

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

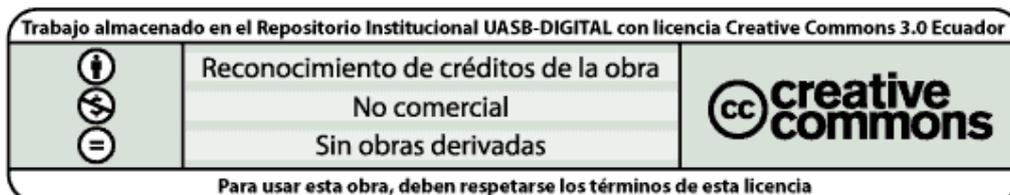
Área de Derecho

Programa de Doctorado en Derecho

**La protección de los derechos mediante el proceso contencioso
administrativo en Bolivia**

Luis Osmar Sotomayor Terceros

Quito, 2016



Yo, Luis Osmar Sotomayor Terceros, autor de la tesis intitulada La protección de los derechos mediante el proceso contencioso administrativo en Bolivia, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctor en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en la red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico

Fecha: diciembre de 2016

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

AREA: DERECHO

DOCTORADO EN DERECHO

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS MEDIANTE EL
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN BOLIVIA**

Autor: Luis Osmar Sotomayor Terceros

Directora: Dra. Claudia Storini

Bolivia - 2016

RESUMEN

Esta tesis tiene por objeto de estudio al proceso contencioso administrativo en Bolivia, como el proceso ordinario por el cual el particular protege sus derechos e intereses ante la Administración Pública.

La investigación parte desde una mirada constitucional, pretendiendo conocer si a partir de la vigencia de la Constitución de 2009, elaborada por la Asamblea Constituyente y aprobada por referéndum popular, se ha conseguido mejorar la protección efectiva del ciudadano frente a la Administración. Así, inicialmente se efectúa una exposición de las distintas garantías, abstractas y concretas, que proporciona el ordenamiento jurídico boliviano para la protección de sus derechos frente a la Administración Pública, identificando entre éstas, un mecanismo ordinario de fundamental importancia en Estado de Derecho, el proceso judicial contencioso administrativo.

Una vez identificado y caracterizado nuestro objeto de estudio, se estudia la evolución de este instituto jurídico en la realidad histórica boliviana, así se acude a la regulación constitucional del contencioso administrativo a través de las Constituciones Bolivianas, la legislación de desarrollo, y la jurisprudencia constitucional como ordinaria. Posteriormente, se efectúa el estudio del tratamiento de este instituto procesal en los documentos de registro de la Asamblea Constituyente, se revisa el resultado normativo de la vigente Constitución y los mandatos que el Legislador tiene para desarrollar una jurisdicción contenciosa administrativa que brinde la tutela judicial efectiva necesaria a los bolivianos frente a la Administración, cada vez más creciente en el Estado Plurinacional de Bolivia. Finalmente, se estudian las particularidades que deberá desarrollar el ordenamiento jurídico boliviano, respecto el contencioso administrativo, a efecto de proteger los derechos frente a la Administración.

DEDICATORIA

A mi madre,

.....

Porque en un instante de locura,

A pesar de su propia vida,

Cambió todo,

.....

Y decidió darme vida,

.....

Una vida maravillosa

.....

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por cobijarme, enseñarme y sobre todo por haberme permitido vivir tan maravillosas experiencias y estrechar lazos de amistad tan imperecederos.

A Claudia, tutora de tesis, y de vida, amiga por siempre. Por su aliento y apoyo permanente en la investigación. Sin ella, este modesto material no existiría.

A Yasmine, Gael y Caleb.

A mi familia, que siempre ha estado allí.

A los amigos, que han estado en el momento oportuno.

A la vida,.....siempre.

TABLA DE CONTENIDO

Tabla de Abreviaturas.....	10
Introducción.....	11
CAPITULO I LAS GARANTIAS DE LOS DERECHOS, FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	13
1. Las garantías de los derechos frente a actos de la Administración	13
2. Las Garantías Abstractas.....	31
a) La directa aplicabilidad de los derechos fundamentales.....	33
b) Garantía de políticas públicas.....	45
c) La cláusula interpretativa.....	46
d) La reserva de la ley	54
e) La salvaguarda del contenido esencial.....	57
f) Jerarquía normativa y directa aplicabilidad de los Tratados internacionales.....	66
g.) Especial rigidez de las normas constitucionales reconocedoras de derechos fundamentales.....	69
h) Defensor del Pueblo y Ministerio Público.....	71
i) Las garantías ciudadanas o sociales de los derechos.....	72
3. Las garantías concretas.....	75
a) La impugnación administrativa.....	81
b) La tutela judicial ordinaria. La tutela judicial efectiva.....	84

c) La acción de amparo constitucional.....	90
d) Acción de cumplimiento.....	101
e) La acción popular.....	115
f) Acción de inconstitucionalidad.....	118
g) Recurso directo de nulidad.....	120
h) El recurso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	126
4. Eficacia, efectividad y eficiencia de las garantías de derechos.....	132

CAPITULO II LA PROTECCIÓN ORDINARIA DE DERECHOS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN.....138

1. Antecedentes de la impugnación ordinaria.....	138
2. Separación de funciones. Poder Judicial y separación de poderes.....	144
3. Derechos, Administración Pública y Constitución.....	148
4. Control de los actos del Órgano Ejecutivo.....	153
5. Importancia del proceso contencioso administrativo.....	159
6. Garantía de derechos, proceso contencioso administrativo y nuevo constitucionalismo.....	160
7. Derecho a la tutela judicial efectiva.....	168
8. Evolución del proceso contencioso administrativo en Bolivia.....	172
8.1 Consejo de Estado.....	175
8.2 Jurisdicción ordinaria.....	184
8.3 Evaluación de la situación actual.....	199

CAPITULO III ELEMENTOS BASICOS PARA LA REGULACION DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN BOLIVIA.....212

1. Elementos del nuevo régimen constitucional.....	213
2. Tutela judicial efectiva.....	215
3. Principios procesales a tomarse en cuenta.....	220
4. Potestad de impartir justicia.....	227
5. Garantía de independencia judicial.....	228
6. Jurisdicciones especializadas.....	228
7. Jurisdicción contenciosa y contenciosa administrativa.....	230
8. Asamblea Constituyente y jurisdicción contenciosa administrativa.....	235
9. Jurisdicción contencioso administrativa agroambiental.....	236
10. Jurisdicción indígena originaria campesina y jurisdicción contencioso administrativa.....	238
11. Contencioso administrativo y el Órgano Electoral	240
12. Principios rectores de la Administración Pública. Legalidad.....	241
13. La Reparación integral en la Constitución y en el ordenamiento internacional.....	241
CAPÍTULO IV CONCLUSIONES.....	245
BIBLIOGRAFIA	251

TABLA DE ABREVIATURAS

CPE	Constitución Política del Estado
CPE Abrg	Constitución Política del Estado abrogada
EPB	Estado Plurinacional de Bolivia
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia
CSJ	Corte Suprema de Justicia
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional
TC	Tribunal Constitucional
CPCo	Código Procesal Constitucional

INTRODUCCION

A partir de los años noventa en Sudamérica se experimentaron cambios en las estructuras constitucionales, en las cuales entre otras cuestiones se extiende el catálogo de derechos, llegando incluso algunas, como en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, aprobada por referéndum el 7 de febrero de 2009, a alcanzar a gozar de las garantías y acciones de los derechos fundamentales, todos los derechos establecidos en la propia Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.¹

En ese sentido cabe preguntarse, si a partir de la vigencia de este texto normativo fundamental se ha conseguido llevar a la práctica lo diseñado por la Asamblea Constituyente sobre la protección efectiva de los derechos humanos.²

De manera específica en el presente estudio indagamos los mecanismos de protección de derechos del ciudadano frente a los actos emanados por la Administración Pública, en ese sentido objeto de investigación constituye el proceso contencioso administrativo, como mecanismo ordinario de protección de derechos de los administrados en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Para llegar a este objetivo en el primer capítulo estudiaremos las garantías de los derechos que se han desarrollado en la Constitución, doctrina y jurisprudencia boliviana con especial énfasis en los mecanismos de protección de los derechos ante la actuación de la Administración Pública. En el segundo capítulo se estudia el desarrollo constitucional, legislativo y jurisprudencial que se ha experimentado en Bolivia respecto el mecanismo ordinario de protección de los derechos que ejerce la función judicial ante la actividad administrativa, esto es, el contencioso administrativo. Finalmente y en virtud de los anteriores aspectos, se desarrollaran los

¹ Al respecto ver: Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

² No obstante, en el mencionado artículo supra Claudia Storini sostiene que el nuevo texto constitucional boliviano no aporta cambios trascendentales en el entramado de garantías de los derechos previstos en la Constitución de 1967.

elementos esenciales que debería contener la legislación de lo contencioso administrativo en Bolivia, para garantizar los derechos de los habitantes de este país ante la Administración Pública.

CAPÍTULO I

LAS GARANTIAS DE LOS DERECHOS, FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Las garantías de los derechos frente a actos de la Administración

Joaquín García Morillo, cita el artículo 16 de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 “Las sociedades en las que la separación de poderes no está asegurada y los derechos del hombre no están reconocidos carecen de Constitución”, advirtiendo que la sola consagración constitucional no es condición suficiente para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales si no va acompañada de garantías que aseguren la efectividad del libre ejercicio de tales derechos.³

El profesor español cita a Michel Drat cuando señala respecto a los derechos fundamentales que “es tan extrema su fragilidad y tan constante su evolución, que las libertades públicas precisan para ejercerse y desenvolverse no sólo un tratamiento especial, sino también, y sobre todo, un sistema de protección particularmente eficaz, ya que las libertades no valen en la práctica más que lo que valen sus garantías”. Asimismo, en su texto “El amparo judicial de los derechos fundamentales” concluye

³ Joaquín García Morillo, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia España, 1994.

junto a Hart que “los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías”.

Asimismo, Héctor Fix-Zamudio en su texto “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos” recuerda que el tratadista argentino contemporáneo Germán José Bidart Campos ha sostenido con gran agudeza, que lo que caracteriza al régimen democrático, no es la inscripción de la libertad, sino su vigencia, y que en este terreno, la acción procesal es el elemento que en muchos casos puede afirmar el derecho, el medio de hacerlo valer, la vía para demandar su amparo.⁴

Conforme nos señala Marc Carrillo en el constitucionalismo más reciente es constatable no sólo un esfuerzo de ampliación del sistema de garantías y de nuevos instrumentos jurídicos al efecto, sino también de su ordenación en función de la naturaleza de los derechos y libertades susceptibles de proteger.⁵

Héctor Fix-Zamudio sostiene en el texto citado anteriormente que “en las profundas y vertiginosas transformaciones que se han observado, una de las fundamentales ha consistido en el abandono de la pretensión romántica, que proviene de los revolucionarios franceses, en el sentido de que no resulta suficiente consagrar los derechos de la persona humana en la Constitución Política, para que los mismos sean respetados por autoridades y ciudadanos. Ya que sin esos instrumentos, los

⁴Héctor Fix-Zamudio, “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos”. *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México: UNAM, 1974.

⁵Marc Carrillo, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995.

derechos públicos subjetivos se transforman en simples expresiones formales, sin eficacia práctica”⁶.

Lo que nos ha llevado al reconocimiento internacional de la necesidad de establecer medios de protección procesal uniforme, con el objeto de que los propios derechos del hombre puedan ser respetados universalmente y en esta dirección los artículos XVII⁷ y 8⁸ respectivamente de las Declaración Americana y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, del reconocimiento o confirmación de un juicio sencillo y breve que ampare a los particulares contra la violación de los multicitados derechos de la persona humana reconocidos en los ordenamientos nacionales⁹.

También la tutela procesal de los derechos del hombre establecidos en los documentos de carácter internacional, puede hacerse valer ante organismos o tribunales internacionales, tema que se ahondara más adelante en la presente investigación.¹⁰

Para superar los obstáculos que históricamente han dificultado o impedido la efectiva protección de los derechos fundamentales, los ordenamientos jurídicos

⁶ Héctor Fix Zamudio, “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos”. *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México: UNAM, 1974.

⁷ El precepto dispone: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en su perjuicio, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

⁸ El precepto establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

⁹ Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1981, pág. 4

¹⁰ Héctor Fix-Zamudio. *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.

modernos, han diseñado mecanismos de protección de los derechos fundamentales a través de técnicas como su directa aplicabilidad, la garantía del contenido esencial y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y, como enseguida se verá, posteriormente se elaboran complejos sistemas de protección concreta o jurisdiccional de los mismos.

Asimismo, como sostienen Aparicio y Pisarello manifiestan que las garantías son mecanismos de protección de los intereses o las necesidades que constituyen el objeto de un derecho y que el mayor o menor grado de protección de un derecho es un elemento central para determinar su carácter más o menos fundamental dentro de un ordenamiento jurídico concreto¹¹.

Estas técnicas, conforme a lo sostenido por el maestro García Morillo incluyen la consagración constitucional, la progresiva aplicación directa de la Constitución, el desapoderamiento al ejecutivo de la posibilidad de regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales y el confinamiento de esta facultad en el poder legislativo, la imposición de límites al propio legislador, el establecimiento del control de constitucionalidad de las normas con rango de ley y, en fin, el establecimiento de mecanismos de protección de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción ordinaria y, en algunos países, también por parte de la jurisdicción constitucional.

Los mecanismos de protección y garantía de los derechos fundamentales pasan así a convertirse en parte integrante de los mismos o, dicho en otros términos,

¹¹Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pisarello, Los derechos humanos y sus garantías, descargado de: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf, 29.09.2014.

en el complemento imprescindible para hacer posible el tránsito que medie desde su reconocimiento constitucional hasta su real eficacia jurídica en las relaciones humanas. La capacidad de los derechos fundamentales para impregnar efectivamente la actuación de los agentes jurídicos y políticos y consolidarse como el fundamento real de la “Constitución material” de una sociedad no depende, en última instancia de otra cosa que de la perfección de sus mecanismos de protección, conforme menciona el autor español¹².

La eficacia de la Constitución como norma reconocedora de derechos se relaciona directamente, con la simultánea existencia de la acción y de la viabilidad de los procesos llamados a hacerlos valer: la normatividad constitucional cobra sentido en la medida en que los preceptos constitucionales son prescripciones efectivas, de obligado cumplimiento y alegables en su caso, ante los Tribunales.

Marc Carrillo establece también en ese sentido que el punto de partida para la configuración de las garantías jurisdiccionales ha sido, sin duda la consideración de la Constitución como norma jurídica, dotada de fuerza vinculante sobre los poderes públicos y particulares, entre aquellos a los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial, en tanto que sujetos activos de la actividad jurisdiccional, les está

¹²Marc Carrillo, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995.

Ver también el artículo de Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010, en el que señala que “Todos los ordenamientos modernos añaden al reconocimiento constitucional de los derechos diversos mecanismos de protección de los mismos, que se configuran como elementos imprescindibles para su real eficacia jurídica. En ese sentido la misma capacidad de los derechos para vincular la actuación de los agentes jurídicos y políticos y consolidarse como fundamento real de la constitución material de una sociedad dependerá siempre, en última instancia, de la perfección de sus mecanismos de protección”.

encomendada una función esencial para el aseguramiento en sede judicial ordinaria de los derechos y libertades de los ciudadanos¹³.

García Morillo en el libro mencionado señala que “Es su potencialidad procesal, su virtualidad en la vida jurídica real que hace de la constitución una norma jurídica, y no un mero organigrama de los procesos públicos. Constitución derechos fundamentales y proceso son, por ello, tres pilares que, unidos por la urdimbre del ordenamiento jurídico, sostienen un mismo edificio: el Estado de Derecho”¹⁴.

Así concluye que “cuando son aplicables y, por tanto, defendibles por los tribunales ordinarios, son los derechos fundamentales los que más vigorosa o más directamente hacen de la Constitución una norma jurídica. Por lo tanto, manifiesta que entre los derechos fundamentales y Constitución nace, así una relación estrechamente simbiótica: aquellos necesitan, para cobrar eficacia real y, sobre todo, protección frente a las amenazas, de esta; pero la Constitución necesita también a los derechos fundamentales, no solo porque si no reconociera no sería Constitución, sino porque son ellos los que más directamente la insuflan su ser jurídico. Los derechos fundamentales no son sólo, pues, el fundamento axiológico de la Constitución: son, también, su componente juridificante, lo que hace de la Constitución una norma jurídica y no un mero mandato abstracto a un programa político¹⁵.

Así, determina el profesor García que son la eficacia de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, y la completitud y perfección del sistema

¹³Marc Carrillo, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995.

¹⁴ Joaquín García Morillo, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia España, 1994.

¹⁵Ídem.

jurídico destinado a tal fin las que indican el nivel real de protección que los derechos fundamentales tienen en una sociedad dada. Por ello es trascendental cuando estudiamos los derechos fundamentales reconocidos por un ordenamiento jurídico, analizar los mecanismos de protección de los derechos.

Conforme Eduardo Ferrer Mac Gregor y Carla María Pelayo Moller, en su comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la obligación de garantía de los derechos implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En ese sentido, citando a Héctor Gros Espiell señalan que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana; procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. De esta forma: la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹⁶

¹⁶ Eduardo Ferrer Mac Gregor y Carlos María Pelayo Moller, comentario al Preámbulo en Convención Americana sobre Derechos Humanos, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Plural, Bolivia 2014, pág. 49.

Es preciso adelantar desde aquí que de entre esos mecanismos cobran especial relevancia los que: cualquiera que sea su naturaleza, se sustancian ante órganos de carácter ordinario. Muchos sistemas constitucionales prevén mecanismos de índole extraordinaria de protección de los derechos fundamentales o de reparación de las vulneraciones que de ellos se produzcan y, con frecuencia, la atención de la doctrina y de la propia opinión pública suele centrarse perfectamente en ellos. Pero a pesar de su aparente espectacularidad o de su eventual vistosidad, tales mecanismos no pueden ocupar, precisamente por su carácter extraordinario, el lugar central en el sistema de protección de los derechos fundamentales.

Ese lugar corresponde a los órganos que, con carácter ordinario, tienen la función de proteger los derechos fundamentales de forma general y ordinaria. Un sistema de protección de los derechos fundamentales no pueden descansar sobre los mecanismos extraordinarios sino, bien al contrario, sobre los ordinarios¹⁷.

García Morillo con total claridad nos menciona que en el sistema español como por lo demás, en casi todos – la protección de los derechos fundamentales no se asienta sobre el Tribunal Constitucional, sino sobre los órganos de la jurisdicción ordinaria. El Tribunal Constitucional es la cúspide del sistema de protección, no su base. El análisis del sistema de protección de los derechos fundamentales debe, pues, centrarse en su viabilidad en la sede jurisdiccional ordinaria. Aún más, será el funcionamiento de la base del mecanismo la que permita ponderar la eficacia general del sistema. En ese sentido, afirma que un alto número de recursos ante el Tribunal Constitucional Español - TCE no es indicativo de buena salud del mismo sino, más

¹⁷Ídem.

bien, de disfunciones en su seno. Aún más, la existencia de un elevado número de amparos concedidos por el TC sería indicativo de manifestaciones patológicas del sistema, pues pondría de relieve que los órganos encargados con carácter ordinario de la protección de los derechos fundamentales no cumplen adecuadamente su función¹⁸.

Este es el objeto de estudio de la presente investigación, ya que se analizarán los mecanismos de protección de los derechos fundamentales en Bolivia y se especificará cuál es el rol de la jurisdicción ordinaria al respecto, ya que al menos un lustro después de la puesta en vigencia de la Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente y posteriormente mediante Referéndum que amplía el catálogo de derechos reconocidos constitucionalmente, resulta pertinente y oportuno analizar cuál ha sido el desarrollo y la aplicación que de los mecanismos existentes se han efectuado tanto en la legislación, como en la jurisdicción constitucional y especialmente de los órganos judiciales ordinarios. Es así que el presente trabajo de investigación que aquí se expone tiene por objeto abordar la aplicación que, desde los diversos ámbitos jurisdiccionales se ha realizado para la protección judicial de los derechos fundamentales, con especial referencia al proceso contencioso administrativo.

La elección de este objeto de investigación está motivada por la relevancia jurídica del estudio de las diferentes formas de protección de los derechos en Bolivia, especialmente la protección jurisdiccional frente a los actos de la Administración

¹⁸Ídem.

Pública, relevancia jurídica que no ha sido lo suficientemente considerada por legisladores, jueces y abogados de la sociedad boliviana.

En las páginas siguientes se analizan los mecanismos de protección de los derechos, con especial énfasis en la garantía contencioso administrativa, incluyendo la producción jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Asimismo, en la medida en que ello pueda ser factible se realizan propuestas en relación a una futura elaboración, de lo que puede ser un procedimiento ordinario para la garantía jurisdiccional ordinaria de los derechos frente a la Administración Pública, en el marco de la Constitución Boliviana.

En el plano teórico, conforme lo sostiene Ferrajoli, el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia de las segundas; y que, por consiguiente, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar, del mismo modo que las violaciones de derechos cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deben ser concebidas como antinomias igualmente indebidas que es obligatorio sancionar como actos ilícitos o anular como actos inválidos.¹⁹

¹⁹ Luigi Ferrajoli, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, respecto a la anterior, amplió el elenco de derechos fundamentales, y amplió las garantías de estos derechos a todos los mencionados en la Constitución Política²⁰.

Además los derechos reconocidos constitucionalmente han sido regulados en la nueva norma fundamental con un minucioso detalle que revela el afán de que ningún aspecto de esos derechos pueda después ser desconocido. Además de reconocer con amplitud, generosidad y minucioso detalle los derechos fundamentales, consagra un bloque garantista, directamente derivado de la Carta Política, que de manera general se revisa más adelante.

Más aún, conforme señala Claudia Storini, la característica de las constituciones vigentes del Ecuador y Bolivia es que en ellas ya no se establece una gradación con respecto a la protección de los derechos y libertades. Todos los derechos gozan de un idéntico régimen de protección jurídica reforzada que se logra a través de garantías normativas o abstractas, jurisdiccionales o concretas e institucionales.²¹

Al efecto se asume, junto a Fix-Zamudio que existe distinción entre los derechos del hombre y las “garantías” de tales derechos, que no son otra cosa que los medios procesales, por conducto de los cuales es posible su realización y eficacia. Y que además existen las “garantías instrumentales” que son las disposiciones constitucionales que sirven de medio jurídico para la realización de los derechos

²⁰ Ver artículo 109.I. “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”.

²¹ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

humanos, sin los cuales las declaraciones de derechos establecidas en los textos constitucionales, por amplias y generosas que parezcan, quedan reducidas a disposiciones bien intencionadas pero sin eficacia práctica, como la experiencia histórica nos lo ha señalado en forma dolorosa.²²

Otros autores, entre ellos Aparicio y Pisarello dividen las garantías institucionales de los derechos en dos variantes: garantías políticas y las garantías jurisdiccionales. Las primeras corresponden a aquellas vías de tutela cuya puesta en marcha se encomienda al poder legislativo –ordinario o constitucional-, al gobierno o a la administración y normalmente, consisten en normas y actos que los órganos legislativos y ejecutivos adoptan en tutela de los mismos. Estas garantías políticas constituyen las garantías por excelencia de los derechos fundamentales, por su alcance potencialmente general –constitución, leyes y reglamentos administrativos dirigidos a todos los ciudadanos o a un conjunto amplio de sujetos-, así como por los instrumentos organizativos y de ejecución a su disposición, las sedes legislativas y administrativas son las más idóneas para crear las infraestructuras necesarias y remover los obstáculos que impiden la generalización de los derechos²³.

Al respecto, Claudia Storini sostiene que las garantías institucionales genéricas están constituidas por los medios de control parlamentario de la acción del gobierno y el derecho de petición; mientras se hablaría de garantía institucional específica en el caso, como lo sostiene Enrique Pérez Luño, el Defensor del Pueblo o

²² Héctor Fix Zamudio, La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, ciudad de México, 1981, pág. 50.

²³ Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pisarello, Los derechos humanos y sus garantías , descargado de: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf, 29.09.2014.

Defensor Público. No obstante, se comparte el criterio de entender como garantía institucional aquel concepto relacionado con las instituciones que están avaladas por la Constitución y, por tanto, aquellas otras garantías así definidas por algunos autores deben ser reconducidas en función de su naturaleza, en los dos bloques descritos de forma anterior.²⁴

En la doctrina boliviana, al comentar la Constitución abrogada por Stefan José, José Antonio Rivera, Gonzalo Molina Rivero y Huáscar Cajías sostienen que las garantías constitucionales son instituciones jurídico-constitucionales que tienen por finalidad proteger y amparar a las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, contra cualquier exceso, abuso o arbitrariedad provenientes de personas particulares, de autoridades públicas o judiciales.²⁵

Carlos Derpic Salazar²⁶ cita también a estos autores para recordar que las garantías constitucionales pueden ser clasificadas en dos categorías:

a) Garantías normativas, consistentes en normas que constituyen los principios fundamentales contenidos, como fuente de garantía para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales; las que a su vez se clasifican en las –Garantías de administración de justicia, –Garantías civiles y políticas, y las denominadas -Garantías de administración pública.

²⁴ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

²⁵ Stefan José y otros, La Constitución Política del Estado, Comentario Crítico, ED. Fundación Honrad Adenauer, La Paz –Bolivia, 1998, pág. 49. Asimismo, José Antonio Rivera, Temas de Derecho Constitucional, Editora de Libros Olimpo, Cochabamba – Bolivia, 2012, pág. 131.

²⁶ Carlos Derpic Salazar, Garantías jurisdiccionales, en Miradas Nuevo Texto Constitucional, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La Paz –Bolivia, enero 2010, pág. 329.

b) Garantías jurisdiccionales, aquellos mecanismos jurisdiccionales, conocidos como recursos extraordinarios, que tienen la finalidad de poner un remedio jurídico a un acto ilegal o arbitrario que restrinja o suprima derechos fundamentales, restableciéndolos de forma rápida y oportuna; así, citan en este grupo al Habeas Corpus, Amparo Constitucional, Recurso de Inconstitucionalidad de Leyes, Decretos y Resoluciones, Recurso Directo de Nulidad, Recurso de inconstitucionalidad de impuestos, tributos y contribuciones, Recurso de Inconstitucionalidad de Tratados o Convenios Internacionales, Recursos Contra Resoluciones congresales o camarales, cuando las mismas afectan uno o más derechos o garantías constitucionales²⁷.

Asimismo, los mencionados autores manifiestan que hay instituciones encargadas de velar por el cumplimiento y acatamiento de las garantías constitucionales, en primer lugar, sostienen que el Poder Judicial, a través de sus tribunales y jueces, está obligado a velar por el cumplimiento y respeto de estas garantías, en especial el Tribunal Constitucional, encargado de restablecer los derechos fundamentales y garantías constitucionales, mediante el conocimiento y resolución de los recursos extraordinarios. Luego, el Ministerio Público, encargado de velar por el respeto de las garantías constitucionales, como representante del Estado y la sociedad. Otra institución encargada de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales es el Defensor del Pueblo, que tiene la facultad de presentar los recursos extraordinarios sin necesidad de mandato alguno²⁸.

²⁷ Stefan José y otros, La Constitución Política del Estado, Comentario Crítico, ED. Fundación Konrad Adenauer, La Paz –Bolivia, 1998, pág. 51

²⁸ Ídem, pág. 51

La nueva Constitución Política del Estado, vigente desde el 7 de febrero de 2009, ha adoptado la denominación “Garantías Jurisdiccionales y acciones de defensa” para referirse a los mecanismos mediante los cuales la persona puede ejercer los derechos fundamentales que la Carta Fundamental reconoce en su favor; del mismo modo que a las acciones concretas que puede utilizar para la vigencia de tales derechos, cuando éstos son vulnerados, suprimidos o restringidos, por autoridades o particulares. En esto se encuentra una primera diferencia con el texto de la anterior Constitución Política del Estado (CPE), en la cual el Título II de la Parte Primera (“La persona como miembro del Estado”) estaba referido a las “Garantías de la persona”²⁹.

Derpic, en el artículo mencionado, destaca que la anterior CPE estaba primordialmente dirigida a proteger los derechos de las personas y los ciudadanos, pensados ambos como individuos, en los marcos del constitucionalismo liberal y pese a que formaba parte de lo que se denomina constitucionalismo social. Por el contrario la CPE incluye no sólo garantías y acciones para la protección individual, sino también para la protección de los derechos colectivos y de los pueblos. En segundo lugar, en el punto relativo a las garantías jurisdiccionales, la CPE supera una deficiencia de la anterior CPE, relativa a que en el texto se encontraba una suerte de mezcla entre lo que eran derechos y garantías de la persona o la existencia de garantías sin que esté incluido el derecho que garantizaban y viceversa. Ahora, los derechos se encuentran en el Título II de la Primera Parte del texto constitucional y las garantías en el Título IV³⁰.

²⁹ Carlos Derpic Salazar, Garantías jurisdiccionales, en Miradas Nuevo Texto Constitucional, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La paz –Bolivia, enero 2010, p. 330.

³⁰ Ídem, p. 330.

José Antonio Rivera, ex magistrado del Tribunal Constitucional, sostiene que con relación a las garantías constitucionales, la Constitución promulgada el 07 de febrero presenta graves errores conceptuales y de sistemática constitucional, así como imprevisiones e imprecisiones. En primer lugar, manifiesta que el Constituyente no tuvo presente que las garantías constitucionales son los institutos jurídico – constitucionales que tienen la finalidad de garantizar el ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos fundamentales contra las restricciones o supresiones ilegales o indebidas; por ello existen garantías normativas y garantías jurisdiccionales. En segundo lugar, manifiesta que se redujo las garantías constitucionales a las jurisdiccionales, no otra cosa significa que el Título IV de la Primera Parte lleva el *nomen juris* de “Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa”; empero, en una reiteración de los errores conceptuales, en el Capítulo Primero del referido Título, con el *nomen juris* de garantías Jurisdiccionales, consigna disposiciones constitucionales que consagran garantías normativas para garantizar el pleno goce y ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales, así como de los derechos colectivos o de los pueblos³¹.

Rivera manifiesta que sin embargo el amplio catálogo de derechos desarrollado por la Constitución se omite incorporar el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, pues lo proclama como garantía constitucional y no como derecho fundamental.³² Repitiendo así el error de la Constitución abrogada, siendo así que en los tratados y convenciones internacionales, entre ellas la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículo 8 y 25 ya se lo consagra como un derecho humano de las personas, además, el proyecto aborda el tratamiento del

³¹ José Antonio Rivera, Temas de Derecho Constitucional, Editorial Olimpo, Cochabamba Bolivia, pág. 132.

³² Ídem.

debido proceso de una manera desagregada en cuanto a sus elementos constitutivos, cuando lo correcto era consagrarlo como un derecho fundamental, en un solo artículo, describiendo su contenido esencial y las garantías mínimas para el ámbito penal. La constitución consagra el debido proceso y sus elementos o contenido esencial de manera desagregada en los artículos 116.I, 117, 119 al 121; ello constituye un error, ya que en la aplicación de la Constitución conduce a errores.³³

De otro lado, en lo que concierne a las garantías jurisdiccionales, que son aquellos remedios jurídicos para restituir o restablecer los derechos fundamentales vulnerados, restringidos o suprimidos de manera ilegal o indebida, la Constitución cambia innecesariamente la denominación de las acciones tutelares, lo que podría generar un efecto negativo de desorientación en los ciudadanos que ya conocen a las acciones tutelares por los nombres originales.³⁴

Finalmente, Rivera sostiene que si bien resulta importante la creación de nuevas acciones tutelares como la acción de cumplimiento y la acción popular, resulta que ese avance se ve afectado por el establecimiento de la legitimación activa popular para el recurso inconstitucionalidad, lo que en la práctica significa que cualquier persona puede plantear el recurso para impugnar leyes, decretos o resoluciones no judiciales, ello generará una sobrecarga procesal, provocando la retardación de justicia que neutraliza la sustanciación de las acciones tutelares.

Esta afirmación tiene su sustento en datos fácticos, entre los que se pueden mencionar dos: en primer lugar, los datos estadísticos registrados por el Tribunal

³³ Ídem, pág. 133.

³⁴ Ídem, pág. 133

Constitucional que demuestran que en ocho años de ejercicio jurisdiccional el índice de crecimiento de los procesos constitucionales ingresados a ese órgano fue del orden 20% anual, lo que implica que en cinco gestiones se duplican el número de causas ingresadas, cuando existe restricción en la legitimación activa para recursos de inconstitucionalidad y sólo se tramitaban dos acciones tutelares, el habeas corpus y el amparo constitucional, si se incorporan dos nuevas acciones tutelares como son la acción de cumplimiento y la acción popular, de un lado, y se concede legitimación activa popular, de otro, es posible concluir que el número de causas se incrementarán considerablemente provocando mayor retardo de justicia.³⁵

Como concluye el profesor Mancilla, la nueva Constitución de 2009, -en el campo de los derechos humanos-, la mejor estructuración del texto no significa un progreso, una defensa o consolidación reales de los mismos; lo esencial es que el espíritu de un texto constitucional, por más favorable a los derechos humanos y a las garantías jurisdiccionales, no pasará al plano de la praxis cotidiana y del cumplimiento efectivo si la cultura política del autoritarismo y las prácticas correspondientes del aparato estatal continúan siendo las mismas de siempre³⁶.

Asimismo, José Antonio Rivera sostiene que para lograr una verdadera gobernabilidad no es suficiente contar con un buen diseño constitucional si los gobernantes no actúan con lealtad constitucional y la sociedad no asimila una conciencia constitucional, si no se tienen profundas convicciones sobre la importancia del respeto y resguardo de los derechos fundamentales como base de la

³⁵ José Antonio Rivera, Temas de Derecho Constitucional, Editorial Olimpo, Cochabamba Bolivia, pág. 134

³⁶ H.C.F. Mancilla, Una comparación entre los dos textos constitucionales, en Miradas Nuevo Texto Constitucional, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La Paz -Bolivia, enero 2010, p. 329.

convivencia pacífica, el diseño constitucional no tiene una aplicación práctica quedando en la mera proclama formal. Por ello, se debe tener presente que es necesario que los actores políticos y sociales entiendan que el Estado democrático constitucional de Derecho tiene que contribuir a crear progresivamente mayor justicia social, igualdad de oportunidades y bienestar para la población, para lo que deben contribuir asumiendo posiciones democráticas y actuar con lealtad constitucional; ello es esencial para asegurar el componente democrático y social para lograr la gobernabilidad.³⁷

En ese sentido, corresponde describir las garantías abstractas y jurisdiccionales o concretas que se han establecido en el ordenamiento jurídico boliviano y cuál ha sido su aplicación en la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Dentro de estas garantías identificaremos y desarrollaremos la garantía de la protección jurisdiccional ordinaria frente a la Administración Pública, esto es el proceso contencioso administrativo.

2. Las Garantías Abstractas

Este bloque garantista incluye mecanismos de muy variada índole. Algunos de esos mecanismos son de carácter abstracto: son todas aquellas previsiones constitucionales que no están vinculadas a una vulneración real y concreta de un

³⁷ José Antonio Rivera, *Temas de Derecho Constitucional*, Editorial Olimpo, Cochabamba Bolivia, pág. 266

derecho fundamental, sino que constituyen condiciones o requisitos de carácter general, para la actuación de los poderes públicos, o que limitan dicha actuación.³⁸

Ellas son limitaciones del margen de actuación de los poderes públicos y, muy en particular, de los poderes legislativo y ejecutivo, y su objeto es evitar que normas de rango inferior a la Constitución, emanadas de algunos de los poderes citados, desarrollen los derechos fundamentales despojándolos del contenido y la eficacia con que la Constitución pretende dotarles. Se las ha llamado también, por ello, *garantías normativas*. Se trata, pues, de garantías cuyo destinatario no es el individuo, aunque éste puede ciertamente utilizarlas o invocarlas si conviene a su derecho, sino la colectividad, y las denominaremos por ello, *garantías abstractas*.³⁹

Estas son las garantías que atienden en abstracto a evitar que la actuación de los poderes públicos pueda causar un desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales, o en un menoscabo del contenido mínimo que la norma constitucional atribuye a dichos derechos. En razón de este carácter general y abstracto, estas garantías se han denominado genéricas, abstractas o normativas. Su finalidad fundamental es evitar que las normas de rango inferior a la Constitución que desarrollan los derechos fundamentales despojen a estos del contenido y de la eficacia que la Constitución les ha otorgado. Se trata de garantías cuyo destinatario no es el individuo, aunque este puede utilizarlas o invocarlas si conviene a su

³⁸ Joaquín García Morillo, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia España, 1994.

³⁹ Ídem.

derecho como también pueden hacerlo los poderes públicos.⁴⁰ Tales garantías, de conformidad a la doctrina y legislación adoptada, son:

a) La directa aplicabilidad de los derechos fundamentales

Conforme lo sostenido por Claudia Storini la eficacia normativa y aplicación directa de la Constitución constituyen para la doctrina, los pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional⁴¹.

Una de las problemáticas históricamente más debatidas en los ordenamientos en los que la Constitución tiene carácter normativo es el de ser o no aplicable por todos los órganos previstos por el mismo ordenamiento y, fundamentalmente, por los jueces –aplicación directa- o si, por el contrario, constituye solo un mandato dirigido al legislador y que sólo afectará a la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a las leyes –aplicación indirecta-. Se trata, en definitiva, de la problemática inherente a si la Constitución es o no en sí misma fuente de derecho⁴².

La opción por un sistema de eficacia u otro tiene una enorme influencia sobre la operatividad de la Constitución, sobre la adecuación del ordenamiento a ella y sobre el control de constitucionalidad. Si la Constitución obliga directamente al legislador y a los demás órganos únicamente de modo indirecto, la adaptación del

⁴⁰ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

⁴¹ Ídem.

Al efecto, véase también Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Ed. Civitas, 2006, 4ta edición.

⁴² Ídem.

contenido del ordenamiento a las prescripciones constitucionales dependerá de aquel y, en consecuencia, la única garantía posible será el control de constitucionalidad de la ley. Por el contrario el sistema de eficacia directa se traduce en que los jueces y, más en general, todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión.⁴³

Cuando la Constitución, además de ser norma jurídica, tiene aplicación o eficacia directa, no será sólo norma sobre las normas sino norma aplicable, esto es, no será solo fuente sobre la producción sino también fuente de derecho en sí misma⁴⁴.

En este sentido el texto constitucional boliviano hace referencia a ella en el párrafo I del artículo 109 estableciendo que “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de igual garantía para su protección”. Por lo que se entiende que la Constitución es directamente aplicable por cualquier servidor público, jueces y tribunales sin necesidad de recepción alguna por otra fuente de derecho y en particular por la ley. Lo que implica que la Constitución puede ser “directamente invocada” o “alegada” por los ciudadanos, sin necesidad de hacerla acompañar de precepto legal o inferior alguno.

La aplicación o eficacia directa de la Constitución significa que cualquier juez habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones, y además deberá utilizar siempre la Constitución

⁴³ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

⁴⁴ Francisco Rubio Llorente, La Constitución como fuente del Derecho en la Constitución española y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

como parámetro para interpretar la ley o para completarla. De ello derivan consecuencias prácticas de gran alcance para los ciudadanos, ya que el sistema de aplicación directa implica que la Constitución por sí misma atribuye derechos sin necesidad de que intervenga el legislador. Todos los derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos⁴⁵.

Sin embargo, no puede desconocerse que esta genérica afirmación ha sufrido, importantes matizaciones en relación con todas aquellas normas constitucionales cuya eficacia se encuentra interferida por la peculiaridad de su naturaleza o por el tenor literal de su estructura.⁴⁶ Esta falta de completitud de buena parte de los preceptos constitucionales, que nada tiene que ver con su carácter normativo es obvia, y hasta natural en las partes dedicadas a la organización del Estado, pero llega también a afectar a las declaraciones de derechos, y aunque los textos constitucionales hayan reducido hasta el máximo esta franja de aplicación indirecta de los derechos, limitándola, siguen existiendo preceptos constitucionales sin aplicación directa hasta que no aparezca la ley necesaria a que ellos de forma expresa o por su propia naturaleza se remiten.

⁴⁵ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

⁴⁶ Según Alejandro Nieto, citado en el artículo supra “identificar normatividad con aplicación directa y control jurisdiccional es un grave error técnico. Conviene, por tanto, colocar las cosas en su sitio: la Constitución es ciertamente una norma: eso nadie puede discutirlo; pero tal afirmación no conlleva la consecuencia de que sea siempre y en todo caso directamente aplicable. Apurando las cosas puede decirse que con la definición de la Constitución como norma se está procediendo a una mera tautología. Porque el problema no estriba en la calificación dogmática de la Constitución, sino en las consecuencias jurídicas que ello comporta. Dicho con otras palabras: desde el punto de vista técnico, la cuestión no consiste en saber si la Constitución es, o no, una norma, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos de ella; porque si pensamos que los efectos jurídicos de las normas son, de hecho, variadísimos, y en muchos casos (tanto en el derecho público como privado) no son directos, es claro que nada se ha conseguido con tan rotunda afirmación”. Cfr. “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en Revista de Administración Pública, Nos. 100-102, 983.

Esta técnica, por muy inevitable que sea, no deja de resultar peligrosa para los ciudadanos, tratándose de derechos, o para las instituciones, si es que se trata de normas organizativas. Siguiendo este razonamiento se llega a la conclusión de que determinados preceptos constitucionales, aparentemente polémicos, son normas inequívocas, e incluso normas válidas, pero su eficacia se encuentra interferida por la peculiaridad de su naturaleza o por el tenor literal de su estructura. La defensa de estos grados de efectividad de las normas constitucionales, en relación con los derechos, o más bien con algunos de ellos, como por ejemplo los sociales, lleva a sostener que si bien estos son solemnemente proclamados en todas las cartas constitucionales e internacionales del siglo XX no se trate propiamente de derechos. En este sentido, la falta de prohibición de lesión acarrea que su violación no consista en actos o comportamientos sancionables sino en simples omisiones no coercibles ni justiciables.⁴⁷ En razón de ello, durante largo tiempo los derechos sociales ocuparon una posición secundaria dentro de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos. Sin embargo, desde los años noventa, las demandas por una realización efectiva de estos derechos comenzaron a tomar fuerza también en América Latina. En los principios fundamentales de las constituciones de los países pertenecientes a este continente y en los acuerdos internacionales vigentes en su legislación interna, los Estados se han comprometido a respetar, proteger y dar cumplimiento a derechos tan largamente desatendidos. La relevancia del tenor literal del artículo 109 de la Constitución de Bolivia en los apartados que aquí se comentan reside en que se inscribe claramente en esta tendencia, eliminando la diferenciación entre derechos y reconociendo a todos la misma eficacia jurídica⁴⁸.

⁴⁷ Así Luigi Ferrajoli, “Prólogo”, en Víctor Abramovich y Cristian Courtis. Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta, 2004, 2ª. Ed.

⁴⁸ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

Ciertamente, la Constitución es una norma jurídica y, como tal es aplicable por los tribunales ordinarios⁴⁹ y aún dentro la propia norma, los preceptos en él comprendidos gozan de un carácter especial. Que no sólo permite sino que obliga a su directa aplicación, sin necesidad alguna de norma ulterior en su desarrollo, salvo en los llamados derechos de configuración legal⁵⁰.

La Constitución Boliviana dispone expresamente en el artículo 109 numeral I que *todos* los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección, estos derechos reconocidos en la Constitución vinculan a todos los poderes públicos, pretendiendo garantizar la directa aplicabilidad, sin necesidad de mediación legislativa alguna.

El contenido normativo mencionado tiene su antecedente en el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según la cual los derechos fundamentales vinculan a la legislación, al poder ejecutivo y la jurisdicción a título de derecho inmediatamente aplicable. Sin embargo, como se verá con mayor profundidad más adelante, la Constitución Boliviana reconoce la directa aplicabilidad no solamente de los derechos fundamentales sino de todos los derechos reconocidos en la Constitución y además que gozan todos los derechos de iguales garantías para su protección.

Esta aplicabilidad directa de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos ha sido destacada por la doctrina, que a puesto de relieve sus

⁴⁹ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid 1981.

⁵⁰ Joaquín García Morillo, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia España, 1994.

importantes consecuencias sobre el ordenamiento y ha sido expresamente recogida por la jurisprudencia.

En la legislación boliviana, la directa aplicabilidad de los derechos reconocidos en la Constitución ha sido desarrollada parcialmente en la Ley No. 025 de 24 de junio de 2010 del Órgano Judicial⁵¹ en el sentido que no se rescata expresamente la directa aplicabilidad por la Jurisdicción Ordinaria, Jurisdicción Agroambiental, las Jurisdicciones Especiales y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina de los derechos reconocidos por la Constitución. Sin embargo se deben considerar al efecto que la mencionada Ley del Órgano Judicial tiene como principio el respeto a los derechos, basados en principios ético – morales propios de la sociedad plural y los valores que sustenta éste, entiéndase estos por los principios y valores establecidos en el artículo 8 de la Constitución Política. Asimismo, el párrafo I del artículo 15 de la Ley del Órgano Judicial, que lleva como *nomen juris* aplicación de las normas constitucionales y legales, señala que “el Órgano Judicial sustenta sus actos y decisiones en la Constitución Política del Estado, Leyes y Reglamentos, respetando la jerarquía normativa y distribución de competencias establecidas en la Constitución. En materia judicial la Constitución se aplicará con preferencia a cualquier otra disposición legal o reglamentaria. La ley especial será aplicada con preferencia a la ley general”, en ese sentido, se establece de manera concreta la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales por los jueces.

