejecutivo conocer el origen y destino de la producción de coca, así como definir las rutas y medios de transporte para su traslado a los mercados legales de consumo (...). Toda violación a la presente disposición convertirá a la coca en ilegal y estará sujeta a las sanciones establecidas en la presente ley"

Que bajo ese contexto legal, corresponde analizar cuál es el órgano competente para la atribución conferida al Poder Ejecutivo y qué alcance tiene la competencia.

VI.3 Que, la Ley N° 1788 de Organización del Poder Ejecutivo, en cumplimiento de la norma prevista por el art. 99 de la Constitución define el número, composición, estructura de los Ministerios del Estado así como las funciones y atribuciones de los Ministros. Entre los Ministerios que forman parte de la estructura del Poder Ejecutivo, la citada Ley consigna el Ministerio de Gobierno, el que, al igual que todos los demás tiene una estructura central compuesta a partir del Ministro, luego el Viceministro y el Director General.

Que, las atribuciones del citado Ministerio están descritas en el art. 11 de la Ley, entre ellas el inc. B) le asigna la atribución de "Administrar el Régimen de Defensa Social". De otro lado, conforme a la norma prevista por el art. 23 de la referida Ley N° 1788, el Poder Ejecutivo ha emitido su Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 24855, el cual en su art. 16.D señala las funciones del Ministerio de Gobierno, entre ellas las de "Administrar el Régimen de Defensa Social"; para cuyo efecto en el art. 17-I instituye el Viceministro de Defensa Social, bajo cuya dependencia se encuentran el Director General de Sustancias Controladas, el Director General de Comercialización de la Coca y el Director General de Bienes Incautados.

VI.4 Que, para determinar la compatibilidad o incompatibilidad de la disposición legal impugnada con la Constitución, es necesario interpretar el alcance de la competencia y atribución asignada por el art. 11.B de la Ley N° 1788, es decir, establecer el sentido de la norma referida al "Régimen de Defensa Social".

Que, la Defensa Social constituye un sistema de protección de la Sociedad contra la criminalidad, así como a los individuos del peligro de la reincidencia. Es un sistema de reacción anticriminal, que teniendo en cuenta los factores del acto antisocial y las posibilidades de resocialización de su autor, pretende simultáneamente defender la sociedad contra los delincuentes y proteger a los individuos contra el peligro de caer o recaer en la delincuencia. En esa perspectiva se entiende que el legislador, al consignar como competencia y atribución del Ministerio de gobierno el "administrar el Régimen de Defensa Social", se ha referido a la política criminal establecida por el Estado para defender a la Sociedad de la criminalidad manifestada en todas sus formas y facetas, sean delitos o conductas antisociales; incluyéndose entre ellos los delitos y las faltas y contravenciones tipificados en la Ley N° 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas. Se entiende que esa política criminal comprende la prevención, la represión y la rehabilitación.

Que, conforme a las normas previstas por los arts. 8.c. y 11 de la citada Ley N° 1008, toda producción de coca en las zonas que no sean las definidas por el art. 9 de la referida Ley, son consideradas ilícitas; de otro lado, el incumplimiento del régimen normativo de la producción, transporte y comercialización de la coca, constituye un hecho ilícito sujeto a las sanciones previstas en la Ley. En consecuencia, la política criminal comprendida dentro del Régimen de Defensa Social incluye a los hechos ilícitos referidos en las disposiciones legales citadas.

VI.5 Que, en el contexto antes referido se entiende que la facultad de "asumir el control del proceso de secado de la hoja de coca en todas las delimitaciones territoriales que no estén comprendidas en el artículo 9 de la Ley 1008", forma parte del Régimen de Defensa Social, por lo mismo se subsume en la competencia y atribuciones que el legislador ha conferido, por mandato constitucional, al Ministerio de Gobierno. En consecuencia, la disposición legal impugnada, es decir, el art. 2.b) del D.S. N° 26415, modificado mediante D.S. N° 26501 no vulnera las normas previstas por los arts. 99 y 228 de la Constitución Política del Estado, como sostiene la recurrente, al contrario, es en ese contexto normativo y no fuera de él, que el Poder Ejecutivo ha dictado el art. 2 del Decreto Supremo N° 26415, por ello, tampoco existe lesión a los principios de reserva legal como al principio de legalidad.

CONSIDERANDO VII

VII.1 Que, el art. 4 del D.S. N° 26415 de 27 de noviembre de 2001, modificado mediante D.S. N° 26501 de 15 de febrero de 2002, es impugnado porque en criterio de la recurrente, el establecer la sanción del decomiso, vulnera las normas previstas por el art. 16 de la Constitución; por lo que corresponde determinar si ello es evidente; en consecuencia resulta necesario analizar brevemente el instituto del decomiso.

Que, en ese orden cabe señalar que el decomiso, conocido también por la doctrina como comiso, es un límite a la propiedad privada, pues es la privación coactiva de los bienes privados por razones de interés público que opera como sanción penal o sanción administrativa, dentro de esta última, podría operar en los ámbitos aduanero, administrativo propiamente dicho y el de policía. En consecuencia, el decomiso, como una sanción principal o accesoria, implica que el autor o copartícipe de un hecho punible -delito, falta o infracción administrativa- pierde sin indemnización alguna, los bienes, objetos o instrumentos con los cuales se cometió el delito o la infracción y todas aquellas cosas o valores que provengan de la ejecución del mismo, exceptuándose, los derechos que tengan sobre dichos sujetos pasivos o terceros. Tiene su fundamento en razones de seguridad, moralidad y salubridad públicas.