Asimismo, la mencionada disposición, en su párrafo II establece que los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan

⁵¹ Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, Edición No. 0145, Ley No. 025 de 24 de junio de 2010.

sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, y que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente a ésta. Al respecto cabe aclarar que la mencionada Ley del Órgano Judicial refiere la aplicación referente a tratados que hayan sido firmados simplemente, aunque no sean ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, como lo establece la CPE y el Código Procesal Constitucional.

Finalmente, el párrafo III mencionado dispone que la autoridad jurisdiccional no pueda alegar falta, oscuridad, insuficiencia de la ley o desconocimiento de los derechos humanos y garantías constitucionales para justificar su vulneración.

Asimismo, con mayor preocupación se puede notar esta falencia en la Ley No. 027 de 6 de julio de 2010 del Tribunal Constitucional Plurinacional, ya que únicamente se puede señalar el párrafo I del artículo 2 que dice “La justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y tiene la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales”⁵².

Finalmente, corresponde citar la Ley No. 254 de 5 de julio de 2012 por la cual se aprueba el Código Procesal Constitucional, en el cual el párrafo I del artículo 2 dispone que “El Tribunal Constitucional en su labor interpretativa aplicará, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus actas y resoluciones,

⁵² Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, Ley No. 027 de 6 de julio de 2010, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, Edición No. 0149.

así como el tenor literal del texto de la Constitución Política del Estado. El párrafo II establece que asimismo podrá aplicar “1. La interpretación sistemática de la Constitución Política del Estado, y la interpretación según los fines establecidos en los principios constitucionales. 2. Los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, de acuerdo con los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país, cuando éstos prevean normas más favorables. En caso de que esos tratados declaren derechos no contemplados en la Constitución Política del Estado se considerarán como parte del ordenamiento constitucional”. Este texto normativo fue interpretado por el Tribunal Constitucional y desarrollado en la sentencia constitucional 0110/2010 de 10 de mayo de 2010, en la cual se “incorpora” a la Constitución los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericano de Derechos Humanos⁵³.

Esto significa que si bien la Constitución ha establecido que todos los derechos reconocidos por ésta son directamente aplicables, la legislación no ha desarrollado esta garantía abstracta, al menos no de manera expresa. Lo cual no significa que las autoridades no deban aplicar los derechos de manera directa, aunque no tengan el desarrollo legislativo, pero esta garantía hubiera cobrado más fuerza si hubiese estado incorporada en la legislación citada.

La directa aplicación de los derechos fundamentales constituye un elemento relevante para su plena efectividad. Merced a ello se impide que el fenómeno conocido como “legislación negativa” perturbe la eficacia de dichos derechos. La legislación negativa consiste en que, en los supuestos en que una determinada

⁵³ www.tcpbolivia.bo

previsión normativa precise ser desarrollada por normas de rango inferior, no se lleguen a aprobar dichas normas. Pues bien, la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales – en los que se da con frecuencia el caso de que la Constitución remita a un posterior desarrollo legislativo- impide que el eventual fenómeno de la “legislación negativa” prive de eficacia a los preceptos constitucionales reguladores de derechos fundamentales⁵⁴.

Conforme lo sostenido por el profesor español García Morillo, esta aplicabilidad directa es lo que ha permitido que diversos derechos fundamentales que durante un periodo relativamente largo estuvieron regulados, o lo están, incluso en la actualidad, por leyes preconstitucionales, sean ejercidos de conformidad con los mandatos constitucionales.

En efecto, la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales opera de forma combinada con la Disposición Abrogatoria de la Constitución, en forma tal que soluciona los problemas planteados por la situación, que en algunos casos se da, en que la ausencia de desarrollo legislativo post constitucional incide con la existencia de normas preconstitucionales reguladores de un derecho fundamental. De no ser por la resultante de la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales y de los efectos de la Disposición Abrogatoria, tales normas serían aplicables en su integridad. Ello ocasionaría el indeseable resultado de que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales se vería desvirtuado por la aplicación de una legislación preconstitucional y claramente restrictiva⁵⁵.

⁵⁴ Joaquín García Morillo, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia España, 1994.

⁵⁵Ídem.

Al carácter prevalente de la Constitución y a la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales, García Morillo añade la eficacia derogatoria de ésta, que hace decaer la vigencia de las normas preconstitucionales que se opongan a la Constitución. Merced al efecto conjugado de estos tres fenómenos, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución cobran plena eficacia aun cuando no hayan sido objeto de desarrollo legislativo e, incluso, aunque existan normas anteriores a la Constitución y contradictorias con ella⁵⁶.

El profesor Horacio Andaluz Vegacenteno sostiene que los derechos establecidos por la Constitución son directamente aplicables por el sólo hecho de estar inscritos en la Constitución; es una consecuencia del carácter normativo de la Constitución. Si ella existe con la dignidad de una auténtica norma jurídica, entonces su contenido, por el sólo hecho de estar regulado en su texto, es, en efecto jurídicamente exigible. Por consiguiente el artículo 109.I constituye una redundancia del carácter normativo que ostenta la Constitución como norma jurídica (acaso importante como reduplicación enfática de lo obvio en un contexto social que no exhibe precisamente la mejor tradición de respeto a las normas, pero que, al margen tal finalidad enteramente pedagógica, carece de toda relevancia propiamente normativa). Además nos recuerda que, la Constitución Boliviana, desde sus reformas de 1945 (artículo 28), ya contenía una norma redundante de su carácter normativo, y que, con distinta ubicación en el articulado, estuvo vigente con ese mismo texto por más de sesenta años, dando forma al anterior artículo 229. Gramaticalmente estaba

⁵⁶Ídem.

formulada en sentido negativo, mientras que hoy ha tomado la forma de una afirmación⁵⁷.

Asimismo, el mencionado autor afirma que los derechos sean directamente aplicables significa: i) que puede reivindicarse su tutela en cualquier actuación procesal con el solo fundamento de la norma constitucional; ii) que su falta de desarrollo legislativo no es obstáculo para su aplicación; y iii) que debe interpretárselos a favor de su ejercicio. En lo formal, las tres son consecuencias del carácter normativo de la Constitución; en lo material, lo son de la filosofía política liberal que la inspira. Respecto a la primera, si el cometido de la constitución es instituir un gobierno de poderes limitados sometidos a sus mandatos, entonces su sola invocación ya compromete a los poderes públicos a dar al que pide una respuesta fundada en derecho. Y si ocurre que los derechos constitucionales invocados han sido objeto de desarrollo legislativo, y el que pide no ha cumplido las condiciones impuestas por la ley para su tutela, será tal acto propio el fundamento para denegar la tutela solicitada, pero no la sola falta de invocación de dichas normas de desarrollo. Respecto a la segunda, si la sola falta de desarrollo legislativo fuese razón para frustrar la aplicación directa de los derechos constitucionales, entonces estos derechos no constituirían el fundamento mismo del orden político, sino una concesión graciosa de éste. Que no haya una ley reglamentando el ejercicio de un derecho constitucional, y que se tome esa ausencia como argumento para fundar la inacción de los poderes públicos con respecto a tal derecho, significa invocar el hecho propio consistente en la inacción legislativa, para justificar una violación a la Constitución. Tal argumento cae por su propia base. Para tener asidero, la

⁵⁷ Horacio Andaluz Vegacenteno, Consecuencias formales de la regulación constitucional de los derechos, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX, Valparaíso – Chile, 2012. Pág. 321-336.

constitución tendría que ser cosa distinta a una norma que garantice el ejercicio de los derechos a través de la institución de un gobierno de poderes limitados. Si uno de los órganos de gobierno no ha honrado sus competencias, los costos de su inacción no pueden transferirse al ciudadano⁵⁸.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia 0119/2003 – R de 28 de enero de 2003 al respecto de la inmediata aplicabilidad del derecho se pronuncia expresamente sobre el derecho al debido proceso cuando sostiene que “es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales”.

Asimismo, ya en aplicación del artículo 109.I de la Constitución Política del Estado la sentencia constitucional 0771/2010-R de 2 de agosto de 2010 sostiene que es aplicable de manera directa el derecho contenido en el párrafo VI del artículo 48 por el cual las mujeres no podrán ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos y se garantiza la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo, y de los progenitores, hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad.

De manera general, la sentencia constitucional plurinacional 1853/2014 25 de septiembre de 2014 sostiene “No obstante esa estrecha vinculación, no debe perderse de vista que a partir de su incorporación en la Constitución Política del Estado como

⁵⁸ Horacio Andaluz Vegacenteno, Consecuencias formales de la regulación constitucional de los derechos, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX, Valparaíso – Chile, 2012. Pág. 321-336.

derecho autónomo, es directamente justiciable, como los demás derechos fundamentales; y por lo tanto, es posible exigir su protección de manera franca, en aplicación a lo dispuesto por el art. 109.I del citado cuerpo normativo...”.

b) Garantía de políticas públicas

Claudia Storini manifiesta que “al listado de garantías habrá que añadir la garantía normativa, que podría calificarse como “garantía de políticas públicas” establecida en el párrafo I del artículo 13 de la Constitución boliviana cuando sostiene que el Estado tiene el deber de promover, proteger y respetar los derechos reconocidos por la Constitución”. Sin embargo la profesora italiana sostiene que “la escasa utilidad de estos preceptos podría definirse como una *petito principii* del constituyente ya que es implícito al mismo dictado constitucional que cualquier órgano del Estado con potestad normativa tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales (mediante la acción de cumplimiento ante el Tribunal Constitucional Plurinacional a objeto de garantizar la aplicación de normas nacionales como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos), en segundo lugar admitir que la reforma de las leyes o de otras normas jurídicas puedan atentar contra los derechos reconocidos por la Constitución, implicaría desconocer la existencia de un control de constitucionalidad de las leyes y de las otras normas jurídicas”. Por lo que concluye que, a veces no basta con “garantizar por garantizar”, hay que también pensar en que las garantías previstas realmente añadan mayor eficacia jurídica a los instrumentos

existentes y no se reduzcan a meras fórmulas retóricas que podrían llegar a entorpecerlos⁵⁹.

c) La cláusula interpretativa

La última parte del párrafo IV del artículo 13⁶⁰ de la Constitución dispone que los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia. Asimismo, el párrafo II del artículo 256⁶¹ dispone que los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

Una primera aproximación podría indicar que esta precisión es innecesaria o reiterativa, a la vista de lo dispuesto en el párrafo I del artículo 257 que establece que los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley.

Sin embargo, la disposición de los artículos 13 y 256 no es innecesaria y reiterativa sino que constituye una garantía importante para la protección de derechos fundamentales. Mediante la Constitución no solamente se han incorporado

⁵⁹ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

⁶⁰ Artículo 13.IV de la CPE. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

⁶¹ Artículo 256.II de la CPE. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

expresamente al ordenamiento interno los Convenios y Tratados que declaran y resguardan los derechos humanos, que vinculan directamente al ordenamiento jurídico boliviano, sino que además que conforme la primera parte del párrafo IV del artículo 13 los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Asimismo, el párrafo I del artículo 256 los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. Asimismo, el artículo 410 de la Constitución establece que el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

- 1.- Constitución Política del Estado.
- 2.- Los tratados internacionales
- 3.- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.

Con ello, las Declaraciones de Derechos contenidas en los Tratados ratificados por Bolivia pasan a convertirse en un “Standard” o patrón mínimo que el ordenamiento debe, en todo caso, cumplir.

Pero además, la previsión del artículo 13.IV de la Constitución tiene otro efecto ya que se extiende a un criterio interpretativo, ya que son, además, un patrón básico a la hora de interpretar cualquier precepto, constitucional o legal, relativo a derechos fundamentales. De esta suerte el artículo 13.IV añade a las garantías normativas una garantía interpretativa. Ello tiene, además, el efecto de vincular la interpretación que los órganos internos realicen de los derechos fundamentales a la interpretación que de los preceptos equivalentes hayan realizado los respectivos órganos aplicadores o interpretativos que, en su caso existan. El principal efecto operativo de este mecanismo es integrar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como uno de los principales elementos interpretadores de las normas relativas a derechos fundamentales. Ello constituye una garantía adicional, en la medida en que la interpretación por los órganos judiciales bolivianos de las normas relativas a derechos fundamentales queda vinculada a la interpretación que, en su caso hubiera realizado sobre estos supuestos la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como se ha mencionado anteriormente esto se ha manifestado por el TCP mediante sentencia 0110/2010 de 10 de mayo de 2010.

Asimismo, Horacio Andaluz sostiene que “los derechos se interpretan según los tratados de derechos humanos porque éstos forman parte del bloque de constitucionalidad. En lo atinente a estos tratados, el artículo 410,II supuso llevar al texto expreso de la Constitución la jurisprudencia ya existente del Tribunal Constitucional. Ya éste había tomado el artículo 35 del texto anterior de la Constitución como “permiso expreso” para la incorporación de normas al bloque de constitucionalidad. Interpretado como norma *incorporante*, el artículo 35 fue tornado en puerto de entrada de derechos y garantías que nacían de la soberanía del pueblo y

de la forma republicana de gobierno, pero que no estaban literalmente enunciadas en el texto de la Constitución”⁶².

Al respecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Declaración Constitucional Plurinacional 0030/2014 de 28 de mayo de 2014⁶³ ha señalado que el constitucionalismo plurinacional boliviano comporta un proceso histórico aperturante a nuevas posibilidades y alternativas paradigmáticas de interpretación del “Derecho” y la “Justicia”. Consiguientemente es un proceso que no interesa solamente a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, sino a todos. Lo cual, además, obliga a los tribunales y jueces a estar abiertos a las cosmovisiones, saberes, prácticas e interpretaciones que se producen fuera de los estrados judiciales y que yacen en las demandas, aspiraciones y proyectos de Estado de las organizaciones, naciones y colectivos excluidos y clandestinizados por el Estado Nacional. Para ello, este Tribunal considera fundamental generar nuevas formas de “interpretación constitucional desde abajo”, que nos permitan dialogar con nuevos paradigmas, prácticas y experiencias descolonizadoras.

En ese sentido, señala que corresponde realizar un desarrollo de los principios ético morales de la sociedad plural a partir de una “interpretación plural”; es decir, a partir de la cosmovisión, prácticas y contenidos históricos, lingüísticos, filosóficos emergentes de una visión descolonizadora. Para comprender o al menos ser un observador auténtico, que no mira de afuera, y hacerse parte de la producción

⁶² Horacio Andaluz Vegacenteno, Consecuencias formales de la regulación constitucional de los derechos, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX, Valparaíso – Chile, 2012. Pág. 321-336.

⁶³ Descargado de la página web: <https://buscador.tcpbolivia.bo/%28S%28obahliujq5v0klbeywknyfma%29%29/WfrResoluciones.aspx> en fecha 23 de agosto de 2015.

interpretativa de los actores sociales, es preciso contar con una herramienta hermenéutica de carácter plural y descolonizador. Con ello, nuestra pretensión es evitar, -a decir de Silvia Rivera Cusicanqui- un uso retórico y selectivo de estos principios, prácticas y formas milenarias, y hacer el esfuerzo por entender de donde surgen estas palabras, no solo en su sentido semántico, filosófico, antropólogo, y otros, sino partiendo de las experiencias y vivencias concretas de las comunidades; y que, además, sean formas interpretativas legitimadas por ellos. En este sentido, esta herramienta, debe permitirnos también, interpretar el resto de las normas contenidas en el texto constitucional.

En este marco, el TCP considera fundamental considerar la voluntad constituyente como un criterio de interpretación constitucional aplicable de manera preferente (art. 196.II de la CPE) a otras formas interpretativas, sin embargo, es necesario desarrollar nuevos mecanismos hermenéuticos, coherentes con los cambios constitucionales, en este sentido, de acuerdo al Informe Técnico 55/2013, de la Unidad de Descolonización de este Tribunal, desarrollamos la “interpretación plural”, en los siguientes términos. La “interpretación plural”, es una herramienta hermenéutica de carácter multidimensional que implica la apertura a nuevas formas de observación que nacen fuera de los marcos de la “razón jurídica” colonial (*ratio decidendi*).

Según el informe técnico de la Unidad de Descolonización, la “razón jurídica” cumple un rol específico dentro de la interpretación y la argumentación jurídica del hacer jurídico (...) La razón, no es un mero pensar racionalmente, sino es un ejercicio sofisticado del poder (...) donde se camufla y se oculta el artificio

colonial (...) Por otra parte, en la razón jurídica, se construye el “unismo”, el “centrismo” del humano (...) El ser humano piensa a la naturaleza y al propio ser humano. Es quien le dota de sentido e interpretación a las demás cosas (sujeto-objeto) (...) “por lo tanto, quien da sentido tiene el poder“. Mientras tanto, en la concepción amáutica-cósmica de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, el ser humano es parte del cosmos, es totalidad. (...) donde la decisión no está centrada en una sola persona, (...) sino es un poder disperso a todos, (...) la interpretación viene cargada de la experiencia, vivencia, de realidades concretas interrelacionados con el cosmos y de las dos comunidades de la vida (naturaleza y cosmos), a parte de la comunidad humana. A ello se lo ha denominado interpretación y argumentación plural o multidimensional. Desde este enfoque, la hermenéutica plural o multidimensional (plural), no interpreta palabras y conceptos, sino, las vivencias y experiencias que nacen desde lo geográfico, étnico-cultural y político. Es decir, la fuente de interpretación es la “vivencia”, la “experiencia”, es lo “multidimensional”. “Como se habrá advertido, desde el horizonte de los pueblos indígena originario campesinos, los fundamentos o los argumentos, no nacen de la 'razón', sino desde la materialidad viviente de la realidad concreta; y no se basan a las normas preestablecidas, sino las normas nacen a la vida, en un hecho concreto, y se dinamizan continuamente”. Consecuentemente, esta forma interpretativa tiene como objetivo dotar de contenido “propio” a las categorías y conceptos constitucionales desde la vivencia y experiencias plurales, para luego hacerlo dialogar con otros saberes y conocimientos (interpretación intercultural); de lo contrario, se corre el riesgo que caer en la subsunción a cánones ajenos a la realidad que se pretende interpretar.

En este marco, el Tribunal Constitucional Plurinacional plantea la “interpretación plural”, como un mecanismo hermenéutico atinente a un constitucionalismo plurinacional y descolonizador, a partir de la aplicación de las siguientes pautas: 1) La cosmovisión y concepción filosófica, conexas a las identidades plurinacionales; que implica un proceso hermenéutico que parte desde los modos de concebir de las naciones y pueblos indígena originaria campesinas, tomando seriamente en cuenta el “sentido” filosófico propio de las categorías que emulan las autoridades que consultan. 2) Concomitancia con saberes históricos, lingüísticos, culturales, sociales, económicos y políticos, de manera integral, trascendiendo las fronteras disciplinarias; mediante informes técnicos multidisciplinarios e interdisciplinarios, peritajes e investigaciones no sólo vinculados a lo jurídico sino en relación con otras disciplinas, como la sociología, antropología, la historia, etc., es decir, se trata de salir de lo jurídico para interpretar pluralmente e interdisciplinariamente lo jurídico. 3) Contrastación con las vivencias y experiencias concretas de los actores, colectivos y contextos que se quiere observar (desde adentro); que según los casos, amerita la presencia de los magistrados y magistradas en la nación y pueblo indígena originario campesinos, en diálogo igualitario con sus autoridades, a objeto de intercambiar experiencias, conocerse recíprocamente, para clarificar el contexto que se pretende interpretar. 4) Oposición, y legitimación (interpretación desde abajo) que emerge de la producción oral y práctica hermenéutica de los actores sociales, bajo parámetros descolonizadores; como resultado del diálogo, que implica al mismo tiempo acuerdos, sobre el modo en que se concibe determinada institución, práctica o normas de la nación y pueblo indígena originario campesino.

Estas pautas, manifiesta el Tribunal no debe entenderse como requisitos unívocos o fases de la interpretación plural, sino como lineamientos, que según la realidad concreta de cada caso, puede aplicarse de manera amplia, a otras maneras de hermenéutica, desplegadas en las significaciones propias desde nuestra realidad. En este sentido, la Sala Especializada, en el marco de la pedagogía constitucional, que nos caracteriza, tiene el objetivo de contar con nuevos elementos, que faciliten un entendimiento propio de los principios, valores, normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, respetando su esencia, de acuerdo a la interpretación plural desarrollada precedentemente.

Además la mencionada declaración afirma que, la autodeterminación, bajo el denominativo de libre determinación, así como el ejercicio de sus sistemas jurídicos, políticos y económicos, son concebidos como derechos fundamentales por nuestra Constitución Política del Estado (arts. 2, 30.II.4 y 30.II.14 de la CPE), y también como derechos en el marco de las normas del bloque de constitucionalidad (arts. 5, 7 y 8 del Convenio 169 de la OIT y arts. 3, 4 y 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) y, por ende, están sujetas a los criterios de interpretación previstos en nuestra Ley Fundamental en los arts. 13. IV y 256 de la CPE, que en el marco de nuestro constitucionalismo plurinacional y comunitario, introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: La interpretación pro persona (*pro homine*), que aplicado al ámbito de los pueblos indígenas, se traduce en el principio pro indígena, y la interpretación conforme a los pactos internacionales sobre Derechos Humanos. En virtud al primero, los jueces y tribunales tiene el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión -ya sea que esté contenida en la

Ley Fundamental o en las normas del bloque de constitucionalidad- y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho, y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de -ejercer el control de convencionalidad- interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en tratados e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución Política del Estado, obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo ha entendido la misma Corte en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, al señalar que: "...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de sus regulaciones procesales correspondientes (...)"

Así, la interpretación plural también debería ser aplicable a las acciones administrativas y judiciales contra la administración pública, más aun en los gobiernos autónomos indígenas originario campesinos que empiezan a desarrollarse lentamente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

d) La reserva de la ley

La reserva de ley, obliga al legislador a que sea él mismo el que regule el derecho, sin posibilidad de remitir esa regulación a la potestad reglamentaria.

Es preciso señalar que la reserva de ley no implica que las demás normas jurídicas no puedan incidir en los derechos fundamentales. Ello sería del todo imposible, ya que son muy pocas las normas jurídicas que, mediata o inmediatamente no guarden relación con algún derecho. En ese sentido, defender a este respecto un criterio estricto llevaría a la conclusión de que la mayor parte del ordenamiento debería estar constituido por leyes ordinarias. Lo que la Constitución pretende es que por las leyes se desarrolle los elementos básicos que configuran el ejercicio del derecho de que se trate y sus garantías.

Los derechos consagrados en la Constitución Boliviana están sometidos a reserva de ley ordinaria por previsión de lo dispuesto por el parágrafo II del artículo 109 que establece “Los derechos y sus garantías sólo podrían ser regulados por ley”, sin embargo en otras legislaciones, como la Ecuatoriana, existe la garantía abstracta de la reserva de la ley orgánica, que consiste en la exigencia de que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales se realice forzosamente por Ley o Ley orgánica, respectivamente. Con ello se impide que otro órgano distinto al legislativo proceda a la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales.

La reserva de ley en la legislación española es genérica y afecta a todos los derechos reconocidos como fundamentales, así el artículo 81 de la Constitución española sostiene que son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

Asimismo, caracteriza a las leyes orgánicas como aquellas en las que se exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Conforme sostiene García Morillo, se introduce, con ello, una garantía adicional del desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, al exigirse para ello una mayoría calificada. El resultado de todo este complejo garantista es que los derechos de los ciudadanos solo pueden ser regulados por Ley formal, y los derechos fundamentales sólo pueden ser objeto de desarrollo legislativo mediante Ley Orgánica. El objetivo de esta previsión es el otorgar a determinadas materias, que se consideran de especial importancia y entre las que figuran los derechos fundamentales, una suerte de supralegalidad, de forma que su regulación precise de un cierto consenso, y de requisitos adicionales a los precisos para una ley ordinaria; esto no incluye cualquier ámbito de regulación referido a derechos sino que se persigue es que las condiciones de ejercicio y los límites de los derechos fundamentales sean regulados mediante Ley Orgánica.

Marc Carrillo menciona al respecto que no es insignificante el peligro que puede ofrecer el juego de mayorías aglutinadas por coaliciones coyunturales, limitando y condicionando en exceso la actividad legislativa de una futura Asamblea que reúna una correlación de fuerzas políticas diferente.⁶⁴

En Bolivia, en la jerarquización de las normas no se ha establecido la posibilidad de existencia de leyes orgánicas que sean aprobadas con una mayoría

⁶⁴Marc Carrillo, La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, Boletín Oficial del Estado/Centro de estudios constitucionales, Madrid 1995, pág. 27.

calificada, por lo que este mecanismo de protección abstracta no ha sido desarrollado.

Además, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos al que pertenece Bolivia, mediante el informe 07/1986 de la Comisión del mencionado sistema se ha comprendido que se entiende por ley a la norma jurídica que emana del órgano que representa la soberanía popular. En ese sentido la Administración Pública encuentra en la ley los límites de sus potestades sobre los derechos de los administrados.

Esta garantía está estrechamente conectada con la garantía del contenido esencial que a continuación se desarrolla, ya que por un lado, la garantía del contenido esencial se asienta sobre la reserva de ley; y por otro, la vinculación de los poderes públicos puede alcanzar una mayor eficacia merced la garantía del contenido esencial.

e) La salvaguarda del contenido esencial

La Constitución española, recogiendo la experiencia de la Ley Fundamental de Bonn impone al legislador, la obligación de respetar el contenido esencial del derecho que se desarrolla. El contenido esencial constituye, por tanto, la traducción jurídica de la conciencia de que existen derechos que ningún legislador puede suprimir o restringir. El contenido esencial incorpora una garantía adicional a la antes examinada e implica la imposibilidad de que el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales regule

estos, como ha declarado el Tribunal Constitucional, en forma tal que desfigure y difumine los límites del derecho hasta hacer este irreconocible.⁶⁵

No cabe, por tanto, un desarrollo legislativo de los derechos fundamentales que restrinja su contenido o las condiciones de su ejercicio por debajo del nivel constitucionalmente previsto. Se atribuye al poder legislativo en exclusiva, la potestad de normar el desarrollo de los derechos y libertades; pero, además, al obligar al legislador a respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades se imposibilita que el desarrollo legislativo vacíe de contenido material los preceptos constitucionales. De esta manera se evita el peligro de que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales sea puramente formal y se dota a dichos preceptos de un contenido material intangible. La obligación de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades impone un límite al legislador: éste puede y debe desarrollar legislativamente los preceptos constitucionales; pero no puede hacerlo de tal forma que el reconocimiento constitucional se torne inoperante. El contenido esencial se configura, así, como un “límite de los límites”, esto es, como un límite de la actividad legislativa limitadora de los derechos fundamentales⁶⁶.

Conforme señala el profesor García Morillo, el problema se plantea a la hora de definir los contornos del “contenido esencial” de un derecho concreto. Porque no cabe duda de que, dentro del marco constitucional previsto, el legislador dispone de un margen de maniobra que le permite modular las condiciones, formas y efectos del ejercicio de un derecho en la manera que considere más adecuada. Se trata, pues, de

65 García Morillo, Joaquín, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia España, 1994.

66 Ídem.

respetar obligadamente un núcleo mínimo, a partir del cual, el legislador puede operar ampliando más o menos expansivamente las condiciones de ejercicio de los derechos.⁶⁷

Se hace preciso, por tanto en cada caso determinar si la actuación del legislador ha invadido el núcleo intangible del derecho, conculcando su contenido esencial, o se ha limitado a modular su ejercicio dentro del margen de actuación de que dispone. La delimitación de ese núcleo intangible habrá de realizarse considerando cual es el mínimo condicionante que permite afirmar la subsistencia del derecho o libertad y de la posibilidad de ejercerlo. Expresado en otros términos, habrá que definir donde se sitúa la división que permite hablar del efectivo disfrute del derecho o que, por el contrario, obliga a constatar la imposibilidad material de ejercerlo.⁶⁸

La noción de “contenido esencial” de los derechos fundamentales es por eso, predominante casuística: habrá que estar al concreto desarrollo de cada derecho constitucionalmente reconocido para determinar si dicho desarrollo respeta o no el contenido esencial del mismo. Para llevar a cabo esta determinación, cada vez que se pretenda determinar si el desarrollo legislativo de un derecho respeta su contenido esencial, habrá que analizar si dicho desarrollo legislativo permite reconocer el derecho que se regula como correspondiente a la idea que generalmente se tiene de él, y habrá que comprobar, igualmente, si los intereses jurídicos reales y concretos que se pretende proteger con el reconocimiento constitucional del derecho quedan

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Ídem.

efectivamente protegidos con tal desarrollo legislativo. Si ello no es así, entonces se habrá desconocido el contenido esencial del derecho⁶⁹.

En la Constitución Boliviana no existe una mención expresa y de general aplicación al deber del legislador de respetar el contenido esencial de los derechos previstos en la Constitución. Este hecho que, en principio podría ser considerado como un olvido del constituyente, encuentra su justificación en la misma configuración de los derechos en el texto constitucional, ya que las disposiciones que cubren este ámbito material no se limitan a enunciar los derechos reconocidos, sino que entran a delimitarlos estableciendo en la mayoría de los casos su contenido esencial. El desarrollo a nivel constitucional de los contenidos de cada uno de los derechos es lo suficientemente extenso como para poder afirmar que el legislador se verá condicionado antes que por un abstracto contenido esencial de los mismos por el contenido de las disposiciones constitucionales que disciplinan cada uno de ellos⁷⁰.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho Foro No. 14, Quito Ecuador 2010. Sin embargo, Storini cita a Peter Haberle, quien sostiene que la existencia de la garantía del contenido esencial es un indicador positivo en todo orden constitucional en el que se contempla (o allí donde se ha construido por la jurisprudencia). De este modo la existencia de esta garantía indica que el constitucionalismo ha alcanzado su más alto nivel de desarrollo conocido hasta ahora: aquel en el que el respeto a las minorías y a los derechos constituye un valor fundamental que orienta la construcción misma del ordenamiento constitucional. Por tanto, sean cuales sean los problemas que la interpretación de esta garantía plantee, hay un aspecto innegablemente positivo que debe ser contemplado a la hora de realizar una valoración global de la garantía del contenido esencial. Determinar constitucionalmente la obligación del legislador o lo que es lo mismo, de la mayoría, de respetar un contenido mínimo en la regulación del ejercicio de los derechos es determinar también la obligación del legislador de respetar el pluralismo, de someterse a reglas en su acción política. La normatividad de la Constitución y la garantía del contenido esencial aparecen así estrechamente conectadas, por cuanto la garantía del contenido esencial solo es posible si se parte del sometimiento del legislador a las normas constitucionales que actúan como límite de su capacidad de decisión política. Pero, al mismo tiempo, la garantía del contenido esencial no es solo un resultado de la normatividad de la Constitución, sino también del sustrato social y político sobre el que la misma se asienta: una sociedad pluralista en la que el respeto a las minorías cuenta con esta garantía última que permite asegurar la vigencia incondicionada de los derechos fundamentales, cuanto menos en el núcleo de facultades que permite identificarlos como tales.

Desde un punto de vista general puede defenderse que la garantía del contenido esencial obliga al legislador a respetar un mínimo en la regulación de cada derecho; mínimo que puede estar ya definido en la propia Constitución o que puede, por el contrario, encontrarse de manera implícita en la misma⁷¹.

El contenido esencial es una garantía que opera frente al legislador. Esto no quiere decir que otros poderes públicos no estén obligados a promover la realización de la garantía frente al legislador; los jueces y tribunales, por ejemplo, aplicarán el Derecho Constitucional, en su contenido esencial, ante la ausencia de regulación legislativa. Si no existe ley, deberán evitar el perjuicio al derecho aplicándolo en su contenido esencial. Si existe ley y tienen dudas sobre su constitucionalidad, deberán acudir al Tribunal Constitucional Plurinacional. Por otra parte, la garantía es también un límite frente al propio Tribunal Constitucional en la relación que se genera entre esta última y el legislador a la hora de configurar los derechos constitucionales. Por un lado, limita al legislador porque el Tribunal Constitucional puede controlar el respeto por el legislador del contenido esencial. Por otro lado, protege indirectamente la función del legislador en la medida en que si esta garantía no existiera, el juez constitucional podría intervenir de manera más intensa sobre la ley. En efecto, el Tribunal Constitucional tiene que respetar la capacidad del legislador para configurar el derecho, que le permite dotarlo de contenidos diversos, sin que esa capacidad pueda ser limitada más que cuando el legislador llegue a desfigurarlo. Se puede decir, por tanto, que la garantía del contenido esencial está orientada directamente

⁷¹ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

frente al legislador; pero actúa también como un límite indirecto frente al Tribunal Constitucional⁷².

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha incorporado la garantía del contenido esencial de los derechos en sus sentencias, sobre todo a partir de la sentencia 1012/01-R de 21 de septiembre de 2001 que refiere a un amparo presentado contra particulares, esta institución tiene bastante aplicación por el TC y TCP, como se puede verificar en la jurisprudencia de dicho Tribunal.

Asimismo se identifica que en una de las primeras sentencias, 0295/2003-R de 11 de marzo de 2003⁷³, que refiere sobre el núcleo esencial, el Tribunal Constitucional cita la sentencia SU-510-98 de la Corte Constitucional colombiana de la siguiente forma, “La Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”.

Respecto a actos del Órgano Legislativo el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante sentencia 1853/2014 de 25 de septiembre de 2014⁷⁴ menciona que la jurisprudencia tiene su fundamento en el hecho de que, la Constitución como los instrumentos internacionales de protección de los derechos

⁷² Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

⁷³ Descargado de la página web:
<https://buscador.tcpbolivia.bo/%28S%28obahliujq5v0klbeywknyfma%29%29/WfrResoluciones.aspx>
en fecha 23 de agosto de 2015.

⁷⁴ Descargado de la página web:
<https://buscador.tcpbolivia.bo/%28S%28obahliujq5v0klbeywknyfma%29%29/WfrResoluciones.aspx>
el 23 de agosto de 2015.

humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad no se limitan a proclamar el conjunto de los derechos, libertades y garantías de los seres humanos. Sino que también hacen referencia explícita o implícita de las restricciones o limitaciones de su ejercicio, estableciendo en su caso las condiciones particulares en las cuales es posible que el Estado, a través de sus órganos del Poder Público, aplique la restricción al ejercicio de los derechos y libertades sin violarlos. En ese marco la Constitución, además de proclamar el catálogo de los derechos fundamentales, establece los límites a su ejercicio, en algunos casos de manera expresa. Se entiende que, como lo definió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° C-06/86, “los fines para los cuales se establece la restricción deben ser legítimos, es decir, que obedezcan a «razones de interés general» y no se aparten del «propósito para el cual han sido establecidas»; de manera que las restricciones o limitaciones no eliminen el núcleo esencial de los derechos fundamentales ni se conviertan en un acto de supresión”. En el mismo caso, existió opinión disidente que se basa en que la sentencia constitucional plurinacional 0121/2012 de 2 de mayo, refirió respecto al derecho a la propiedad que: "...de una coherente argumentación jurídica, deben mencionarse los elementos constitutivos del contenido esencial del derecho de propiedad, en ese sentido, este derecho fundamental, cuya génesis se encuentra no solamente en el texto constitucional sino también en el bloque de convencionalidad, en su núcleo duro se identifican tres elementos esenciales: i) El derecho de uso; ii) El derecho de goce; y, iii) El derecho de disfrute. Asimismo, estos tres elementos tienen un sustento axiológico que refuerza dicho contenido esencial, basado en los valores libertad, igualdad, solidaridad y justicia. Por su parte, es imperante además precisar que este núcleo esencial del derecho fundamental de propiedad, genera a su vez obligaciones negativas tanto para el Estado como para

particulares que se traducen en las siguientes: a) Prohibición de privación arbitraria de propiedad; y, b) Prohibición de limitación arbitraria de propiedad”⁷⁵.

En este marco, si bien conforme lo dispuesto por la SCP 1853/2014, es deber del Estado boliviano identificar y proteger el patrimonio ecológico, religioso, turístico arqueológico tangible e intangible, la limitación al derecho a la propiedad debe ser compensada o en su caso dar lugar a la expropiación pasando dichos bienes inmuebles al Estado, por ello era necesario que la Sentencia objeto de disidencia analice las limitaciones a la propiedad emergentes de la Ley 3194, para determinar si las limitaciones a la propiedad eran o no proporcionales al fin buscado o si en su caso correspondía se active la expropiación. Por lo que los Magistrados disidentes concluyen que el Magistrado Relator para no apartarse de la realidad debió solicitar información complementaria respecto a las limitaciones al derecho propietario por la declaratoria de Patrimonio Nacional, Ecológico, Religioso, Turístico Arqueológico tangible e intangible a la serranía de Cota y su afectación, para luego recién efectuar un análisis de inconstitucionalidad, determinando si la afectación hace nulo o no al núcleo esencial del derecho constitucional señalado⁷⁶.

Respecto al derecho a la educación frente a decisiones administrativas el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante sentencia 1465/2014 de 16 de julio de 2014 sostiene que su entidad antecesora, el Tribunal Constitucional, también se pronunció con relación a este derecho, así la SC 1975/2011-R de 7 de diciembre que cita a la SC 0235/2005-R de 21 de marzo, respecto a sus alcances indicó que: ‘...el derecho a recibir instrucción y el derecho a la educación -salvando las diferencias de

⁷⁵ www.tcpbolivia.bo

⁷⁶ Ídem.

ambas categorías conceptuales- implican que la persona tiene la potestad de acceder al conocimiento, la ciencia, la técnica y los demás bienes y valores de la cultura, pero, además, recibirla de modo que al existir un sistema nacional de instrucción, enseñanza, aprendizaje o educación, el núcleo esencial de esos derechos no esta tan sólo en el acceso a dicho sistema, sino también a la permanencia de ese sistema".

Asimismo, y respecto al derecho de petición frente al poder estatal, especialmente frente a la Administración se tienen varios pronunciamiento del TCP, entre ellos la sentencia 1127/2014 de 10 de junio de 2014, la SC 0195/2010-R de 24 de mayo, se señaló que: "...el núcleo esencial de este derecho radica en la obtención de una respuesta formal y pronta a lo que se tiene peticionado"; y refiriéndose a la respuesta agregó la citada Sentencia Constitucional que: "no necesariamente debe ser de carácter positivo o favorable, sino también negativa y de rechazo, siempre y cuando sea fundamentada".

Incluso notamos que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pudo advertir que refieren al núcleo esencial de las garantías o mecanismos procesales, así se evidencia, entre otras en las sentencias 0966/2010-R de 17 de agosto de 2010 y 1070/2010-R de 23 de agosto de 2010.

En nuestro caso, el contenido esencial de la tutela judicial efectiva en materia contenciosa administrativa ha sido regulada por la Constitución Política del Estado, Código de Procedimiento Civil y por la ley 620.

f) Jerarquía normativa y directa aplicabilidad de los Tratados internacionales

Un elemento común a los mecanismos de protección analizados es que tienen lugar en el ámbito local, en el interior de los ordenamientos jurídicos estatales. En este sentido, puede decirse que la introducción de este tipo de garantías para los derechos comporta restricciones formales a la soberanía interna del Estado. Es decir, límites y vínculos al poder de otro modo absoluto del Estado que, a partir de entonces, se convierte desde el punto de vista interno, en un Estado controlado y disciplinado por los derechos. Sin embargo, también es una experiencia histórica dejar en manos de órganos de los propios Estados la custodia de los derechos puede ser una vía hacia su vulneración. Por eso el derecho moderno contempla, junto a las garantías estatales, una serie de garantías supraestatales que introducen restricciones formales, no ya sólo a la soberanía interna sino también a la soberanía externa de los Estados. De ese modo, también desde un punto de vista externo, los poderes hasta entonces absolutos de los Estados se convierten, al menos formalmente, en poderes limitados y controlados por los derechos⁷⁷.

Así por ejemplo serían garantías primarias supra-estatales la existencia de Declaraciones, Tratados y Convenios en los que se establecen derechos y deberes que los poderes públicos estatales se obligan a respetar, conforme el *pacta sunt servanda*.

⁷⁷Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pisarello, Los derechos humanos y sus garantías, descargado de: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf, (29.09.2014).

Del mismo modo, junto a las garantías jurisdiccionales estatales también es posible identificar una serie de garantías jurisdiccionales (o semi-jurisdiccionales) supra-estatales que se activan cuando las primeras se agotan o cuando resultan palmariamente insuficientes para la protección del derecho. Así, por ejemplo, serían garantías supra-estatales secundarias de los derechos en el ámbito regional, las dispuestas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, o por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De modo similar, serían garantías supra-estatales de los derechos en el ámbito internacional las que pueden articularse en el marco de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de la Corte Internacional de Justicia de la Haya o del Tribunal Penal Internacional de Roma⁷⁸.

La Constitución Boliviana está formada por su texto formal, los tratados sobre derechos humanos y las normas de derecho comunitario, la reunión sistémica de estos elementos forma una unidad normativa, y esta unidad forma un “bloque de constitucionalidad”⁷⁹.

En lo atinente a los tratados sobre derechos humanos, el artículo 410.II supone llevar al texto expreso de la Constitución la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Que los tratados sobre derechos humanos sean normas constitucionales supone la incorporación de su significado jurídico tal como ha sido definido por los órganos autorizados para su interpretación. Por esto, los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también son parte del bloque de constitucionalidad, al ser consecuencia que la Convención Americana sobre

⁷⁸Ídem.

⁷⁹Andaluz Horacio, *Aplicación judicial de la Constitución*, Editorial El País, Santa Cruz – Bolivia 2009, pág. 39.

Derechos Humanos otorgue competencia a la Corte para aplicar e interpretar la Convención y para producir decisiones autoritativas al respecto.

Por tanto, negar el carácter vinculante de los precedentes supondría violar la propia Convención, en la medida que supone desconocer la calidad de órgano autoritativo que tiene la Corte Interamericana.

El artículo 410.II establece la supremacía constitucional llana de todos los tratados sobre derechos humanos. Está claro en el texto expreso del artículo 256.I: “los tratados sobre derechos humanos que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera preferente sobre esta”. Al igual que en el caso del artículo 13.IV, aquí la preferencia no está en función de la jerarquía sino de la especialidad. Lo que también se ha desarrollado en la garantía de la cláusula interpretativa.

Normativamente, que los tratados sobre derechos humanos fueran normas constitucionales llevaba consigo la incorporación de su significado jurídico tal como había sido definido por los órganos autorizados para su interpretación. Por esto, los precedentes de la Corte Interamericana Derechos Humanos también eran parte del bloque de constitucionalidad. Era consecuencia de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorgase competencia a la Corte para aplicar e interpretar la Convención (artículo 62) y para producir decisiones autoritativas al respecto (artículo 67). Por tanto, negar el carácter vinculante de los precedentes hubiese supuesto violar la propia Convención, en la medida que suponía desconocer la calidad de órgano autoritativo que tiene la Corte. Obedecer los precedentes era

también una exigencia práctica, porque suponía que el Estado se comportase según las normas que serían usadas para su enjuiciamiento. Pero el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la incorporación de la jurisprudencia de la CIDH sino hasta la sentencia constitucional STC 110/2010-RAC de 10 de mayo de 2010⁸⁰.

En ese sentido el Estado Boliviano deberá evaluar el cumplimiento que otorga al derecho a la tutela judicial efectiva determinado por la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto la protección de derechos de los individuales contra la Administración Pública.

g) Especial rigidez de las normas constitucionales reconocedoras de derechos fundamentales.

El artículo 411 de la Constitución boliviana prevé para su reforma dos mecanismos distintos, la reforma total o la reforma de materias determinadas (entre otros derechos, deberes y garantías) y la reforma parcial. Con ello la Constitución Boliviana considera que el consenso constituyente alcanzado respecto de determinadas materias debe ser objeto de especial protección y que, por consiguiente, debe asegurarse que la reforma de los preceptos pertinentes obtenga un alto grado de acuerdo popular, esto a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo, reforma que para su vigencia requerirá referendo constitucional aprobatorio.

⁸⁰ Andaluz Horacio, Constitución, derechos y jurisprudencia, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013, descargado de www.kas.de el 23 de mayo de 2014.

Situación similar es descrita por Marc Carrillo cuando refiere al ordenamiento jurídico español, ya que el procedimiento de reforma de la Constitución regulado en su artículo 168 opera también como factor de garantía por cuanto engloba al apartado dedicado a derechos fundamentales y libertades públicas como parte del texto constitucional que para su modificación exige el complejo proceso de la aprobación por dos tercios de las Cámaras, la disolución subsiguiente de éstas, la ratificación de la decisión por las nuevas Cámaras elegidas y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que debería ser aprobado también por los dos tercios de ambas Cámaras. Y, por último, el referéndum para su ratificación⁸¹.

Además, conforme señala el profesor García Morillo las garantías abstractas deben relacionarse con los mecanismos de declaración de inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 132, 133 y numeral 1 del artículo 202 de la Constitución Política. La posibilidad de obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma que afecte a su ejercicio, igualmente una garantía de los derechos fundamentales, en la medida en que proporciona un sistema para que un órgano imparcial verifique la adecuación a los parámetros constitucionales de las normas que inciden en el ejercicio de los mismos. Además, hay que conectar las garantías abstractas con el control judicial de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, que corresponde al objeto de estudio de esta investigación⁸².

⁸¹Marc Carrillo, La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, Boletín Oficial del Estado/Centro de estudios constitucionales, Madrid 1995, pág. 27.

⁸²Ídem.

h) Defensor del Pueblo y Ministerio Público

El párrafo I del artículo 218 de la CPE dicta que la Defensoría del Pueblo velará por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos, que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales. La función de la Defensoría alcanzará a la actividad administrativa de todo el sector público y a la actividad de las instituciones privadas que presten servicios públicos. Por tanto, la Defensoría del Pueblo se constituye en una institución que garantiza los derechos fundamentales.

Para la defensa de los derechos fundamentales en el ámbito de la administración pública, la Constitución ha consolidado la Defensoría del Pueblo ampliando sus funciones a la promoción y la defensa de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de las comunidades urbanas e interculturales y de las bolivianas y bolivianos en el exterior⁸³.

En otro plano, el Ministerio Público tiene atribuida por el párrafo I del artículo 225 la función de defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad, y ejercerá la acción penal pública. Ambos, Defensoría del Pueblo y Ministerio Público, son instituciones que por sus funciones se constituyen en garantías orgánicas o fiscalizadoras de los derechos fundamentales.

Así, respecto a nuestro objeto identificamos que el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público actualmente no tienen competencia para garantizar de forma

⁸³ José Antonio Rivera, *Temas de Derecho Constitucional*, Editorial Olimpo, Cochabamba Bolivia, pág. 263.

ordinaria los derechos del individuo frente a la Administración, ya que la primera institución está legitimada para la protección extraordinaria y la segunda dirige la acción penal pública.

i) Las garantías ciudadanas o sociales de los derechos

Todos los mecanismos de garantías están atravesados por una paradoja: se encomiendan a órganos de poder que, precisamente por su carácter de tales, se encuentran en una situación propicia para vulnerarlos. Es ingenuo, para ello, confiar la protección de los derechos a la simple auto-limitación del poder o a la existencia de órganos políticos o judiciales. Por el contrario, las garantías institucionales están condenadas a la esterilidad o a una fácil reversión sin la existencia y promoción de sólidas y permanentes garantías sociales o ciudadanas, esto es, de mecanismos de tutela que, más allá de las mediaciones estatales, involucren a los propios afectados en la construcción y protección de sus derechos⁸⁴.

Estas garantías sociales también pueden asumir distintas variantes. A veces pueden actuar como garantías de participación institucional, es decir, como instrumentos de incidencia indirecta en la construcción de las garantías institucionales. Así serían garantías de participación en el ámbito político, en primer lugar, el derecho de sufragio, que permite escoger representantes con concepciones más o menos diferentes de qué derechos tutelar.

⁸⁴Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pisarello, Los derechos humanos y sus garantías, descargado de: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf, (29.09.2014).

Pero también los mecanismos de democracia representativa y participativa como las iniciativas populares, consultas y referéndum, así como los diferentes mecanismos de participación administrativa vinculados a la protección de derechos. De modo similar, serían garantías de participación en el ámbito jurisdiccional las diferentes herramientas procesales –recursos de amparo individual y colectivo, acciones de clase, populares y de interés general- que permiten el acceso de los ciudadanos y grupos vulnerables a las sedes jurisdiccionales en la que se ventila la protección de un derecho⁸⁵.

Junto a las garantías sociales de participación institucional, suelen articularse también garantías sociales autónomas, es decir, mecanismos de auto-tutela de los derechos que suelen activarse cuando se percibe que las garantías institucionales se encuentran bloqueadas o resultan insuficientes. Por ejemplo, serían garantías de auto-tutela, en determinados supuestos, desde el derecho de huelga hasta la desobediencia civil o la resistencia, pasando por diversas formas de presión (manifestaciones, acciones reivindicativas) y de satisfacción directa de las necesidades e intereses tutelados por los derechos, como las cooperativas de producción y consumo o las redes y asociaciones vecinales⁸⁶.

En ese sentido, los derechos, generalmente, son el resultado de conquistas históricas, de luchas muchas veces encarnizadas, inacabadas y reversibles. La ampliación de los derechos, la satisfacción creciente de las necesidades básicas que permiten expandir la autonomía individual y colectiva de las personas, han

⁸⁵Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pisarello, Los derechos humanos y sus garantías, descargado de: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf, (29.09.2014).

⁸⁶Ídem.

dependido siempre de la eliminación, tanto de viejos privilegios, como de antiguos derechos convertidos en privilegios. Y es que si los derechos no tienen sentido sin deberes, es igualmente evidente que no pueden haber sujetos con deberes, con obligaciones, sin sujetos capaces de obligar. Por eso, la “garantía social” solo puede consistir, como reza el artículo 23 de la Constitución Francesa de 1793 en “la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos”⁸⁷.

Respecto a la importancia de estas garantías sociales, Aparicio y Pisarello muestran como el discurso de los derechos, en la medida en que están ligados a la noción de intereses y necesidades tendencialmente generalizables, encierra un fuerte contenido igualitario opuesto, por ejemplo, a la idea de privilegio. Esa impronta, sin embargo, puede venir moderada por diferentes razones. Ante todo, por su titularidad y ejercicio, que pueden restringirse en razón de criterios como la ciudadanía, la capacidad de obrar, o el hecho de ser persona. Pero también por los mecanismos de garantías establecidos para su protección. Dichos mecanismos, como se ha visto anteriormente, encierran una aporía en apariencia irresoluble: encomiendan al propio poder político la tarea de auto-limitarse para la tutela de los derechos, pese a que, por su misma naturaleza, los órganos de poder se hallan en una situación propicia para vulnerarlos. En ese sentido, las diferentes garantías institucionales –legislativas, administrativas o jurisdiccionales- previstas para la protección de los derechos no pueden concebirse sino como valiosos pero incompletos instrumentos para su defensa. Por eso, precisamente, una garantía sólida de los derechos humanos, más allá de las imprescindibles mediaciones del Estado, sólo puede residir en la capacidad de sus destinatarios y destinatarias de apropiarse de su contenido y de

⁸⁷Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pisarello, Los derechos humanos y sus garantías , descargado de: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf, (29.09.2014).

hacerlo valer en las instituciones, fuera de ellas y, llegado el caso, incluso en su contra⁸⁸.

3. Las garantías concretas

Las garantías abstractas e institucionales no bastarían para asegurar una protección efectiva de los derechos fundamentales. Provee, desde luego, a la concreción de las abstracciones constitucionales en términos respetuosos con la voluntad constituyente y concurren al diseño de un complejo de relaciones orgánicas y normativas que permite la emergencia de aquel ámbito de libertad y seguridad reclamado por Montesquieu, pero ni pueden impedir completamente las lesiones singulares de los derechos ni resultan apropiadas como reacción ante las mismas, precisamente por su abstracción y por localizarse en un momento previo al ejercicio efectivo del derecho⁸⁹.

En ese sentido, además de las garantías abstractas examinadas en las líneas que preceden, la Constitución rodea también a los derechos fundamentales de otros mecanismos, garantías que revisten distinto carácter. Se trata de *instrumentos reactivos*, que *se ofrecen a los ciudadanos* para que, en cada caso singular en que se repute producida una vulneración de un derecho fundamental, puedan acudir a ellos y obtener la preservación del derecho o el restablecimiento del mismo. Su objeto no es prevenir una eventual actuación de los poderes públicos que, con carácter general, pretenda menoscabar la eficacia o alcance de los derechos fundamentales, sino

⁸⁸ Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pisarello, Los derechos humanos y sus garantías, descargado de: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf, (29.09.2014).

⁸⁹ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

ofrecer a cada ciudadano la posibilidad de reaccionar frente a las vulneraciones de sus propios derechos fundamentales de que pueda ser objeto. Debido a este carácter concreto, las denominaremos “garantías concretas” aunque también pueden denominarse “garantías jurisdiccionales”, en razón de que todas ellas abren la posibilidad de demandar ante órganos de este género la preservación o el restablecimiento del derecho fundamental. Marc Carrillo sostiene que constituyen una forma de protección más directa.

Claudia Storini afirma que “en este segundo grupo se inscriben mecanismos que se definen como “reactivos”, debido a que se ofrecen al ciudadano para que, en cada caso singular en el que este considere que se ha producido una vulneración del derecho, pueda acudir a ellos y obtener el restablecimiento o la preservación del mismo. Su objeto no es por tanto, prevenir una eventual actuación de los poderes públicos que, con carácter general, intente menoscabar la eficacia o alcance de los derechos fundamentales, sino ofrecer a cada ciudadano la posibilidad de reaccionar frente a las vulneraciones de sus propios derechos. En el Estado de Derecho esta reacción, normalmente, tiene lugar instando la actuación de los órganos judiciales”⁹⁰.

En el desarrollo de la protección Aparicio y Pisarello sostienen que “es una lección histórica incontestable que la satisfacción de derechos fundamentales no puede confiarse de manera exclusiva a la discrecionalidad del poder político, por eso la mayoría de los ordenamientos prevé junto a las garantías políticas primarias de los derechos una serie de garantías jurisdiccionales secundarias destinadas a activarse cuando las primeras fallan, se incumplen o resultan insuficientes. Además, sostienen

⁹⁰ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

que la existencia de garantías jurisdiccionales de los derechos supone la posibilidad de que la vulneración, por acción u omisión de las garantías primarias, pueda ser impugnada ante un órgano de tipo jurisdiccional, esto es, ante un tribunal más o menos independiente e imparcial; así, recuerdan que un derecho es justiciable, o se considera un derecho subjetivo, precisamente cuando su titular o sus titulares pueden invocarlos ante un tribunal con el objeto de que se adopten medidas de control, de reparación o de sanción que tutelan su ejercicio. Y afirman que algunos autores sostienen que cuando el ordenamiento jurídico no prevé esta posibilidad, se está ante un derecho sin garantía, o peor ante un simple derecho en papel y que se afirma que la existencia de derechos sin garantías jurisdiccionales debe considerarse una suerte de imperfección lógica del propio ordenamiento, es decir, una laguna que los operadores jurídicos tienen la obligación de colmar, dotando al derecho de algún mecanismo de protección”⁹¹.

Kelsen afirmaba, a propósito de las declaraciones de derechos que éstas atribuyen al individuo un derecho en el sentido técnico de la palabra solamente si aquel tiene la posibilidad de reclamar en juicio contra un acto inconstitucional del órgano, y especialmente si puede poner en movimiento un procedimiento que lleve a la anulación de acto inconstitucional⁹².

En ese mismo sentido Claudia Storini sostiene “que los derechos sólo valen en la medida en que su contravención sea jurídicamente sancionada, para lo cual es imprescindible que su titular pueda instar la reacción de los mecanismos de tutela del

⁹¹Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pisarello, Los derechos humanos y sus garantías , descargado de: http://miguelpcarbonell.com/artman/uploads/1/Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf, (29.09.2014).

⁹²Hans Kelsen, Teoría General del Estado. Ed. Nacional, México, 1980.

ordenamiento. Pueda, en suma, accionar ante los tribunales contra la vulneración de su derecho con el fin de conseguir la reparación del daño soportado. En otro caso, los derechos subjetivos no serían otra cosa que simples expectativas de conducta ajena que, careciendo del respaldo de la violencia legítima monopolizada por el poder público, solo serían respetadas en la medida en que lo quisiera el agente de la conducta en cuestión. Únicamente cabe hablar de verdaderos derechos y no solo de “expectativas”, si las conductas formalizadas en las normas que los reconocen están respaldadas por la violencia legítima del Estado, administrada al caso concreto mediante una resolución firme adoptada en el proceso judicial”⁹³.

Los postulados de la Constitución no podrían entenderse como jurídicos sin la posibilidad de la coerción que ella misma establece, organiza y limita. Ante la transgresión de la norma, que implica la violación del derecho de alguien, el restablecimiento del orden no es arbitrario y se resuelve en el ámbito de procedimientos y reglas que el derecho prevé. Las garantías son, desde esa perspectiva, una doble seguridad. Por una parte, la seguridad de que cualquier titular de un derecho, así sea sólo pretendido puede recurrir ante las autoridades definidas por la Constitución y las leyes para pedir justicia. Por otra, la seguridad de reglas esenciales para que cualquier persona que sea acusada de transgredir el orden jurídicos sea sometida a juzgamiento por las autoridades con un grado de discrecionalidad mínimo⁹⁴.

⁹³ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

⁹⁴ Rogelio Mayta Mayta, Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa en la nCPE, en Miradas Nuevo Texto Constitucional, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La paz –Bolivia, enero 2010, p. 310.

Según los órganos encargados de imponerlas, las garantías jurisdiccionales pueden asumir diversas formas. A veces la tutela de los derechos se encomienda a los tribunales ordinarios de las diferentes jurisdicciones por materia. A veces junto a estas garantías jurisdiccionales ordinarias, se establecen garantías jurisdiccionales especiales, esto es, mecanismos específicos de tutela de los derechos cuya resolución se confía a tribunales superiores o tribunales de garantías constitucionales. Asimismo, añaden Aparicio y Pisarello “las garantías jurisdiccionales también pueden variar según el tipo de medidas en las que pueden consistir, por lo que los jueces pueden hacer para tutelar un derecho depende de la legislación procesal de cada ordenamiento”⁹⁵.

La Constitución boliviana otorga a las garantías jurisdiccionales una relevancia fundamental, se reconocen garantías jurisdiccionales que protegen todos los derechos (amparo constitucional y acción popular), acciones que protegen derechos concretos y que podríamos definir como especiales (acción de libertad, acción de protección de privacidad y otros) y se reconoce la posibilidad del Tribunal Constitucional de revisar las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, popular y de cumplimiento⁹⁶.

En el caso boliviano de la estructura constitucional de las garantías jurisdiccionales, el constituyente ha mantenido el sistema vigente en la anterior Constitución; es decir, un sistema basado exclusivamente en unas acciones ordinarias ante cualquier juez o tribunal competente, sean ellas en garantías de todos los

⁹⁵Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pisarello, Los derechos humanos y sus garantías , descargado de: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf, (29.09.2014).

⁹⁶ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

derechos como el amparo constitucional o la acción popular, o en garantías de derechos concretos como la acción de libertad o la acción de privacidad.⁹⁷ Sin embargo, el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerce la competencia de revisar todas estas decisiones, conforme lo dispone el numeral 6 del artículo 202 de la CPE⁹⁸.

Antes de pasar a analizar de manera específica las garantías jurisdiccionales que desde el punto de vista procedimental o material se consideran más relevantes hay que hacer una breve referencia, en primer lugar a la acción de libertad establecida en la Constitución boliviana, cuya regulación coincide con la mayoría de las constituciones comparadas, por la cual toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de libertad personal, podrá interponer Acción de Libertad, antes nominada como habeas corpus, y acudir de manera oral o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal, y solicitará que se guarde tutela a su vida, cese la persecución indebida, se restablezcan las formalidades legales o se restituye su derecho a la libertad.

En segundo lugar cabe analizar brevemente la acción de protección de privacidad o conocida como habeas data, que podrá interponer cualquier persona individual o colectiva que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer,

⁹⁷ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

⁹⁸ Numeral 6 del artículo 202 de la CPE. Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: 6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción.

objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derechos fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación⁹⁹.

Hay que hacer referencia también a la acción popular prevista en el artículo 135 y 136 de la Constitución boliviana, la cual procede contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medioambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Constitución. Para interponer esta acción no es necesario agotar la vía judicial o administrativa.

Dentro los mecanismos o garantías concretas, próximos al tema que nos ocupa, tenemos a las siguientes garantías concretas:

a) La impugnación administrativa

La impugnación de los actos y resoluciones de los actos y resoluciones de las autoridades administrativas ante una jurisdicción especializada, situada formalmente dentro o fuera de la propia administración, asume diversas modalidades en los ordenamientos contemporáneos.

⁹⁹ Artículo 130.I de la Constitución Política del Estado, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz-Bolivia.

La justicia administrativa, según Fix Zamudio comprende dos aspectos, por una parte los llamados recursos administrativos internos que no son propiamente de carácter procesal, pero que se utilizan para depurar los actos administrativos que afectan a los gobernados, y en segundo término, el proceso administrativo en sentido estricto que se conoce en forma más general con la denominación de “contencioso administrativo”, y ambas instituciones pueden servir de instrumento indirecto¹⁰⁰ de protección de los derechos humanos en varias direcciones, de las cuales Fix Zamudio señala las siguientes:

a) Como ocurre con el proceso ordinario, para intentar los medios de impugnación específicos, es decir, los recursos constitucionales propiamente dichos, es necesario agotar en forma previa la vía interna y la de los tribunales administrativos, de acuerdo con el principio denominado de “subsidiaridad” por la doctrina y la jurisprudencia.

El amparo constitucional en Bolivia por el principio de subsidiaridad requiere que se agoten los mecanismos de solución administrativa para la resolución de conflictos, y recién el administrado agraviado puede decidir impugnar por la vía

¹⁰⁰ Héctor Fix Zamudio en su obra La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales clasifica los instrumentos procesales de los derechos humanos en: a) Remedios procesales indirectos, son aquellos que están dirigidos a la protección de los derechos de carácter ordinarios, pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los derechos fundamentales, pudiendo encuadrar en este sector al proceso ordinario (civil, penal, laboral y otros) y a la justicia administrativa; b) Instrumentos complementarios, son los que se utilizan para sancionar la violación de los derechos, son medios represivos. El profesor mexicano sostiene que fundamentalmente son dos los medios complementarios: el juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios y la responsabilidad económica del Estado y sus servidores, cuando su actividad ha sido ocasionado daños y perjuicios al afectar derechos fundamentales. c) Los medios procesales específicos, son aquellos que se han configurado para otorgar una protección rápida y eficaz a los derechos fundamentales, de manera directa y generalmente con efectos reparadores, como el habeas corpus, el juicio de amparo, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

ordinaria a través del contencioso administrativo o por la vía extraordinaria a través del amparo constitucional u otra acción de defensa, según correspondiese.

b) En los países en los cuales no existen remedios específicos para tutelar los derechos humanos, como ocurre en Francia, Italia y Bélgica, son los tribunales administrativos y específicamente el Consejo de Estado establecido en todos estos ordenamientos según el modelos francés, los que tutelan al particular frente a los actos de la administración, aun cuando esa tutela se refiere directamente a la afectación de los derechos ordinarios o secundarios de los gobernados, es decir, está dirigida de manera inmediata a la protección del principio de la legalidad y no de la constitucionalidad, por lo que sólo de manera refleja se protegen los derechos fundamentales de los administrados, y a este respecto es preciso destacar la admirable jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

Sin embargo, señala que cuando la justicia administrativa funciona como instrumento sustitutivo o complementario de los instrumentos específicos para la protección de los derechos humanos, no debe considerarse como estrictamente adecuado para la tutela de los derechos fundamentales puesto que tanto el procedimiento como el proceso administrativo se han estructurado tradicionalmente de acuerdo con los derechos sustantivos que deben realizar, que son de carácter ordinario y no constitucional, puesto que se refieren a la afectación de tales derechos o intereses legítimos por actos y resoluciones de autoridades administrativas, dotados de dos elementos esenciales: presunción de legalidad y carácter ejecutivo. A lo que deben agregarse las razones de interés público que afectan la ejecución de los fallos

de los tribunales administrativos, cuyo conocimiento puede aplazarse y aun dejarse sin efecto, de acuerdo con las necesidades de la administración.

Además, es frecuente que los tribunales administrativos carezcan de facultades para decidir directamente las cuestiones de inconstitucionalidad, tanto de actos como de los preceptos legales aplicables en las controversias que conocen¹⁰¹.

Sobre la importancia del debido proceso, la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0169/2012 de 14 de mayo de 2012 señaló que el derecho al debido proceso no solamente es exigible dentro de los procesos judiciales, sino que también abarca a los procesos administrativos, jurisprudencia que adopta principios constitucionales y que, por lo tanto, es compatible con la Constitución vigente y que, además, ha sido reiterada recientemente en la jurisprudencia¹⁰².

b) La tutela judicial ordinaria. La tutela judicial efectiva.

Conforme señala el profesor Fix Zamudio existe una doble función del proceso ordinario en cuanto a los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente¹⁰³:

¹⁰¹ Héctor Fix Zamudio, La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, ciudad de México, 1981, pág. 36.

¹⁰² Alan Vargas Lima, Desarrollo jurisprudencial de la Ley de Procedimiento Administrativo en Bolivia y su relevancia en el ámbito municipal, en el suplemento la Gaceta Jurídica del periódico La Razón, descargado de: http://www.la-razon.com/index.php?url=/suplementos/la_gaceta_juridica/Desarrollo-Ley-Procedimiento-Administrativo-Bolivia-gaceta_0_2050595006.html el 28 de noviembre de 2014.

¹⁰³ Héctor Fix Zamudio, La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, ciudad de México, 1981, pág. 36.

A) Desde un primer ángulo el proceso constituye el medio a través del cual los gobernados pueden lograr su defensa contra cualquier afectación de sus derechos ordinarios, ya que una gran parte de las cartas constitucionales establecen el principio del debido proceso legal, o derecho de defensa en juicio, el cual se inspira en buena parte en el derecho angloamericano.

Este derecho fundamental de la defensa en juicio que se encuentra estrechamente relacionado con la acción procesal, también como derecho subjetivo público de carácter constitucional, ha sido reconocido como tal por los documentos internacionales que han regulado los derechos humanos, como se desprende de la primera parte del artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁰⁴; artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre¹⁰⁵; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas¹⁰⁶;

B) El mismo proceso ordinario constituye el medio por el cual pueda plantearse la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Esto es, que el proceso ordinario como instrumento indirecto de la protección de los derechos

¹⁰⁴ Esta disposición determina: “Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos ...”

¹⁰⁵ Dicho precepto establece; “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil ...”

¹⁰⁶ La parte relativa del citado precepto dispone: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito en Nueva York, el 16 diciembre de 1966. Bolivia se adhiere mediante D.S. N° 18950 de 17 de mayo de 1982, elevado a rango de Ley N° 2119 promulgada el 11 de septiembre de 2000. El depósito del instrumento de ratificación el 12 de agosto de 1982.

humanos Fix Zamudio se refiere a un aspecto diverso del llamado derecho fundamental de justicia, debido al proceso legal o al derecho procesal de acción.

Desde esa perspectiva, Fix-Zamudio menciona que se puede descubrir varias hipótesis:¹⁰⁷

i) En un primer sentido, son varias las legislaciones que exigen que para la interposición de los instrumentos específicos de protección, deben agotarse previamente todos los medios de impugnación de carácter judicial, salvo casos de excepción. Así, en Bolivia la Ley de Procedimiento Administrativo y el Código de Procedimiento Civil prescriben que para acudir al proceso contencioso administrativo se debe agotar previamente sede administrativa o gubernativa.

ii) En numerosos ordenamientos el proceso ordinario es el medio en el cual se puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad de manera incidental cuando se considera que la ley aplicable al caso es contraria a la Constitución, así en los países que siguen el modelo austriaco, han establecido tribunales constitucionales específicos, según el cual cuando los jueces de cualquier categoría o bien sólo los de los tribunales supremos –en Austria- estiman que una ley es inconstitucional, deben suspender el procedimiento y enviar los antecedentes al tribunal constitucional respectivo, para que decida sobre esa cuestión de inconstitucionalidad.

En el caso de Bolivia, el proceso ordinario concreto, ya sea judicial o administrativo, se constituye en el medio idóneo para interponer una acción de

¹⁰⁷ Héctor Fix Zamudio, La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, pág. 40.

inconstitucional, ante la amenaza de aplicación de una norma que vulnere presuntamente la Constitución Política.

iii) Finalmente, el juez ordinario, a través de un proceso concreto, al aplicar las disposiciones de acuerdo con los textos y principios constitucionales, a través de lo que la doctrina ha calificado como “control de la constitucionalidad mediante interpretación judicial”, lo que significa que en un proceso ordinario el juez posee la facultad indirecta de adecuar los preceptos legales secundarios a los de carácter constitucional, incluyendo aquellos que consagran los derechos del hombre. Así lo dispone en la legislación boliviana el párrafo I del artículo 15 de la Ley del Órgano Judicial, Ley No. 025 de 24 de junio de 2010 que dispone que el Órgano Judicial sustenta sus actos y decisiones en la Constitución Política del Estado y Leyes y Reglamentos, respetando la jerarquía normativa y distribución de competencias establecidas en la Constitución; y que en materia judicial la Constitución se aplicará con preferencia a cualquier otra disposición legal o reglamentaria.

Así, el párrafo I del artículo 115 de la Constitución boliviana dispone que toda persona sea protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Asimismo, el párrafo II del mencionado artículo prescribe que el Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

Esta atribución al poder judicial de la facultad de proteger los derechos e intereses legítimos deriva del monopolio estatal del *iuspuniendi* y el uso legítimo de

la fuerza, así como el principio de separación de poderes en que se basa la Constitución, y debe ser conectada con la atribución constitucional a Jueces y Magistrados de la función jurisdiccional, que les corresponde *en exclusiva*. En efecto, esta atribución de la función jurisdiccional obliga a Jueces y Magistrados a “decir” o declarar el derecho que cada uno tiene reconocido por el ordenamiento y obliga también por consiguiente y antes que nada, a decir o declarar el derecho constitucionalmente reconocido. La atribución constitucional a Jueces y Magistrados de la función jurisdiccional, y el reconocimiento también constitucional, de los derechos fundamentales, obliga a los Jueces y Magistrados a proteger, preservar y restablecer, igual que cualquier otro derecho o aun antes que él, los derechos constitucionales reconocidos¹⁰⁸.

En algunas ocasiones, esta función de los órganos judiciales ordinarios en cuanto que garantes de los derechos fundamentales verifica con carácter *previo* y *obligatorio* al hecho concreto de que se trate. Así sucede con la autorización judicial necesaria, de acuerdo con los párrafos I y II para intervenir un domicilio, las comunicaciones privadas, la correspondencia, los papeles privados y las manifestaciones privadas contenidas en cualquier soporte. En otros supuestos la actuación judicial es *posterior* al hecho; se trata entonces, no de una garantía preventiva, sino reactiva frente a una concreta y ya producida supuesta vulneración de derechos fundamentales¹⁰⁹.

Quien desee proteger un derecho, o que le restablezcan en el mismo, puede, según el párrafo I del artículo 115 de la Constitución Política recabar la tutela de

¹⁰⁸Ídem.

¹⁰⁹Ídem.

los jueces y tribunales ordinarios; y entre los “derechos” están sin duda los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, más aún cuando el parágrafo I del artículo 109 establece que todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.

Por lo que, conforme señala el profesor García Morillo, el primer mecanismo concreto de protección de los derechos fundamentales es el acudir ante los Jueces y Tribunales ordinarios y de acuerdo también con los procedimientos ordinarios. Se trata de un mecanismo de protección que deriva de la vinculación a la Constitución de todos los órganos jurisdiccionales y que se plasma en que “los derechos y libertades, como toda la constitución se incardinan en el ordenamiento y deben respetarse y hacerse respetar por Jueces y Tribunales”¹¹⁰.

Los derechos humanos, al regular la dignidad e inclusive la existencia misma de la persona humana, son indisponibles, ya que su tutela procesal, como sostiene Fix-Zamudio “solo se obtiene eficazmente a través de los instrumentos estructurados para la realización de los derechos subjetivos o de los intereses legítimos de carácter ordinario y manifiesta que aunque la tutela de los derechos ordinarios se ha agilizado en los últimos años debido a los aportes de la ciencia procesal; pero con todo no llega a constituir el remedio enérgico y vigoroso que requiere la defensa procesal de la libertad y la dignidad de la persona humana frente a las intervenciones cada vez más amplias de las autoridades y aun de los grupos sociales, que afectan continuamente la

¹¹⁰ Pablo Pérez Tremps, “Protección específica y protección general de los derechos fundamentales” en “Introducción a los derechos fundamentales, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado”, Madrid, 1988, citado en la obra de Joaquín García Morillo, “Protección judicial de los derechos fundamentales”.

libertad”.¹¹¹ Los citados derechos requieren, además, de un proceso en el cual se materialicen los principios declarados en la Constitución Boliviana.

c) La acción de amparo constitucional

En la Constitución, y conforme a lo manifestado por el TCP, las garantías constitucionales o extraordinarias tienen como denominador común la protección de la Constitución; empero, cada garantía constitucional tiene un objeto y un ámbito de protección determinado, frente a actos u omisiones que la contravengan o la lesionen; pues el sistema constitucional no sería coherente si es que se establecieran dos o más acciones tutelares, por ejemplo, con el mismo propósito y el similar ámbito de protección -objeto y cobertura-.

La acción de amparo fue introducida en las reformas a la CPE de 1967 (artículo 19). Su mayor desarrollo ha sido jurisprudencial, causando tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Aquí se dijo que el Tribunal se inmiscuía en cuestiones privativas de la jurisdicción ordinaria y que generaba inseguridad jurídica. Ambas acusaciones se reducían a la revisión por vía de amparo de decisiones de la jurisdicción ordinaria. El Tribunal condicionó la revocación de las decisiones de la jurisdicción ordinaria a la violación de derechos fundamentales. En estos casos, el Tribunal no invade la competencia de la jurisdicción ordinaria, sino que se limita a ejercer la suya propia. Esto se debe a que todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales para el ejercicio de la

¹¹¹ Héctor Fix-Zamudio, La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, ciudad de México, 1981, pág. 48.

jurisdicción y, por tanto, a la competencia del Tribunal Constitucional para su enjuiciamiento. Si no fuera así, habría que asumir que las decisiones de la jurisdicción ordinaria estarían fuera del sistema jurídico. Por tanto, si las decisiones de la jurisdicción ordinaria derivan su validez de la Constitución, entonces el análisis por vía de amparo del respeto a los derechos y garantías constitucionales no debe suscitar controversia alguna¹¹².

La Acción de Amparo Constitucional de la nueva Constitución norma el recurso de Amparo Constitucional previsto en la Constitución abrogada sin diferencias significativas¹¹³.

En el caso boliviano, la Constitución ha previsto para la protección de los derechos un procedimiento específico de garantía por parte de los jueces y tribunales. En lo que respecta a la dimensión orgánica sobre la que se activan estos procesos, el artículo 129 de la Constitución boliviana indica expresamente que esa forma de tutela judicial se ha de reclamar ante cualquier “juez o tribunal competente”. Así la Constitución confía al Poder Judicial la defensa de todos los derechos constitucionales. Se trata de una defensa garantizada, pues se atribuye a quien tiene encomendado el ejercicio de la jurisdicción, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado; la defensa se confía por tanto a quien mejor puede dispensarla, tanto por la extensión de sus facultades de control como por las características propias de sus pronunciamientos. Además, la atribución de la competencia para tutelar derechos se

¹¹² Horacio Andaluz Vegacenteno, Consecuencias formales de la regulación constitucional de los derechos, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXIX, Valparaíso – Chile, 2012. Pág. 321-336

¹¹³ Rogelio Mayta Mayta, Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa en la nCPE, en *Miradas Nuevo Texto Constitucional*, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La Paz –Bolivia, enero 2010, Pág. 310.

lleva a cabo configurándola, a su vez, como un derecho de los titulares, el derecho que habilita a “todas las personas” para obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión¹¹⁴, como expresamente se reconoce por el artículo 115 de la Constitución boliviana.

La Constitución boliviana ha previsto para la protección de derechos un procedimiento específico de garantía por parte de los jueces y tribunales, desdoblado orgánicamente la protección de los derechos fundamentales y confiando su defensa en primera instancia al Órgano Judicial y solo subsidiariamente al Tribunal Constitucional Plurinacional, al contemplar para éste la revisión elevada de oficio de las resoluciones dictadas en las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, cumplimiento y popular¹¹⁵.

En lo que respecta a la dimensión orgánica sobre la que se activan estos procesos, esa forma extraordinaria de tutela judicial se ha de reclamar ante los “tribunales ordinarios de justicia”; el dato excluye a priori la creación de una jurisdicción específica para la defensa de los derechos fundamentales al margen de los órganos judiciales encargados de las diferentes jurisdicciones “ordinarias”¹¹⁶.

La errónea interpretación de la naturaleza de estas acciones se refleja claramente en la Ley No. 027 de 06 de julio de 2010, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, que muy a pesar de su nombre disciplina todas las acciones ordinarias,

¹¹⁴ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ Ídem.

es decir, todos aquellos procedimientos que, en garantía de los derechos constitucionalmente previstos, se desarrollan ante las jurisdicciones ordinarias¹¹⁷.

El artículo 128 de la Constitución boliviana prevé como único requisito de viabilidad de la acción de amparo constitucional la amenaza de restricción o vulneración de un derecho constitucional. El artículo 129 introduce la subsidiaridad de la acción al establecer “La acción de amparo constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada (...) ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados”, cabe preguntarse: ¿Cuáles son los elementos que permitirán discernir el procedimiento ordinario del procedimiento especial? Así, en Bolivia, conforme la opinión de Claudia Storini, la solución, para evitar que la casi totalidad de la jurisdicción ordinaria se convierta en acción de protección paralizandoy volviendo ineficaz este instrumento de garantía de los derechos, ha sido añadir a través de la ley que disciplina esta acción, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional No. 027 de 6 de julio de 2010, el requisito de la “inmediatez de la protección”. En este sentido, el artículo 76 establecía que “la acción de amparo no procederá cuando exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos, o amenazados”¹¹⁸. Esta disposición derogada por el Código Procesal Constitucional, Ley 254 de 5 de julio de 2012 ha sido substituida por el artículo 54 del mencionado Código que dispone que “La Acción de Amparo Constitucional no procederá cuando exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados de serlo.” Excepcionalmente, previa

¹¹⁷ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

¹¹⁸ Ídem.

justificación fundada, dicha acción será viable cuando la protección pueda ser tardía o exista la inminencia de un daño irremediable e irreparable a producirse de no otorgarse la tutela. La razón de esa exigencia procedimental se debe a que los garantes naturales de los derechos fundamentales son los órganos de la justicia ordinaria.

Establecer cuándo el recurso ordinario garantice o no la protección inmediata o cuándo “no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos”, no será tarea fácil y hay que presumir que, hasta que el Tribunal Constitucional Plurinacional no definan estos requisitos, la totalidad de recursos en garantía de los derechos se tramitarán a través de estas acciones.

Conforme establece el artículo 128 de la Constitución boliviana, la Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Asimismo, el párrafo I del artículo 129 dispone que la Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución, ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados.

Este recurso, que sube en revisión ante el supremo intérprete de la norma fundamental cierra el círculo del complejo y acabado sistema de garantías que la Constitución dispone para asegurar la eficacia de los derechos fundamentales.

Respecto a la legitimación activa el ordenamiento jurídico boliviano otorga la posibilidad de interponer la acción a i) las personas naturales o jurídicas cuyos derechos estén siendo restringidos, suprimidos o amenazados de serlo, directamente u otra en su nombre con poder suficiente; ii) El Ministerio Público; iii) La Defensoría del Pueblo; iv) La Procuraduría General del Estado y; v) La Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

No procederá la Acción de Amparo Constitucional: i) Contra resoluciones cuya ejecución estuviere suspendida por efecto de algún medio de defensa o recurso ordinario o extraordinario interpuesto con anterioridad por el recurrente y en cuya razón pudieran ser revisadas, modificadas, revocadas o anuladas. ii) Contra actos consentidos libre y expresamente, o cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado. iii) Contra resoluciones judiciales o administrativas que pudieran ser modificadas o suprimidas por cualquier otro recurso, del cual no se hay hecho uso oportuno. iv) Cuando la omisión de la servidora o servidor público, vulnere un mandato expreso de la Constitución Política del Estado o la Ley, tutelado por la Acción de Cumplimiento. v) Cuando los derechos o garantías vulnerados correspondan ser tutelados por las Acciones de libertad, de Protección de Privacidad o Popular.

Respecto la autoridad competente, el artículo 32 del Código Procesal Constitucional dispone que las acciones de defensa, entre ellas el amparo constitucional, se interpondrán ante cualquiera de los siguientes Juzgados: i) En las capitales de Departamento, ante la Sala de turno de los Tribunales Departamentales de Justicia o ante los Juzgados Públicos de Materia, ii) Fuera de las capitales de Departamento ante los Juzgados Públicos o Juzgados Públicos Mixtos.

Como regla general el juzgado o tribunal competente será el del lugar en el donde se haya producido la violación del derecho.

Una vez presentada la acción el Juez o Tribunal podrá determinar las medidas cautelares necesarias, señalará día y hora de audiencia pública, que tendrá lugar dentro las cuarenta y ocho horas de interpuesta la acción. La inasistencia de las partes a la audiencia no impedirá su desarrollo, en la misma se escucharán las exposiciones de las partes, se podrá aportar pruebas y en la misma audiencia se emitirá resolución concediendo o denegando la tutela solicitada, que podrá determinar la existencia de indicios de responsabilidad civil o penal, estimando en el primer supuesto el monto a indemnizar por daños y perjuicios y en el segundo remitiendo antecedentes al Ministerio Público o a la Procuraduría General del Estado. Decisión que deberá ser inmediatamente ejecutada, independientemente de que deba ser remitida de oficio junto a los antecedentes al Tribunal Constitucional Plurinacional, para su revisión y resolución en 30 días siguientes al sorteo de Magistrado Relator. La sentencia podrá ser confirmatoria o revocatoria de forma total o parcial¹¹⁹.

¹¹⁹ Ley No. 254 de 5 de julio de 2012, Código Procesal Constitucional, Gaceta Oficial de Bolivia, Edición 0392 de 5 de julio de 2012.

Asimismo, las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tiene carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, tribunales y particulares, esto conforme al párrafo II del artículo 15 del mencionado Código, constituyéndose así el TCP en el supremo interprete de la Constitución.

Además, en razón a la naturaleza lenta y engorrosa de los procedimientos judiciales normales ordinarios, entre ellos especialmente el proceso contencioso administrativo, hace que los afectados por acciones del Estado o de terceros recurran frecuentemente a este instrumento legal.¹²⁰

Conforme sostiene Claudia Storini, del análisis del procedimiento previsto para el amparo, se demuestra que el constituyente boliviano, muy a pesar de las importantes novedades introducidas por el texto constitucional de 2009, respecto a la protección de derechos no ha aportado ninguna novedad con respecto a lo previsto en la Constitución de 1967¹²¹.

Respecto a la subsidiaridad de la acción del amparo constitucional el Tribunal Constitucional mediante sentencia 1329/2011-R de 26 de septiembre de 2011, entre otras, señala que: "...no podrá ser interpuesta esta acción extraordinaria, mientras no se haya hecho uso de los recursos ordinarios o administrativos y, en caso de haber utilizado los mismos deberán ser agotados dentro de ese proceso o vía legal, sea judicial o administrativa, salvo que la restricción o supresión de los derechos y

¹²⁰ H.C.F. Mancilla, Una comparación entre los dos textos constitucionales, en Miradas Nuevo Texto Constitucional, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La Paz –Bolivia, enero 2010, p. 329.

¹²¹ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

garantías constitucionales ocasionen perjuicio irremediable e irreparable” (SSCC 1089/2003-R, 0552/2003-R, 0106/2003-R, 0374/2002-R, 1337/2003-R, entre otras).

Siguiendo ese razonamiento, a través de la SC 1337/2003-R de 15 de septiembre, refiriéndose a la subsidiariedad, se establecieron las siguientes sub reglas, al señalar que el amparo será improcedente, cuando:”...1) las autoridades judiciales o administrativas no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre un asunto porque la parte no ha utilizado un medio de defensa ni ha planteado recurso alguno, así: a) cuando en su oportunidad y en plazo legal no se planteó un recurso o medio de impugnación y b) cuando no se utilizó un medio de defensa previsto en el ordenamiento jurídico; y 2) las autoridades judiciales o administrativas pudieron haber tenido o tienen la posibilidad de pronunciarse, porque la parte utilizó recursos y medios de defensa, así: a) cuando se planteó el recurso pero de manera incorrecta, que se daría en casos de planteamientos extemporáneos o equivocados y b) cuando se utilizó un medio de defensa útil y procedente para la defensa de un derecho, pero en su trámite el mismo no se agotó, estando al momento de la interposición y tramitación del amparo, pendiente de resolución. Ambos casos, se excluyen de la excepción al principio de subsidiariedad, que se da cuando la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales denunciados, ocasionen perjuicio irremediable e irreparable, en cuya situación y de manera excepcional, procede la tutela demandada, aún existan otros medios de defensa y recursos pendientes de resolución”.

La SC 1800/2003-R de 5 de diciembre, reiterada muchas veces por el Tribunal Constitucional y Tribunal Constitucional Plurinacional, y criterio de actual

aplicación, señaló: “...cabe aclarar que la instancia administrativa concluye con la resolución del Recurso Jerárquico, mientras que el proceso contencioso administrativo, es una vía judicial, no administrativa, diferente a la primera, no siendo necesario agotar ésta, para luego recién interponer el amparo constitucional, puesto que si se constata la infracción de derechos fundamentales, una vez concluida la vía administrativa, se abre la posibilidad de su tutela mediante el recurso de amparo constitucional, siendo la impugnación judicial mediante el proceso contencioso una vía diferente y no un prerequisite para interponer el amparo solicitado, constatándose que el fundamento de la resolución del Tribunal de amparo, cuando declaró improcedente el recurso, sobre la base del principio de subsidiariedad por no haberse agotado el proceso contencioso administrativo, se encontraba errado”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional establece una excepción a la regla de la subsidiariedad, citada en la sentencia 0150/2006-R de 6 de febrero de 2006 y sostenida por varias sentencias, entre ellas la sentencia 1075/2006-R de 26 de octubre de 2006 , que señala que “En cuanto al último aspecto demandado, circunscrito al hecho de que no obstante estar pendiente el recurso de apelación, el adjudicatario ha solicitado el desapoderamiento que ha sido deferido, dejando con dicha actuación a la expectativa de que en cualquier momento procedan al allanamiento de su vivienda, cabe referir que si bien este Tribunal ha establecido una excepción al principio de subsidiariedad del amparo que se da cuando la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales denunciados ocasionen perjuicio irremediable e irreparable, en cuyo caso procedería la tutela demandada, aun cuando existan otros medios de defensa y recursos pendientes de resolución; empero, es necesario que para que dicha excepción proceda, el recurrente debe demostrar en forma fehaciente

e indubitable la inminencia de ese eventual daño, probando que los actos que se denuncian como ilegales causarán daño irreparable que no podrá ser subsanado por otros medios o recursos ordinarios, situación que no se ha dado en el caso presente, por cuanto, la recurrente se ha limitado a enunciar que se produciría el desapoderamiento del bien sin antes resolverse el recurso de apelación, no probando de ninguna manera el factor daño irreparable e inminente, o sea de qué forma los fundamentos contenidos en la alzada podrían cambiar sustancialmente su situación jurídica, o que los supuestos actos ilegales no podrían ser subsanados por no existir los recursos ordinarios, más aún si se toma en cuenta que en virtud al título segundo capítulo único de la Ley de Fortalecimiento de la Normativa y Supervisión Financiera en su art. 50 inc. 3) previene que: “queda a salvo para cualquiera de las partes el derecho a promover demanda ordinaria en la forma prevista por el art. 490 y se tramitarán por separado”.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante sentencia constitucional 1878/2014 de 25 de septiembre de 2014 efectúa la siguiente tarea de distinción de las acciones de defensa “... concluimos que la acción de amparo constitucional, es una acción de defensa de todas las garantías y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado y en los pactos y tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado, conforme se infiere de la previsión contenida en el art. 410 de la CPE, exceptuando los derechos a la libertad y a la vida, que están tutelados por la acción de libertad; los tutelados por la acción de privacidad como son los derechos a la intimidad, privacidad personal o familiar, a la imagen, honra y reputación cuando se impida de alguna forma, conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de estos datos registrados en un archivo o banco de datos públicos o

privados; así como los derechos colectivos que por su naturaleza están tutelados por la acción popular”.

En materia de control judicial a la administración, en el foro boliviano, la subsidiaridad del amparo constitucional se encuentra relativizada ya que el Tribunal Constitucional ha admitido jurisprudencialmente que una vez agotada la sede administrativa se puede acudir alternativamente al amparo constitucional o al contencioso administrativo, a elección del demandante. Criterio que para ser admitido dependerá del juez y los criterios de interpretación por el aplicado, el que generalmente es el método literal.

En ese sentido se percibe, la relación que tiene la protección ordinaria de los derechos frente a la administración, esto es, el proceso contencioso administrativo con el amparo constitucional, como protección extraordinaria, respecto a las reglas y sub-reglas de subsidiariedad, privilegiándose en la práctica judicial la acción extraordinaria constitucional de amparo constitucional.

c) **La acción de cumplimiento**

Conforme señala la sentencia constitucional 0258/2011¹²² la naturaleza jurídica de la acción de cumplimiento ha sido y es objeto de controversia en el Derecho Comparado, especialmente en Colombia y Perú, países en los cuales esta acción está configurada como una acción de legalidad pues sólo procede ante el incumplimiento de la ley o el acto administrativo. En Colombia, la acción de cumplimiento no se

¹²² Revisada en la página web: www.tcpbolivia.bo el 24 de noviembre de 2014.

tramita ante la jurisdicción constitucional, en tanto que sí lo hace en Perú, en ambos países se ha debatido sobre la naturaleza de esta acción.

Así, sostiene la merituada sentencia, el Tribunal Constitucional peruano, en una primera posición, asumió que la acción de cumplimiento era un proceso constitucionalizado, “...que prima facie no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa”, bajo ese criterio, al no resolverse controversias que versen sobre materia constitucional no se constituiría propiamente en un proceso constitucional (expediente 191-2003-AC/TC¹²³).