El decomiso como sanción administrativa se inscribe en el Régimen Administrativo Sancionador que tiene el Estado; empero una condición de validez es que sea establecido en el marco del principio de legalidad y cumpla con los requisitos esenciales exigidos para su aplicación, como son: a) la garantía formal expresada en el resguardo del principio de la reserva legal en la medida en que es la Ley la que contiene las normas que tipifican las conductas como ilícitos o infracciones administrativas, así como las sanciones; y b) la garantía material que en resguardo del principio de la seguridad jurídica se expresa en la necesaria tipificación de las conductas y el establecimiento de las sanciones tanto en forma directa, a través de las normas contenidas en la Ley, cuanto por remisión conocida como tipificación indirecta.

Es en ese marco que debe ser analizada la norma prevista por el art. 4 del D.S. N° 26415 de 27 de noviembre de 2001, modificado mediante D.S. N° 26501 de 15 de febrero de 2002, para determinar su compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución, en razón de que la disposición legal impugnada instituye la sanción del decomiso.

VII.2 Que, la disposición legal impugnada tiene su base en las normas previstas por los arts. 8, 9, 10, 11, 15 y 19 de la Ley N° 1008 que definen el régimen de la producción, circulación y comercialización de la Coca, cuyo contenido ha sido referido en el Considerando anterior, siendo necesario reiterar simplemente la norma prevista por el art. 19 de la Ley N° 1008, la que define que "es responsabilidad del Poder ejecutivo conocer el origen y destino de la producción de coca, así como definir las rutas y medios de transporte para su traslado a los mercados legales de consumo (...). Toda violación a la presente disposición convertirá a la coca en ilegal y estará sujeta a las sanciones establecidas en la presente ley". **Empero, la Ley N° 1008 omite establecer el régimen sancionatorio referido en su art. 19, un régimen que comprenda la tipificación clara y precisa de las conductas, las sanciones penales o administrativas y, en este último caso, el procedimiento respectivo para determinar las infracciones administrativas y aplicar las sanciones.**

VII.3 Que, frente a la omisión legislativa referida precedentemente se ha emitido la disposición legal impugnada, la misma que implícitamente define el secado de coca en su estado natural realizado en las delimitaciones territoriales no previstas en el art. 9 de la Ley N° 1008 como una infracción o ilícito administrativo, para luego definir la sanción respectiva que resulta siendo el decomiso del producto, es decir, la coca. En consecuencia, el decomiso previsto en la disposición legal impugnada resulta ser una sanción administrativa.

VII.4 Que, si bien es cierto que el decomiso, como sanción administrativa, no requiere del agotamiento de un proceso judicial, no es menos cierto que, como se tiene referido, debe estar establecido cumpliendo los requisitos esenciales de su validez legal, esto es, que debe ser definida mediante una Ley la tipificación de la conducta como ilícito o infracción administrativa, así la sanción, en este caso el decomiso, lo que significa la aplicación del principio de la reserva legal.

VII.5 Que, en el caso objeto del presente Recurso, tanto la tipificación de la infracción o ilícito administrativo, cuanto la sanción respectiva, no han sido establecidos expresamente en la Ley, sino directamente en el Decreto Supremo que contiene la disposición legal impugnada, hecho que le resta la validez legal al decomiso como sanción administrativa, en razón de que la disposición legal objeto de análisis lesiona el principio de la reserva legal, así como el derecho a la seguridad jurídica, así como el principio de la legalidad, previstos por los arts. 7, primer párrafo, 7.a) y 29 de la Constitución Política del Estado, de lo que se constata que la norma impugnada no guarda sujeción con la Constitución en los preceptos aludidos.

POR TANTO:

El Tribunal Constitucional, ejerciendo la jurisdicción que le confieren los artículos 120. 1ª de la Constitución Política del Estado y 7-2) de la Ley N° 1836, declara **CONSTITUCIONAL** el art. 2 inc. b); e **INCONSTITUCIONAL** el art. 4, ambos del Decreto Supremo N° 26415 de 27 de noviembre de 2001, modificado mediante D.S. 26501 de 15 de febrero de 2002.

Regístrese y devuélvase.

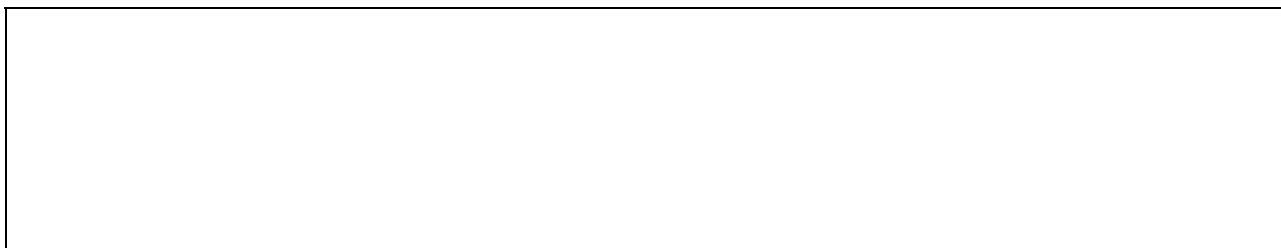
Fdo. Dr. René Baldivieso Guzmán
PRESIDENTE

Fdo. Dr. Willman Ruperto Durán Ribera
DECANO

Fdo. Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas
MAGISTRADA

Fdo. Dr. Felipe Tredinnick Abasto
MAGISTRADO

Fdo. Dr. José Antonio Rivera Santivañez
MAGISTRADO



Este documento proviene del Tribunal Constitucional de Bolivia
www.tc.gov.bo