Posteriormente, esa posición fue cambiada, asumiéndose que la acción de cumplimiento se constituye en un proceso constitucional que protege el “derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos”, con los siguientes argumentos: “...el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que inciden en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere en el artículo 65° del código procesal constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surgen el derecho de defender la eficacia

¹²³ Además la sentencia señala respecto a la acción de cumplimiento que: “Se trata, por tanto, de un “proceso constitucionalizado”, como, a su vez, lo es el contencioso-administrativo, y no en estricto de un “proceso constitucional”, toda vez que en su seno no se resuelven controversias que versen sobre materia constitucional, aun cuando éste haya sido creado directamente por la Constitución (artículo 200, inciso 6).

de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento” (expediente 0168-2005-PC/TC, sentencia citada como precedente de carácter obligatorio para la procedencia de procesos de cumplimiento por la sentencia de 11 de octubre de 2010 correspondiente al expediente 0986/2010-PC/TC¹²⁴.

Conforme la investigación expuesta por la sentencia del TCP citada, en Colombia, tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que la acción de cumplimiento no constituye un proceso constitucional, pues: “la naturaleza de la controversia no versa directamente sobre una materia constitucional, sino, concretamente sobre un tópico que puede caracterizarse como de índole administrativa”¹²⁵.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-157/98, señaló: "La acción de cumplimiento está orientada a darle eficacia al ordenamiento jurídico, a través de la exigencia a las autoridades y a los particulares que desempeñen funciones públicas, de ejecutar materialmente las normas contenidas en las leyes y lo ordenado en los actos administrativos, sin que por ello deba asumirse que está de por medio o comprometido un derecho constitucional fundamental”.

En la gestión 2013 la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-319/13 de 28 de mayo de 2013 sostiene que “La jurisprudencia de la Corte, a partir de la interpretación de esta norma superior, ha insistido en que la acción de cumplimiento tiene raigambre constitucional, naturaleza pública y un vínculo necesario con la

¹²⁴ Revisado en la página web www.tcp.gob.pe el 24 de noviembre de 2014.

¹²⁵ Edgar Carpio Marcos, *La Acción de cumplimiento*, en *Derecho procesal constitucional*, p. 443.

vigencia del orden jurídico. Es, ante todo, un mecanismo judicial para evitar que los preceptos legales y las actuaciones administrativas permanezcan en una simple eficacia simbólica, sin que adquieran materialidad, incumpléndose con ello los fines estatales perseguidos por la norma legal o el acto de la administración.” Asimismo, recuerda el objeto y finalidad de la mencionada acción, establecidas por la sentencia constitucional C-157/98 de 29 de abril de 1998 mencionada anteriormente.

La Constitución boliviana establece como acción de defensa de derechos a la Acción de Cumplimiento, que procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida. Se interpondrá por persona individual o colectiva afectada, o por otra a su nombre con poder suficiente ante juez o tribunal competente y se tramitará de la misma forma que la Acción de Amparo Constitucional, esto es que en audiencia pública se recibirá información y prueba de la autoridad demandada y del demandante, sobre la base de la cual de forma inmediata el juez o tribunal emitirá resolución final, y si encuentra cierta y efectiva la demanda, declarará cierta y efectiva la demanda, declarará procedente la acción y ordenará el cumplimiento inmediato y sin observación del deber omitido. Sin perjuicio de su ejecución, la decisión se elevará ante el Tribunal Constitución¹²⁶.

El Código Procesal Constitucional amplía la legitimación activa a órganos como el Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Procuraduría General del Estado, y la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia. Asimismo, establece situaciones de improcedencia de la Acción de cumplimiento: i) Cuando sea viable la interposición

¹²⁶ Acción regulada por el artículo 134 de la Constitución Política del Estado, Edición Oficial, Gaceta Oficial de Bolivia, febrero de 2009, La Paz – Bolivia.

de las acciones de Libertad, Protección de Privacidad o Popular.; ii) Cuando el accionante no haya reclamado previamente y de manera documentada a la autoridad accionada, el cumplimiento legal del deber omitido; iii) Para el cumplimiento de sentencias judiciales que tengan autoridad de cosa juzgada; iv) En procesos o procedimientos propios de la administración, en los cuales se vulneren derechos y garantías constitucionales, tutelados por la Acción de Amparo Constitucional; y v) Contra la Asamblea Legislativa Plurinacional con la intención de exigir la aprobación de una ley. Finalmente, el Código Procesal Constitucional dispone que la sentencia que declare procedente la acción podrá determinar la existencia de indicios de responsabilidad civil o penal del accionado, estimando en el primer supuesto el monto a indemnizar por daños y perjuicios y en el segundo, remitiendo antecedentes al Ministerio Público y a la Procuraduría General del Estado cuando corresponda¹²⁷.

Al respecto cabe destacar que la legislación de desarrollo de esta acción, tanto la Ley del Tribunal Constitucional derogada y el Código Procesal Constitucional vigente limita que esta acción no procede contra la Asamblea Legislativa Plurinacional, con la intención de exigir la aprobación de una ley. Como menciona Claudia Storini, aunque en principio pueda parecer que dicha limitación desnaturalice la configuración de la acción de cumplimiento, hay que tener en cuenta que el mismo dictado constitucional configura esta acción como una garantía frente al Poder Ejecutivo y a los funcionarios públicos y no frente al Legislativo, ya que si así hubiese sido, dicha acción, en tanto que dirigida a cuestionar la inactividad del legislador, no hubiese podido configurarse como recurso ante la jurisdicción

¹²⁷ Artículo 54 al 67 de la Ley No. 254 de 5 de julio de 2012, Código Procesal Constitucional, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, Edición 0392 de 05 de julio de 2012.

ordinaria ya que sólo el Tribunal Constitucional es competente para declarar una inconstitucionalidad por omisión¹²⁸.

Asimismo la ley establece que no procederá la Acción de Cumplimiento en procesos o procedimientos propios de la administración, en los cuales se vulneren derechos y garantías constitucionales, tutelados por la Acción de Amparo Constitucional, lo cual será profundizado y compatibilizado con la protección efectiva que se brinda, conjuntamente el proceso contencioso y el amparo constitucional, esto, respecto a los mecanismos concretos ante la Administración Pública.

En Bolivia, conforme la interpretación del Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante la sentencia fundadora SC 0258/2011-R de 16 de marzo, establece que la acción de cumplimiento está configurada como un verdadero proceso constitucional, por las siguientes razones: i) Está configurada procesalmente por la Constitución Política del Estado; ii) Su conocimiento y resolución es de competencia de la justicia constitucional; iii) Tiene como objeto -conforme se verá- garantizar el cumplimiento de la Constitución y la ley y, en tal sentido, protege el principio de legalidad y supremacía constitucional y la seguridad jurídica; y, iv) Tutela de manera indirecta derechos fundamentales y garantías constitucionales. Jurisprudencia fundadora reiterada entre otras, en la sentencia 0051/2013-L de 8 de marzo de 2013.

¹²⁸ Claudia Storini “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

La acción de cumplimiento está integrada por una serie de actos de procedimiento como la demanda, el informe, la audiencia, la resolución y posterior revisión por el Tribunal Constitucional, que configuran un proceso constitucional autónomo, de carácter extraordinario, tramitación especial y sumaria, en el que se reclama la materialización de un deber -constitucional o legal- omitido, existe en tal sentido una pretensión, partes discrepantes, un procedimiento específico conforme al cual se desarrolla la acción, y un juez o tribunal que resuelve otorgar o denegar la tutela.

Cabe resaltar que esta garantía constitucional jurisdiccional está prevista en nuestra Constitución como una acción de defensa, entendiéndola como la potestad que tiene toda persona -individual o colectiva- de activar la justicia constitucional en defensa de la Constitución Política del Estado y de las normas jurídicas, ante el incumplimiento de deberes concretos contenidos en ellas. Es una acción sumaria, ágil y expedita a favor del ciudadano, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción constitucional, que tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y legales, otorgando seguridad jurídica y materializando el principio de legalidad y supremacía constitucional; de ahí que también se configure como componente esencial del subsistema garantista, ampliamente mejorado debiendo invocarse ante el incumplimiento de deberes específicos previstos en la Constitución y en la Ley”.

La Norma Suprema con precisión nos indica que, esta acción tutelar podrá ser interpuesta por la persona individual o colectiva afectada, o por otra a su nombre con poder suficiente. Similar definición nos brinda el art. 65.1 del Código Procesal

Constitucional (CPCo), agregando sin embargo, al Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Procuraduría General del Estado y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia como entidades públicas, que también cuentan con legitimación activa para interponer esta acción tutelar.

La legitimación, tiene variaciones dependiendo del tipo de acción o recurso constitucional. Respecto a la acción de cumplimiento, el art. 134.II de la CPE, tiene una regulación similar al amparo constitucional, al señalar que la acción de cumplimiento: se interpondrá por la persona individual o colectiva afectada, o por otra a su nombre con poder suficiente, ante juez o tribunal competente, y se tramitará de la misma forma que la acción de Amparo Constitucional; sin embargo, la diferencia radica en que en la acción de cumplimiento no es exigible la existencia de un agravio directo -aunque puede presentarse- con la omisión del deber previsto en la Constitución y la ley sino que el agravio puede ser indirecto; pues, como lo señaló el TCP, el incumplimiento de la norma constitucional o legal impide el cumplimiento de la garantía contenida en el art. 14.III de la CPE; es decir, el pleno, libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución, las leyes y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En ese sentido, cuando la Constitución hace referencia a que la acción debe presentarse por la persona individual o colectiva afectada, no exige una afectación directa de intereses, derechos o garantías, que implique la demostración de la amenaza o lesión de los mismos, sino una afectación indirecta, que se traduce en la incertidumbre sobre el pleno goce y ejercicio de los mismos. Así, por ejemplo, del incumplimiento de reglamentar una ley que reconozca determinados derechos, se

deriva la inseguridad en el pleno ejercicio de los mismos y, por tanto, la afectación indirecta de los titulares de esos derechos.

Con relación a la legitimación pasiva, el art. 134 de la CPE, refiere que procede la acción de cumplimiento en caso de inobservancia de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, delimitando un contingente importante de personas contra las que procede esta acción de defensa - quienes desempeñan funciones públicas, sobre dicha facultad la precitada Sentencia Constitucional refiere: “Conforme a lo expuesto, la acción de cumplimiento puede ser presentada contra cualquier servidor público; término que abarca a los servidores públicos de carrera, a los designados, electos, de libre nombramiento o, finalmente, provisorios, tanto del órgano ejecutivo como del legislativo, judicial o electoral, así como a los funcionarios de los órganos de control y defensa de la sociedad y del Estado (Contraloría General del Estado, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Procuraduría General del Estado, Fuerzas Armadas, Policía Boliviana y funcionarios de las entidades territoriales descentralizadas y autónomas)”.

Sin embargo, también resulta pertinente complementar y aclarar al respecto que, esta acción procede contra la autoridad o servidor público, que tiene la suficiente potestad y competencia, para cumplir la disposición constitucional o legal omitida, así la legitimación pasiva guarda directa relación con la omisión del deber concreto, pues si contra quien se demanda no tiene atribuciones para cumplir lo omitido, importará la ineficacia de la acción de cumplimiento.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha analizado las diferencias entre la acción de cumplimiento y la acción de amparo constitucional por omisión, por cuanto no resulta ser lo mismo la omisión de un deber genérico y además subjetivo, respecto del incumplimiento de un deber concreto, objetivo, específico y sobre todo previsto en la Norma Suprema o en las leyes, así uno de los primeros fallos constitucionales, que analizó tales diferencias, es la SC 0258/2011-R, al sostener de manera detallada los siguientes parámetros: “Si se asume dicha afirmación, corresponde establecer cuál es la diferencia existente entre el amparo constitucional por omisión y la acción de cumplimiento, considerando que la primera, de acuerdo al art. 128 de la CPE, procede contra actos ilegales u omisiones ilegales o indebidas y la segunda, procede ante el incumplimiento de disposiciones constitucionales o legales, que constituyen precisamente una omisión. Para establecer una diferenciación, debe partirse del ámbito de protección de la acción de cumplimiento, cual es garantizar la materialización de un deber omitido; que tiene que estar de manera expresa y en forma específica previsto en la norma constitucional o legal”.

En ese entendido, el deber al que hace referencia la norma constitucional, no es genérico -como el cumplimiento de la ley- sino un deber concreto, que pueda ser exigido de manera cierta e indubitable a los servidores públicos; es decir, el deber tiene que derivar de un mandato específico y determinado y debe predicarse de una entidad concreta competente; ese es el sentido que, por otra parte, le ha otorgado al deber omitido la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-651/03 y el Tribunal Constitucional peruano que ha establecido determinados requisitos para que se ordene el cumplimiento del deber omitido: mandato vigente, cierto y claro, no

estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, deber ser ineludible, de obligatorio cumplimiento y ser incondicional.

Conforme a lo anotado, de acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional Plurinacional ante la omisión en el cumplimiento de un deber claro, expreso y exigible, que puede estar directa o indirectamente vinculado a la lesión de derechos fundamentales o garantías constitucionales, corresponde invocar la acción de cumplimiento; en tanto que si el deber omitido no reúne las características anotadas, sino que se trata de un deber genérico, pero vinculado a la lesión de derechos o garantías fundamentales -como por ejemplo el deber de motivación de las resoluciones cuyo incumplimiento general lesiona al debido proceso- corresponde la formulación de la acción de amparo constitucional por omisión”.

Así, conforme el TCP el objeto de la acción de cumplimiento es garantizar la observancia de la Constitución y la ley, tutelando así el principio fundamental de legalidad y supremacía constitucional, la seguridad jurídica, y a su vez, de manera indirecta -aunque también puede ser directa-, derechos fundamentales y garantías constitucionales”. Por otro lado, también debe entenderse de forma adecuada, que la acción de cumplimiento no tiene como objetivo u propósito, brindar tutela a los derechos subjetivos, sino en todo caso, ha sido instituido en el nuevo texto constitucional, como un medio destinado a lograr la eficacia de las normas, tanto constitucionales como legales, ello precisamente a partir de su específico cumplimiento. Así, la SCP 0862/2012 de 20 de agosto, ha manifestado: “Si bien la acción de cumplimiento posibilita la realización del principio de igualdad ante la ley y de la seguridad jurídica, además de permitir la efectivización de los deberes

fundamentales y la concreción del Estado de Derecho entre otros, no es posible sostener que su objeto sea la tutela de derechos subjetivos, ello contrariaría a su *ratio essendi*, que es sin duda la efectivización de los mandatos constitucionales y de orden legal e implicaría una interpretación que reduciría el contenido constitucional del art. 134.I de la CPE y confundiría la tutela de la acción de cumplimiento con la de amparo constitucional por omisión.

En la doctrina boliviana, citamos a Horacio Andaluz Vegacenteno¹²⁹ quien afirma que la acción de cumplimiento no tutela derechos por mucho que el Tribunal Constitucional a través de la sentencia constitucional 258/2011-RACU arribe a la conclusión contraria al casar la razón de su pretensión con la posible existencia de un daño “directo o indirecto” a un derecho. No es de naturaleza tutelar afirma, ya que de conformidad al artículo 134 de la CPE, el objeto de su pretensión es garantizar la ejecución de las disposiciones constitucionales o legales, cuyo cumplimiento hubiese sido omitido. La Constitución es clara al sostener que no hace a la razón de su pretensión que el incumplimiento hubiese dañado o amenazare dañar un derecho constitucional. Solo exige como fundamento el hecho del incumplimiento. Al contrario, si hubiese violación de un derecho constitucional a causa de la omisión de un acto debido, la vía no sería la acción de cumplimiento, sino el amparo por omisión.

Así además sostiene Andaluz que al haberse alejado del principio de unidad de acción y pluralidad de pretensiones, la Constitución ha optado por un sistema de

¹²⁹ Publicado en el suplemento la Gaceta Jurídica, Periódico La Razón, de 13 de marzo de 2012, revisado en la siguiente página web: http://www.la-razon.com/index.php?url=/suplementos/la_gaceta_juridica/objeto-pretension-accion-cumplimiento_0_1576642407.html.

acciones mutuamente excluyentes. Y como en su seno no pueden haber antinomias, ella misma ha hecho que los actos de incumplimiento dañinos para los derechos constituyan la razón de la pretensión del amparo por omisión de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 128 de la CPE, y ha excluido del fundamento de la acción de cumplimiento el daño constitucional a un derecho. En este sentido, no debe confundirse la exigencia del artículo 134.II de fundamentar la afectación que sufre el accionante, con la razón de la pretensión de la acción de cumplimiento. De ahí que quien la interponga deba fundamentar su interés para actuar, para echar a andar la jurisdicción. Lo segundo, (la razón de la pretensión de la acción) es una condición de la pretensión, de su éxito o de su fracaso, pero necesaria para decidirla sustantivamente.

Andaluz sostiene que no hay un derecho a hacer valer, en vía de acción de cumplimiento. La interpretación de una norma corresponde a su órgano de aplicación, y solo si por irrazonable viola derechos constitucionales, puede la jurisdicción constitucional revisarla en vía de amparo (STC 452/2011-RAC, 18 de abril, párrafo III.2). Por exclusión, entonces, la acción de cumplimiento solo puede ordenar la ejecución de disposiciones constitucionales claras y expresas.

Y finalmente, cuando se trata de disposiciones de fuente legal, solo hacen a la acción de cumplimiento aquellas leyes a las que la Constitución se remita expresamente, delegándoles el desarrollo de un determinado contenido fijado por ella, tal como, por ejemplo, la ley que desarrolle la composición, la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional (artículo 197.III). Esto, dicho en disenso con lo sostenido por el Tribunal Constitucional (STC 258/2011-RACU, 16 de marzo,

también párrafo III.1.5, seguida por la STC 1675/2011-RACU, 21 de octubre, párrafo III.2), para el que es demandable de cumplimiento por esta vía (1) no solo cualquier ley en sentido formal, sino (2) también cualquier norma general (i.e. ley en sentido material, por eso dice “ley sin importar la fuente de producción, abarcando, por tanto, a decretos supremos, resoluciones supremas, la legislación departamental y municipal”).

Si por la acción de cumplimiento se pudiera demandar la ejecución de cualquier ley, la distinción entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria se diluiría, sobre todo la que refiere a la jurisdicción ordinaria contenciosa administrativa. Siendo aquella una acción constitucional, está para defender la Constitución, no la legalidad ordinaria. Por consiguiente, cuando la Constitución incluye en el objeto de su pretensión el incumplimiento de la ley (artículo 134.I), tal objeto debe leerse según el sistema de garantías al que pertenece, esto es, como medio de defensa de la propia Constitución. Como es una acción instaurada para defender los mandatos claros y expresos de la Constitución, la demanda de cumplimiento de una ley no puede sino estar atada a dichos mandatos. Por tanto, al exigirse el cumplimiento de dicha ley se está exigiendo el cumplimiento, por devolución, de la disposición constitucional que ordenó tal remisión legislativa.

Pero al extender sin más el objeto de la acción de cumplimiento a la tutela del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional ha transmutado su naturaleza constitucional en la que debería ser una de las pretensiones de un proceso contencioso-administrativo de jurisdicción plena, que condene a la Administración a dar o a hacer a consecuencia de una demanda por la omisión de un acto debido,

desvirtuando y desestructurando el sistema de control judicial anteriormente expuesto y tornando a la acción de cumplimiento inaplicable en la práctica.

e) **La acción popular**

La acción popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o personas individuales o colectivas que violen o amenacen violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Constitución.

Esta acción podrá interponerse durante el tiempo que exista la vulneración o la amenaza a los derechos o intereses, para lo cual no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir.

Esto significa que para derechos o intereses colectivos no se requeriría el agotamiento de la vía administrativa.

Conforme la jurisprudencia constitucional, la naturaleza de la acción popular es ser una acción de defensa, elegida por el constituyente boliviano como el mecanismo jurisdiccional idóneo para la tutela de los derechos e intereses colectivos y difusos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por el art. 135 de la CPE; su desarrollo legislativo previsto en los arts. 68 al 71 del CPCo, que establece reglas procesales que marcan una tendencia hacia un proceso especial

revestido de informalidad y flexibilidad; esto es, visibilizando normas procesales flexibles. Esa informalidad y flexibilidad que predica per se la acción popular tiene como fundamento, mejorar el acceso a la justicia en razón a los derechos e intereses colectivos y difusos, objeto de protección relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Constitución Política del Estado, que reconocen que el ser humano forma parte de una comunidad en la que se desarrolla y desenvuelve y por lo mismo necesita ser protegida en sus derechos e intereses colectivos y difusos, haciéndole sujeto de derecho. También tiene en cuenta el goce efectivo de los derechos e intereses colectivos y difusos, que pasa primero por potenciar el acceso a la justicia con reglas flexibles que garanticen su protección ante su violación o amenaza.

Sobre la legitimación activa corresponde recordar que la SC 1977/2011-R de 7 de diciembre, precisó que la acción popular puede ser presentada por cualquier persona cuando se alegue lesión a derechos o intereses difusos, legitimación amplia que se justifica por la naturaleza de dichos derechos resguardados por la acción popular, que debe su nombre precisamente a esa característica. Sin embargo, debe aclararse que cuando a través de esta acción se pretenda la tutela de derechos o intereses colectivos, en mérito a que la titularidad de los mismos corresponde a un grupo o colectividad, la acción deberá ser presentada por cualquier persona perteneciente a dicha colectividad o por otra a su nombre, sin necesidad de mandato.

Sobre la legitimación pasiva tomando en cuenta los elementos de informalismo y flexibilidad, cuando la Norma Suprema reconoce legitimación pasiva

a las autoridades o personas individuales o colectivas que con sus actos u omisiones lesionen o amenacen vulnerar los derechos e intereses colectivos o difusos protegidos por dicha acción (arts. 135 de la CPE), prescinde del mismo modo de cualesquier formalidad. En este marco, debe entenderse por cumplida la legitimación pasiva en la acción popular, aceptando como suficiente los hechos expuestos, de los cuales, el juez o tribunal de garantías, deducirá quiénes son las autoridades o personas legitimadas pasivas y los citará de oficio y en el caso de no poder citarlos, atendiendo cada caso concreto, dimensionará los efectos del fallo estableciendo la responsabilidad de la autoridad o persona particular o jurídica que lesionó o amenazó con lesionar los derechos o intereses colectivos o difusos objeto de su protección, estableciendo la existencia de indicios de responsabilidad civil o penal; aspecto que debe analizarse en el caso concreto.

Además, el Tribunal Constitucional Plurinacional sostiene a través de su jurisprudencia, entre ella la sentencia mencionada y la 1696/2014 de 1 de septiembre de 2014, que a diferencia de la acción de amparo constitucional, la acción popular en atención a los derechos de naturaleza colectiva que tutela no se rige por el principio de subsidiariedad, en este sentido el art. 136.I de la CPE, de manera expresa establece que: “Para interponer esta acción no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir”. Eso quiere decir que la acción popular tiene carácter autónomo o principal; es decir, no es subsidiaria ni residual, en razón a las finalidades que persigue este mecanismo procesal que son la tutela de derechos e intereses colectivos y difusos cuando se produzca un daño o agravio a un interés cuya titularidad recae en la comunidad.

La acción popular, podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos o difusos protegidos por esta acción conforme establecen los arts. 136.I de la CPE y 70 del CPCo. Lo que significa que no existe plazo de caducidad, por lo mismo, es posible buscar la tutela de derechos e intereses difusos y colectivos hasta tanto persista la lesión, sin plazo.

Vemos que es un mecanismo extraordinario de protección de derechos colectivos y difusos contra actos y omisiones de la Administración Pública. Esta acción constitucional no es subsidiaria, en razón a las finalidades que persigue, por lo que se puede acudir a ella sin agotar previamente la sede administrativa o el proceso contencioso administrativo.

f) La acción de inconstitucionalidad

El artículo 132 y 133 de la CPE sostienen que toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por ley; y que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos.

El Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la sentencia 1853/2014 de 25 de septiembre de 2014 sostiene que es posible ratificar la doctrina sentada por el extinto Tribunal Constitucional en relación a los alcances del control de constitucional a través de las dos vías conocidas ahora como abstracta y concreta. Así, en la SC 0019/2006 de 5 de abril, siguiendo el criterio expresado por la SC

0051/2005 de 18 de agosto, se estableció 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”.

Se relaciona con el proceso contencioso administrativo en razón a que se puede disentir mediante la acción de inconstitucional abstracta o concreta la constitucionalidad no solamente de leyes sino de actos administrativos generales o reglamentarios sin la necesidad de acudir previamente al proceso contencioso administrativo, en razón del control extraordinario de constitucionalidad y no de legalidad.

g)

Recurso Directo de Nulidad

Las acciones de defensa que establece la Constitución son la acción de libertad, la acción de amparo constitucional, la acción de protección de privacidad, la acción de inconstitucionalidad, la acción de cumplimiento y la acción popular. Sin embargo, al especificar las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional el artículo 202 de la Constitución, otorga competencia para conocer conflictos de competencias, consultas y otros que escapan del alcance de la presente investigación. Sin embargo, es necesario revisar el numeral 12 del artículo señalado, ya que el recurso directo de nulidad constituye el mecanismo procesal de lo dispuesto en el artículo 122 de la CPE que dispone que son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley.

Asimismo, conforme ha sido desarrollado por el Código Procesal Constitucional vigente, este recurso tiene por objeto declarar la nulidad de los actos del órgano o autoridades públicas que usurpen funciones que no les competen, así como ejercer jurisdicción o potestad que no emane de la Ley.

La doctrina boliviana considera al recurso directo de nulidad como una notable previsión para impedir la arbitrariedad de autoridades públicas que, con exceso de poder, asuman funciones que no les toque ejercer, en detrimento de las personas y de la seguridad jurídica pues el abuso de poder es contrario al régimen democrático. Si bien este recurso tiene como principal objetivo resguardar la legalidad de los actos y decisiones de las autoridades públicas, también de alguna

manera contribuye a precautelar derechos fundamentales como está demostrado en las decisiones del Tribunal Constitucional. Por ello, parece justificado que se le haya asignado esta atribución, pues al declarar la nulidad de un acto o de una resolución proveniente de autoridad que no tenía competencia, cubre otras situaciones derivadas y relacionadas con la seguridad jurídica y la vulneración a derechos¹³⁰.

Finalmente, Rene Baldivieso señala que el recurso directo de nulidad viene a ser un control de constitucionalidad sobre la competencia de autoridad pública aunque sus efectos pueden llegar la mayor parte de las veces a resguardar derechos fundamentales. Asimismo nos recuerda cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que refiriéndose a la naturaleza y alcances de este recurso ha establecido que “Dada la naturaleza jurídica del recurso directo de nulidad se colige que es una acción jurisdiccional de control de legalidad sobre los actos o resoluciones de las autoridades públicas, cuya finalidad es declarar expresamente la nulidad de los actos invasivos o usurpadores de las competencias delimitadas por la Constitución y las leyes; vale decir que es un medio jurisdiccional reparador” (SC 0034/2004 de 13 de abril de 2004)¹³¹.

La jurisprudencia constitucional distingue el recurso directo de nulidad del amparo constitucional de la siguiente forma a través de la sentencia 0966/2010-R de 17 de agosto de 2010 “Son nulos los actos de los que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la Ley”; norma que se mantiene casi idéntica en el texto constitucional vigente, en el art. 122, cuando señala: "Son nulos los actos de las personas que usurpen

¹³⁰ René Baldivieso Guzmán, Derecho Procesal Constitucional, Industrias Gráficas Sirena, Santa Cruz- Bolivia, 2006, pág. 88.

¹³¹ Ídem, pág. 91.

funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley". La norma antes aludida fue introducida por primera vez en la reforma constitucional de 1871 (art. 33), con un texto similar al que actualmente conocemos, y permaneció casi inalterable en las diferentes reformas constitucionales, constituyéndose en una garantía destinada a proteger la "...plena vigencia del ordenamiento jurídico (...) sancionando con nulidad el acto de la autoridad pública que obró sin poseer una condición esencial para la ejecución de los actos públicos: la competencia y/o la jurisdicción..."¹³².

Ahora bien, cabe señalar que el art. 31 de la CPEabrg, estaba contenido dentro de las garantías de la persona, Título Segundo de la Parte Primera de la CPEabrg y el art. 122 de la CPE, está contemplado dentro del Capítulo Primero, Garantías Jurisdiccionales, del Título IV de la Primera Parte de la CPE; consiguientemente, es una garantía jurisdiccional que puede ser tutelada a través del recurso directo de nulidad; recurso específico previsto actualmente en el art. 202.12 de la CPE y que tiene como objetivo dar vigencia a la garantía contenida en el art. 122 de la CPE y por ende, declarar la nulidad de aquellos actos o resoluciones de quienes obraron sin competencia o ejerciendo jurisdicción y competencia no emanada de la ley. El art. 79 de la LTC, desarrolla este recurso, al señalar que: "I.- Procede el recurso directo de nulidad contra todo acto o resolución de quien usurpe funciones que no le compete, así como contra los actos de quien ejerza jurisdicción o potestad que no emane de la ley. II.- También procede contra las resoluciones dictadas o actos realizados por autoridad judicial que este suspendida de sus funciones o hubiere cesado". Como se aprecia de la normativa glosada, el recurso

¹³² Jorge Asbún, *El recurso directo de nulidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, Tribunal Constitucional. AECE, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, 2003, p. 769.

directo de nulidad surge como el mecanismo adecuado para contrarrestar los actos o resoluciones de quienes usurpen funciones que no les competen, o de quienes actúen fuera de jurisdicción o potestad que no emane de la ley.

Al respecto, la SC 0099/2010 de 10 de mayo, en su Fundamento Jurídico III.6, ha señalado que: “A partir de la reforma de 1994 a la Constitución de 1967, se crea en Bolivia la justicia constitucional a la cabeza del Tribunal Constitucional, como último y máximo garante de la Constitución y de los derechos fundamentales. En ese contexto y de acuerdo al criterio de interpretación constitucional de “unidad constitucional”, se establece que el control de constitucionalidad al margen de su rostro preventivo o reparador, tiene tres brazos operativos de control a saber: el primero referente al control normativo de constitucionalidad; el segundo vinculado al control reforzado de constitucionalidad, referente a la vigilancia y resguardo de derechos fundamentales y finalmente, el control competencial de constitucionalidad, a través del cual se protege la garantía de competencia frente a actos lesivos que puedan afectarla. En este ámbito de control de constitucionalidad vinculado directamente a la competencia, para proteger concretamente la garantía inserta en los arts. 31 de la CPEabrg y 122 de la CPE, el ordenamiento constitucional, de forma coherente y no aislada o paralela a otros mecanismos de defensa de derechos fundamentales, ha configurado el elemento específico de protección para el resguardo a los supuestos de hecho insertos en la normativa referida, que es precisamente el recurso directo de nulidad, desarrollado en los arts. 120.6 de la CPEabrg y 202.12 de la CPE.

En esta perspectiva, la mencionada sentencia considera imperante “defragmentar” los supuestos de hecho previstos en el art. 31 de la CPEabrg, y art. 122 de la CPE, para luego determinar los actos lesivos contra los cuales procede el recurso directo de nulidad y para diferenciarlo del radio de acción del amparo constitucional. Por lo expuesto, del contenido de las disposiciones legales precedentemente citadas y de acuerdo a lo señalado por el art. 79 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), y en virtud al principio de separación de poderes, en mérito del cual el órgano ejecutivo en sus diferentes niveles se encuentra investido de potestad administrativa que deviene de la función administrativa encomendada y considerando que al órgano judicial, se le encomienda la administración de justicia a través de la función jurisdiccional, se colige que debe diferenciarse las esferas tanto administrativa como jurisdiccionales para establecer los alcances de la garantía inserta en los arts. 31 de la CPE abrogada y 122 de la CPE; entonces, se tiene que para la esfera administrativa; es decir, para actos administrativos existen dos supuestos claros para la procedencia del recurso directo de nulidad y la protección por tanto de la competencia: 1) La usurpación de funciones que no estén establecidas por ley; y, 2) El ejercicio de potestad, se entiende administrativa, que no emane de la ley. En la esfera jurisdiccional y en concordancia con el art. 79.II de la LTC, existen también tres supuestos claros que forman el “núcleo esencial” de esta garantía, siendo por tanto nulas las decisiones emitidas por autoridades judiciales en los siguientes supuestos: i) Resoluciones emitidas en ejercicio de jurisdicción o potestad que no emane de la Ley; ii) Las resoluciones o actos pronunciados por autoridad que usurpe funciones que no le compete; iii) Resoluciones pronunciadas por autoridad jurisdiccional que hubiere cesado en sus funciones.

En mérito a lo señalado, se puede determinar que el antes recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo, es un mecanismo de protección eficaz y pertinente para el resguardo del derecho al debido proceso en todos sus elementos incluido el juez natural, pero, solamente en sus elementos de imparcialidad e independencia, en ese sentido, debe precisarse que la protección del tercer componente del juez natural; el referente a la competencia en cuanto a los supuestos de hecho antes descritos; es decir, usurpación de funciones que no estén mencionadas por ley, ejercicio de potestad administrativa que no emane de la ley, resoluciones judiciales emitidas en ejercicio de jurisdicción que no emane de la ley o pronunciadas por autoridad jurisdiccional suspendida en el ejercicio de sus funciones o que hubieren cesado en las mismas; se encuentran resguardados específicamente por el recurso directo de nulidad.

Finalmente, la merituada sentencia dispone que en el ámbito administrativo y municipal concretamente, que son aspectos que interesan al caso de autos, considerando que el acto administrativo por su naturaleza jurídica tiene las características de ejecutividad y presunción de legalidad, considerando además que todo acto administrativo tiene una teleología propia cual es cumplir con los fines del Estado, el constituyente fue sabio al determinar un mecanismo inmediato e idóneo para proteger efectivamente actos que puedan ser nulos, pudiendo incluso suspenderse los efectos de los mismos para evitar “nulidades consecuentes” que en un Estado Social y Democrático de Derecho serían completamente adversas y contrarias al interés público; por esta razón y por la importancia del resguardo a la competencia, se establece un mecanismo reforzado y específico para protegerla frente a los supuestos de hecho antes descritos. En mérito a todos los aspectos

señalados y específicamente en el campo de los actos administrativos municipales, el Tribunal Constitucional colige que el accionante constitucional no utilizó la vía idónea para restituir supuestos de hecho descritos en los art. 31 de la CPEabrg y 122 de la CPE, toda vez que existe un mecanismo específico para su resguardo cual es el recurso directo de nulidad, por tanto, pretender hacer valer presuntas vulneraciones a los supuestos de hecho descritos en estas garantías mediante el antes recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo, lo hace manifiestamente improcedente, por cuanto se desvirtúa y desnaturaliza la actuación del juez natural”.

h) El recurso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por último, como sostiene Marc Carrillo estas garantías jurisdiccionales se ven completadas con aquellas otras de carácter internacional que se aplican en virtud de declaraciones internacionales de derechos contenidos en convenios internacionales. (...) ¹³³

Respecto a Bolivia, la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el posterior reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos abren a los ciudadanos la posibilidad de acudir ante los órganos del sistema interamericano, una vez agotadas las instancias nacionales, en demanda de protección de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio.

¹³³ Marc Carrillo, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales Ordinarios”, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995.

Como se mencionó anteriormente se ha iniciado y desarrollado la tutela procesal de los derechos del hombre establecidos, en los documentos de carácter internacional, la que se puede hacer valer ante organismos internacionales, como ocurre en el continente americano con la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta dirección se nota la necesidad de consagrar el establecimiento de un recurso efectivo ante los tribunales u organismos internos, como requisito previo para acudir a las instancias internacionales, así el artículo 2, fracción tercera, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966¹³⁴, establece que “Cada uno de los Estado en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; y asimismo, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, consagra también la “protección judicial” en la siguiente forma “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el

¹³⁴ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito en Nueva York, el 16 diciembre de 1966. Bolivia se adhiere mediante D.S. N° 18950 de 17 de mayo de 1982, elevado a rango de Ley N° 2119 promulgada el 11 de septiembre de 2000. El depósito del instrumento de ratificación el 12 de agosto de 1982.

cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”¹³⁵

El estudio de los instrumentos nacionales destinados a tutelar procesalmente los derechos humanos asume, además, una importancia fundamental desde el punto de vista de la posibilidad del acceso de los afectados ante jurisdicciones de carácter internacional, en cuanto se ha establecido el principio de agotamiento previo de tales medios de impugnación internos como requisito previo e indispensable para acudir ante la vía internacional.

En este sentido podemos señalar las siguientes disposiciones de carácter internacional:

a) El artículo 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, al establecer la competencia del Comité de Derechos Humanos de las propias Naciones Unidas para admitir reclamaciones individuales, exige el agotamiento de todos los recursos internos posibles¹³⁶.

b) En el artículo 46, inciso 1, párrafo a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se dispone que para que una petición o comunicación presentada

¹³⁵ Fix Zamudio, Héctor, “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos”. Veinte años de evolución de los derechos humanos. México: UNAM, 1974.

¹³⁶ El artículo 41, inciso c) del referido Pacto, dispone, que el Comité mencionado no puede conocer del asunto sin haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios de derecho internacional generalmente admitidos, a no ser que la tramitación de los citados recursos se prolongue injustificadamente. Citado por Héctor Fix Zamudio.

ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos pueda ser admitida por la misma se requiere “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”¹³⁷.

Como sostiene Héctor Fix-Zamudio, los preceptos internacionales anteriormente citados confirman la idea sobre la necesidad del estudio de los instrumentos nacionales de protección, tomando en consideración que no sólo resultan indispensables para la vigencia de los derechos humanos en el ámbito interno, sino también que su agotamiento constituye, según se ha visto, un requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones internacionales, para la tutela también internacional de los propios derechos humanos¹³⁸.

Respecto al proceso administrativo, como lo ha sostenido Néstor Pedro Sagües es oportuno tener presente que mediante sus dos operadores principales (la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), el sistema regional ha elaborado ciertas pautas vigentes¹³⁹.

Así, Gregorio A. Flax ha sistematizado estos criterios, con base a lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Baena y otros vs.

¹³⁷ Sin embargo, según lo dispuesto por el inciso 2, del mismo artículo 46, no se exige el agotamiento de los recursos internos cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata, el debido proceso legal para la protección del derecho o derecho que se alega han sido violados; b) no se haya permitido la presunto lesionado en sus derechos, el acceso a los recursos de jurisdicción interna o haya sido impedido de agotarlos; y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

¹³⁸ Héctor Fix Zamudio, La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, ciudad de México, 1981, pág. 31.

¹³⁹ Néstor Pedro Sagües, El Procedimiento Administrativo. Perspectivas constitucionales. En Juan Pedro Machado Arias (Coordinador) 2009, Procedimiento y Justicia en América Latina, Fundación Konrad Adenauer, México, pág. 29.

Panamá, en la que se sostiene que “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo. Así, las pautas que consigna Flax son las siguientes:¹⁴⁰

- Audiencia para la determinación de hechos y derechos, previa al comienzo de las actuaciones administrativas, a fin de que el administrado conozca el marco del debate, ofrezca la prueba del caso, y formule los alegatos que correspondan (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Loren Riebe y otros).

- Derecho a la representación legal, libremente escogida, a fin de preparar idóneamente la defensa del caso. La infracción a esta regla importa violar el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Loren Riebe y otros).

- Notificación previa sobre la existencia de un procedimiento administrativo, lo que implica, además, información sobre los cargos, derecho a comparecer, de presentar pruebas y de acceder al expediente (doctrina de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el caso Ivcher Bronstein).

- Derecho a una decisión fundada, que atienda los planteos del administrativo y exponga los argumentos esgrimidos por la administración para resolver la

¹⁴⁰ Flax Gregorio A., “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo”, en Albanese Susana (Coordinadora), 2008, El Control de convencionalidad, Editorial Ediar, Buenos Aires, pág. 49, 56 y siguientes.

controversia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y otros vs. Chile).

- Publicidad de las actuaciones administrativas, para garantizar el acceso a la información del administrado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y otros vs. Chile).

- Cumplimiento de la administración de plazos razonables para tramitar y resolver, en función de tres elementos: comportamiento del administrado, complejidad del caso, diligencia en la conducta de la administración (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. República del Paraguay).

- Revisión judicial de las decisiones administrativas en consonancia con los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, casos Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana y Loren Riebe y otros vs. México).

En Bolivia, cuando se compara la regulación del proceso contencioso administrativo con estos criterios interamericanos de protección de derechos en el ámbito administrativo, se identifica que varios aspectos son incumplidos por nuestra legislación.

4. Eficacia, efectividad y eficiencia de las garantías de derecho.

En las transformaciones que se han observado, una de las fundamentales ha consistido en el abandono de la pretensión romántica, que proviene de los revolucionarios franceses, en el sentido de que resulta suficiente consagrar los derechos de la persona humana en la Constitución Política, para que los mismos sean respetados por autoridades y ciudadanos. Ya que sin esos instrumentos, los derechos públicos subjetivos se transforman en simples expresiones formales, sin eficacia práctica.¹⁴¹ Esta evolución nos ha llevado al reconocimiento internacional de la necesidad de establecer medios de protección procesal uniforme, con el objeto de que los propios derechos del hombre puedan ser respetados universalmente. También se ha iniciado, la tutela procesal de los derechos del hombre establecidos en los documentos de carácter internacional, la que se puede hacer valer ante organismos también internacionales¹⁴².

La Constitución confía particularmente a la Función Judicial la defensa de todos los derechos en el marco de su artículo 178, se trata de una defensa garantizada, pues se atribuye a quien tiene encomendado el ejercicio de la jurisdicción, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, la competencia para asegurar la indemnidad del ordenamiento mediante la fiscalización del proceder de sus órganos, de manera que no puedan imputarse al Estado las normas, los actos o las

¹⁴¹ Héctor Fix Zamudio, La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, ciudad de México, 1981, pág. 23.

¹⁴² Héctor Fix-Zamudio. Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, 1968.

conductas que, sometidos al control de la jurisdicción, no obtengan un pronunciamiento (relativamente) irrevocable de conformidad¹⁴³.

La defensa se confía, por tanto, a quien mejor puede dispensarla, tanto por la extensión de sus facultades de control como por las características propias de sus pronunciamientos. Además, la atribución de la competencia para tutelar derechos se lleva a cabo configurándola, a su vez, como un derecho de los titulares, el derecho que habilita a “todas las personas” para “obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Se ha previsto por tanto, un procedimiento específico de garantía de los derechos por parte de los jueces y tribunales, desdoblado orgánicamente la protección de los derechos fundamentales, que son todos y confiando su defensa en primera instancia a la Función Judicial con competencia constitucional, sólo residualmente al órgano constitucional y finalmente la protección por tribunales internacionales.

Conforme sostienen Claudia Storini y Marco Navas, evaluar el funcionamiento de una institución jurídica que garantiza el cumplimiento de los derechos fundamentales, en su caso la acción de protección, significará evaluar su *eficacia, efectividad y eficiencia*¹⁴⁴, es decir:

a. Se deberá evaluar la idoneidad de las normas (constitucionales y legales) para

¹⁴³ Storini, Claudia, La Acción de protección en el Ecuador: realidad jurídica y social. 1.ª ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013, pág. 31.

¹⁴⁴ Idem, pág. 39

alcanzar el fin propuesto (*eficacia*).

b. La capacidad de las normas “instrumento” de conseguir el objetivo pretendido, es decir el grado de aplicación real de las normas por los órganos competentes y su cumplimiento por parte de los destinatarios (*efectividad*).

c. Si los medios para conseguir estos objetivos son adecuados y si se consiguen con el mínimo costo posible (*eficiencia*).

Así, sostienen que los progresos de un ordenamiento constitucional no dependerán tanto de la creación de nuevas o más desarrolladas normas constitucionales, sino más bien de la previsión de garantías eficaces y efectivas, esto es de garantías capaces de tutelar y hacer real el goce de los derechos constitucionales.

La protección de los derechos fundamentales que debe garantizar el Estado, según estas normas, no es cualquier protección. Se trata de una *tutela efectiva*, esto es, una protección que garantice que en la práctica los derechos sean respetados por todos. Ante ello puede afirmarse que la Constitución prevé un *principio de efectividad*, a través del cual podrán ser evaluados los actos de protección de los derechos y, en su caso, juzgados no tanto desde la óptica de la validez procedimental o sustancial sino desde la perspectiva de su capacidad de asegurar o no en la realidad la garantía integral de los derechos.

La importancia de la efectividad en la tutela judicial de los derechos como finalidad del constituyente resulta evidente desde un simple análisis sistemático de los artículos relacionados con las garantías jurisdiccionales de los derechos.

Por lo que respecta al legislador, el mandato de efectividad consagrado en la Constitución se traduce en la obligación de que al regular la organización y funcionamiento de los Tribunales, deberá considerar los posibles riesgos de ineffectividad de la tutela y eliminarlos en la medida de lo posible, por lo que podría llegar a ser considerada “contraria a la Constitución una regulación que se despreocupase de la efectividad de la tutela”¹⁴⁵.

También los órganos jurisdiccionales están vinculados por este mandato, en tanto que todo juez tiene la obligación de velar por la efectividad de la tutela judicial, y esta obligación, como se verá, no implica solo el respeto de las garantías procesales, sino también el respeto de un elemento material decir que implica la exigencia de la obediencia de los jueces a los parámetros de una interpretación razonable del ordenamiento jurídico¹⁴⁶.

Además de ello, la efectividad (y también en su caso la eficiencia) debe configurarse como principio rector del procedimiento administrativo, lo cual implica la obligación del aparato administrativo jurisdiccional de cumplir con dicho principio¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 280.

¹⁴⁶ Darci Guimarães Ribeiro, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*, Barcelona, J. M. Bosch, 2004, p. 223.

¹⁴⁷ Storini, Claudia, *La Acción de protección en el Ecuador: realidad jurídica y social*. 1.ª ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013, pág. 42.

La aplicación de este mandato de efectividad implica, por tanto, que los procesos constitucionales para la tutela de los derechos deben ser desarrollados de la manera más efectiva y adecuada posible. En este sentido, la garantía constitucional es expresión del principio de la protección efectiva de los derechos y que por lo tanto el recurso a la justicia tiene que ser siempre un recurso efectivo como establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como es conocido, la Convención Americana establece el derecho a una garantía judicial específica, destinada a proteger de manera efectiva a las personas frente a la violación de sus derechos humanos. Derecho consagrado en el artículo 25 de este instrumento internacional que establece la necesidad de contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales. La Convención Americana, en primer lugar, establece una obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, principalmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos, para la tutela de “derechos fundamentales” contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley; en segundo lugar demanda que el recurso sea efectivo; en tercer lugar, obliga al Estado a garantizar que el recurso será considerado; en cuarto lugar, establece que el recurso debe poder dirigirse contra actos cometidos por autoridades públicas y contra actos cometidos por sujetos privados; en quinto lugar, compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial y establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.

La efectividad del recurso conlleva entonces, por lo menos, el acceso a la justicia, igualdad ante la justicia, celeridad, sencillez, ampliación de la legitimación procesal activa, razonabilidad del proceso, eficacia de la sentencia, y el principio de la máxima eficacia de los derechos fundamentales.

En este sentido, el estudio del funcionamiento de la acción ordinaria a través del contencioso administrativo tendrá que ser dirigido a evaluar además de la idoneidad de las normas (constitucionales y legales) para alcanzar el fin propuesto (*eficacia*), el grado de aplicación real de las normas por los órganos competentes, es decir, su *efectividad* en relación con el cumplimiento de los derechos que configuran el concepto de tutela judicial efectiva y su relación con las demás garantías, en especial concretas.

CAPITULO II

LA PROTECCIÓN ORDINARIA DE DERECHOS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

1. Antecedentes de la impugnación ordinaria

El proceso contencioso administrativo ha transitado por una evolución que remonta sus orígenes a las luchas por limitar el poder del Estado. Así, el origen del proceso contencioso administrativo se encuentra precisamente en un importante periodo de lucha por la libertad y la democracia, en un momento en el cual comienza a predicarse la necesidad de un control del Estado y la de un reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es por ello que, para poder comprender los importantes fines que el proceso contencioso administrativo está llamado a cumplir, se hace necesario realizar un repaso de algunos de sus antecedentes, especialmente de aquellos que han tenido una especial influencia en el diseño del proceso contencioso administrativo.

El primer elemento es el referido al desarrollo del pacto social, como una de las teorías que explica el origen del Estado, para comprender las relaciones entre la Administración y el ciudadano. Así, el pacto social se constituye con el fin de que todos los individuos que participan en él obtengan mayor seguridad y tranquilidad, ya que antes del pacto social, los hombres se encontraban en un “estado de naturaleza” o “estado de guerra” en el que el fuerte y astuto avasallaba al débil e ignorante, sin garantía alguna de respeto a su vida y sus propiedades. A su vez, el fuerte y astuto, era avasallado por los débiles, quienes se asociaban en contra del fuerte para derrotarlo y matarlo; y así, esta cadena de sucesos de violencia, muerte e inseguridad, sucedía dentro de un círculo vicioso interminable, nocivo para todos. Por las razones apuntadas, el pacto social fue una necesidad histórica para la organización humana, como forma racional de convivencia, que se traduce en mayor seguridad para el individuo.

Concretamente, de acuerdo a la doctrina mayoritaria encabezada por el profesor Eduardo García de Enterría¹⁴⁸, el origen de las características especiales del Derecho administrativo y del coconntencioso-administrativo, como el régimen de contralor de la actividad administrativa, surgieron en Francia, específicamente con la serie de reformas implantadas por la organización del Estado moderno a partir de la Revolución Francesa de 1789¹⁴⁹.

En el ideal de la gestión administrativa, el soberano cuenta con un cuadro administrativo que le permite organizar, dirigir y ejecutar. El objetivo básico de las órdenes y mandatos del soberano es la consecución de seguridad para la vida y las propiedades de los individuos. En la medida en que la actuación del soberano y su cuadro administrativo se aparta de este objetivo, los miembros de la sociedad pueden reclamar legítimamente al soberano que el ejercicio de su poder, de su dominio y de su demanda de obediencia ante la ejecución de sus mandatos, no están apegados a los principios del pacto social constituyente (seguridad de la vida y de las propiedades), y que al administrar el monopolio del uso de la fuerza, lo hace en provecho propio o en provecho de sus partidarios o equipo administrativo, y, en todo caso, en detrimento y perjuicio de los intereses de los gobernados¹⁵⁰.

Las órdenes del soberano y la actuación de su cuadro administrativo se deben adecuar al objetivo del pacto social constituyente (paz y seguridad), existiendo el “derecho de resistencia” por parte de los gobernados si los actos del Estado exceden tales funciones, pues ello atentaría contra la integridad de los gobernados, volviéndolos a un “estado de naturaleza” en el que no existe seguridad ni por sus bienes, ni por sus vidas. Hacer uso del derecho de resistencia en los casos en que el Estado ejerce un poder arbitrario y absoluto, es la reacción “natural” de los hombres libres para salvaguardar sus bienes, su vida y su persona.

¹⁴⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Bogotá, Temis S.A., 2008.

¹⁴⁹ Ramón Huapaya Tapia, *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*, Jurista Editores, Lima – Perú, 2006, pág. 235.

¹⁵⁰ Pedro de Vega García, *Estudios político-constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987.

El derecho de resistencia de la población civil, se impuso como contrapartida a la centralización del poder monárquico y al fortalecimiento del Estado absoluto, según el desarrollo teórico de la conceptualización política del nuevo Estado nacional, y tuvo origen en la Inglaterra de principios del siglo XIII con el Rey Juan sin Tierra, denominado así porque, ante su política de apropiación de tierras, fue obligado, mediante la Carta Magna a respetar las posesiones y propiedades de sus súbditos, estableciendo que ningún hombre podía ser librado de las posesiones y propiedades, sino de acuerdo con la ley de la tierra, que hacía referencia al derecho consuetudinario. Ello implicó el nacimiento de la garantía de audiencia previa y de legalidad, que es la fuente de los derechos individuales que en tal sentido constan en las Constituciones modernas.

Sin embargo, el establecimiento de derechos obtenidos por los gobernados respecto de los gobernantes, no siempre es respetado por estos, por lo cual surge la necesidad de establecer garantías para la protección de los derechos, conforme se desarrollará más adelante.

La consagración del Estado de Derecho tiene como finalidad esencial, elevar a los súbditos del Antiguo Régimen a la condición de ciudadanos, a quienes el derecho, a través de la ley (reserva de ley), reconoce una esfera individual y social de derechos que no puedan ser desconocidos por el Poder Público.

No es por ello casual que la Revolución Francesa aprobase, incluso antes que su primera Constitución, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y tampoco que la Constitución de los Estados Unidos, que no los recogió en su primera versión, sufriera en este punto las primeras modificaciones que son hoy parte esencial de toda Constitución. Aunque lógicamente a los primeros derechos reconocidos por los liberales del siglo XVIII, de carácter sustancialmente individual, se han incorporando otros de carácter social.

La afirmación de que el individuo tiene derechos fundamentales inherentes a la persona humana, anteriores y superiores al Estado, que éste no puede desconocer

ni vulnerar, es uno de los aspectos fundamentales de la modernidad¹⁵¹.

Los derechos que se enfrentan a la acción del poder público, no se encuentran contenidos únicamente en la Constitución, también pueden nacer de otras fuentes, y se pretende que en el supuesto de que la Administración pretenda desconocerlos puedan ser sometidas a conocimiento y resolución de una autoridad independiente.

De ahí que, con independencia del grado de protección que el derecho otorga a los distintos tipos de derechos públicos subjetivos, la idea esencial es que el ciudadano los tiene reconocidos y garantizados; que la acción pública no puede desconocerlos o violarlos; y que para su defensa el ciudadano puede acudir a los tribunales que, en su caso, dictarán una sentencia condenatoria para la Administración y obligarán a respetar o restablecer el derecho violado o a indemnizar convenientemente a su titular.

No debe caerse en el error de considerar que el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos tienen tan sólo una dimensión individual (subjetiva), ya que se trata de un principio capital del modelo de Estado de Derecho. La protección y respeto de estos derechos no es una simple oportunidad para que su titular los defienda ante las instancias que corresponda, sino un deber y una finalidad institucional de todos los Poderes Públicos¹⁵².

El advenimiento del Estado liberal moderno, que ha desarrollado sólidas instituciones en lo político y en lo jurídico, como consecuencia de la “búsqueda” de las fuentes de su legitimidad en contra de la Iglesia y en contra del absolutismo, ha logrado desarrollar la seguridad social del gobernado, restringiendo el poder del Estado, y obteniendo, por de pronto, el derecho de petición al Rey como medio de impugnación extraordinario contra los actos de la Administración estatal, así como el establecimiento de cargas y contribuciones a la población, y la necesaria autorización de los ingresos y egresos del gobierno por parte del Parlamento.

¹⁵¹ Mestre de Tobon, Olga. La filosofía de los derechos humanos. Revista Universidad de Medellín, N 62, abril. Bogotá. 1996. pág. 50.

¹⁵² Descargado de <http://www.academia.edu/8022991> en fecha 31 de julio de 2015.

El Estado establece después como finalidad principal el de la prosperidad. El fin de la acción del Estado ya no es sólo la seguridad de sus súbditos, sino la consecución de la riqueza, la creación, por medios legislativos, de las condiciones que favorezcan el progreso, establece como política el utilitarismo cuyo objeto es la abundancia como ideal social, que es la meta, en lo económico, de las políticas del pujante capitalismo.

Este nuevo ideal de la abundancia social y de la riqueza como fin social, fue posible porque las viejas ideas medievales de raigambre religioso que limitaban el préstamo a interés, condenando moralmente al acreedor y al comerciante que buscaba el lucro en sus empresas, ya no estaban presentes, debido a la laicización de lo político. Un filósofo liberal como Locke, estableció que “percibir un beneficio del préstamo pecuniario es tan equitativo y legal como recibir renta por la tierra, y aun más tolerable para el deudor. La exaltación del individualismo en el Estado liberal, llevo a concebir la sociedad como algo natural y práctico, pero paradójicamente, también como algo mágico y religioso, pues se consideraba que la actuación económica de los seres humanos, bajo el mando de un Estado que se limita exclusivamente a administrar, trae como consecuencia un comercio libre, que encuentra su camino propio, dirigiéndose mejor siguiendo su propio curso”¹⁵³.

Según la doctrina liberal, quienes se benefician de la protección del Estado, que son todos los gobernados al vivir en un orden de paz y seguridad que alienta su prosperidad, en retribución, deben contribuir a su mantenimiento, cada cual en proporción a sus recursos, lo que debe hacerse con el consentimiento de la mayoría, otorgado directamente por sus miembros, o indirectamente por los representantes que esa mayoría a elegido.

Esta es la base del principio legal moderno, conforme al cual, el imperio del Estado esta limitado a las atribuciones expresamente determinadas en la ley, de tal forma que si el Estado requiere de los bienes de los particulares para su mantenimiento o cualquier otro fin público que se persiga, debe apegarse a lo que

¹⁵³Marzal, Antonio *El liberalismo y el ocaso del fundamento religioso del poder*. Paper No. 17. Universidad Ramón Llull. España. 1999.

estrictamente le permite la ley, y conforme al procedimiento que ahí se determine.

A partir de la noción liberal esbozada anteriormente, cuando el Estado tiene el derecho de percibir contribuciones de los particulares para su sostenimiento, debe hacerlo conforme lo determina la ley, es decir, en forma equitativa y proporcional a su patrimonio o capacidad contributiva.

Los medios de impugnación contra actos administrativos se fundamentan en la legitimidad y en la existencia del Estado moderno, limitado en cuanto a su imperium y poder, ya que sus facultades no son absolutas ni ilimitadas, y por tanto, sus actos no pueden ser arbitrarios. Excederse de estas facultades expresas, implica actuar arbitrariamente, fuera del marco legal al que se encuentra sometido, afectando derechos de la población.

De esta forma, los medios de impugnación contra los actos del Estado en su forma contemporánea, tienen su raíz histórica, fundamentalmente, en las luchas civiles inglesas que transformaron al Estado absolutista en un Estado liberal, con el advenimiento al poder de Guillermo de Orange como el primer rey inglés supeditado al Parlamento, y encuentran su justificación teórica en los pensadores políticos de la época como Locke, cuyo pensamiento era posteriormente desarrollado por los filósofos franceses del siglo XVIII, como Rosseau y Montesquieu, y los filósofos alemanes Kant y Hegel.

El esfuerzo del jurista dentro del ámbito administrativo, dada la tendencia a la tecnificación de lo social, esta en repensar y fundamentar, cómo incrementar la capacidad de los ciudadanos para controlar al Estado, en virtud del desfasamiento actual que existe en tal sentido, al aumentar la capacidad del Estado para controlar a los ciudadanos con ayuda de medios técnicos e informáticos a nivel masivo cada vez más sofisticados, sin que por parte de los gobernados se haya dado un crecimiento paralelo en su relación con el Estado.

2. Separación de funciones y control entre los órganos del Estado

El Estado, como ente jurídico y político, dotado de atributos que le son propios, particularmente el de ser un poder soberano, no es un organismo estático, sino que tiene que cumplir determinados fines, los cuales constituyen su propia justificación.

Dichos fines consisten fundamentalmente, en la búsqueda del bien común, esto es, en la satisfacción de las aspiraciones e intereses colectivos y permanentes de la comunidad. Para lograr la realización de sus fines, el Estado tiene, pues, necesidad de actuar, de ejercer determinadas funciones.

Por funciones estatales se entiende, en derecho público, las diversas actividades del Estado en cuanto constituyen diferentes manifestaciones o diversos modos de ejercicio de la potestad estatal. Resulta más apropiado hablar de funciones del Estado que de poderes ya que el poder del Estado es indivisible; el término función se refiere expresamente al contenido mínimo de la actividad estatal en sus diversos aspectos.

De conformidad con las características de esa actividad se ha distinguido tradicionalmente tres funciones fundamentales del Estado¹⁵⁴ que tiene por lo demás, el carácter de funciones jurídicas

- la función legislativa,
- la función administrativa o ejecutiva,
- la función jurisdiccional o judicial,
- (ahora en Bolivia por mandato de la CPE) la función electoral.

Para determinar las funciones del Estado pueden regirse tres criterios

¹⁵⁴ Aunque la Constitución Política del Estado de Bolivia de 7 de febrero de 2009 establece los Órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral, esta temática, respecto al objeto de estudio se abordará más adelante.

diferentes: orgánico, material y formal:

a) Criterio orgánico: distingue las funciones estatales según el órgano que las cumple. De esta manera toda función o actividad que provenga del Parlamento será función legislativa, todos los actos de los jueces o tribunales serán función jurisdiccional y todos los actos que cumpla el gobierno serán función administrativa o ejecutiva.

b) Criterio formal: tiene en consideración la manera como actúa el Estado a través de sus órganos. Así, un mismo órgano puede actuar de diversas maneras y según el procedimiento empleado, estará realizando determinada función; por ejemplo, cuando el Ejecutivo dicta Decretos esta realizando una función legislativa, o cuando el Congreso efectúa nombramientos ejerce una función Ejecutiva o Administrativa.

c) Criterio material: según este criterio, las funciones del Estado se distinguen según el contenido, la naturaleza misma del acto, sin consideración del órgano que lo produce ni a la forma que reviste.

Ahora bien, los Poderes orgánicamente separados que conforman el Estado nunca han sido considerados, desde la propia formulación de Montesquieu, como funcionalmente independientes.¹⁵⁵ Por el contrario, los poderes, particularmente el Ejecutivo y el Legislativo, se relacionan intensamente, dando lugar a un equilibrio funcional que la doctrina americana resumen en la teoría “Checks and Balances”.

Karl Loewenstein afirma: “lo que en realidad significa la así llamada separación de poderes, no es, ni mas ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones –el problema técnico de la división del trabajo- y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder público. Lo que corrientemente, aunque

¹⁵⁵ Vega García (de) Pedro. *Estudios político-constitucionales*. Instituto de investigaciones jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México. México 1987.

erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado”¹⁵⁶.

Otro aspecto que se toma en cuenta es el reconocimiento de que todo órgano que ejerce poder tiende naturalmente a abusar de él, por lo cual se hace necesario instaurar un sistema de frenos y contrapesos sobre la base de la asignación de porciones de poder estatal (que siempre es único) a diferentes órganos, suponiendo que el equilibrio resultante entre fuerzas antitéticas (que denota o implica antítesis) debe asegurar naturalmente la libertad del hombre.

Su formulación a sido objeto de diferentes aplicaciones; mientras en Inglaterra, la separación de funciones se interpretó en el sentido de reservar el juzgamiento de los actos del Ejecutivo a los órganos judiciales, en Francia se sostuvo desde los comienzos de la Revolución de 1789 que esa función correspondía a la Administración y, luego, a Tribunales Administrativos.

Si se parte de la unidad del poder del Estado puede aceptarse sólo una distribución de funciones en órganos diferentes, pero nunca una separación que opere, con límites precisos y definitivos, una delimitación absoluta de las funciones.

Horacio Andaluz sostiene que o “el poder judicial es independiente o es subordinado. Si lo primero, es el poder judicial de un Estado de Derecho. Si lo segundo, no hay Estado de Derecho. Es independiente si está habilitado para hacer inexecutable los actos del poder público. Significa que participa del sistema de frenos y contrapesos. Está posicionado a la par de los poderes ejecutivo y legislativo. En la tradición constitucional angloamericana, el poder judicial ocupa este lugar por mérito propio. El “rule of law” (Estado de Derecho) fue una creación histórica de los tribunales, que significaba su vinculación al “common law” (Derecho común); y su independencia de las órdenes del monarca o sus delegados”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1970. Pág. 54.

¹⁵⁷ Andaluz Horacio, La posición constitucional del poder judicial, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXV*(Valparaíso, Chile, 2010, 2º Semestre) pp.230.

De la mencionada doctrina inglesa del “rule of law”, iniciada por el juez Coke se concluye que el debido proceso incluía las garantías procesales contra el ejercicio arbitrario del poder (“procedural due process”) y la limitación sustantiva del poder gubernamental (“substantive due process”).

Asimismo, el profesor Andaluz sostiene que “las colonias americanas independizadas (1776) dieron a sus tribunales la misma competencia que tenían sus pares ingleses para imponer a la administración el cumplimiento de un acto debido (“writ of mandamus”); y cuestionar la legalidad de sus actos (“quo warranto”). El control de constitucionalidad estaba *ad portas*. Apareció primero como un argumento de parte en las judicaturas estatales de Rhode Island (“Trevett v. Weeden”, 1786) y Carolina del Norte (“Bayard v. Singleton”, 1787). Luego como *dictum* de la Corte Suprema de Justicia (“Hylton v. United States”, 1796). Y finalmente fue aplicado en “Marbury v. Madison” (1803), cuando William Marbury solicitó a la Corte un “mandamus” para que el Secretario de Estado le entregase su nombramiento de juez de paz”¹⁵⁸.

El poder judicial concebido por la Revolución Francesa no podía contraponerse al ejercicio del poder. Nació histórica e ideológicamente subordinado. Los tribunales estaban identificados con el estamento nobiliario derrotado en 1789. A pesar de su cuna, en los últimos tiempos del Antiguo Régimen habían enjuiciado los actos de la administración real, oponiéndose. Los revolucionarios no querían que sus actos corriesen la misma suerte. Su enjuiciamiento fue asimilado al prevaricato, prohibiéndoselo. Esta posición venía de una lectura esquemática de la ideología de la división de poderes.

El reconocimiento de determinados derechos de los ciudadanos como fundamentales trae, como inmediata consecuencia, la necesidad de controlar el poder que ejerce el Estado. “La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén

¹⁵⁸ Ídem, pp.231.

sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder”¹⁵⁹ y en eso consiste precisamente el fundamento de un Estado democrático constitucional.

Ahora bien, dentro de la teoría del sistema de control constitucional de Loewenstein,¹⁶⁰ los controles pueden ser de dos tipos:

- controles intraorgánico
- controles interorgánicos

Los controles intraorgánicos se presentan cuando las instituciones de control operan dentro de la organización de un solo detentador de poder. Los controles interorgánicos se presentan cuando las instituciones de control son diversos detentadores de poder que cooperan en la gestión estatal.

El proceso contencioso administrativo es el instrumento que permite el control interorgánico que ejerce el Poder Judicial sobre la Administración, a fin de garantizar el respeto del principio de constitucionalidad como base del respeto de los derechos fundamentales.

3. Derechos, administración pública y Constitución

En el Estado moderno, el derecho es el referente necesario para: 1) constituir los poderes públicos; 2) para que los poderes públicos ejerzan sus competencias; 3) para que sus actos sean sometidos a control; 4) para regular las relaciones de los administrados con los poderes públicos; y 5) para regir las relaciones de los administrados entre sí¹⁶¹.

¹⁵⁹ Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1970, pág. 149.

¹⁶⁰ Ídem, pág. 232 y ss.

¹⁶¹ Andaluz Horacio, *Aplicación judicial de la Constitución*, Editorial El País, Santa Cruz – Bolivia 2009, pág. 71.

Asimismo, Horacio Andaluz sostiene que “si el Estado de Derecho es interdicción de la arbitrariedad, entonces los instrumentos de defensa juegan un papel principal en su definición. En ese sentido, Raz incluye entre los aspectos formales del Estado de Derecho a la independencia judicial y al control jurisdiccional de la actividad pública”.

Los presupuestos materiales infranqueables y razón de ser como Estado de Derecho son los derechos y garantías constitucionales. La institución de gobiernos de poderes limitados se hace para garantizar la efectividad de tales derechos y garantías. Es en procura de su efectividad que las competencias de los poderes públicos se organizan en la forma de frenos y contrapesos; es este sistema el que obligadamente concluye en el control jurisdiccional de la actividad pública¹⁶².

Si bien este control jurisdiccional se efectúa a través de la justicia constitucional, este control es extraordinario, y el control ordinario esta encargado a la jurisdicción ordinaria.

En ese sentido, el profesor Alfredo Revilla Quezada cita a Maurice Hauriou “Así, pues, el progreso del Derecho Administrativo, aparece doblemente vinculado a la existencia de lo contencioso administrativo. Por una parte, porque esta institución asegura mayor paz y justicia; por otra, porque favorece el desarrollo del Derecho, propiamente dicho, ya por las garantías que crea, ya por la importancia que da a la personalidad moral de las administraciones, es decir, a las teorías subjetivas. En realidad el Derecho Administrativo francés se constituyó merced a lo contencioso y a los recursos contenciosos”¹⁶³.

El mencionado autor francés también es citado por Pablo Dermizaky cuando sostiene que “las dos principales teorías del Derecho Administrativo son la del recurso contencioso-administrativo contra las decisiones ejecutoriadas de la Administración y la de las responsabilidades pecuniarias en que incurra la Administración en el ejercicio de su autoridad”. Así sostiene que estas palabras

¹⁶² Andaluz Horacio, *Aplicación judicial de la Constitución*, Editorial El País, Santa Cruz – Bolivia 2009, pág. 73.

¹⁶³ Cita extraída del libro de Alfredo Revilla Quezada, *Curso de Derecho Administrativo Boliviano*, Escuela de Administración Pública, La Paz Bolivia, 1958, pág. 326.

destacan la importancia que este recurso tiene en la materia y particularmente para la protección de los derechos del administrado.¹⁶⁴

El jurisconsulto Jesús Gonzales dice que “una regulación del proceso administrativo debe afrontar y resolver hasta qué punto ha de abandonarse la limitación en función de una concepción subjetiva de la Administración y extenderse a litigios a que ha dado lugar la actividad de órganos del Poder Legislativo o Judicial y de las empresas públicas¹⁶⁵” (...) porque “el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comporta la inexistencia de sectores inmunes al control judicial. Cualquiera que sea el órgano frente al que se demanda justicia y cualquiera que sea la norma invocada como fundamento de la pretensión, la persona que crea tener derecho a algo ha de tener acceso a un órgano judicial, esto es imparcial e independiente, que juzgue y haga ejecutar lo juzgado”¹⁶⁶.

El auto control que ejerce la Administración pública sobre sus propios actos, mediante su capacidad espontánea o a reclamación de parte interesada, y aun la propia justicia administrativa interna, materializada en los recursos administrativos no constituyen una garantía integral y suficiente respecto a los derechos y suficiente respecto a los derechos subjetivos y a los intereses legítimos de los particulares. Siempre será difícil que la parte interesada –en este caso la Administración- sea un juez ecuánime de sus propios actos, respetuoso del ordenamiento jurídico y libre de apasionamientos y parcialidades¹⁶⁷.

Tal es el fundamento para que, dentro del Estado de Derecho, aparezca una institución diferente, atribuida de las potestades de juzgar y decidir, con independencia de la Administración activa, los conflictos surgidos entre la Administración y los administrados ocasionados por los actos ilegales o ilegítimos de

¹⁶⁴ Pablo Dermizaky Peredo, La protección jurídica del ciudadano. La defensa del administrado en el derecho constitucional y administrativo.

¹⁶⁵ Actualmente en Bolivia, el régimen de impugnación de los actos y contratos de las empresas estatales se encuentra en un limbo por la transición trunca al régimen establecido por la Ley de Empresas Estatales.

¹⁶⁶ Tomas Ramón Fernández, en La responsabilidad patrimonial de la Administración: fundamento y tendencias actuales, en La jurisdicción contencioso administrativa (extensión y límites), Abeledo Perrot, Buenos Aires 1988.

¹⁶⁷ Julio Alberto D'avis, Curso de derecho administrativo en Bolivia, Doctrina General y Legislación Boliviana, Editorial Letras, La Paz, Bolivia, 1960.

la primera, declarando y restableciendo el derecho, con autoridad de cosa juzgada, mediante un procedimiento contradictorio y, por consecuencia, realizando una auténtica actividad judicial. Tal es el control jurisdiccional sobre los actos administrativos comúnmente conocido por contencioso administrativo¹⁶⁸.

Esta es una de las materias más complejas del Derecho Administrativo al punto que no fue expeditivo para los abogados del pasado diferenciarla clara e inequívocamente. Así, por ejemplo, según referencia de Niceto Alcalá Zamora, “los viejos abogados españoles, que allá por el segundo tercio del pasado siglo colaboraron para formar esta jurisdicción, decían que la materia contencioso administrativa se distingue de la que no lo es, como las señoras diferencian los tejidos de hilo, algodón, lana o seda: al tacto¹⁶⁹”.

Desde entonces mucho se ha avanzado en la elaboración teórica y positiva y en el conocimiento de la naturaleza íntima de la justicia administrativa, aunque ningún tratadista pueda ufanarse de una construcción definitiva e irrevisable. Esta materia sea quizá la más importante para el porvenir mismo del Derecho Administrativo.

De comienzo, en el tema que nos ocupa, surge la dificultad de establecer la esencia intrínseca de esta institución que, siendo incuestionablemente añeja a la actividad administrativa, tiene una naturaleza absolutamente diferente, substantivándose acaso como la más elevada de las funciones jurisdiccionales. En efecto, mientras la justicia común actúa resolviendo en derecho los conflictos entre los particulares, la justicia administrativa consiste en resolver las controversias suscitadas por los actos de la Administración pública a demanda de los particulares. Aquí una de las partes es necesariamente, un órgano público que, como tal, no debería atentar contra la creación normativa. De ello se sigue que esta actividad, en el Estado de Derecho, conducida al conocimiento y a la decisión jurisdiccional, mediante procedimiento contradictorio, implica la más elevada y trascendental actividad de los órganos jurisdiccionales, señalándose mal grado de la discrepancia

¹⁶⁸ Ídem

¹⁶⁹ Ídem

expuesta por algunos tratadistas como “un trozo de la justicia y no de las administración”, tal como lo afirma Merkl.

La protección de los derechos fundamentales se ejerce, básicamente, frente a las Administraciones Públicas. Ello, obedece, sencillamente a los poderes de que éstas se hallan investidas, sin que sea posible olvidar que los derechos fundamentales se concibieron inicialmente, y son aún hoy, como instrumentos de defensa de la libertad del individuo frente al poder y, específicamente frente al poder político, del que la Administración es el más conspicuo representante. Por ello, el proceso contencioso administrativo de protección de los derechos fundamentales frente a los actos de las Administraciones Públicas es, aún más que el núcleo, el auténtico eje vertebrador de la protección procesal de los derechos fundamentales ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Néstor Pedro Sagües¹⁷⁰, sostiene que no es indispensable que un Estado incluya en su constitución reglas concernientes al procedimiento y proceso administrativo, o a la diagramación de la jurisdicción administrativa, si una legislación adecuada y una jurisprudencia constitucional aditiva proyectan en ambos asuntos las bases esenciales del debido proceso en general. Sostiene Sagües que mucho depende del “mercado constitucional” local, i) en el sentido de si existe o no una demanda social que reclame esta normativización, y ii) del comportamiento de los operadores constitucionales y subconstitucionales para actualizar correctamente (por ejemplo, por vía jurisprudencial, o mediante la sanción de normas infraconstitucionales), un texto constitucional antiguo o silencioso sobre aquellas cuestiones. Asimismo, sostiene Sagües, que si el constituyente estima por conveniente incursionar en tales temas, respondiendo a demandas sociales de normativización, hará una buena gestión en la medida en que redacte adecuadamente

¹⁷⁰ Néstor Pedro Sagües, El Procedimiento Administrativo. Perspectivas constitucionales. En Juan Pedro Machado Arias (Coordinador) 2009, Procedimiento y Justicia en América Latina, Fundación Konrad Adenauer, México, pág. 30.

las prescripciones del caso y que desde luego es preferible el silencio constitucional a una defectuosa planificación del proceso administrativo por el constituyente.

En aplicación de estas ideas que nos proporciona Néstor Pedro Sagües podemos advertir que respecto a lo que sucede en Bolivia se identifica una insuficiente regulación constitucional del procedimiento y proceso administrativo en la Constitución y una escasa demanda social que reclama esta normativización y un negativo comportamiento de los operadores constitucionales y subconstitucionales para actualizarla correctamente.

4. Control de los actos del Órgano Ejecutivo

Si se acepta la definición de Estado de Derecho como aquel que, en las relaciones con sus ciudadanos o asociados, y para la garantía de los derechos de éstos, el Estado se somete a un régimen de derecho y está sujeto en su acción a reglas que, primero, determinan los derechos que se acuerdan a los ciudadanos y, segundo, fijan las vías y medios por los cuales las autoridades públicas pueden lograr los fines del Estado, resulta que el régimen del Estado de Derecho está concebido en interés de los ciudadanos y tiene, como fin especial, preservarlos frente a las posibles arbitrariedades de las autoridades estatales.

Pero en el Estado de Derecho, si bien el aspecto de mérito de la decisión que adopte la autoridad pública, sólo puede ser objeto de control político, esa misma decisión puede ser objeto de un control jurisdiccional, en tanto la actividad decisoria administrativa se rige por normas jurídicas y debe, necesariamente adecuarse a ellas.

Por consiguiente, el poder ejercido a través de las funciones estatales, esta limitado por normas jurídicas. La función legislativa solamente es legítima cuando su expresión típica, la ley, encuadra en la normativa constitucional que determina los

límites o requisitos formales y sustanciales de la actividad legislativa; la función ejecutiva, a su vez, solamente será legítima, cuando el actuar administrativo se adecua a lo que, para el caso dispongan las normas constitucionales, legales y reglamentarias. Y la efectiva adecuación o ajuste de esas actividades de los poderes políticos a la norma de derecho que, en el caso las regula, tiene que poder ser controlada por un órgano o un conjunto orgánico diverso, ante el cual pueda recurrir el administrado a efectos de asegurar la real y efectiva tutela de los derechos o intereses legítimos que pudieran verse afectados por actuaciones jurídicamente desajustadas de los poderes políticos.

De allí que en los sistemas jurídicos positivos se instituyan mecanismos de variada índole que evitan la aplicación de leyes inconstitucionales o procuran impedir la aplicación de actos administrativos que vulneren derechos de los ciudadanos.

En el Estado de Derecho es necesaria la existencia de sistemas que permitan, especialmente cuando así lo requiere el ciudadano administrado, controlar y eventualmente, negar la eficacia a los actos de diversas autoridades estatales, cumplidos en ejercicio –presunto- de las funciones que les están atribuidas, cuando tales actos adolezcan de ilegitimidad o de antijuricidad, sea en su aspecto formal o en su aspecto sustancial. Así, tal control para ser efectivo y eficaz debe estar a cargo de órganos diversos a aquel que dictara el acto cuestionado o al conjunto orgánico al que pertenece, sino, asimismo, ajenos o externos al poder administrador o, al menos aunque insertos en el mismo conjunto orgánico, independientes e imparciales, es decir, no comprometidos con los intereses propios del órgano o del conjunto orgánico que emitiera el acto.

Según la exposición de motivos del anteproyecto de ley de procedimiento contencioso administrativo elaborado por el Ministerio de Justicia, dicho control debe consistir en la comprobación de la regularidad jurídica de una actividad ajena, traducéndose en un juicio lógico respecto a si tal actividad se adecua o no al ordenamiento jurídico (CPE, leyes, reglamentos) que la regulan. Así, se sostiene que “Ese tipo de control es esencial en todo Estado de Derecho para asegurar la sumisión de la Administración (función administradora o ejecutiva) al ordenamiento jurídico, en tanto el acto administrativo constituye una de las más destacadas formas

en que se manifiesta el poder estatal”¹⁷¹.

El mecanismo establecido específicamente a tal efecto por los ordenamientos jurídicos es el proceso contencioso administrativo, proceso que en su regulación debería brindar las mayores garantías a los particulares.

Así, bajo la apariencia del contencioso administrativo se encierra toda una concepción global del Estado de Derecho y del rol que en él van a ocupar los ciudadanos. Desde luego un procedimiento contencioso administrativo no es medio suficientemente adecuado para resolver las cuestiones de carácter constitucional, político o aún filosófico que definan el concepto del Estado de Derecho, pero sí es todo un sistema revelador de cual sea esa concepción general subyacente.

Dentro de esa visión del Estado, el contencioso administrativo, tiene un papel de la máxima relevancia porque no sólo es una vía sistematizada para lograr el control jurisdiccional de los actos de la Administración Pública, sino que es el medio imprescindible para que los ciudadanos ejerzan en plenitud sus derechos frente a y dentro de la compleja organización estatal.

El procedimiento contencioso administrativo es en suma un instrumento jurídico que demuestra cual es el grado de legitimidad de la relación entre el Estado y sus ciudadanos y, por lo tanto, constituye todo un “test de democracia”, porque otorga formalmente a esos ciudadanos un conjunto ordenado de derechos, desarrollando las previsiones constitucionales y estableciendo explícitamente que la estructura del Estado esta al servicio de los ciudadanos y no en sentido contrario.

La defensa de los particulares frente a la Administración se puede realizar de diferentes formas y ante distintos órganos jurisdiccionales, así, los dos grandes sistemas modelo que se presentaron en la historia respecto a este tema son: el sistema francés o administrativo y angloamericano o judicial.

¹⁷¹ *Exposición de motivos del anteproyecto de ley de procedimiento contencioso administrativo*, Ministerio de Justicia, Bolivia, 2001.

El sistema francés se caracteriza por la creación de tribunales administrativos situados dentro del Poder Ejecutivo, que son los que van a dirimir las controversias entre los particulares y la Administración. En cambio, en el sistema angloamericano, los tribunales que conocen de tales controversias pertenecen al Poder Judicial, de ahí que a este sistema también se le denomine “sistema judicialista”¹⁷².

Según algunos doctrinarios, sobre todo clásicos franceses, las relaciones jurídicas administrativas entre la Administración Pública y los ciudadanos no están regidas por el mismo principio de igualdad formal que opera en las relaciones entre particulares, sino por el de superioridad jurídica de la Administración, porque esta actúa y debe actuar siempre al servicio de intereses generales, que están por encima de los intereses particulares de los individuos. Ahora bien, esa superioridad jurídica no es ni puede ser absoluta, sino que está sujeta a los límites que establece el ordenamiento jurídico, para evitar que el poder del Estado degenera en arbitrariedad y tiranía.

En el entendido de la existencia de la división de poderes, el garante para la adecuada relación entre el poder administrativo y los contrapoderes limitativos representados por los derechos de los ciudadanos se sitúa en un poder diferente, indiferente e imparcial, como ha de ser el Poder Judicial, a quien se le encomienda la fundamental tarea de ser el custodio del equilibrio jurídico imprescindible, en las relaciones entre un poder administrativo superior y unos derechos y garantías inviolables.

Es así, que el contencioso administrativo es por esencia, el ámbito de competencia jurisdiccional independiente e idóneo que debe atender y resolver las diferencias entre el Estado y el ciudadano y sus respectivas pretensiones en igualdad. Entonces, la garantía de la revisión judicial de los actos de la actividad administrativa sólo podrá ser efectiva en la medida que el proceso contencioso administrativo tenga un régimen procesal adecuado, que permita tanto al ciudadano como al Estado,

¹⁷² Espinosa, Manuel Lucero. *Teoría y práctica del contencioso administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación*. 3ª. ed. Editorial Porrúa S.A., México. 1995. Pág. 18.

contar en igualdad de condiciones con un debido proceso. Es así que el proceso contencioso administrativo se rige por la garantía constitucional del debido proceso, entendido como el conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos derechos u obligaciones que están bajo consideración judicial.

Además hay que recordar que en el Estado de Derecho la actuación de los poderes públicos es válida cuando va precedida de una norma habilitante de competencia. Dice Carré de Malberg que “la autoridad administrativa no solamente debe abstenerse de actuar *contra legem*, sino que además está obligada a actuar solamente *secundum legem*, osea en virtud de habilitaciones legales”¹⁷³. Este es el principio de legalidad. Se sobreentiende que la fuente habilitante es previa, anterior en el tiempo a la fuente habilitada. “Quedarse en el principio de legalidad significa que los poderes públicos actúan “conforme a derecho” es una reducción redundante y peligrosa. Redundante porque la prohibición del hecho ilícito es consecuencia natural de la existencia de normas. Regular una conducta significa prohibir la conducta contraria. Que los poderes públicos deban comportarse conforme a derecho queda cumplido con regular sus actuaciones. Es peligroso porque puede dár pábulo a una extensión indebida de las competencias públicas. Si la constitucionalidad de un acto público quedaría cumplida con no violar el derecho, entonces los poderes públicos serían competentes para hacer todo lo que no les estuviera prohibido. Si esto fuera así, la Constitución caería por su base. Es imposible garantizar la libertad de los ciudadanos, a través de la organización de un gobierno de poderes limitados, si al Estado le es permitido todo lo que no esta prohibido. Que los poderes públicos estén sometidos a la constitución significa que actúan sólo en virtud de habilitaciones normativas previas, que tienen la forma de competencias expresas o de poderes implícitos”¹⁷⁴.

En el ordenamiento jurídico boliviano el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia constitucional No 054/01 de 17 de julio de 2001 expresa que la competencia constituye en la esfera de atribuciones de los entes y órganos,

¹⁷³ Carré de Malberg, R, Teoría general del Estado (reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000, p.450.

¹⁷⁴ Andaluz Horacio, *Aplicación judicial de la Constitución*, Editorial El País, Santa Cruz – Bolivia 2009, pág. 66.

determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo; es el conjunto de facultades y atribuciones que un órgano puede y debe ejercer, en este caso, de acuerdo a lo que expresa o en forma razonablemente implícita, le confieren la Constitución Política del Estado, las Leyes o los reglamentos. No definir lo “razonablemente implícito” es invitar a actuar sin habilitación normativa previa. Sólo son poderes implícitos los ejercidos como medios constitucionalmente lícitos para el cumplimiento de competencias expresas. Igual que con las competencias expresas, los poderes implícitos están limitados por la reserva de competencias a favor de otros órganos del poder público y por la prohibición de alterar los principios, derechos y garantías constitucionales¹⁷⁵.

Si no es por habilitación constitucional, el Órgano Ejecutivo sólo puede tener poderes normativos por habilitación de una norma superior y anterior que las fuentes que él produce. En términos generales, tal fuente habilitante es la ley. La superioridad de las leyes sobre las normas del Órgano Ejecutivo se funda en la mayor complejidad de su proceso de producción, que las dota de fuerza jurídica superior a los decretos y a las resoluciones del Órgano Ejecutivo (razón de teoría jurídica) y en la mayor legitimidad democrática de su órgano productor (razón de teoría política). La habilitación es expresa cuando las leyes disponen que deba reglamentarlas, es implícita cuando el Ejecutivo necesite reglamentarlas para su mejor cumplimiento (artículo 172.1). En este último caso, la reglamentación es el medio constitucionalmente válido (poder implícito) para el ejercicio de la facultad ejecutiva (competencia expresa). En todos los casos, la habilitación normativa es previa. Adelantarse a la ley supondría que el Órgano Ejecutivo se atribuyese los poderes legislativos generales de los que carece. Mutatis mutandi, la pluralidad de los Órganos Ejecutivos de la pluralidad de subsistemas autónomos y descentralizados se rigen por las mismas reglas que el Órgano Ejecutivo del subsistema nacional. Esto supone la subordinación de sus normas a las habilitaciones que les hagan los Órganos Legislativos, excepto cuando su poder normativo nazca directamente de las normas fundacionales de sus subsistemas¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Andaluz Horacio, *Aplicación judicial de la Constitución*, Editorial El País, Santa Cruz – Bolivia 2009, pág. 68.

¹⁷⁶ Ídem, pág. 69.

5. Importancia del proceso contencioso administrativo

García de Enterría señala que “el sistema contencioso administrativo es clave de cualquier Estado de Derecho digno de ese nombre”¹⁷⁷.

Asimismo, Marc Carrillo sostiene que “la motivación de su investigación de la tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios fue la considerable relevancia jurídica y política de una ley procesal de gran valor sustantivo, con la perspectiva de facilitar una mayor equiparación entre la Administración Pública y los otros sujetos que confluyen en el proceso; relevancia jurídica que no siempre ha sido bien retenida por los diversos sujetos jurídicos que actúan en el proceso”, al igual que se puede evidenciar en Bolivia.

Horacio Andaluz sostiene que “las constituciones existen para instituir gobiernos de poderes limitados; la regla general para su interpretación es leerlas a favor de los derechos fundamentales”¹⁷⁸.

En un Estado de Derecho moderno, el control a los actos de la administración constituye una característica esencial; no es posible concebir un sistema garantista de los derechos del ciudadano sin la existencia de adecuados mecanismos de control jurisdiccional a la administración.¹⁷⁹ Los derechos fundamentales de la persona, productos ambos de las revoluciones democrático-liberales de fines del siglo XVIII y del constitucionalismo que engendró; y por otra parte, el concepto de responsabilidad del Estado que se formó más tarde y cobró carta de ciudadanía en la mitad del siglo XIX. A medida que estos conceptos –Estado de Derecho, derechos de la persona y responsabilidad del Estado- evolucionan y se amplían en la legislación universal, así como en los pactos y declaraciones internacionales de derechos, la protección del

¹⁷⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Bogotá, Temis S.A., 2008, pág. 537.

¹⁷⁸ Andaluz Horacio, *Aplicación judicial de la Constitución*, Editorial El País, Santa Cruz – Bolivia 2009, pág. 46.

¹⁷⁹ San Miguel Rodríguez, Walker, *El contencioso administrativo en la legislación boliviana y comparada*, Weinberg S.R.L., La Paz – Bolivia, 2013, Pág. 11.

administrado se consolida como una institución inseparable de las anteriores. Bajo esa premisa, Dermizaky sostiene que, los Estados tienen la obligación de legislar con claridad, precisión y amplitud los derechos del administrado como tal, su protección y garantías, a los que deben asignarse la importancia que contemporáneamente se da a los derechos fundamentales, individuales y sociales¹⁸⁰.

Conforme señala Diego Eduardo López “el paradigma de dominación burocrática de Weber, en realidad, constituye una descripción sociológica de una serie de reglas y sistemas de derecho administrativo que se fueron desarrollando en Alemania y en Francia a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX y que pretendían, precisamente, separar con nitidez la administración de la política. Esta separación es, en gran parte, el núcleo del derecho administrativo moderno del que se espera que ofrezca garantías de “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad. Para lograr la realización de estos ideales el derecho administrativo establecía algunos principios fundamentales: el primero y más importante es que la administración también estaba sometida al principio de justicia”¹⁸¹. En ese sentido se identifica el nivel de importancia que el Estado moderno le ha asignado al control de la administración. Sin embargo, podemos advertir que esa importancia no ha sido suficientemente materializada en Bolivia.

6. Garantía de derechos, proceso contencioso administrativo y nuevo constitucionalismo.

Históricamente se han desarrollado mecanismos para la protección de los derechos, como los establecidos en la Carta Magna, concedida en 1215 por el Rey de Inglaterra Juan I cuando su artículo 39 sostenía que “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la

¹⁸⁰ Dermizaky Peredo Pablo, *Derecho Administrativo*, Editora J.V., Cochabamba-Bolivia., 2001.

¹⁸¹ Diego López Medina, *Constitucionalistas vs. Administrativistas*, Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Coordinadores, En: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Tomo XI Justicia, Federalismo y Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pág.551.

fuerza contra él ni enviaremos a otros a que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”¹⁸². Así posteriormente, el *due process of law* (*debido proceso judicial*) fue reconocido en las primeras constituciones norteamericanas y expresamente proclamado en la quinta y decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América. La enmienda V de 1791 sostiene: “Ninguna persona será detenida para que responda por un delito punible con la pena de muerte, u otro delito infame, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando estas estén en servicio activo en tiempo de Guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de vida, la libertad, o la propiedad si en el *due process of law*; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa”.

Desde la segunda mitad del siglo XX se produce una progresiva constitucionalización del derecho que implica la existencia de una Constitución “invasiva” que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Según Guastini, las principales condiciones de constitucionalización son: la existencia de una Constitución rígida que incorpora derechos fundamentales, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la “sobre-interpretación” de la Constitución (principios implícitos), la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme a constitución de las leyes, la influencia de la Constitución en el debate político. El constitucionalismo moderno se constituye como un sistema jurídico presidido por una Constitución pluralista y material frente al monismo del Estado liberal burgués que se expresaba a través de una Constitución formal y procedimental¹⁸³.

Conforme sostiene Storini “la Constitución ya no se configura exclusivamente como aquella “regla sobre la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, sobre

¹⁸² Carta Magna, descargada del sitio web:<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/17.pdf>

¹⁸³ Storini, Claudia, *La Acción de protección en el Ecuador: realidad jurídica y social*. 1.^a ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación” como afirmaba Kelsen¹⁸⁴ sino es norma jurídica en sentido pleno, una norma que regula y organiza el ejercicio del poder, que expresa formas de un consenso entre posiciones plurales que deben ser armonizadas por parte de todos los operadores jurídicos, incluido el legislador¹⁸⁵.

Asimismo la profesora señala que “la Constitución asume una tarea que en ninguna época precedente había tenido, es decir, la de volver a organizar la sociedad sobre la base de valores que puedan expresar la unión de voluntades. Las Constituciones contemporáneas, por tanto, representan un compromiso entre determinados actores, por medio del cual es posible crear un nuevo orden social y político; son a la vez compromisos y programas políticos. Y respecto de este nuevo orden, cada fuerza política puede representar tan sólo un fragmento. Con estas Constituciones viene a modificarse el concepto de soberanía entendida como necesaria existencia de una fuerza predominante, concretamente identificable y titular de un poder último”¹⁸⁶. Así, se determina la influencia de la Constitución Política del Estado ante el Derecho Administrativo.

El Profesor José Carrasco Torrico manifiesta que “la Constitución debe ser una verdadera garantía que ampare el derecho, la libertad y la justicia. Sobre todo debe ser un óbice infranqueable de parte del poder que limitado por sus disposiciones no puede atentar contra los derechos individuales”¹⁸⁷.

En la actualidad, según Viciano y Martínez “el nuevo constitucionalismo latinoamericano entiende que para que el Estado constitucional tenga vigencia efectiva no basta con la mera comprobación de que se ha seguido el procedimiento constituyente adecuado y que se han generado mecanismos que garantizan la efectividad y normatividad de la Constitución. El nuevo constitucionalismo defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir, que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, debe garantizar

¹⁸⁴ Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Estudios sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, p. 111.

¹⁸⁵ Storini, Claudia, *La Acción de protección en el Ecuador: realidad jurídica y social*. 1.ª ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

¹⁸⁶ Ídem.

¹⁸⁷ José Carrasco, *Estudios Constitucionales, Tomo I Garantías y derechos, Poder Legislativo (Primera parte)*, Gonzales y Medina Editores, La Paz – Bolivia, 1920, pág. 195.

la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar reglas limitativas del poder político pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía”¹⁸⁸.

Asimismo, los mencionados autores, junto a Gargarella sostienen que “está por verse si también se consigue llevar a la práctica todo lo diseñado en esos textos constitucionales con respecto a su efectividad y normatividad”¹⁸⁹. En ese ámbito está enmarcada la investigación presente, en el sentido de indagar la materialización legislativa y operativa de los mecanismos de protección de los derechos establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales, ante la Administración Pública. Esto debido a que si bien con la Constitución Política del Estado se han ampliado el catálogo de derechos, los mecanismos jurisdiccionales de protección de los mismos han mantenido un statu quo e incluso habrían perdido eficacia y efectividad real.

Así, entendemos que al plano “formal” o jurídico de la norma jurídica, en este caso de la Constitución puede accederse mediante la lectura, estudio e interpretación de las normas vigentes, conforme surgen del propio texto constitucional; mientras al plano “material”, real o sociológico, inaccesible desde la simple lectura de las normas, solo puede accederse desde el análisis la realidad político-social y verificar el grado de efectiva vigencia del orden constitucional en la praxis política, judicial, profesional y ciudadana; implica una medición de la realidad socio-política para constatar el grado de observancia real de la Constitución. Aunque no se trata exactamente de la misma clasificación, vale la pena traer a colación la clásica distinción de Lasalle entre la Constitución “hoja de papel” o mera “expresión escrita” y la constitución basada en los “factores reales de poder” que son la “fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad”¹⁹⁰.

En esta línea, no es suficiente hablar desde el punto de vista teórico de la Constitución de Bolivia como una formalmente garantista, sino habrá además que

¹⁸⁸Roberto Viciano y Rubén Martínez, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Corte Constitucional Ecuador.

¹⁸⁹Ídem pág. 20.

¹⁹⁰Ferdinand Lasalle, *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, Ed Siglo Veinte, 1964, pp.55, 63, 89.

comprobar si este garantismo formal alcanza proyectarse al plano material, real o sociológico.

Como señala Iván Velásquez Castellanos “si bien, desde el punto de vista positivista es importante y destacado el reconocimiento de derechos fundamentales, civiles, políticos, derecho de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, sociales, económicos, etc. la historia constitucional boliviana ha mostrado que ha proclamado los más altos valores y respeto a los derechos y al valor de cada una de las personas que conforman la sociedad, junto con sistemas democráticos avanzados. Sin embargo, la garantía, el respeto y cumplimiento de esos derechos se ha vuelto en la mayoría de los casos ineficaz debido a la debilidad de sus instituciones y a la ineficacia de sus políticas y de sus propios actores”¹⁹¹.

Además, si se considera que, como varios estudios han demostrado, uno de los elementos que caracterizan el paradigma constitucional boliviano es el fortalecimiento del papel de la función judicial, y por tanto, de los jueces constitucionales a la hora de ejercer sus competencias como garantes de los derechos, resulta fácilmente comprensible la relevancia de una investigación cuya finalidad sea indagar el grado de efectiva vigencia de este nuevo orden constitucional en la praxis política, judicial, profesional y ciudadana tanto en el ámbito interno como internacional, con especial interés a las relaciones entre la Administración Pública y los administrados.

Conforme se mencionó anteriormente, la investigación está dirigida a indagar si — y hasta qué punto — este modelo ejemplar de garantías logra ser realmente efectivo para el ciudadano, especialmente frente sobre todo frente a la Administración Pública.

Esta decisión implica empezar por el estudio de la naturaleza del modelo de “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” y de la relación que, éste último, guarda con el garantismo. Se trata de una opción, mucho más compleja, pero sin duda más completa, coherente y sistemática, y, sobre todo, la única que permita alcanzar una conexión entre praxis y Teoría del Derecho Constitucional que debe considerarse

¹⁹¹ Iván Velásquez Castellanos, *Derechos y garantías constitucionales. ¿Puede un Estado débil garantizar los derechos constitucionales?* en el libro *Reflexión Crítica a la nueva Constitución Política del Estado*, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pág. 118.

insoslayable a la hora de dar contenido a instituciones constitucionales, tales como el proceso contencioso administrativo o la acción de amparo constitucional o, más en general, la justicia constitucional, dentro del Estado constitucional de derechos y justicia. Todo ello con el fin de aportar un pequeño grano de arena a la configuración teórica de las características esenciales de este “nuevo” modelo de Estado cuya mayor cualidad parece ser exactamente la superación del modelo de Estado constitucional o social de derecho.

En ese sentido, Storini sostiene que “el contenido de la Constitución Boliviana, leído sistemáticamente, demuestra una prevalencia de los derechos sobre cualquier posición de poder, lo que podría ser definido como un modelo “hípergarantista de los derechos constitucionales” como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad en la función de protección de los derechos y garantías constitucionales”¹⁹².

Si esto es así entonces en primer lugar, habrá que verificar si este parámetro es atendido o desatendido en la práctica, y ello deberá evaluarse tomando en consideración tanto el desarrollo constitucional llevado a cabo por el legislador, en este caso la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, el Código Procesal Constitucional, la Ley del Órgano Judicial, la Ley del Procedimiento Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y la recientemente promulgada Ley transitoria para la tramitación de los procesos contencioso y contencioso administrativo.

En segundo lugar, habrá que intentar evaluar la divergencia o convergencia entre normatividad del modelo garantista previsto en la Constitución y nivel de efectividad de la garantía que dependerá por una parte de la capacidad del legislador de desarrollar los objetivos constitucionales y, por otra, de la actuación del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia y de los jueces, reflejada en la jurisprudencia.

Estas consideraciones demuestran la importancia de comprobar si el complejo sistema de protección de derechos puesto al alcance de los ciudadanos por el constituyente es o no efectivo; ya que sólo a través de ésta verificación se podrá determinar si el

¹⁹² Storini, Claudia, *La Acción de protección en el Ecuador: realidad jurídica y social*. 1ª ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013, pág. 26.

“garantismo” constitucional que se proclama desde la doctrina y que seguramente inspiró el poder constituyente ha logrado llegar a su aplicación efectiva, ya que la elaboración y plasmación de un modelo teóricamente garantista no asegura por sí solo la realización de las finalidades de un “Estado de derechos” ya que su materialización reside también en la actuación de los operadores de justicia.

De este modo, habrá que distinguir siempre entre modelo constitucional formal y material es decir, el que además de los elementos normativos toma en cuenta el funcionamiento efectivo del sistema y solo este tipo de análisis podrá dar cuenta del real nivel de garantismo que envuelve al sistema constitucional en su integridad.

En este marco, resultaba necesario examinar el ámbito normativo boliviano, para que desde allí se indague sobre los mecanismos constitucionales y legales que brindan protección al ciudadano, cuando tienen que discutir sus derechos ante la Administración Pública.

El nuevo constitucionalismo, como explica Miguel Carbonell, pretende explicar el conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de la década de los setenta. Son constituciones “que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”¹⁹³

Como lo sostienen Roberto Viciano y Rubén Martínez, el neoconstitucionalismo pretende, sin ruptura, convertir al *Estado de Derecho* en el *Estado Constitucional de Derecho*. La presencia hegemónica de los principios como criterios de interpretación en el constitucionalismo ha sido la principal herramienta de ataque del neoconstitucionalismo al positivismo jurídico.

Al decir de Comanducci, el neoconstitucionalismo está caracterizado por una constitución invasora, *por la positivización de un extenso catálogo de derechos*, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por la determinación de

¹⁹³ Carbonell, Miguel, Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Trotta-UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2007.

que la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales no puede ser la misma que la de las normas legales. Se trata en definitiva, de recuperar la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico y de fortalecer su presencia determinante en el desarrollo e interpretación del mismo. Además, y respecto al tema de la investigación, *el neoconstitucionalismo pretende garantizar un real control del poder de los ciudadanos*, busca solucionar el problema de la desigualdad¹⁹⁴.

Asimismo, Manuel Aragón Reyes señala que “la Constitución se ha convertido en paradigma, pero una mala práctica puede acabar invalidándolo”. En ese ámbito está enmarcada la investigación presente, en el sentido de indagar la materialización legislativa y operativa de los mecanismos de protección de los derechos establecidos en la Constitución, especialmente en la jurisdicción ordinaria y ante la Administración Pública. Esto debido a que si bien con la Constitución Política del Estado vigente se han ampliado el catálogo de derechos, sin embargo, los mecanismos jurisdiccionales de protección de los mismos han mantenido un statu quo o incluso un retroceso.

Es importantísimo recordar la idea de Bobbio sobre la superioridad del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres, en cuya disyuntiva el constitucionalismo es la teoría y la práctica de los límites al poder, que sólo encuentra su plena expresión en las constituciones que establecen límites formales y materiales al poder político, representados por la barrera que establecen los derechos fundamentales reconocidos y protegidos¹⁹⁵.

Con la Constitución de 1991 de Colombia, se formularon y entraron en vigencia en ese país una serie de derechos que estaban escritos pero que tenían significado meramente teórico. Esta Constitución implantó acciones como las de tutela que garantizaron que los derechos no iban a quedarse escritos sino que se iban a aplicar.

¹⁹⁴ Roberto Viciano y Rubén Martínez, Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Corte Constitucional del Ecuador.

¹⁹⁵ Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI, en El nuevo constitucionalismo en América Latina, Corte Constitucional, Quito, 2010

Es muy corriente escribir textos maravillosos, puestos al día con los mejores derechos europeos o de otras latitudes, con la secreta esperanza de que se queden allí, no tengan fuerza, ni trasciendan a la realidad o la transformen. Por eso hubo grandes críticas a los jueces que tomaron en serio la potestad que les atribuyó la nueva Constitución y empezaron a dar vigencia a principios que ya formaban parte de la carta anterior pero que no tenían ninguna importancia, porque su capacidad de conformar la convivencia social era nula¹⁹⁶.

Cuando se trata de conformar una sociedad democrática, hay que atender a las libertades y derechos individuales y satisfacer las necesidades, sin las cuales, esas libertades y esos derechos no son posibles. La satisfacción de esas necesidades no es otra cosa que la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁹⁷.

7. Derecho a la tutela judicial efectiva

Chamorro Bernal sostiene que “es el derecho que tiene todo sujeto de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar tutela de una situación jurídica, en la cual alega que está siendo vulnerado o amenazado algún derecho subjetivo o interés legítimo, a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución”¹⁹⁸. Por ello, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva despliega sus efectos en tres momentos distintos:

- antes del proceso (acceso a la jurisdicción),
- durante el proceso (debido proceso), y
- después del proceso (efectividad de las sentencias)¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Carlos Gaviria Díaz, Los derechos económicos y sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en el nuevo constitucionalismo en América Latina, Corte Constitucional, Quito, 2010

¹⁹⁷ Ídem

¹⁹⁸ Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*. Bosch Barcelona. Civitas, Madrid, 1989.

¹⁹⁹ Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio, *Teoría general del proceso*. Tercera edición. Temis, Bogotá, 2000.

Ahora bien, si bien es cierto que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho exigible en todo tipo de proceso, la explicación de la trascendencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, dentro del proceso contencioso administrativo es totalmente distinta a aquella que se debiera brindar para el proceso civil.

En efecto, desde una perspectiva civil podría ensayarse una explicación en los siguientes términos: ante el surgimiento de un conflicto de intereses los sujetos que son parte de dicho conflicto no tienen otra alternativa que acudir al órgano jurisdiccional para solicitar que éste resuelva dicho conflicto de intereses a través de una decisión que tiene la característica de ser definitiva y ejecutable. En tal virtud, el Estado tiene que garantizar a los ciudadanos el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, entendido éste en sus tres manifestaciones: un libre e igualitario acceso a la jurisdicción,²⁰⁰ que el proceso iniciado se lleve con las garantías mínimas,²⁰¹ y que al término del proceso se dicte una resolución fundada en derecho que pueda ser ejecutada.²⁰² Pero nótese que la explicación incide en que el proceso resulta ser la única forma como los ciudadanos pueden resolver sus conflictos de intereses, pues la autotutela se encuentra prohibida, salvo algunas contadas excepciones.

Sin embargo, la explicación antes esbozada no puede esgrimirse en los mismos términos en el proceso contencioso administrativo, pues este proceso tiene como presupuesto una situación de conflicto en la cual una de las partes tiene autorizado el recurso a la autotutela. En efecto, “la Administración Pública, las

²⁰⁰ Es lo que algunos autores han venido en denominar: derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del proceso. Para tal efecto véase: Chamorro Bernal, Francisco, op. Cit. Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. T. I. Temis-De Belaude & Monroy, Santa Fe de Bogotá, 1996. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*. Tercera edición. Temis, Bogotá, 2000.

²⁰¹ Es lo que se conoce como derecho al debido proceso. Dentro de las garantías mínimas se encuentran: el derecho al juez natural, el derecho a la asistencia de letrado, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el derecho de defensa. A su vez, dentro del derecho de defensa se encontrarían: el derecho a la instancia plural, la prohibición de la reformatio in peius defensa autor, el derecho a probar, la debida motivación de las resoluciones judiciales, el debido emplazamiento y el principio de congruencia (aunque éste es matizado en algunos procesos como en el laboral, constitucional y contencioso administrativo).

²⁰² Es lo que se conoce como el derecho a la efectividad de las sentencias.

entidades que la integran, están investidas de unas prerrogativas excepcionales que las dispensan de acudir a los jueces para dirimir los conflictos jurídicos y para realizar forzosamente sus decisiones frente a los obligados”²⁰³.

De esta forma, “la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus propensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial”²⁰⁴.

En ese sentido, dentro del Estado constitucional es evidente que la Administración Pública se encuentra en una situación de privilegio, pues el ordenamiento jurídico consagra la posibilidad de que siendo ella parte del conflicto de intereses que tiene frente a un particular, sea ella misma la que resuelva dicho conflicto a través de un procedimiento administrativo, al término del cual dictará un acto administrativo que tendrá como una de sus principales características la ejecutoriedad; es decir, la posibilidad de que dicho acto pueda ser ejecutado por la propia Administración frente al particular, sin que para ello haya sido necesario acudir a un órgano jurisdiccional. Pero es evidente que dicha situación que se explica en función de los intereses generales que está llamada a cumplir la Administración, podría dar lugar a arbitrariedades; pues el ejercicio de dicha función puede no ser ejercida con arreglo a la Constitución y a la ley (es decir, burlando el principio de legalidad) lo que puede suponer la vulneración de derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares.

Es por ello que surge la necesidad de que el Estado garantice a los particulares, el acceso a los órganos jurisdiccionales para que, dentro de un proceso en el cual se respeten las garantías constitucionales (entre las cuales se encuentran la que la resolución sea dictada por un tercer imparcial predeterminando por la ley), pueda lograr una efectiva tutela de sus derechos e intereses ante una actuación administrativa que no se halla conforme a derecho.

²⁰³ Jesús Gonzales Pérez, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*. Temis. Bogotá. 1985, Pág. 3.

²⁰⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas. Madrid. 2000. Pág. 505.

Existen varias formas del proceso contencioso administrativo, pero son dos las más importantes: el de plena jurisdicción y el de anulación (exceso de poder). Mientras el primero de ellos tiene por objeto proteger los derechos subjetivos de los administrados, el segundo pretende mantener la legalidad de la actividad administrativa. Tratándose del recurso de plena jurisdicción, se exige que el demandante sea titular de un derecho subjetivo lesionado y respecto del de anulación, que el ocurrente tenga un interés personal en la anulación del acto impugnado ²⁰⁵.

Pero, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone una posibilidad de tutela generalizada de los derechos e intereses legítimos de los particulares frente a los actos administrativos. Por ello, un sistema de contencioso administrativo de “plena jurisdicción” es sin duda el sistema que más se adecua al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En efecto, una vez que el ordenamiento jurídico ha establecido que un interés o un derecho es digno de tutela, concede al titular del mismo la posibilidad de su protección. Pero dicha tutela que es declarada de manera abstracta y general por el derecho objetivo, sólo podrá encontrar efectividad en la medida que el Estado diseñe medios para que dicha protección sea plena, en caso en el que el derecho subjetivo o interés legítimo se vea lesionado o amenazada por un acto de la Administración Pública. De esta manera, si el particular alega que la Administración amenaza o lesiona una situación jurídica subjetiva o interés del cual es titular, podrá acudir a los órganos jurisdiccionales y participar de un proceso judicial dotado de las mínimas garantías, luego del cual se dictará una sentencia fundada en derecho y con posibilidad de ejecución.

Sólo así hay una verdadera y efectiva tutela de las situaciones jurídicas de las cuales son titular los sujetos. Y en eso precisamente consiste el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De esta manera, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva procura garantizar que los ciudadanos puedan contar con una efectiva tutela de los

²⁰⁵Cerda Guzmán, Carolina Andrea. *El control de legalidad de los actos administrativos en Chile*. Documento de trabajo N° 27. Ministerio del Interior - Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo. 2003, Pág. 36.

derechos e intereses de los cuales son titulares.

8. Evolución del proceso contencioso administrativo en Bolivia

Al principio de la República de Bolivia al no existir ninguna normativa específica se entiende que los conflictos Estado – particulares se resolvían en la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo los antecedentes que describiremos a continuación Walker San Miguel manifiesta que “fue recién el Código de Procedimiento Civil del año 1976 la norma procesal que reguló – aunque de manera escueta – el proceso contencioso y contencioso administrativo, por ello mismo era usual sostener que Bolivia había carecido de una normativa especial que regulase el instituto procesal del contencioso-administrativo durante toda su vida como estado independiente”²⁰⁶.

En ese sentido, Pablo Dermizaky Peredo sostiene en 1993 en el artículo Protección Jurídica del ciudadano que en Bolivia esta materia se rige por el Decreto Supremo de 26 de junio de 1858 y por los artículos 778 al 781 del Código de Procedimiento Civil²⁰⁷.

Por ello es importante efectuar indagar respecto a las modificaciones de estas instituciones jurídicas por las cuales el ciudadano, en Bolivia, podía hacer valer sus derechos frente a la Administración.

Previamente realizaremos un repaso de lo que las Constituciones de Bolivia han establecido a lo largo de su historia respecto a la protección de derecho a través de la jurisdicción ordinaria.

²⁰⁶ San Miguel Rodríguez, Walker, *El contencioso administrativo en la legislación boliviana y comparada*, Weinberg Editores, La Paz – Bolivia, 2013.

²⁰⁷ Pablo Dermizaky Peredo, *La protección jurídica del ciudadano. La defensa del administrado en el derecho constitucional y administrativo*, Editorial J.V., Cochabamba, Bolivia, 2001.

En Bolivia, la Constitución de 1826 consignaba entre las atribuciones de la Corte Suprema la siguiente: “2ª. Conocer de las causas contenciosas del Patronato Nacional”.

La del 1831 estableció el Consejo de Estado; pero no le dió ninguna jurisdicción contenciosa. Al contrario, entre las facultades originarias de la Corte Suprema, introdujo la siguiente “3ª. Conocer de las causas que resultaren de los contratos o negociaciones del Poder Ejecutivo”.

La Constitución de 1834 no varió la anterior disposición. La de 1839 suprimió el Consejo de Estado y en las atribuciones de la Corte Suprema consignó la siguiente “3ª. Conocer las controversias que se susciten por los contratos o negociaciones que el Poder Ejecutivo celebre por sí o por medio de sus agentes.”

La Constitución de 1884 crea un Consejo Nacional, sin facultad ninguna contenciosa. En la organización del Poder Judicial, libra a la ley secundaria la enumeración de sus atribuciones.

La de 1851 suprime el Consejo Nacional y tampoco enumera las atribuciones de la Corte Suprema.

La de 1861 restablece el Consejo de Estado y en su artículo 42 dispone: “Una comisión de siete consejeros (el Consejo se componía de quince) formará el Tribunal Supremo contencioso administrativo.” Este artículo creó tal jurisdicción transplantada de Francia.

La Constitución de 1868 que tuvo una vida muy efímera, suprimió el Consejo de Estado y tampoco confirió a la Corte Suprema una facultad expresa en esta materia.

La Constitución de 1871 restableció el Consejo de Estado, pero dictó la ley de 30 de septiembre de 1871 que dice “1º. Queda abolido el fuero contencioso administrativo. 2º. Los jueces y tribunales ordinarios conocen de estas causas.”

La de 1878 consigna entre las atribuciones de la Corte Suprema la facultad de conocer de las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo y de las demandas contencioso-administrativas a que dieran lugar las resoluciones de dicho poder.

La Constitución de 1880, dispone atribución idéntica para la Corte Suprema. Asimismo la Constitución de 1938. Al igual que la Constitución de 1945. Atribución que no sufrió modificaciones con la reformas a la Constitución de 1947. Tampoco esta redacción fue modificada por la Constitución de 1961. Esta disposición queda de esta forma hasta la Constitución de 1967, y no fue modificado en la reforma de la Constitución de 1994.

En la Constitución de 2009 se elimina esta atribución del Tribunal Supremo de Justicia, otorgándose únicamente al Tribunal Agroambiental la atribución de conocer y resolver en única instancia los procesos contencioso administrativos que resulten de los contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y de los demás actos y resoluciones administrativas.

En todos los periodos descritos, conforme lo que sucedió en otros países de la región, y en concordancia con lo descrito en Colombia por Diego Eduardo López “el tratamiento formalista de la estructura del Estado en Colombia desarrolla sistemáticamente el punto de vista de los administrados. Se trata de un derecho administrativo liberal concebido, en realidad como derecho privado (por más paradójica que resulte esta afirmación): aquí se parte de la ficción de un derecho administrativo que defiende a los individuos frente a la siempre presente arbitrariedad del Estado”²⁰⁸ o como diría Gabriel García Márquez en la novela Cien años de Soledad “el derecho como una ilusión”.

²⁰⁸ Diego López Medina, *Constitucionalistas vs. Administrativistas, Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Coordinadores, En: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Tomo XI Justicia, Federalismo y Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pág.544.

Así podemos afirmar con base a lo mencionado que en Bolivia se tiene una ficción de protección de los derechos del administrado frente a la administración en la cual se le exige agotar recursos administrativos formales, la jurisdicción no es especializada, la legislación no se encuentra desarrollada y es contradictoria, asumiendo reglas del proceso ordinario civil, y aún con limitaciones como la prohibición de presentación de prueba, la imposibilidad de la impugnación de la decisión judicial de primera instancia y la contradicción en la jurisprudencia de los más altos tribunales como el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema o sus sucesores en el Estado Plurinacional.

8.1. Consejo de Estado

Teodosio Lares, en 1857 nos decía que nace lo contencioso y el recurso ante los tribunales administrativos si la administración no puede obrar sin tocar derechos, ya sean primitivos, o ya adquiridos, o si pretende apoderarse de ellos, o causarles un perjuicio grande o pequeño.²⁰⁹ Asimismo, trata de establecer la necesidad de un contencioso administrativo propio y exclusivo de una jurisdicción administrativa.

Sustenta que la administración tocando el derecho de los individuos se llama administración contenciosa, y el interés que busca la misma administración, discutido en contacto con ese derecho privado, es lo que se llama contencioso administrativo. Contencioso, porque el respeto debido a los derechos particulares, exige que antes de sacrificarlos al interés común haya una discusión, y de esta nace la contienda; y administrativo, porque es la administración misma la que debe conocer y decidir de la contienda.

El mencionado autor señala además que “el carácter dominante y distintivo de lo contencioso administrativo se resume en la siguiente proposición: “interés especial emanado del interés general, discutido en contacto con un derecho privado”. Cuando desarrolla esta idea nos señala que es preciso que el acto sobre el derecho privado

²⁰⁹ Teodosio Lares, Lecciones de Derecho Administrativo, dadas en el Ateneo Mejicano, Imprenta De López, Sucre, 1857, pág. 129. Obra adoptada por el Consejo universitario de Sucre, para la enseñanza en el cuarto año de la Facultad de Derecho.

emane de la administración, y no del poder legislativo, ni del ejecutivo propiamente tal, en aplicación a la teoría de separación de poderes y funciones clásicas.

A manera de ilustración señala que “el mutuo consentimiento produce los contratos; los procesos que son las discusiones nacen del disenso. En materia administrativa sucede lo mismo; del disenso nace la discusión, de la discusión lo contencioso. Exige además que el interés especial de la sociedad se halle en contacto con un derecho, ya sea de una persona particular o una persona moral, porque solamente el derecho merece examen solemne y formal antes de ser sacrificado”.

El mencionado profesor mexicano, cuyo texto fue adoptado en la Universidad San Francisco Xavier, en Bolivia, en 1857 sostiene que “la necesidad de una jurisdicción administrativa, que conozca y decida de lo contencioso administrativo, está fundada en la separación de los poderes ejecutivo y judicial y donde se reconozca la verdad fundamental de que jamás pueden reunirse dos o más de ellos en una corporación o persona, la jurisdicción administrativa debe ser reconocida, porque de ella se deriva naturalmente del poder ejecutivo que es su fuente u origen”.

Además sostiene que, junto a los franceses revolucionarios, que el fundamento indestructible del poder de juzgar lo contencioso de la administración misma, se encuentra precisamente en la unión de este poder de juzgar con la administración, de la cual es parte integrante, indivisible, inseparable. “Es imposible que la administración exista sin la facultad o sin el poder de juzgar lo contencioso administrativo; porque conocer y decidir acerca de los actos de la administración es administrar; administrar corresponde al poder ejecutivo, y el poder ejecutivo no puede ejercerse por el poder judicial, como se ejercería si este poder conociese de los actos administrativos”²¹⁰. Si los actos de la administración estarían sujetos a esa autoridad extraña y de sus decisiones dependería el que se llevaran o no a efecto, esto no sería administrar: No habría entonces poder administrativo, sino confusión de poderes y desorden en la administración. Lo contencioso administrativo, según esta posición nace de las consecuencias, de los resultados, de la interpretación de los

²¹⁰ Teodosio Lares, Lecciones de Derecho Administrativo, dadas en el Ateneo Mejicano, Imprenta De López, Sucre, 1857, pág. 129. Obra adoptada por el Consejo universitario de Sucre, para la enseñanza en el cuarto año de la Facultad de Derecho.

actos administrativos. Los tribunales no pueden ni explicar, ni modificar, ni anular un acto administrativo, porque entonces ellos administrarían; el juicio de los contenciosos administrativos debe pues pertenecer a la jurisdicción administrativa, la cual debe ejercerse por la administración misma por medio de sus agentes, o de sus consejos administrativos.

Respecto a los que no reconocen lo contencioso administrativo y menos la jurisdicción administrativa se tienen los siguientes argumentos. La administración, se dice, es juez y parte. A lo cual el profesor Lares sostiene que la asimilación que se hace del gobierno, cuando administrando conoce de los inconvenientes que se oponen a sus actos, para removerlos, es contraria a los principios del régimen constitucional. El gobierno administrando a nombre del Estado, representándolo como unidad nacional, velando por el interés general, conservando y protegiendo los intereses comunes y colectivos, no es parte, y como ya se dijo, cuando conoce y decide de los actos contenciosos, administra. No es entonces parte, no defiende interés particular, ni propio suyo; son los intereses de la nación los que administra. No es una parte que sostiene sus derechos; es la autoridad que administra la que obra, y cuyos actos no pueden reformarse sino por la misma autoridad administrativa de sus agentes o consejos. Así la jurisdicción que ejerce la administración es el complemento de las acciones administrativas.²¹¹

Teodosio Lares manifiesta que lo contencioso-administrativo tiene su carácter propio, sus signos distintivos y que se revela a nosotros con tanta evidencia, como lo contencioso civil o lo contencioso criminal, al contrario de lo que años más tarde nos diría el profesor Niceto Zamora, que el contencioso se distingue al tacto, como las señoras distinguen las telas.

Además, el autor mexicano sostiene que para ello el Estado debe ser considerado como persona moral, como propietario, ocasión en la cual deberá ser juzgado por los tribunales ordinarios; o como nación, república, unidad nacional, en

²¹¹ Teodosio Lares, Lecciones de Derecho Administrativo, dadas en el Ateneo Mejicano, Imprenta De López, Sucre, 1857, pág. 138. Obra adoptada por el Consejo universitario de Sucre, para la enseñanza en el cuarto año de la Facultad de Derecho.

la cual la administración sola es la que debe resolver las altas cuestiones de la misma administración.

En 1920 el profesor boliviano José M. Gutiérrez sostiene respecto a la posibilidad de que la administración sea juez y parte observa que el Estado o Municipio, dominados quizá, por espíritu netamente fiscalista y celosos por la defensa de los derechos colectivos, pueden llegar a resolver los pleitos con falta de ecuanimidad y aún de justicia, por lo cual pone reparos a la jurisdicción administrativa especial.²¹²

Refuta los argumentos para mantener la jurisdicción administrativa especial ya que respecto a la especialidad técnica sostiene que los jueces pueden ser ilustrados por funcionarios técnicos sobre determinadas cuestiones, y además sugiere, respecto a la impericia que se podrían constituirse tribunales especiales manteniendo su absoluta independencia.

Respecto a que la independencia de los poderes públicos quedará afectada si se admite que los pleitos administrativos sean conocidos y resueltos por la autoridad judicial. Esta es una objeción más aparente que real, pues dentro de la organización constitucional moderna, existe compenetración de facultades y atribuciones entre las tres ramas del Gobierno, y precisamente en este equilibrio armónico, mediante el cual, el Legislativo, Ejecutivo y Judicial se fiscalizan respectivamente, se basa la verdadera democracia.

Así, citando a autores españoles de Derecho Administrativo como Posada y Santa María de Paredes, de acuerdo a la legislación de su país define el recurso contencioso-administrativo del siguiente modo: “Es la reclamación que se interpone, después de apurar la vía gubernativa, contra una resolución dictada por la administración pública en virtud de sus facultades regladas y en la cual se vulnera un derecho de carácter administrativo, establecido anteriormente en favor del reclamante, por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo, comprendiéndose bajo la denominación de lo contencioso-administrativo tres casos

²¹² José M. Gutiérrez, Derecho Administrativo, Editorial Arno Hermanos, La Paz Bolivia, 1920, pág. 442.

diferentes a saber: 1º la jurisdicción contencioso-administrativa, o sea la facultad de conocer y resolver el juicio (organización de tribunales); 2º. La materia contencioso-administrativa, o sea el asunto del conflicto, que puede ser objeto del juicio; y 3º el procedimiento contencioso administrativo, ósea la tramitación de este juicio.²¹³

El proceso contencioso administrativo en Bolivia tiene como primer precedente reglamentario el Decreto Supremo de 24 de diciembre de 1857 emitido en el gobierno provisorio del abogado José María Linares²¹⁴, el cual justificado en la necesidad imperiosa de la creación de un tribunal que evite la confusión de poderes y sea competente para la resolución de lo contencioso administrativo, dispone el establecimiento de un Consejo de Estado, mientras se convoca a un Congreso que constituya el país y distribuya las funciones del poder público.

Este Consejo de Estado estaba compuesto de 18 miembros que el Gobierno nombraría y convocaría para la discusión de graves y difíciles asuntos. Este Consejo podría ejercer el voto consultivo, mediante Dictamen, en los asuntos que le someta el Gobierno y preparar los trabajos que le encargue el Gobierno. Además, el Consejo de Estado tendría una comisión permanente compuesta de cinco miembros, la que residirá cerca del Gobierno y desempeñaría las funciones de Tribunal en todo lo contencioso-administrativo y además una función consultiva de trabajos especialmente encargados. Los miembros de esta Comisión Permanente fueron designados por Decreto Supremo de 18 de enero de 1858, comisión que fue presidida por el doctor Andrés Quintela²¹⁵.

Una vez separados todos los asuntos contencioso administrativos de la jurisdicción ordinaria por la disposición mencionada, por Decreto Supremo de 26 de junio de 1858 se sanciona la Ley de organización de tribunales y modo de proceder en los negocios contencioso-administrativos y en los juicios coactivos de apremio y pago. Esta disposición legal establece en el artículo 1 que por regla general “los negocios contencioso-administrativos son todos aquellos en los cuales hay oposición

²¹³ José M. Gutiérrez, Derecho Administrativo, Editorial Arno Hermanos, La Paz Bolivia, 1920, pág. 442.

²¹⁴ Norma descargada de www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo el 04 de abril de 2014

²¹⁵ Ídem.

legítima entre el interés público y el privado, cuando la reclamación particular se interpone con ocasión de un acto administrativo, y fundándose en un derecho perfecto y absoluto”. Además señala que *“son asuntos del mismo género, aquellos en que con igual ocasión, se susciten cuestiones entre dos particulares o establecimientos públicos, cuando el interés de unos y otros se roza de tal manera con el interés general que no es posible separarlos”*.

El mencionado Decreto constituyó los respectivos tribunales administrativos con los jefes políticos de cada Departamento (anteriores Prefectos y actuales Gobernadores), un vocal de la Municipalidad y el Administrador del Tesoro y les atribuyó conocer de todos los asuntos contenciosos administrativos que ocurran en el Departamento y en los relativos a cuentas emergentes de la administración de los intereses fiscales del Departamento.²¹⁶ En estos procesos el Jefe Político sustanciaba por sí solo, los asuntos contencioso-administrativos, hasta ponerlos en estado de sentencia.

Los Jefes Políticos de las Provincias conocían los asuntos de igual naturaleza por sí solos, dentro de sus respectivas circunscripciones, con apelación ante los tribunales departamentales²¹⁷.

Los tribunales departamentales debían actuar con el escribano de hacienda, y en las provincias con el actuario del juzgado de instrucción. Cuando se entablase una demanda, a instancia de particulares, el Jefe Político podrá decidirla gubernativamente, si creyese que el asunto fuese de su exclusiva competencia, quedando a la parte el recurso ante el Gobierno Supremo. Los fiscales son los representantes de la administración, y como tales les corresponden contestar a las demandas interpuestas contra el Estado, y entablar las que convenga al interés público²¹⁸.

Llama la atención que en este tipo de procesos el mencionado Decreto Supremo dispone que en los Tribunales administrativos se pudiera litigar sin el

²¹⁶ D’avis Julio Alberto, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Letras, La Paz – Bolivia, 1960.

²¹⁷ Ídem.

²¹⁸ José M. Gutiérrez, Derecho Administrativo, Editorial Arno Hermanos, La Paz Bolivia, 1920, pág. 447.

ministerio de abogados y procuradores; y tampoco se exigirán derechos procesales. Las demandas en lo contencioso-administrativo, se entablarían por medio de un escrito o memorial, que se comunicaría en traslado a la parte demandada²¹⁹.

El Decreto establece que con el escrito de contestación, o dos más, si se creyere necesario para fijar la cuestión, quedarán terminadas las exposiciones de las partes, y el actuario someterá el proceso al conocimiento del Tribunal, que decidirá si se ha de señalar día para la vista pública y resolución, o si se ha de recibir prueba²²⁰.

Las diligencias de prueba las sustanciará el Jefe Político, de acuerdo al Código de Procederes vigente, en cuanto sean conciliables con la celeridad y sencillez que se requieren en el procedimiento de los negocios del Estado, no pudiendo ser causa de nulidad, sino la omisión de las formas sustanciales²²¹. El Jefe Político podrá comisionar para cualesquiera diligencias a los Jefes Políticos de las Provincias, a los Jueces instructores y a los Alcaldes parroquiales; asimismo puede pedir los informes que considere convenientes a cualquier funcionario.

En el mencionado proceso eran necesarios dos votos conformes para formar sentencia en los tribunales administrativos, y en los casos de discordia dirimiría el Presidente de la Municipalidad.

No existía recurso de apelación contra las providencias interlocutorias; y las nulidades y agravios que con ella se causaren, se ventilaban y decidían al mismo tiempo que los recursos que se interponían contra las sentencias definitivas. Tampoco había lugar al recurso de apelación en las sentencias pronunciadas en los negocios, en que se litigue un valor que no pase de trescientos pesos.

Respecto al Tribunal de segundo grado de jurisdicción en los negocios contencioso-administrativos y del modo de proceder ante él en segunda y última instancia la disposición legal señalada establece que la Comisión permanente del Consejo de Estado es el Tribunal de segundo grado de jurisdicción, para los negocios

²¹⁹ Ídem.

²²⁰ Descargado de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/GOB-20/page:3> en fecha 04 de abril de 2014.

²²¹ Ídem.

contencioso-administrativos y el Tribunal de Valores para los de cuentas del Erario público, y como a tales les corresponde *reformular, anular o revocar* las sentencias de los Tribunales inferiores²²².

La parte que se considere agraviada por una sentencia dictada en primera instancia, podía apelar de ella para ante la comisión permanente del Consejo de Estado, interponiendo el recurso dentro de tres días contados desde el de la notificación legal.

Los casos en que corresponde a la Comisión permanente del Consejo de Estado conocer en primera y única instancia son: 1° de las demandas contenciosas sobre subsistencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados directamente por el Gobierno: 2° de las demandas contenciosas á que den lugar las resoluciones supremas, cuando el Gobierno acuerde someter al conocimiento del Consejo las reclamaciones de las partes.

Concedido el recurso, el apelante debería comparecer ante el tribunal superior dentro de tres días, si este funciona en el mismo lugar; y dentro de veinticinco días si funciona en otro departamento. Si no lo hiciera de esa forma, transcurridos estos plazos, la apelación se declaraba desierta y por consentida la sentencia, previa la rebeldía que acuse el apelado.

El recurso de apelación no suspendía la ejecución de la sentencia, a no ser que en ella se hubiese mandado lo contrario.

Compareciendo las partes oportunamente ante el tribunal de segundo grado, del escrito de mejora de apelación se comunicará traslado a la parte apelada, y con su contestación quedaría el proceso en estado de verse en definitiva.

El Tribunal de segundo grado, para mejor proveer, puede ordenar *se practiquen de nuevo las diligencias probatorias de primera instancia*, que estimase viciosas o insuficientes, u otra clase de prueba que no se hubiese practicado ante el

²²²D'avis Julio Alberto, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Letras, La Paz – Bolivia, 1960.

inferior. No se admitía en segunda instancia ninguna pretensión ni excepción nueva, salvo aquellas que procedan de causas sobrevinientes.

La sentencia debería ser motivada y ser pronunciada mediante las formas prescritas por el Código de procederes, respecto de las Cortes de Justicia en los capítulos 8° y 9.° título 2.° del libro 4.°

Constituían casos de nulidad 1°. No haber concurrido a la sentencia el número de vocales que forma el tribunal respectivo; 2°. Ser ella contraria, en su decisión, al texto expreso de la ley; 3°. La falta de competencia; 4°. La incapacidad de alguna de las partes para litigar; 5°. La falta de emplazamiento o de citación para prueba o sentencia; y 6°. La denegación de la prueba.

Corresponde a los tribunales de segundo grado conocer de los recursos de nulidad de las sentencias del primer grado de jurisdicción; y al Gobierno en Consejo de Ministros, de las que se interpongan contra las pronunciadas en segundo y último grado.

Correspondía al Gobierno Supremo dirimir las competencias de jurisdicción, que ocurran entre las autoridades administrativas y los tribunales ordinarios y especiales.

El profesor boliviano José Gutiérrez señalaba que al mencionado decreto le caracteriza su tendencia invencible a convertir las oficinas administrativas en verdaderos tribunales de justicia, contra los cuales, el Derecho administrativo moderno reacciona sensiblemente, pues de otro modo se desvirtuarían las atribuciones esenciales y peculiares de la administración. Sin embargo también habrá que considerar que contemplaba algunos elementos

Lamentablemente, a pesar de la búsqueda realizada en archivos históricos y bibliografía nacionales se ha podido revisar escasa jurisprudencia de este periodo del contencioso administrativo en Bolivia en la que encontramos y antecedentes de un procedimiento con Pliego de Cargo contra Don José Domingo Lazo por 1.000 pesos en el cual el ejecutado presentó la excepción para que el señor Comisionado Fiscal

decline jurisdicción y se pasen obrados al tribunal contencioso administrativo en atención del artículo 1ro. del supremo decreto orgánico de 26 de junio de 1858. En respuesta a aquello el Comisionado Fiscal responde que debería tener por base y fundamento un *acto administrativo* de parte del Fisco y que el ejecutado tenga un derecho acreditado. En ese punto se determina una semejanza con los pronunciamientos del Tribunal Supremo de Justicia respecto a la necesidad del acto administrativo, para la procedencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

8.2. Jurisdicción ordinaria

Mediante Ley de 30 de septiembre de 1871,²²³ incorporada en el artículo 22 de la ley de organización judicial, declaró abolido el fuero contencioso-administrativo y se dispone que los jueces y tribunales ordinarios conozcan de estas causas.

El tratadista boliviano José Carrasco, en 1920 sostenía que “el concepto del derecho y de la justicia nació junto con la organización de las sociedades y que en la vida de los pueblos ha existido constantemente el empeño de establecer relaciones jurídicas entre los asociados, y las colisiones individuales han buscado garantías eficaces en la organización de la justicia y que el progreso de sus pueblos y la mayor extensión de los derechos individuales, dio margen a la necesidad de contrarrestar el poder avasallador del Estado y de allí surgió el derecho de defensa individual o colectiva contra los abusos y atentados del poder público”²²⁴.

Asimismo, el mencionado autor junto a Nuno de Andrade afirma “que esa faz del problema no la conoció el mundo antiguo. Sólo la desvendó y resolvió el mundo moderno. Es la mayor conquista del derecho de los últimos tiempos”. Obligar al Estado omnipotente, soberano, creador del derecho, a someterse a reglas jurídicas y a responder por los derechos individuales lesionados, fue obra ingente que parecía un mito a los juristas de otras eras en que predominaba los ilimitados derechos del

²²³ Descargado de la página web: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/GOB-24/page:4> fecha 04 de abril de 2014.

²²⁴ José Carrasco, Estudios Constitucionales, Tomo IV Poder Judicial, Apéndice, Constitución Política, Gonzales y Median Editores, La Paz – Bolivia, 1920, pág. 195.

poder. El ataque al monstruo, aún es al presente uno de los aspectos más palpitantes del derecho público moderno. La lucha no está aún terminada. Ante un despertar tan vigoroso del derecho privado, el Estado tuvo un refugio. Fue lo contencioso administrativo”²²⁵.

José Carrasco afirma, en 1920, que estos simulacros de justicia, resabio de regalías antiguas, subsiste todavía en algunos Estados, como torreones de una fortaleza desmantelada y como una reminiscencia de la tiranía del poder, juzgando y administrando al mismo tiempo.

Además el profesor Carrasco afirma contundentemente que “Lo contencioso administrativo fue, pues, una transacción entre los derechos individuales respetados por el avance civilizador de los principios jurídicos y los privilegios absolutos del Estado. Este se vio al frente de un dilema. O entregaba a un poder independiente y vitalicio como el judicial los derechos heridos, o tenía que organizar dentro de su seno una jurisdicción especial para estos casos. Se decidió por éste último extremo y creó lo contencioso administrativo, que es una justicia ejercida por medio de jueces especiales ligados a la administración. Sin embargo, manifiesta que el Estado moderno ha tenido el heroísmo aún mayor de someterse al imperio de una soberanía más elevada y suprema, la de la ley, sometiéndose a las sentencias de los tribunales de justicia, entregado a jueces independientes, miembros de un nuevo poder. Es la autolimitación del Estado engendrando la vida de los pueblos dentro de las líneas inflexibles de la regla jurídica”²²⁶. Después de casi cien años después de estas expresiones, se evidencia que no hemos construido en Bolivia una institución eficaz para la protección de los derechos del administrado y además en la bibliografía actual boliviana no se encuentra el ímpetu, la claridad y vehemencia de las ideas de Carrasco, lo que nos lleva a dudar en la actualidad de la modernidad del Derecho en Bolivia.

Adicionalmente, José Carrasco afirma que “En los diversos ramos en que se desenvuelve el Estado, existen varios en que puede herir los intereses individuales y en tal caso es indispensable amparar el derecho violado. La justicia cuando examina

²²⁵ Ídem, pág. 195.

²²⁶ Ídem, pág. 197.

y delibera sobre la existencia de esos derechos, no se coloca sobre el Estado; apenas aplica la ley que es la expresión de la soberanía y cuyo respeto incumbe principalmente al Estado. En el ejercicio de las atribuciones limitadas por la Constitución, cada poder se desenvuelve en la esfera que le es propia y cuando se roza con los otros poderes al estatuir sobre el cumplimiento de las leyes, no se coloca en nivel superior ni inferior; cumple su misión estableciendo el imperio de la justicia, que es la condición del orden y el fin supremo de la utilidad común. Es evidente que el poder público, como noción abstracta, no puede ser objeto de un proceso. La violación de la ley requiere un funcionario que en el ejercicio de su cargo hiere derechos particulares. Este funcionario es un agente de la administración; pero no representa al Estado en general. Cuando como simple agente, por exceso de poder o por mala comprensión de la ley vulnera derechos privados, no es el Estado que está ejerciendo sus atribuciones, es el error que va hiriendo intereses que entran en la órbita de la justicia común. Las cuestiones administrativas no deben ser resueltas según las circunstancias y en vista de otras consideraciones que no sean legales. El Estado, órgano del derecho, no puede excluir la ley; tratándose de los derechos privados, no tiene ningún privilegio y su interés como entidad moral está en la correcta administración de justicia. La ley no estará bien interpretada sino por el Poder Judicial. La administración como su nombre lo indica, no se ha hecho sino para administrar. Ese es su fin y su objeto; en esa labor se educa el administrador, se perfecciona y adquiere una práctica que le habilita para resolver las cuestiones sujetas a su estudio con un criterio que se convierte en verdadero hábito. Este criterio no se amolda con el jurídico; son ramos diversos que necesitan aptitudes de diverso género; confundir dos profesiones que requieren aptitudes tan diversas, sería realmente confundir jurisdicciones que por su naturaleza son inconfundibles. Sólo el Poder Judicial debe juzgar los litigios en que se ventilan derechos privados, aún cuando la otra parte sea el Estado²²⁷.

El profesor boliviano José M. Gutiérrez sostiene que “una buena legislación debe propender incesantemente a la especialización de los jueces o tribunales, y si todavía no es posible en las actuales circunstancias hacerlo, bueno sería establecer tribunales dedicados exclusivamente a la decisión de diferentes clases de litigios,

²²⁷ José Carrasco, Estudios Constitucionales, Tomo IV Poder Judicial, Apéndice, Constitución Política, Gonzales y Medina Editores, La Paz – Bolivia, 1920, pág. 206.

aunque no estén dotados de conocimientos peculiares en los diferentes ramos de la legislación, evitándose la situación que hoy se presenta en la administración de justicia del país, pues los jueces tienen la obligación de adquirir conocimiento generales jurídicos, llamados a resolver múltiples y complejos pleitos: civiles, criminales y administrativos²²⁸.

La ley de 30 de septiembre de 1871 ha sido explicada e interpretada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, estableciéndose que las autoridades políticas no pueden, sin incurrir en exceso de poder, decidir las contradicciones de carácter contencioso que ocurren ante ellas, porque son de competencia de los tribunales ordinarios. Distinguiéndose lo contencioso de lo contencioso administrativo; será contencioso cuando ya no se trata simplemente de una colisión entre el interés público y el privado, sino de la definición de derecho de dos particulares, aunque con ocasión de litigios administrativos; existirá contencioso administrativo cuando el poder administrativo haya obrado en ejercicio de sus atribuciones o potestad jurisdiccional, la resolución gubernativa ha herido el derecho del particular y éste promueve la contención administrativa.²²⁹

Además el profesor Gutiérrez rescata el criterio de Corte Suprema que manifiesta que no existiendo ningún conflicto de derecho provocado por una resolución del Ejecutivo, las causas de carácter contencioso-administrativo ordinario deben ser resueltas por el juez de partido y no por la Corte Suprema, que sólo conoce en primera y única instancia de las demandas contencioso-administrativas a que dan lugar las resoluciones gubernativas. Así, las causas de carácter contencioso-administrativo ordinario deben ser resueltas por el juez de partido, reservándose al conocimiento privativo de la Corte Suprema las demandas contencioso-administrativas a que den lugar las resoluciones gubernativas²³⁰.

Por la referencia que otorga el profesor Gutiérrez, en la práctica administrativa de aquella época, raros eran los casos en los que se promovía contención administrativa con motivo de resoluciones prefecturales, pues es

²²⁸ José M. Gutiérrez, Derecho Administrativo, Editorial Arno Hermanos, La Paz Bolivia, 1920, pág. 450.

²²⁹ Ídem, pág. 447.

²³⁰ Ídem, pág. 452.

necesario apurar la vía gubernativa y llegar ante una autoridad de cuya decisión no sea posible reclamar, dentro del orden jerárquico, y en Bolivia esa autoridad o tribunal administrativo es el gobierno, y únicamente la Corte Suprema podrá conocer de tales causas.²³¹

Gutiérrez sostiene que “el artículo 22 de la ley de organización judicial (ley de 30 de septiembre de 1871), ha hecho suponer a muchos que quedo suprimido lo contencioso-administrativo pero éste es un grave error, pues lo único que se ha hecho es abolir el fuero contencioso-administrativo, es decir los tribunales especiales creados por el decreto supremo de 26 de junio de 1858”²³². Lamentablemente algo similar pasó con la Ley 1836 de abril de 1998 y la Constitución Política del Estado de febrero de 2009.

Según el autor citado la infracción de ley expresa y terminante y todas las otras causales que dan lugar a recurso de nulidad en los juicios ordinarios, no pueden anular la resolución gubernativa, y la única razón aducida para aceptar semejante criterio jurídico y legal se basa en la independencia de los Poderes, consagrada por la Constitución, pero este argumento, nos dice, no tiene consistencia puesto que la independencia dentro del gobierno no es absoluta y hay compenetración de facultades y el control y la fiscalización recíproca²³³.

Si al Ejecutivo se le había conferido la facultad de conocer en los llamados juicios administrativos, es lógico aceptar que sus fallos deben ser revisados por algún tribunal y éste no puede ser sino la Corte Suprema cuando ha habido violación de la ley expresa y terminante, o algún vicio sustancial en el proceso, mucho más si se toma en cuenta que el Supremo Tribunal decide las contenciones provocadas por los contratos del gobierno; conoce también de los juicios de expropiación, aguas, etc., y sólo la legislación ha desamparado al litigante que considera lesionado sus derechos, con ocasión de alguna resolución suprema dictada en los otros asuntos administrativos, como sucedió principalmente tratándose de los litigios mineros, salvo que se alegue falta de jurisdicción.

²³¹ Ídem, pág. 450.

²³² Ídem, pág. 452.

²³³ Ídem, pág. 453.

Si dentro de la organización institucional, la Corte Suprema podía suspender los efectos de una ley, decreto, reglamento o cualquiera otra disposición gubernativa en casos concretos, cuando la una o los otros están en pugna abierta con los preceptos constitucionales; si tiene facultad para interpretar los contratos celebrados por el Estado como poder público y resolver las contiendas a que dan lugar; y si finalmente conoce de las cuestiones suscitadas entre el Fisco y los particulares, con motivo de juicios administrativos, el profesor Gutiérrez se preguntaba, “¿por qué sólo se ha creído atentar contra la independencia de los poderes, facultando a la Corte Suprema para anular o casar las resoluciones expedidas por el gobierno, en caso de ley expresa o terminante?”²³⁴.

Gutiérrez sostiene que “se impone la reforma de nuestra legislación administrativa en este orden, siendo indispensable propender a modificarla en sentido de autorizar el recurso de nulidad contra toda providencia definitiva o interlocutoria dada en cualquier juicio administrativo, de acuerdo con lo dispuesto por el Procedimiento Civil, entendiéndose que el recurso no debería impedir que se lleve a debido efecto el fallo gubernativo y el recurrente estaría obligado a acompañar un certificado de depósito de Bs. 100, que quedaría consolidado a favor del Fisco, si se lo declara infundado o improcedente. No debería imponerse tampoco responsabilidad al Estado, si se anulase la resolución. El autor señalaba que aceptándose esta modificación legal, ya no tendrían objeto los juicios contencioso-administrativos, salvo que se tratase de contratos celebrados por el poder público, o de cuestiones emergentes del ejercicio del Patronato Nacional. Asimismo, señala que se nota en nuestra legislación, respecto de las llamadas demandas contencioso-administrativas, pues no existe término alguno legal para imponerla, quedando en consecuencia las resoluciones supremas sujetas indefinidamente a la demanda ante la Corte Suprema”.

Finalmente, Gutiérrez señala que “aceptándose la doctrina diseñada anteriormente, respecto de la admisión del recurso extraordinario de nulidad, de las resoluciones gubernativas, podría todavía hacerse una objeción de carácter administrativo, sosteniéndose que se recargaría considerablemente el despacho de la

²³⁴ Ídem, pág. 450.

Corte Suprema. Este argumento hasta cierto punto no tiene valor, pues hoy día los litigantes con a sin razón legal se presentan ante los estrados del Supremo Tribunal; y en todo caso sería fácil y conveniente organizar un Tribunal Supremo administrativo de la misma jerarquía que la Corte Suprema, debiendo ser designados sus miembros en igual forma y condiciones que los de la Suprema, con absoluta independencia del Poder Ejecutivo. El tribunal supremo administrativo, cuyos fallos serían inamovibles, conocería de todos los asuntos administrativos”.

Otro autor boliviano de la época de 1920, José S. Quinteros manifiesta que “se llama juicio contencioso administrativo el litigio o cuestión, sostenida entre la administración, que representa el interés general y una persona particular, que defiende un derecho privado. Para que el asunto se llame contencioso administrativo, es preciso que la administración represente un interés, una utilidad que sea de conveniencia general y que el particular reclame un derecho privado y no solamente un interés particular. Para que un asunto sea contencioso administrativo, no solamente debe existir derecho particular lesionado, sino que es indispensable que el acto administrativo sea ejercido en uso de las facultades administrativas, propiamente dichas, es decir que, no sean actos políticos o gubernativos, los cuales siendo de simple dirección intelectual, de pura apreciación moral, no pueden atacar derechos, ni dar, por consiguiente, lugar a juicio contencioso”²³⁵.

El profesor Quinteros manifiesta que “las contenciones administrativas, para ser tales, han de tener su origen en una resolución, decreto, orden o reglamento de carácter administrativo, que ataque derechos privados y que los ataques sean capaces de provocar un litigio concreto entre partes”²³⁶.

Continúa señalando que “lo contencioso administrativo tiene caracteres semejantes a lo judicial y podría afirmarse con exactitud, que es un juicio entre el Estado, que defiende el derecho público, el derecho de todos, y el particular que reclama el derecho privado; es decir un pleito en que se disputa de una parte el mejor derecho de la colectividad, y, de otra, el derecho civil del individuo. En esta

²³⁵ José S. Quinteros, *Derecho Administrativo*, 2ª. Edición, Imprenta Velarde, La Paz – Bolivia, 1920, pág. 218.

²³⁶ *Idem*, pág. 220.

contienda es preciso resolver si el Estado o el particular tienen la justicia y el verdadero derecho. La cuestión se reduce a encontrar el punto de equilibrio entre ambos derechos y si se quiere decir entre los intereses de los particulares y de los intereses generales. Estos asuntos, sostiene, deben estar rodeados, por la ley, de garantías suficientes para su tramitación y justa solución, como todo litigio”²³⁷.

Por último, “un asunto puede llamarse contencioso administrativo, cuando se refiere a los casos de competencia, conflicto de atribuciones o exceso de poder, suscitado entre las autoridades establecidas en el ramo del Poder Ejecutivo, y también entre funcionarios del Poder Judicial y del Ejecutivo. En estos casos el juicio administrativo solo corrige la forma o el procedimiento irregular, sin dar fallo en el fondo del asunto que motiva la competencia o el exceso de poder”²³⁸. En la jurisprudencia actual revisada se continúa incurriendo en esa seria limitación al alcance del contencioso administrativo.

En la marcha diaria de las funciones de los tres poderes del Estado, especialmente en los detalles de la administración, se encuentran las autoridades en contacto y en choque frecuente. Es necesario, pues, resguardar la completa independencia de los poderes y mantener a cada funcionario dentro del límite de sus atribuciones; ese objeto tiene el recurso de competencia o conflicto de jurisdicción²³⁹.

Los asuntos contencioso administrativos pueden reducir a las cuatro siguientes, sostiene Quinteros, 1^a. los contencioso-administrativos por su misma naturaleza, que son los que se sostienen entre la administración que defiende el interés general y el particular que defiende un derecho privado lesionado; 2^a. Los que son declarados por excepción contencioso-administrativos, sin embargo de ser judiciales; 3^a los que se promueven por razón de la interpretación de las leyes, decretos, y decretos que se refieren a la administración; y 4^a. Los que se originan con motivo de exceso de poder o competencia. En todos está mezclado el derecho del particular, porque tanto las interpretaciones como las competencias surgen a virtud

²³⁷ José S. Quinteros, Derecho Administrativo, 2^a. Edición, Imprenta Velarde, La Paz – Bolivia, 1920, pág. 221.

²³⁸ Ídem, pág. 222.

²³⁹ Ídem, pág. 223.

de un juicio contencioso entablado por el particular o promovido por la administración.

Lo contencioso-administrativo se diferencia de lo contencioso judicial conforme José S. Quinteros cuando “La contención judicial es el litigio entre partes que representan intereses y derechos privados en el orden puramente civil. No intervienen en lo judicial el interés general o el derecho público. Los litigantes son personas civiles, que reclaman de ambas partes derechos adquiridos. Cuando el Estado procede como administrador defendiendo el interés general, sus actos oficiales que ataquen derechos, no dan lugar a demandas judiciales sino a demandas administrativas. Pero si el Estado representa el derecho privado, ya sea como propietario o como contratante, entonces comparece ante los tribunales judiciales ordinarios, como mera persona civil y litiga en juicio reclamando y defendiendo un derecho privado, no ya el interés general; el asunto es pues, contencioso judicial”²⁴⁰. Esto cuando se consideraba al Estado bajo el doble aspecto del derecho público y el derecho privado.

Sin embargo, conforme lo señalo el profesor Carrasco, esta competencia originaria del Supremo Tribunal, lejos de ser una garantía, es un obstáculo ya por las dificultades de ocurrir hasta el asiento de la Suprema, ya por el peligro de las frecuentes improcedencias. Así, en criterio de Carrasco, no hay razón para establecer una jurisdicción especial tratándose del amparo de los derechos particulares contra los ataques del poder público. El Estado en sus relaciones con los ciudadanos es una persona jurídica como cualquiera y debe estar sometido a la jurisdicción común. Carrasco manifiesta que así lo sostenían con razones irrefutables los publicistas de Bélgica, del Brasil, de Chile y otros, y así se practica con ventaja en esos países en que el derecho individual es respetado y acatado.

En este punto el eminente jurisconsulto boliviano doctor Pantaleón Dalence, en su discurso de apertura judicial de 1887 dijo “En el uso de poder tan delicado como peligroso, la Corte ha procedido con esmerada circunspección. Atemperándose a la ley que deslinda correctamente la competencia de los altos poderes

²⁴⁰ José S. Quinteros, Derecho Administrativo, 2ª. Edición, Imprenta Velarde, La Paz – Bolivia, 1920, pág. 226.

independientes, la ha traducido lealmente a la práctica evitando aún las apariencias de la más leve confusión. Así en los juicios contencioso administrativos, no porque su solución corresponda al poder administrativo, sino porque actos suyos depresivos del derecho particular originan los conflictos, en esos juicios, vuelvo a decir, la Corte, absteniéndose de examinar y calificar las resoluciones supremas cual si no existiesen, se limita a conocer el litigio actual, seguido entre partes, quienes quiera que sean, para el resguardo del derecho particular en colisión con otros derechos o intereses y lo resuelve sin salir de la esfera judicial que abraza toda contienda legal, para la declaración en debate contradictorio de derechos reclamados. Si algunas sentencias disienten de la resolución administrativa ocasional de la demanda conteniendo ellas la verdad jurídica reconocida en juicio regularmente organizado, con observancia de las formas tutelares del sagrado derecho de defensa, quizás alcancen en sus consecuencias a aquellos actos expedidos sin seria discusión, por autoridades que, además, carecen de la tremenda potestad de suprimir el derecho que la Constitución garantiza y la justicia ordinaria ampara”²⁴¹.

Finalmente, Carrasco sostiene que “es evidente que el progreso del derecho moderno y la constitucionalidad de las sociedades, tiende a garantizar los derechos personales y reales del ciudadano, y en esa conquista paulatina de las garantías individuales, hay que llegar al punto de armar a todos los habitantes de remedios judiciales capaces de evitar los frecuentes abusos y atentados del poder público”²⁴².

La Constitución Política de 1878 estableció como atribución de la Corte Suprema de Justicia la de conocer de las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo, y de las demandas contencioso-administrativas a que dieran lugar las resoluciones del mismo. Ese texto constitucional se ha mantenido inalterable en las Constituciones posteriores hasta la de 1967, así como en las respectivas leyes de Organización Judicial, entre ellas la atribución 13 del artículo 51 del Código de Organización Judicial.

²⁴¹ José Carrasco, Estudios Constitucionales, Tomo IV Poder Judicial, Apéndice, Constitución Política, Gonzales y Medina Editores, La Paz – Bolivia, 1920, pág. 195.

²⁴² Ídem, pág. 235.

Conforme manifiesta el profesor Quinteros “el juicio contencioso-administrativo, de que conoce la Corte Suprema, no puede tener lugar contra los reglamentos, y demás disposiciones generales que dicta el Poder Ejecutivo. Para que proceda la demanda contenciosa-administrativa, es necesario que habiéndose dictado un decreto o una resolución suprema, el individuo particular que crea lesionado o perjudicado su derecho privado, ocurra, previamente, ante el Supremo Gobierno, reclamando expresamente del acto administrativo y haciendo la defensa de sus derechos particulares. De la resolución concreta que pronuncie el Gobierno sobre el punto reclamado y, siempre que con tal resolución, se promueva una cuestión entre el interés público y el derecho privado, el particular en defensa de sus derechos puede iniciar, acompañando los antecedentes respectivos, la demanda contencioso-administrativa ante la Corte Suprema de Justicia, dirigiéndola contra el representante del Poder Ejecutivo, en ese entonces el Fiscal General, de conformidad a los artículos 174 y 175 del Código de Organización Judicial”²⁴³ El Fiscal cuando contesta a las demandas interpuestas contra el Estado, juega el rol de parte principal en el juicio, es parte como demandado.

Quinteros sostiene que “de las demandas contencioso-administrativas que tienen lugar con ocasión de las resoluciones de los concejos y juntas municipales, sobre expropiaciones, conocen las cortes judiciales de los distritos”²⁴⁴. Sin embargo, no manifiesta si la fuente de su afirmación es normativa o jurisprudencial.

El juicio contencioso-administrativo, es diferente de las demandas directas de nulidad por falta de jurisdicción y competencia, y de las demandas que se llevan en única instancia y conforme a los trámites del juicio ordinario de puro derecho, ante la Corte Suprema, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones²⁴⁵.

²⁴³ José S. Quinteros, Derecho Administrativo, 2ª. Edición, Imprenta Velarde, La Paz – Bolivia, 1920, pág. 227.

²⁴⁴ Ídem, pág. 228.

²⁴⁵ Ídem, , pág. 228.

Se identificó el caso de la demanda de Adolfo Carranza contra el Estado cobrando cantidad de pesos (1882) ²⁴⁶ por resolución expedida por el gobierno de 24 de enero de 1879, respecto a contrato de construcción de caminos, mensajerías, correos y telégrafos suscrito el 25 de febrero de 1876.

En el juicio contencioso administrativo por el monopolio de la industria de los fósforos ²⁴⁷ se ha señalado que la Excma. Corte Suprema de Justicia tiene competencia para este tipo de casos, de conformidad al caso 5º del art. 111 de la Constitución Política del Estado y el Decreto Ley de 26 de junio de 1858. Asimismo sostiene que aunque el Decreto de 26 de junio de 1858, no tiene fuerza de ley, por haberse expedido durante la Administración dictatorial de Linares, lo dispuesto por su artículo primero ha sido reconocido y acatado por una no interrumpida jurisprudencia desde los tiempos ya remotos de su existencia.” Que la jurisprudencia nacional, claramente adoptada en innumerables casos concretos y límpidamente expuesta por el Presidente de la Excma. Corte Suprema Dr. Manuel Molina en su discurso inaugural de 1917 en los términos que a continuación se transcriben: ” Todo juicio contencioso-administrativo tiene que recaer sobre un hecho y un derecho. El hecho es un acto de la administración contra el cual se reclama y el derecho el que se demanda que se conserve. De manera que para que haya contención administrativa ha de fundarse la parte que reclama, en la resistencia de un hecho de la administración que ataque derechos preexistentes. Faltando estos extremos a alguno de ellos no procede la acción contenciosa-administrativa.”²⁴⁸.

Otro documento identificado en esta búsqueda fue la exposición de los magistrados que fallaron la causa contencioso –administrativa de J.M. Gainsborg, con la administración nacional, presentada a la H. Cámara de Diputados en la denuncia de José Pastor Sainz por la comisión del delito de prevaricato, en la que se sostiene que la corte suprema, en ejercicio de la atribución 5ª. art. 111 de la

²⁴⁶ Descargado de la página web <http://bibliotecadigital.umsa.bo:8080/rddu/bitstream/123456789/4875/1/BC-F-00168.pdf> el 09 de diciembre de 2014.

²⁴⁷ Descargado de la página web http://bc.biblio.umsa.bo/cgi-bin/koha/opac-search.pl?q=contencioso+administrativo&idx=ti&branch_group_limit= en fecha 09 de diciembre de 2014

²⁴⁸ El estado y el monopolio de fósforos. Un juicio contencioso administrativo. La Paz. 1924. Talleres Gráficos La Prensa.

Constitución, admitió dicha demanda, la tramitó y resolvió en definitiva”²⁴⁹. Además se manifiesta que “es elemental en derecho público y procesal, que las resoluciones administrativas no son inamovibles ni definitivas, cuando, como en este caso, se refieren a contratos o convenios entre el estado y los particulares. Ellas están sujetas a revisión, en juicio contencioso-administrativa, cuya decisión está encomendada a la corte suprema, sin que esto importe alterar la cosa juzgada. Se sostiene que “los juicios contencioso-administrativos son contiendas judiciales de puro derecho, en los que el estado es un simple litigante, en contraposición con el interés de una persona o entidad particular. Finalmente, los magistrados afirman que “bajo este concepto legal, la Corte Suprema al examinar y apreciar con facultad privativa los documentos y datos aportados por ambas partes contendientes, ha tenido que revisar necesariamente los actos administrativos producidos, en relación a los convenios y arreglos efectuados con Gainsborg, y ha deducido, en conclusión, conforme el criterio y convicción íntima de los magistrados que formaron la mayoría, que el gobierno nacional, al dictar la resolución demandada de 26 de septiembre de 1928, obró efectivamente en forma ilegal, en consecuencia el tribunal pronunció la sentencia definitiva del 17 de agosto de 1933 declarando probada la demanda y dejando sin efecto la mencionada resolución suprema”.

En esta situación conforme nos reseña la jurisprudencia D’avis “la Corte Suprema mantuvo el criterio de que los conflictos de derecho provocados por los actos de otras autoridades administrativas, que no sea el Poder Ejecutivo sean resueltas por los jueces de partido y no por la Corte Suprema”²⁵⁰.

Además, D’avis nos menciona algunos criterios jurisprudenciales que a continuación cito:

- “Lo contencioso administrativo ante la Corte Suprema, procede solamente después que el poder Ejecutivo haya decidido un conflicto entre el interés público y el derecho privado, con detrimento de éste”

²⁴⁹ Exposición de los magistrados que fallaron la causa contencioso –administrativa de J.M. Gainsborg, con la administración nacional, presentada a la H. Cámara de Diputados en la denuncia de José Pastor Sainz, Imprenta Bolívar, Sucre-Bolivia. 1934, pág. 5.

²⁵⁰D’avis Julio Alberto, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Letras, La Paz – Bolivia, 1960.

- “El juicio contencioso administrativo sólo procede en cuestiones anteriormente resueltas por el gobierno, sin cuya circunstancia no son admisibles”.

- “El juicio contencioso-administrativo de que conoce la Corte Suprema, es la discusión en procedimiento contradictorio, de uno o más puntos resueltos con anterioridad por el Ejecutivo, a reclamación de quien se crea herido en sus derechos, en conflicto con el interés público, y no tiene lugar contra las disposiciones generales que contiene un Decreto Supremo reglamentario, sino contra la decisión particular que recae en el reclamo que formula el interesado cuando se trata de aplicar dicho decreto y no es reclamable en cuanto contiene disposiciones generales”.

- No es responsable la administración general, en juicio contencioso administrativo, cuando en uso de sus atribuciones dicta reglamentos, etc”

- Para que haya juicio contencioso administrativo es menester que el interés privado este en oposición legítima contra el público, fundado en un derecho perfecto y absoluto”. (G.J. No. 669, pág. 9).

- “No hay derecho contra el fisco, para reclamar por la devolución de una suma depositada en garantía de ejecución de contrato que no se cumplió, y se consolidó más bien en el erario como penalidad de ejecución”.

Abolido, en principio, el fuero contencioso administrativo, según el artículo 22 de la Ley de organización Judicial, el conocimiento de estas causas corresponde a los jueces y tribunales ordinarios. Si por el artículo 51 atribución 13 de la misma Ley, conoce la Corte Suprema de las demandas contencioso administrativas a que dan lugar las resoluciones del gobierno, no existe disposición alguna legal que atribuya este conocimiento a las cortes de distrito cuando la demanda se interpone con ocasión de los actos ejecutados por los concejos municipales”. Sin embargo, Alberto D’avis reconoce que al respecto el profesor Revilla Quezada cita jurisprudencia contradictoria que dispone que: “Las demandas contencioso administrativas, con ocasión de Resoluciones municipales (especialmente casos de expropiación), son de conocimiento de la Corte Suprema, de acuerdo con las citadas

disposiciones de la Constitución” Incluso se han evidenciado casos de contradicción en este tema en la gestión 2014, cuestión que habría motivado la sanción de la Ley No. 620 de 31 de diciembre de 2014 Ley Transitoria para la tramitación de los procesos contencioso y contencioso administrativo.

“La potestad constitucional conferida por la Carta Fundamental a la Corte Suprema, para conocer de las demandas contencioso-administrativas a que dieran lugar las resoluciones del Poder Ejecutivo, se ejercita solamente cuando la persona que se conceptúa herida en sus derechos e intereses con la resolución del Ejecutivo, inicia la acción ordinaria de puro derecho, contra la Administración Nacional, con arreglo a las disposiciones que le son relativas”.

El profesor Alfredo Revilla Quezada menciona que la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema suple la falta de reglamentación del recurso y cita algunas decisiones:

- Contencioso-administrativo es la discusión en procedimiento contradictorio de uno o más puntos resueltos con anterioridad por el Ejecutivo y no tiene lugar contra las disposiciones generales que contiene un Decreto Supremo Reglamentario” (G.J. No. 755, pág. 5). En igual sentido: No. 550, pág. 14. No. 722, pág. 28. No. 744, pág. 13.

- No hay lugar a lo contencioso-administrativo por colisión de intereses privados. Es inadmisibles en ese sentido, con motivo de gestiones llevadas ante el Gobierno por personas particulares, de las cuales la una reclama la caducidad de pertenencias mineras y la otra la subsistencia de la antigua concesión” (G.J. No. 757. Auto de 25 de julio de 1903.

Así, en esta etapa de la jurisdicción contenciosa administrativa se devela jurisprudencia contradictoria manifestada o relevada en textos de derecho constitucional y administrativo.

8.3. Evaluación de la situación actual

En razón a que cuando se promulgó el Código de Procedimiento Civil (1976) no se contaba con una jurisdicción constitucional especializada, ni Tribunal Constitucional, el CPC contenía el Libro Cuarto “De los procesos especiales”, Título VII “De los procesos y recursos previstos en la Constitución Política del Estado” en el cual además se encontraban los artículos 775 al 781 que regulan de manera concreta el proceso contencioso administrativo, en sus dos clases:

1 El primero como resultante de los contratos negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo (artículos 775 y 777), aplicable en todos los casos en que existiere contención emergente de los contratos, negociaciones o concesiones del Poder Ejecutivo, denominado contencioso.

2 El segundo, el contencioso administrativo propiamente dicho, que surge cuando hay oposición entre el interés colectivo y el del particular, quien cree lesionado o perjudicado su derecho privado, agotando previamente la vía administrativa (artículos 778 al 781).

Ahora bien, el proceso contencioso administrativo, propiamente dicho, objeto de la presente investigación, está regulado actualmente por el Código de Procedimiento Civil, de la siguiente manera:

El artículo 778 dispone que “el proceso contencioso – administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente, ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado”.

En opinión de Bielsa -citado por Morales Guillén-, “lo contencioso - administrativo, define a la institución en el concepto de juicio, es decir, de un medio jurisdiccional defensivo del derecho del administrado en que la Administración

pública es parte y cuyo acto administrativo impugnado ha de ser juzgado tanto en su legitimidad cuanto en su mérito”.

El tratadista boliviano Carlos Morales Guillén, sostiene que ha de tenerse como principio general que todos los derechos vulnerados por actos del poder administrador, son susceptibles de producir una acción contenciosa administrativa, en tanto es regido por el derecho administrativo y no por el derecho político, derecho civil, derecho penal, etcétera.

El artículo 779 establece que la demanda se interpondrá ante la Corte Suprema de Justicia con todos los requisitos establecidos por el artículo 327. Se indicará concretamente el decreto o resolución suprema que se impugnare. La acción se dirigirá contra el Fiscal General de la República.

Este artículo fue modificado por la Ley No. 2175 de 13 de febrero de 2001, Ley Orgánica del Ministerio Público, en los siguientes términos:

“Artículo 779.- (Demanda) La demanda se interpondrá ante la Corte Suprema de Justicia con todos los requisitos establecidos por el artículo 327°. Se indicará concretamente el Decreto o Resolución Suprema que se impugnare”.

En el mismo sentido, la Ley Orgánica del Ministerio Público modificó el primer párrafo del artículo 127 del Código de Procedimiento Civil prescribiendo que cuando el Estado fuere el demandado, será citado en la persona de la autoridad jerárquicamente superior.

En consecuencia, Bolivia, que en un comienzo había adoptado el sistema francés de la jurisdicción retenida, pues las sentencias del tribunal contencioso administrativo no causaban estado sin la aceptación previa del Poder Ejecutivo, abrazó posteriormente el sistema anglosajón de la jurisdicción única, sin reglamentarlo y produciendo, como resultado, una grave atonía jurídica que, se materializa en la práctica en un cúmulo de vacilaciones jurisdiccionales y de defectos procedimentales, tal como comentaba D’avis ya en 1960. Entre ellos citaba con especial énfasis el hecho de que la justicia ordinaria se aboque al conocimiento

prematureo de asuntos administrativos, contrariando la jurisprudencia y la doctrina, con anterioridad al agotamiento de los recursos administrativos, como ha acontecido frecuentemente. Por otra parte, señala que, más de una vez, se ha incurrido en la confusión de tramitar en la vía contencioso – administrativa cuestiones, que en puridad, correspondían a las demandas directas de nulidad por falta de jurisdicción y competencia y a los juicios de puro derecho, cuya decisión depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos o cualquier género de resoluciones, los mismos que reclamaban otro tipo de actuaciones, conforme los artículo 142 atribución 2 y atribución 5 de la Constitución en ese entonces vigente.

Según Alfredo Revilla Quezada, ya en 1958 está reconocida la necesidad de una jurisdicción competente para la decisión de las controversias entre la Administración Pública y los administrados. Conforme nos cita el autor boliviano pertenece al pasado, el criterio clásico de soberanía según el cual conforme menciona Juan Jacobo Rousseau era contra la naturaleza del orden político que el soberano se imponga una ley que no pueda infringir dispone la separación de la resolución de los asuntos administrativos de la jurisdicción ordinaria, así se crean por primera vez tribunales especiales destinados a substanciar las causas contencioso administrativas, para ello se creó en Bolivia el Consejo de Estado, atribuido de potestades consultivas estableció un proceso y se asignó atribuciones a tales tribunales especiales que se encontraban conformados en escala nacional, departamental y provincial, además del proceso, objeto de análisis en el presente trabajo tiene sus antecedentes legislativos en Bolivia en las siguientes normas jurídicas:

i) Decreto Supremo del 24 de diciembre de 1857, el cual separa de la jurisdicción ordinaria todos los asuntos contenciosos administrativos.

ii) Decreto Supremo de 26 de junio de 1848, que establece la organización de tribunales y modo de proceder en los negocios contenciosos – administrativos.

iii) Resolución de 26 de octubre de 1859, que fija la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo cual se declara que la regla establecida en el artículo 1 del Decreto Supremo de 26 de junio de 1858 no está circunscrita a las reclamaciones interpuestas con ocasión de los actos administrativos

individuales y transitorios, sino que comprende las interpuestas con ocasión de las disposiciones generales y leyes administrativas del Estado de cualquier fecha y antigüedad que sean, cuando hay conflicto de interés privado de los particulares con el de los establecimientos nacionales, o de unos y otros con el interés general de la Nación. Así por ejemplo, corresponden a los Tribunales administrativos los negocios en que se ventile la posesión o pertenencia de los terrenos de repartimiento en que descansa el sistema tributario de la Nación; y la jurisdicción ordinaria pasará a los respectivos Jefes Políticos Superintendentes los que tuvieran pendientes en sus estrados²⁵¹.

Además establece el artículo 2 que en la cuentas provenientes de la administración o empleo de cualquiera valores o intereses del Erario, el recurso por la vía contenciosa no tendrá lugar, sino después de la resolución dictada gubernativamente por la autoridad que corresponde. En estos casos la reclamación de la vía contenciosa se interpondrá ante el Gobierno, que la admitirá según su mérito.

Finalmente establece que los Comandantes Generales son los funcionarios llamados a reemplazar a los Jefes Políticos en el proceso contencioso-administrativo.

iv) Decreto Supremo de 1937 por el cual se fija el plazo de noventa días para interponer esta acción, término computable a partir de la notificación o publicación del acto administrativo.

En el anterior sistema constitucional, las normas que regulaban el proceso contencioso administrativo en Bolivia -al margen del régimen agrario, materia que no se encuentra en el objeto de estudio de la presente investigación por razón de materia- estaban contenidas en la Ley No. 2650 Constitución Política del Estado, Ley No. 1455 de Organización Judicial, Código de Procedimiento Civil elevado a rango de ley mediante Ley No. 1760 de 28 de febrero de 1997, Ley No. 2175 Orgánica del Ministerio Público y Ley No. 1979 modificatoria de la Ley del Tribunal

²⁵¹ Consultado en <http://books.google.com.bo/books?id=hHYVAAAAYAAJ&pg=PA41&lpg=PA41&dq=resolucion+26+de+octubre+1859+bolivia&source=bl&ots=fh1hw50KmX&sig=PrRsCgRgcsWG6hg4xnEFuvFyi3w&hl=es&sa=X&ei=J81CU8GaG4S30AGFnYDADw&ved=0CD4Q6AEwBA#v=onepage&q&f=false> (En fecha 7 de abril de 2014).

Constitucional.

El artículo 118 de la Constitución Política del Estado establecía en el párrafo I inciso 7 que es atribución de la Corte Suprema resolver las demandas contencioso –administrativas a las que dieren lugar las resoluciones del mismo.

El artículo 55 de la Ley No. 1455 Ley de Organización Judicial establecía las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, entre las cuales, en el inciso 10 figura, conocer las demandas contencioso administrativas a que dieren lugar las resoluciones del mismo.

Cabe advertir que el fuero contencioso – administrativo, establecido por el DS de 26 de junio de 1858, fue abolido por Ley de 30 de Septiembre de 1871, encargando su conocimiento a los jueces y tribunales ordinarios. Según el presente artículo y su concordante precepto constitucional, su conocimiento y resolución corresponde a la Corte Suprema.

La jurisdicción y el procedimiento establecidos en el capítulo, corresponde a la estructura del juicio ordinario pero, sin embargo, tiene rasgos particulares.

Desde luego, debe considerarse requisito esencial la relación de hechos o de actos que motivan la decisión administrativa previa (Código de Procedimiento Civil art. 327, caso 6), y un petitorio fundado en una causa petendi. Esto último, quiere decir que además de expresarse lo que se demanda, ha de concretarse el fundamento jurídico de la demanda, según ley expresa, a diferencia de lo que regularmente ocurre en la demanda ordinaria civil, en la que basta determinar con claridad los actos o hechos que fundan el derecho.

La indicación de la disposición administrativa impugnada, es el requisito de la prueba de la decisión previa, que en rigor no sólo debe indicarse, como dice el artículo sin acompañarse en testimonio o copia legalizada o individualizarse, en forma prevista por la regla general del art. 330 (prueba documental), requisito sin el cual, el tribunal puede rechazar de plano la demanda.

De esa manera Morales Guillén sintetiza que la demanda ha de fundarse expresamente en un derecho positivo, en el sentido de que debe señalarse con precisión el texto legal que se considera vulnerado (ley, decreto, ordenanza), a la vez que el derecho perfecto del recurrente que se ha lesionado.

Así, insiste que si la resolución administrativa sólo hiere intereses y no derechos de un administrado, no procede la acción que se estudia. Por ejemplo, si en una expropiación para construir una carretera, la ejecución de la obra aconseja atravesar otros terrenos que los afectados originalmente, esta determinación administrativa perjudicaría los intereses de los propietarios de los terrenos, aunque afectados originalmente, no expropiados, porque les privaría de la valorización de sus terrenos por la apertura de la carretera, pero no vulnera derecho alguno establecido o reconocido por una ley o disposición anterior.

El artículo 780 establece que la demanda deberá interponerse dentro del plazo fatal de noventa días a contar de la fecha en que se notificare la resolución denegatoria de las reclamaciones hechas ante el Poder Ejecutivo.

Este juicio, a diferencia del civil ordinario a cuya estructura y procedimiento está asimilado (artículo 781, *infra*), debe promoverse dentro un plazo breve. El plazo es el determinado por el Decreto de 22 de octubre de 1937, que lo estableció para suplir una evidente necesidad, frente al silencio de las disposiciones legales anteriores, que no señalaban un límite de prescripción de la acción. Esta disposición parecería que estaba motivada en el conflicto por la resolución de caducidad de concesiones de la empresa Standard Oil Company, ya que de lo contrario “la Standard se atenía a las calendas griegas para presentar la que elaboraba”²⁵².

El plazo de los noventa días se computa desde la notificación de la resolución o acto denegatorio de las reclamaciones planteadas en la vía administrativa, que no admite ulterior recurso en esta vía. En caso de operar el silencio administrativo, esto es, cuando la Administración Pública, transcurrido el plazo previsto no hubiere dictado la resolución expresa deberá computarse el plazo a partir de la fecha de

²⁵² Bolivia y The Estándar Oil Company, El juicio contencioso y contencioso administrativo seguido contra el Estado, Editorial Charcas, Sucre-Bolivia, 1938. Pág. 42.

vencimiento para la cual la Administración Pública haya podido emitir la decisión administrativa definitiva correspondiente, de conformidad al artículo 17 de la Ley del Procedimiento Administrativo.

El artículo 781 dispone que que el proceso será tramitado en la vía ordinaria de puro derecho, debiendo dictarse sentencia dentro del término legal.

El proceso de conocimiento ordinario, según el Código de Procedimiento Civil puede ser de hecho o de derecho, a tal efecto, se transcribe lo dispuesto en el artículo 354° del citado cuerpo legal:

“ARTÍCULO 354.- (Calificación del proceso en ordinarios de hecho o de derecho) I. Con el escrito de contestación a la demanda o a la reconvención en su caso, o en rebeldía, el juez abrirá plazo de pruebas siempre que se hubieren alegado hechos contradictorios que debieran ser probados.

II. Si resultare de puro derecho se correrán nuevos traslados por su orden, los cuales deberán ser contestados dentro del plazo de diez días, a menos que fueren renunciados por las partes.

III. Cumplidos estos requisitos, el proceso quedará concluido debiendo decretarse autos para sentencia”.

Así, de conformidad al artículo 204° del Código de Procedimiento Civil, tratándose de procesos ordinarios, la sentencia tendría que pronunciarse en el plazo de cuarenta días computables a partir de la providencia de autos.

Aunque el trámite sea el de un juicio ordinario civil, no se olvide que la esencia de la acción es enteramente distinta. Una cosa es – dice Ossorio – encausar al Estado cuando deja de pagar una compra o derriba un edificio y otra someterlo a juicio cuando al ejercer actos de autoridad se equivoca y perturba el derecho de un ciudadano. Que el trámite del pleito sea más o menos igual a los demás, no afecta en nada su diferencia que está en la esencia del derecho discutido y de la personalidad

demandada. ⁽²⁵³⁾

A manera de penosa anécdota, cabe hacer notar que la Ley No 1836 del 1 de abril de 1998, Ley del Tribunal Constitucional deroga el proceso contencioso administrativo al que diere lugar las resoluciones del Poder Ejecutivo, prescrito en los artículos 778 al 781 del Código de Procedimiento Civil, dejando de esta manera un vacío legal referido al control jurisdiccional sobre los actos de la Administración Pública, error legislativo que fue subsanado un año más tarde por la Ley No. 1979 del 24 de mayo de 1999 ya que su artículo 5º. deja sin efecto la derogación.

Tal vez esta derogación se haya debido al escaso uso de esta garantía jurisdiccional, generada, probablemente, por la ignorancia que en ocasiones ha habido sobre su propia existencia y el desconocimiento de las ventajas procesales que aportaba.

El artículo 6º de la Ley No. 1979 de 24 de mayo de 1999, modificatoria de la Ley No. 1836 del Tribunal Constitucional ordena que se aplicarán los procesos contenciosos administrativos por las autoridades judiciales competentes, cuando se impugnen decretos y resoluciones que se consideren ilegales por su oposición a una norma superior, salvo que la contradicción acusada se refiera de manera directa a una o más disposiciones de la Constitución Política del Estado, en cuyo caso se aplicarán los procedimientos, constitucionales regulados en la Ley No.1836 del Tribunal Constitucional.

La Ley del Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, respecto al tema, prescribe en el artículo 70º, que una vez resuelto el Recurso Jerárquico, es decir, agotado el procedimiento regulado en dicha ley, el interesado podrá acudir a la impugnación judicial por la vía del proceso contencioso-administrativo, ante la Corte Suprema de Justicia.

Así, en el análisis de la evolución del control de los actos del Poder Ejecutivo

²⁵³ Morales Guillen Carlos. Código de Procedimiento Civil. Concordado y Anotado. 2 ed. Gisbert & Cía. La Paz, 1982. Pág. 1285.

mediante el proceso contencioso administrativo, tanto en la importancia otorgada por legisladores, jueces y estudiosos del derecho administrativo, se puede concluir, que en Bolivia, este procedimiento ha sido jurídicamente periférico, de escasa importancia teórica y práctica, a pesar de que esta institución procesal se constituye en un pilar del Estado de Derecho moderno.

La Ley No. 3324 de 18 de enero de 2006 promulgada por el Presidente Eduardo Rodríguez Veltzé, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, dispone en su artículo 10° que se incorpore el numeral 22 en el Artículo 103 (Atribuciones de Sala Plena) de la Ley de Organización Judicial, con el siguiente texto: Artículo 103. (Atribuciones de la Sala Plena). Las Cortes Superiores de Distrito en Sala Plena, tendrán las siguientes atribuciones:

22. Conocer y resolver los procesos contencioso-administrativos señalados en la Ley de Municipalidades, correspondientes a los Municipios de todo el Departamento o Distrito Judicial.

Por determinación de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 025 de 24 de junio de 2010, Ley del Órgano Judicial, una vez posesionadas las Autoridades Electas del nuevo Órgano Judicial (3 de enero de 2012) esta norma entra en plena vigencia abrogando expresamente la Ley 1455 de Organización Judicial, y por consecuencia la Ley 3324 que la modifica.

Dada esta situación y el silencio de la Constitución y su legislación de desarrollo, la competencia para conocer los procesos contencioso administrativos, a partir de la posesión de los magistrados electos conforme la CPE, esto es el 3 de enero de 2012 es de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

Ante esta situación de incertidumbre el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante sentencia 0067/20012 de 12 de abril de 2012 introdujo mayor confusión y sostuvo que “es preciso aclarar que el proceso contencioso administrativo ya no existe en el nuevo contexto constitucional, por lo que no se podía acudir a dicho

recurso²⁵⁴.

Más aun, el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante sentencia 0371/2012 de 22 de junio de 2012 menciona que “ni la Constitución Política del Estado vigente, ni la Ley del Órgano Judicial le asignan la facultad de conocer y resolver procesos contenciosos y contencioso-administrativos al Tribunal Supremo de Justicia ni a los Tribunales Departamentales de Justicia en su Sala Plena, respectivamente –artículo 184 de la CPE y artículo 50 de la LOJ-. Esta ausencia normativa ocasiona un vacío jurídico, provocando que los administrados no tengan la vía jurisdiccional. Así, continúa, que no existiendo aun el procedimiento y la identificación del juez o tribunal a quien le compete el conocimiento y resolución del proceso contencioso administrativo, y teniendo presente el Tribunal Constitucional Plurinacional, tiene como función precautelar por el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado y las leyes, en el caso en revisión, amerita ingresar al examen de fondo del problema jurídico planteado”.

Finalmente en el mencionado asunto, el TCP establece que la Asamblea Legislativa Plurinacional deberá pronunciarse a la brevedad posible sobre la regulación y/o reglamentación de los procesos contencioso-administrativos. En este sentido, el acto administrativo o resolución pronunciada por la administración pública, en cualquiera de sus entidades, una vez agotada la vía administrativa podrán ser impugnadas a través del proceso contencioso-administrativo en la jurisdicción ordinaria, cuando su procedimiento se encuentre regulado a través de una ley emitida por la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Por lo que se concluye que esta constituye una sentencia constitucional más que establece la inexistencia y consecuente inaplicabilidad del proceso contencioso administrativo, lo que conlleva la posibilidad de conocimiento de estos casos por TCP, en la vía extraordinaria. Además, en una lectura más profunda y ensombrecedora se inferiría de esta sentencia constitucional la negación del Estado

²⁵⁴ Jurisprudencia citada por San Miguel Rodríguez, Walker en el libro El contencioso administrativo en la legislación boliviana y comparada, Weinberg SRL, La Paz- Bolivia, 2013.

de Derecho, ya que dada su importancia descrita anteriormente, para decir que no existe debería estar expresamente prohibido por la CPE. Sin tomar en cuenta que legislativamente se encontraba regulado en ese momento por el CPC. Esta línea constitucional ha tenido que ser corregida posteriormente.

El 2 de agosto de 2012 el TCP emite la sentencia constitucional plurinacional 0693/20012 en la que sostiene que la justicia constitucional a través de la acción de amparo constitucional no puede sustituir a la jurisdicción contenciosa administrativa en el control de legalidad que realiza la referida jurisdicción, máxime si se considera que el amparo constitucional es un mecanismo instrumental para la protección del goce efectivo de los derechos fundamentales por parte de las personas, por tanto protege dichos derechos cuando se encuentran consolidados a favor del actor del amparo, no siendo la vía adecuada para dirimir supuestos derechos que se encuentren controvertidos o que no se encuentren consolidados, porque dependen para su consolidación de la dilucidación de cuestiones de hecho o de la resolución de una controversia sobre los hechos; porque de analizar dichas cuestiones importaría el reconocimiento de derechos por vía del recurso de amparo, lo que no corresponde a su ámbito de protección, sino sólo la protección de los mismos cuando están consolidados; por ello, la doctrina emergente de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, también ha expresado que el recurso de amparo no puede ingresar a valorar y analizar hechos controvertidos ..”.

En la misma sentencia el TCP sostiene que para no dejar en indefensión al ciudadano frente al poder público y específicamente los actos administrativos, independientemente a efectivizar la exhortación contenida en la SCP 0371/2012 debe entenderse que a efectos del resguardo de derechos, valores y principios constitucionales, y hasta mientras se desarrolle la legislación respectiva por el legislador ordinario los Tribunales Departamentales continúan teniendo la competencia para conocer el recurso contencioso administrativo en la materia.

Es decir, sostiene el TCP que en tanto y en cuanto no exista la jurisdicción especializada se debe precautelar que el justiciable tenga la posibilidad de impugnar haciendo uso de los mecanismos establecidos y que aún no han sido substituidos.

En un caso paradigmático caratulado Molina v. Gobierno Municipal Autónomo de Aucapata, la Sala Plena del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz emite Auto de Vista de 17 de septiembre de 2013 en el cual en base a los antecedentes normativos y la jurisprudencia constitucional citada, se considera competente unicamente para conocer y resolver los procesos contenciosos administrativos señalados en la Ley de Municipalidades correspondientes a los municipios de todo el Departamento o Distrito Judicial, consecuentemente no se considera competente para el conocimiento y resolución de controversias por contratos administrativos. Por lo que ese Tribunal decide declinar competencia y su remisión a la Oficina de Demandas Nuevas del Area Civil y Comercial para que se proceda a su respectivo sorteo ante el Juzgado de Turno de Partido en lo Civil y Comercial, mismo que deberá asumir conocimiento del presente proceso y resolver lo que fuere de ley. Habiéndose sorteado a juzgado 12vo. de partido en lo civil, esta autoridad remitió a conocimiento del juzgado quinto de partido en lo civil y comercial de La Paz en razón a que éste conoció la medida preparatoria de recocimiento judicial de firmas. Posteriormente, ante el Juzgado Quinto de Partido en lo Civil Comercial, el demandante, obligado por las circunstancias, modifica su demanda principal de contencioso administrativo a demanda ordinaria de cumplimiento judicial de contrato y ejecución del mismo, calificándose el proceso como ordinario de hecho, en actual tramitación.

Como se podrá evidenciar, el actor de esta demanda peregrinó primero ante el Tribunal Supremo de Justicia, quien declinó competencia en virtud a los dispuesto por el TCP, y luego, la sala Plena del Tribunal Departamental de La Paz, efectuó una lectura gramatical de la jurisprudencia constitucional y remitió, la controversia referida a contrato administrativo a un Juzgado de partido en lo Civil Comercial, generando una compleja interpretación e inseguridad jurídica a los contratistas con el Estado. Y corre el riesgo que tramitando el proceso ordinario se recurra en casación, vuelva a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, y en aplicación de la jurisprudencia de esta Corte, dede la gestión 2012, se anule el proceso ordinario porque no es el idóneo para resolver conflictos de contratos administrativos.

Mientras tanto lo señalado sucedía en el Tribunal Constitucional Plurinacional, el Tribunal Supremo de Justicia tenía una diferente interpretación y consecuente aplicación, así el Auto Supremo 179/2012 de 28 de junio de 2012 sostiene que los Tribunales Departamentales de Justicia en la estructura del Órgano Judicial, al haber subrogado las competencias establecidas por la Ley 1455 de Organización Judicial abrogada para las extintas Cortes Superiores de Distrito, y además asumido las competencias que a éstos les otorgaba dicha norma para el conocimiento y tramitación de causas activadas en su vigencia, son éstos tribunales que deben conocer y continuar con la tramitación de los procesos iniciados en vigencia de la Ley 1455 y sus modificaciones, hasta la conclusión de los mismos, esto en respeto al principio de ultraactividad de las normas. Por lo que en el caso concreto anuló obrados y declinó competencia ante el Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.

La situación de bloqueo de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en la que ingresan más recursos nuevos que sentencias se dictan, ocasionando un retraso en la resolución de los recursos que equivale a una denegación de justicia en una materia en que la Administración conserva libre, tanto la ejecutoriedad del acto discutido como la posibilidad de seguir construyendo sobre el mismo cadenas de actos nuevos y consecuencias virtualmente irreversibles.

La circunstancia de que esa situación es en sí misma una violación de la regla del artículo 115 de la Constitución Política del Estado y artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que impone que toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, lo cual el Estado garantiza; y más aún, que la situación de agravamiento paulatino de este dato amenaza con un verdadero colapso general de la justicia administrativa.

CAPITULO III

ELEMENTOS BASICOS PARA LA REGULACION DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN BOLIVIA

En la introducción se señaló que en este capítulo se desarrollaran los elementos básicos que debería contener la legislación de lo contencioso administrativo en Bolivia, esto para garantizar los derechos de los habitantes de este país ante la Administración Pública.

Los órganos judiciales ocupan en el ordenamiento jurídico boliviano, una especial posición como garantes de los derechos fundamentales, que en ejercicio de su función de tutela jurisdiccional ordinaria, habrá de redundar en una mayor eficacia de aquellos.²⁵⁵

La posición jurídica de la Administración en su relación con la justicia viene determinada por su formidable privilegio de autotutela, esto es, la capacidad de innovar ejecutoriamente en las relaciones jurídicas de que es parte y de imponer sus decisiones frente a pretensiones o resistencias contrarias. Es este principio estrictamente técnico, arbitrado desde luego para asegurar la mejor gestión de los servicios públicos, el que explica toda la peculiaridad de la justicia contencioso-administrativa respecto a la que se presta por los demás órdenes jurisdiccionales. No hay ninguna necesidad de acudir, como vimos que se hizo históricamente en Francia, a ninguna interpretación del principio de la división o separación de los poderes para explicar que la actuación de los tribunales contencioso-administrativos hayan de producirse normalmente *a posteriori* de la actuación administrativa y haya de respetar íntegro el ámbito de responsabilidad que la Constitución asegura a los órganos políticos: el Gobierno y sus agentes, como director de la política y de la

²⁵⁵ Richard Eddy Cardozo Daza, *Jurisdicción ordinaria y aplicación constitucional de las normas constitucionales y legales*, en Revista Boliviana de Derecho Iuris Tantum No. 10, Editorial El País, Santa Cruz-Bolivia, julio 2010.

Administración civil y militar, los gobiernos locales, a los demás órganos constitucionales.²⁵⁶

Ocurren simplemente dos cosas: ningún precepto constitucional ha querido derogar la técnica de la autotutela, que más bien se presupone cuando se dispone que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y que conforme García de Enterría está inserta en la tradición y cultura política y jurídica; segundo, el control judicial de la Administración opera exclusivamente sobre la legalidad de su actuación de la acción administrativa, no sobre el contenido político de las decisiones, que la Constitución reserva íntegro los órganos políticos antes aludidos.²⁵⁷

El punto saliente de la justicia administrativa es mantener esa observancia de la Ley y el Derecho y respetar, a la vez, el ámbito propio

1. Elementos del nuevo régimen constitucional

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías dice el artículo 1 de la Constitución. En su Preámbulo se proclama que dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal, asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Por ello, el Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

²⁵⁶ García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Bogotá, Temis S.A., 2008, pág. 551.

²⁵⁷ Ídem.

El artículo 9.1 de la CPE dispone que son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley, entre otros, constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales. El artículo 12.1 establece que el Estado organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos.

Con la promulgación del texto constitucional, Bolivia encara desde la normatividad constitucional y legal, un proceso de cambio sin precedentes en su historia republicana. Según sus mentores, el propósito es refundar el país, a través de un nuevo orden constitucional y legal. Efectivamente existe un nuevo cuerpo legislativo; un nuevo orden normativo que trae consigo innovaciones que, de cara a su aplicación, requieren de análisis que debe conducir a la reflexión y debate.

Así, el párrafo I del artículo 110 de la CPE sostiene que las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencia de las autoridades bolivianas. El párrafo II dispone que la vulneración de los derechos constitucionales hace responsables a sus autores intelectuales y materiales. Finalmente el párrafo III dispone que los atentados contra la seguridad personal hacen responsables a sus autores inmediatos, sin que pueda servirles de excusa el haberlos cometido por orden superior.

Asimismo, de la revisión de los documentos, actas e informes de la Asamblea Constituyente se tiene que en los Informes de Comisión de la Asamblea Constituyente: Comisión 3 correspondiente a Derechos Deberes y Garantías, el informe por Mayoría fue más ambicioso al señalar que las personas que vulneren derechos y garantías constitucionales quedan sujetos a la Jurisdicción ordinaria u originaria y que el Estado responderá patrimonialmente por los daños emergentes de una omisión o acción antijurídica que le sean imputables, causada por acción u omisión de cualquier autoridad pública. En caso de que el Estado sea condenado a la

reparación patrimonial de daños y perjuicios deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño.

2. Tutela judicial efectiva

El artículo 115 de la CPE establece que toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos y en su segundo párrafo dispone que el Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones. Precepto constitucional esencial sobre el alcance de ese control. El derecho fundamental a la tutela judicial, conforme lo sostiene García de Enterría “pasa a dominar toda la economía de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que por sí solo basta para eliminar, sin más, todas las viejas restricciones, cautelas, salvaguardas con las que históricamente hubo de montarse la experiencia nueva de un control judicial o parajudicial de la Administración. La Constitución no dice en parte alguna, ni permite interpretarse así, que ese derecho fundamental sea más débil, más tenue, menos efectivo cuando el proceso se trabe con una Administración Pública”²⁵⁸.

Esta conclusión esencial se refuerza aún si se recuerda el tenor del artículo 232 de la Constitución Boliviana, “La Administración Pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados.” Según García de Enterría, este sometimiento pleno a la ley y al Derecho implica, evidentemente, el sometimiento pleno al juez, instrumento imprescindible de ambas realidades normativas.²⁵⁹

Todos los derechos constitucionales tienen contenido normativo directo, así como se sostuvo en el Capítulo I, como es común a la norma suprema, conforme lo

²⁵⁸ García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Bogotá, Temis S.A., 2008, pág. 541.

²⁵⁹ Ídem.

dispuesto por el artículo 109 de la CPE. Quiere decirse que son ya directamente invocables ante los Tribunales contencioso-administrativos.

Siguiendo a Balaguer el debido proceso respecto de la tutela judicial efectiva comprende, entre otros el Derecho a un proceso con todas las garantías. El derecho a un proceso con todas las garantías supone la naturaleza del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, así como de la aplicación directa de los derechos y las garantías establecidos en el Artículo 109 de la CPE²⁶⁰. Además esta garantía supone la concurrencia de un juez imparcial, el derecho al recurso, el cumplimiento de los principios de publicidad, inmediación y contradicción, así como el derecho a ser oído antes de ser juzgado²⁶¹.

Además, siguiendo al mismo autor, también comprende el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Asimismo este derecho supone que la carga de la prueba recae sobre quien acusa y nunca sobre el acusado, y que una persona es culpable sólo cuando una sentencia condenatoria así la califique.

El derecho a una justicia pronta se refiere a una justicia sin dilaciones, sin retrasos. Este derecho supone una actividad legislativa y jurisdiccional encaminada a eliminar los obstáculos que generen retraso y retardación de justicia, revisando continuamente los mecanismos que hacen posible las dilaciones y en consecuencia generando políticas para eliminarlos. Una justicia pronta también se relaciona a la seguridad jurídica, es decir a que el derecho sea tutelado de manera efectiva y que las personas, sean individuales o colectivas, tengan la certeza de su situación jurídica para el adecuado desarrollo de sus derechos y de su vida cotidiana.

El derecho a una justicia oportuna se refiere a que la tutela judicial efectiva se lleve a cabo cuando la persona lo precisa, es decir previendo los casos en los cuáles es necesaria la mediación inmediata de las autoridades, jueces y tribunales en busca de no generar daños irreparables. El derecho que tarda en realizarse no es un derecho. El derecho debe ser acertado, debe estar a disposición de su titular, y en

²⁶⁰ CPE “Artículo 109. I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección. II. Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley.”

²⁶¹ Revisado en la página web www.econstitucional.com, el 12 de abril de 2014.

caso de ser vulnerado el derecho, el titular debe contar con los mecanismos adecuados en tiempo oportuno para exigir su tutela.

No se registran antecedentes en el constitucionalismo boliviano sobre la denominada tutela judicial efectiva, siendo el Artículo 115 de la CPE²⁶² el primero en la historia constitucional boliviana en introducir esta garantía, que conjuntamente con la aplicación directa de los derechos (Artículo 109) se configura en una de las características propias del Estado constitucional de Derecho. Respecto al debido proceso, el mismo se encuentra disperso en la enunciación de garantías constitucionales a la persona en la historia del constitucionalismo boliviano.

Respecto a la obtención de este artículo en el desarrollo en la Asamblea Constituyente nos parece rescatable el Informe por minoría que sostenía que el Estado garantiza en forma ineludible los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad y seguridad jurídica, así como la sanción a la arbitrariedad de las autoridades, funcionarios y agentes públicos que violen estos principios constitucionales.

Asimismo, debemos reconocer que el Artículo 119 de la CPE²⁶³ cuando dispone que las partes en conflicto gocen de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina, y no es menos en la jurisdicción contencioso administrativa; y que toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios. En ese sentido la disposición de la Constitución de 2009 es mucho más amplia y no se circunscribe únicamente al ámbito penal. Lo que resta es que esta

²⁶² Artículo 115 de la CPE. I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

²⁶³ Artículo 119 de la CPE. I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades, para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que le asisten, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina. II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensa o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios.

garantía sea legislada y ejecutada en los distintos ámbitos del derecho, sobre todo del derecho administrativo.

El párrafo I del artículo 120 de la CPE²⁶⁴ dispone que toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa.

Así, el juez imparcial es aquel que toma la decisión judicial exenta de todo interés o relación personal con el problema y mantiene la objetividad a momento de emitir la resolución.

Desde 1831 se determina que ningún boliviano podrá ser juzgado sino por el tribunal designado con anterioridad por la ley, misma disposición se mantiene en los textos constitucionales de 1834 y 1843. A partir de 1851 se determina que nadie puede ser condenado sin ser citado, oído, juzgado por las leyes.

Posteriormente el texto constitucional de 1861 dispone que nadie puede ser detenido, arrestado, preso ni condenado, sino en los casos establecidos por ley, ni puede ser juzgado por comisiones especiales sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa. A dicha disposición el texto constitucional de 1868 agrega que tampoco pueden ser juzgados por otros jueces que los naturales de su propio fuero y establecidos con anterioridad por la ley.

A partir de 1871 se dispone que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa. Sólo los sujetos que gozan de fuero militar podrán ser juzgados por consejos de guerra. Disposiciones que se mantienen en los textos constitucionales 1878 y 1880.

²⁶⁴ Artículo 120 de la CPE. I. Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometidas a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa.

Desde el texto constitucional de 1938 se estipula que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa, mismo texto se mantiene en los textos constitucionales de 1945 y 1947.

El texto constitucional de 1967 determina que 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. Asimismo la condena debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicaran las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado. Adicionalmente se determina la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa. Disposiciones que se mantienen en los textos constitucionales de 1994 y 2004.

Por tanto, se resalta en esta disposición que a diferencia de las anteriores Constituciones, amplía esta garantía de forma expresa a todas las áreas del quehacer jurídico y no únicamente al ámbito penal, lo cual debe materializarse en la legislación, como la propuesta de ley de la jurisdicción contencioso administrativa.

Además, tras la revisión de los documentos de la Asamblea Constituyente se destaca el Informe por Mayoría del artículo 120 el cual, dentro el derecho a la defensa señalaba, que este incluía que toda persona tiene derecho a ser oída dentro de los plazos establecidos por Ley, por un juez o autoridad originaria competente, independiente e imparcial. Lo cual garantizaría una justicia y no con excesiva dilación, como actualmente sufre la población boliviana. El párrafo II de la mencionada disposición se señalaba que toda persona sometida a un proceso judicial o administrativo y procesos internos, tiene derecho a ser asistida por un defensor y un intérprete en caso de ser necesario, incluso cuando se encuentre sometida a cualquier forma de detención o incomunicación.

3. Principios procesales a tomarse en cuenta

El artículo 180 de la Constitución Política del Estado es de trascendental importancia para la administración de justicia, sostiene en el primer párrafo que la jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez. El párrafo II garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales. Y finalmente el párrafo III menciona que la jurisdicción ordinaria no reconocerá fueros, privilegios ni tribunales de excepción. La jurisdicción militar juzgará los delitos de naturaleza militar regulados por la ley.

Acá resultaría pertinente, realizar un examen integral si resultaría la reinscripción del Consejo de Estado como órgano de administración de justicia administrativa un privilegio para la Administración, por lo tanto la reincorporación de este órgano devendría en inconstitucional, porque se estaría estableciendo un privilegio en el procesamiento de la Administración.

Asimismo se establece como principio de la jurisdicción ordinaria a la Oralidad, que es un instrumento que sirve para garantizar los principios de inmediación, la publicidad y la transparencia de actividad de jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria. La oralidad entendida como principio supone que todos los procesos ordinarios sustanciados ante la jurisdicción ordinaria deberán privilegiar la oralidad, en tanto con ella se pone en juego el cumplimiento de otros principios.

Por lo tanto, el proceso contencioso administrativo debe adecuarse al procesamiento oral. Además, como sostiene Eloy Espinosa Saldaña, cuando hablamos de tutela judicial efectiva estamos refiriéndonos a un derecho de estructura y contenido complejo, que incluye el derecho de toda persona a acceder a la jurisdicción, ser parte de un proceso, movilizar el desarrollo de la actividad jurisdiccional, y un largo etcétera. Ahora bien, todo lo que involucra este derecho pierde sentido si no se da dentro de ciertas condiciones, entre las cuales se destaca a la celeridad, la predictibilidad, la inmediación y la publicidad. En ese sentido abonan

normas nacionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁶⁵, que abogan por el derecho a ser oído, aunque preservándose el respeto de determinados parámetros²⁶⁶.

Asimismo, se tiene el principio de accesibilidad que se refiere a la posibilidad de que el proceso ordinario sea accesible a cualquier persona, esto supone habilitar la presencia de la jurisdicción ordinaria en toda zona habitada del país, es decir hacer posible la presencia de estas instituciones en zonas rurales. Asimismo este principio se efectiviza en la posibilidad de todo ser humano de acceder, sin ningún tipo de discriminación, a la jurisdicción ordinaria para la resolución de sus conflictos, lo que implica tanto el ser asesorado como el ser asistido y defendido por un letrado o abogado independiente. En consecuencia, el acceso a la justicia representa el derecho de acudir al sistema de administración de justicia establecido por la Constitución y la ley, para la resolución de conflictos de conformidad al ordenamiento jurídico vigente.

Conforme el actual sistema boliviano del contencioso administrativo, este principio de accesibilidad se incumple ya que ya no es de fácil acceso la jurisdicción en Sucre ante la Corte Suprema, ya que incluso con las modificaciones introducidas por la Ley 620 de 29 de diciembre de 2014 este proceso será de conocimiento del Tribunal Supremo cuando los actos administrativos contra los que se interponen son emitidos por la Administración del nivel central del Estado y que gozan de jurisdicción nacional.

Asimismo, se establece la inmediatez como principio, la que se refiere al tiempo transcurrido entre la afectación de los derechos y la tutela de los mismos. Este principio se refiere, lógicamente, a la celeridad del proceso en busca de una correcta tutela judicial efectiva conforme a lo dispuesto en el Artículo 115.

²⁶⁵ En ese tenor podemos citar a los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁶⁶ Eloy Espinosa Saldaña Barrera, Reflexiones sobre los actuales alcances de los procesos contencioso administrativos en Iberoamérica, o los efectos de la constitucionalización del derecho (Con especial referencia al debido proceso y la tutela judicial efectiva), la constitucionalización de la política y el redimensionamiento del Estado en nuestros países; en Realidad y perspectivas del Constitucionalismo boliviano, Memorias del Segundo Congreso Boliviano de derecho Constitucional, Editorial Kipus, Cochabamba Bolivia, 2014, pág. 303.

El principio de inmediatez se relaciona directamente con el principio de seguridad jurídica y de economía procesal, pues debe existir una relación entre la petición de la tutela de derechos, y la reacción de los jueces y tribunales para hacerla efectiva, la cual no puede ser perjudicada por procedimientos lentos y burocráticos.

El proceso contencioso administrativo en los casos pendientes en el Tribunal Supremo de Justicia tiene una mora demasiado alta, ya que los casos se despachan lentamente, y al tener que ser de conocimiento y acuerdo de Sala Plena y además por la inusitada carga procesal, como lo manifestó el expresidente de la Corte Suprema Eduardo Rodríguez Veltze, por lo que no se cumple tampoco este principio. Habrá que evaluar cómo funcionan las reformas introducidas con la Ley 620, ya que los procesos contencioso administrativos serán de conocimiento y resolución dentro una sala especializada del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Departamental de Justicia, dependiendo del alcance territorial de la entidad que emita el acto administrativo.

Otro principio establecido en la Constitución, el principio de verdad material se refiere a que las decisiones de los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria deben basarse y fundamentarse en la verificabilidad de los hechos comprobados y en consecuencia en la legitimidad de los mecanismos probatorios.

Por lo señalado, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria deben basar su resolución, sea ésta una sentencia o una resolución de mero trámite, en una reconstrucción de la realidad de los hechos y las circunstancias, para ello, deben dar prevalencia a la verdad antes que a los ritualismos, aunque, obviamente, sin eliminar aquellas formas procesales establecidas por la ley, que tienen por finalidad, resguardar derechos y garantías constitucionales, y hacer legítima esta verdad.

No se puede cumplir este principio en el proceso contencioso administrativo ya que este proceso únicamente puede ser calificado como proceso ordinario de puro derecho sin que se pueda recibir y evaluar la prueba de los hechos presentados por las partes.

Además ésta disposición señala al debido proceso, que consiste en una garantía y un derecho constitucional, se relaciona directamente con una justicia procedimental perfecta, es decir que el desarrollo de un proceso penal posea etapas formales, continuas, previsibles, necesarias y regulares, en busca de garantizar un efectivo derecho a la defensa y en consecuencia un proceso justo, pronto y transparente. Al no cumplirse con los principios señalados anteriormente es sumamente difícil que se materialice el principio del debido proceso en el proceso contencioso administrativo en Bolivia.

El principio de igualdad de la partes ante el juez es un efecto de la igualdad de las personas ante la ley, la ausencia de fueros y de tribunales especiales. Por ello cuando las personas solicitan la tutela de sus derechos o demandan que se imparta justicia éstas deben ser puestas en el proceso en paridad de condiciones.

El principio de igualdad de las partes en un procesos judicial significa que los derechos, las cargas y las responsabilidades que nacen de un proceso se conceden, recaen o se imponen, respectivamente, sobre las partes sin discriminación entre ellas, de tal modo que el resultado a que cada cual aspira no puede ser favorecido por privilegios a favor ni gravámenes en perjuicio.

La igualdad es un derecho fundamental de la personalidad jurídica, establecido en el Artículo 14 de la CPE²⁶⁷, y es una garantía constitucional conforme a lo establecido en el Artículo 119, y en consecuencia este principio se encuentra estrechamente relacionado al principio del debido proceso, pues todas las personas merecen igual protección e igual participación en el proceso. Sin embargo, se

²⁶⁷ Artículo 14 de la CPE. I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna. II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos de toda persona. III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos. IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que estas no prohíban. V. Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano. VI. Las extranjeras y los extranjeros en el territorio boliviano tienen los derechos y deben cumplir los deberes establecidos en la Constitución, salvo las restricciones que esta contenga.

evidencia en la jurisprudencia que las partes en el proceso contencioso administrativo no son tratadas de manera similar.

Cuando Juan Carlos Benalcazar Guerrón presentó su libro *Derecho Administrativo Ecuatoriano* manifestó que es lamentable constatar una crisis en el control que se instrumenta a través del proceso contencioso administrativo. Crisis que en primer término, se advierte por la vetustez de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ecuatoriana, cuya normativa muestra conceptos y dogmas demasiado favorables al autoritarismo, vicio que al ser cómplice de la arbitrariedad, justamente se encuentra proscrito por los prescritos del Estado de Derecho. Sin duda, nos dice, que el dogma más evidente que se esconde en diversas disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ecuatoriana es aquel que cree, de modo incontestable y sin excepciones, que el “interés general” (o lo que la autoridad caprichosamente entiende por tal) debe prevalecer sobre el “interés individual”. El logro de un bien común de rostro humano contrasta nítidamente con aquel mal entendido “principio de prevalencia de intereses”, pues esta idea olvida que la persona es causa material y eficiente de la sociedad política, y por consiguiente, que el bien común –fin del Estado- es en esencia la buena vida de las personas, y no a ultranza el bien del aparato estatal, el cual simplemente resulta un medio frente a las exigencias que se deducen de la dignidad y naturaleza de la persona²⁶⁸.

El principio de impugnación en los procesos judiciales enuncia el derecho de todo ser humano a impugnar las resoluciones judiciales, es decir a solicitar la revisión, ya sea por el mismo juez de la causa o por una autoridad jerárquica u órgano superior, en busca de cambiar o modificar menciona resolución.

El principio de impugnación de los procesos judiciales se relaciona directamente con la fiscalización de la regularidad del proceso ordinario tanto por las partes como por la misma actividad jurisdiccional. La impugnación procede ante la

²⁶⁸ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Fundación Andrade Asociados Fondo Editorial, Quito Ecuador, julio 2007, pág. 16.

presencia de actos procesales imperfectos, así como vulneraciones de derechos que asisten a las partes.

Al ser conocido y resuelto el proceso contencioso administrativo por la sala plena de la Corte Suprema de Justicia es imposible que se viabilice la posibilidad de revisión y corrección de las decisiones del más alto tribunal de justicia.

Habida cuenta que el proceso contencioso administrativo se tramita en única instancia, en el Tribunal Supremo de Justicia, no hay oportunidad para hablar de la corrección de decisiones judiciales equivocadas.

Esto se ha tratado de paliar de alguna manera mediante el artículo 5 de la ley 620 de 31 de diciembre de 2014, ley transitoria para la tramitación de los procesos contencioso y contencioso administrativo que crea en la estructura del tribunal supremo de justicia y en los tribunales departamentales de justicia, salas en materia contenciosa y contenciosa administrativa.

El mencionado artículo dispone que contra las resoluciones que resuelvan los procesos contenciosos (no así los procesos contencioso administrativos) tramitados en las salas contenciosas y contenciosas administrativas de los tribunales departamentales de justicia, los recursos de casación serán resueltos por la sala contenciosa y contenciosa administrativa del tribunal supremo de justicia. Asimismo, en los procesos contenciosos (no contencioso administrativo) tramitados en la sala contenciosa y contenciosa administrativa del tribunal supremo de justicia, los recursos de casación serán resueltos por la sala plena de ese tribunal. Sin embargo, esta posibilidad de impugnación no alcanza a los procesos contencioso administrativos, ya que el párrafo II del mencionado artículo dispone expresamente que contra la resolución que resuelva el proceso contencioso administrativo, no procede recurso ulterior, incumpléndose así la Constitución Política del Estado. En la tarea de indagación no se encontró ninguna fundamentación de esta decisión legislativa en la exposición de motivos ni en los debates de la Asamblea Legislativa, y tampoco se conoce al presente una acción de inconstitucionalidad contra esta ley.

Otro principio que señala la Constitución es el de no reconocimiento de fueros, privilegios o tribunales de excepción, en observación del derecho al juez natural. Esta garantía se relaciona directamente con la posibilidad de un juicio imparcial, es decir un juicio que no tenga influencia política, ya sea favor o en contra del imputado.

En razón a que la Administración Pública tiene privilegios procesales parecería que este principio también se está vulnerando en el ordenamiento jurídico boliviano.

La aparición de esta figura que se denomina juez natural se debe a la desconfianza y poca legitimidad en la administración de justicia tanto en la edad media como en los primeros años de los estados republicanos. Con el tiempo un juez natural será aquel que haya sido fijado con anterioridad por la Constitución y la ley.

La garantía también se traduce en la prohibición de tribunales de excepción, es decir tribunales especiales. Lo que se intenta afirmar con esta garantía es en si a la jurisdicción ordinaria, la única legítimamente competente para juzgar cualquier delito ordinario, o cualquier causa ordinaria.

Cabe resaltar que a pesar de que la Constitución Boliviana vigente no señala nada al respecto, el texto constitucional de 1994, en su artículo 116, párrafo III estableció 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.

El numeral 6 del párrafo I del artículo 175²⁶⁹ de la Constitución vigente dispone que las Ministras y los Ministros de Estado son servidoras públicas y servidores públicos, y tienen como atribuciones, además de las determinadas en esta Constitución y la ley de resolver en última instancia todo asunto administrativo que corresponda al Ministerio.

²⁶⁹ Numeral 6, párrafo I, artículo 175 de la CPE. Las Ministras y Ministros de Estado son servidoras públicas y servidores públicos, y tienen como atribuciones, además de las determinadas en esta constitución y la ley: 6. Resolver en última instancia todo asunto administrativo que corresponda al Ministerio.

Se analiza este artículo para indagar si la Constitución con esta disposición permitiría que se entregue al Consejo de Estado la resolución de los conflictos de la Administración con los particulares. En ese sentido se observa que lo que persigue que se le asigne la facultad decisoria con la finalidad de apurar o agotar la vía gubernativa u administrativa, ya que la función judicial es única y le corresponde a un tercero, a un juez imparcial, por lo que no correspondería constitucionalmente la creación de un Consejo de Estado dentro la propia administración.

4. Potestad de impartir justicia

El párrafo I del artículo 178 de la Constitución Política del Estado manifiesta que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos. Principios que han sido analizados líneas arriba, esto respecto a lo que corresponde al contencioso administrativo, objeto de la presente investigación, determinándose que varios de estos principios constitucionales son vulnerados por la legislación y la practica judicial, a pesar del efecto de irradiación que deberían tener los principios en el Estado Constitucional de Derecho.

Entre estos principios encontramos el de servicio a la sociedad, paradigma a través del cual debería entenderse la administración de justicia. Así, conforme a lo establecido en el Informe de la Comisión 6 (Judicial) la administración de justicia debe ser de fácil acceso, ágil, oportuna y de relación más directa con la población.

Se sostiene que la justicia no es en sí misma un poder, sino es ante todo un servicio a la sociedad. Una condición de vida. La legitimidad de la potestad de impartir justicia que establece el Artículo 178 se encuentra en este principio de servicio a la sociedad. Si es el pueblo boliviano la fuente de la que emana la potestad de impartir justicia, es lógico que la justicia impartida lo sea en servicio de la sociedad.

Servicio a la sociedad supone que la justicia sea, como señala la definición de la voluntad constituyente, de fácil acceso, gratuita y oportuna.

5. Garantía de independencia judicial

El párrafo II del Artículo 178 señala como garantías de la independencia judicial al desempeño de los jueces de acuerdo a la carrera judicial; y a la autonomía presupuestaria de los órganos judiciales.

Es importante asegurar la independencia judicial para la sociedad y el Estado, más aun en los procesos contencioso administrativos en el cual una de las partes es la Administración Pública, la cual maneja recursos, efectúa planificaciones, de los cual debería estar libre el juez, para poder emitir una decisión cabal a las circunstancias.

Pero como muestra la ley 620 que aprueba el régimen transitorio contencioso y contencioso administrativo no se efectuó ningún incremento presupuestario, lo que agrava más la situación financiera del órgano judicial que ya de inicio es mínima para el ejercicio de sus funciones, demostrando el desinterés del Gobierno central.

6. Jurisdicciones especializadas

Conforme a lo dispuesto al finalizar el párrafo I del Artículo 179 existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley. Estas jurisdicciones serán parte de la función judicial única y en consecuencia deberán generar los mecanismos de coordinación con las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente.

Una jurisdicción especializada es aquella que se crea para resolver conflictos que no pueden ser resueltos por la jurisdicción ordinaria, o que precisan un tratamiento especial que la jurisdicción ordinaria no contempla. El adjetivo de especializada hace referencia a asuntos determinados o personas determinadas que por su estado o profesión no pueden estar sujetos a la jurisdicción ordinaria. Entre las

jurisdicciones especializadas se tiene doctrinalmente a la jurisdicción militar, que en el caso boliviano se encuentra reconocida constitucionalmente en el párrafo III del Artículo 180. Asimismo se tiene a la jurisdicción administrativa, la jurisdicción aérea o aeronáutica, entre otras, que serán creadas y reguladas por ley²⁷⁰.

Conforme al mandato constitucional estas jurisdicciones especiales que no se encuentran establecidas en el Artículo 179 deberán ser creadas y reguladas por ley, en estricta observación a la Constitución.

En ese sentido se ha establecido, a pesar que la Constitución no establece disposición alguna sobre el contencioso y contencioso administrativo, dispone la posibilidad de creación de jurisdicciones especiales. En ese sentido, el Código Procesal Civil, y la Ley No. 620 dispone que la Asamblea Legislativa Plurinacional creará la jurisdicción contenciosa administrativa como jurisdicción especializada.

El texto constitucional de 2004 establecía en su artículo 116, párrafo III que 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. Asimismo, el párrafo I del artículo 117 sostenía que la Corte Suprema es el máximo tribunal de justicia ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa de la República. Tiene su sede en la ciudad de Sucre. El artículo 117 de la Constitución de 1994 dispone que la Corte Suprema es el máximo tribunal de justicia ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa de la República. Tiene su sede en la ciudad de Sucre.

Así la Constitución de 2009 en su artículo 181²⁷¹ sostiene que el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Está integrado por Magistradas y Magistrados. Se organiza internamente en salas especializadas. Su composición y organización se determinará por la ley.

²⁷⁰ La disposición transitorio décima de la Ley 025 de 24 de junio 2010 establece que *los juzgados y salas en materia administrativa, coactiva, tributaria y fiscal, continuarán ejerciendo sus competencias hasta que sean reguladas por Ley como jurisdicción especializada.*

²⁷¹ Artículo 181 de la CPE. El Tribunal Supremo de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Está integrado por Magistradas y Magistrados. Se organiza internamente en salas especializadas. Su composición y organización se determinará por ley.

En la Asamblea Constituyente, al referirse a este tema, la propuesta de minoría (PODEMOS – MNR) sugería mencionar que la facultad de conocer y fallar en la vía ordinaria, contencioso administrativa y agraria, de hacer ejecutar los fallos, corresponde a los tribunales y jueces establecidos por esta Constitución y por la ley, bajo el principio de unidad jurisdiccional.

El Artículo 179 que establece las instancias que ejecutaran la función judicial, que se caracteriza como única, si bien abre la posibilidad de crear jurisdicciones especiales, la jurisdicción contenciosa administrativa no fue considerada en la redacción final del texto constitucional.

7. Jurisdicción contenciosa y contenciosa administrativa

Como señaló Eduardo Rodríguez, “La jurisdicción contenciosa, o bien contencioso administrativo, que atiende las controversias derivadas de la actuación administrativa del Estado contribuyó a desarrollar el Derecho Administrativo del país. En efecto, entre los años 2000 y 2005, creció en un 700%, porcentaje revelador pues la sostenibilidad del proceso democrático, la independencia de poderes y el empoderamiento ciudadano sobre sus derechos permitió superar un secular modelo de estado centralista, diseñado para evitar el control jurisdiccional.”²⁷² Este fenómeno se atribuye fundamentalmente a la modificación de las formas de impugnación en materia tributaria, en la cual el contencioso administrativo en algún momento fue la única forma de impugnación judicial y no por el empoderamiento ciudadano manifestado.

En el Informe por Unanimidad, Consenso o en Disenso de la Comisión 6 de la Asamblea Constituyente se proponía que el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo Tribunal de Justicia, contencioso administrativo de la jurisdicción ordinaria. Estaría compuesto por nueve magistrados titulares y suplentes, elegidos, uno por cada Departamento. Se organizará internamente por Salas especializadas. Los asuntos que debía conocer cada Sala se definirán por Ley.

²⁷² Descargado de la página web: www.econstitucional.bo el 20 de abril de 2014

Asimismo, la Propuesta de Texto Constitucional de las Organizaciones que conformaron el Pacto de Unidad señalaba en su artículo 107, parágrafo I que el Tribunal Supremo del Estado es el máximo tribunal de justicia ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa.

Además, es importante señalar, esto para fundamentar la Ley No. 620 que de conformidad al numeral 1 del artículo 184 de la Constitución, es atribución del Tribunal Supremo de Justicia, además de las señaladas por la ley actuar como tribunal de casación y conocer recursos de nulidad en los casos expresamente señalados por la ley.

Más expresamente la Constitución de 1967, modificada el 2004 disponía a través del numeral 3 del artículo 118 que es atribución de la Corte Suprema resolver los recursos de nulidad y casación en la jurisdicción ordinaria y administrativa; y el numeral 7 le otorga la facultad de 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.

La Constitución de 1994, también en el artículo 118 disponía como atribución 3 de la Corte Suprema el resolver los recursos de nulidad y casación en la jurisdicción ordinaria y administrativa; y atribución 7 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.

El Texto Constitucional de 1967 en su artículo 118 establecía simplemente que una ley determinará la organización y atribuciones de los tribunales y juzgados de la República.

La Constitución de 1961 disponía en el artículo 124 que son atribuciones de la Corte Suprema, además de las que señalan las leyes, “7. Conocer de las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo, y de las demandas contenciosas administrativas a que dieren lugar las resoluciones del mismo”.

El artículo 145 del Texto Constitucional 1947 disponía como atribución 7 de la Corte Suprema “7. Conocer de las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo, y de las demandas contencioso-administrativas a que dieron lugar las resoluciones del mismo. Y 8. Conocer de todas las materias contenciosas relativas al patronato nacional que ejerce el Gobierno”.

Igualmente, la Constitución de 1945 en su Artículo 143 establece como atribución de la Corte Suprema, a más de las que señalan las leyes, “7. Conocer de las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo, y de las demandas contencioso-administrativas a que dieron lugar las resoluciones del mismo. Y 8. Conocer de todas las materias contenciosas relativas al patronato nacional que ejerce el Gobierno”.

El Texto Constitucional de 1938 en el Artículo 143 dispone que son atribuciones de la Corte Suprema, a más de las que señalan las leyes, “7. Conocer de las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo, y de las demandas contencioso-administrativas a que dieron lugar las resoluciones del mismo; Y 8. Conocer de todas las materias contenciosas relativas al patronato nacional que ejerce el Gobierno”.

La Constitución de 1880 mediante el Artículo 111 dispone que son atribuciones de la Corte Suprema, a más de las que señalan las leyes, “5. Conocer de las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo, y de las demandas contencioso-administrativas a que dieron lugar las resoluciones del mismo; Y 6. Conocer de todas las materias contenciosas relativas al patronato nacional que ejerce el Gobierno Supremo de la República”.

El Texto Constitucional 1878 en el artículo 111 dice que son atribuciones de la Corte Suprema, a más de las que señalan las leyes, “5. Conocer de las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo, y de las demandas contencioso-administrativas a que dieron lugar las

resoluciones del mismo; Y 6. Conocer de todas las materias contenciosas relativas al patronato nacional que ejerce el Gobierno Supremo de la República”.

La Constitución de 1871 dentro de las atribuciones de la Corte de Casación no cuenta las del contencioso y contencioso administrativo. Asimismo el Texto Constitucional 1868, 1861, 1851 y 1843.

Sin embargo el Texto Constitucional de 1839 en el artículo 93 dispone como atribución de la Corte Suprema, “1. Conocer de todos los negocios contenciosos de los Ministros Plenipotenciarios y agentes diplomáticos cerca del Gobierno de la República, en los casos permitidos por el derecho público de las naciones, o designados por leyes y tratados. 3. Conocer de las controversias que se susciten por los contratos o negociaciones que el Poder Ejecutivo celebre por sí o por medio de sus agentes. Y 11. Conocer de las causas contenciosas del patronato Nacional”.

El artículo 115 del Texto Constitucional de 1834 manifestaba que son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia. “3. Conocer de las causas que resulten de los contratos o negociaciones del Poder Ejecutivo. 4. Conocer de todas las causas contenciosas del patronato nacional. 5. Conocer de las causas contenciosas de los ministros plenipotenciarios, cónsules y toda clase de agentes diplomáticos”.

La Constitución de 1831 dispone en el artículo 113 que son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, “3. Conocer de las causas que resulten de los contratos o negociaciones del Poder Ejecutivo. 4. Conocer de todas las causas contenciosas del patronato nacional. Y 5. Conocer de las causas contenciosas de los Ministros Plenipotenciarios, cónsules y toda clase de agentes diplomáticos”.

La primera Constitución de 1826 en el artículo 110 disponía que son atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, “2. Conocer de todas las causas contenciosas del patronato nacional. 4. Conocer de las causas contenciosas de los Embajadores, Ministros residentes, cónsules y agentes diplomáticos”.

Así se puede evidenciar que el catálogo de atribuciones del Tribunal, Corte Suprema o Corte de Casación se encuentra en la historia constitucional boliviana

desde el texto constitucional de 1826, en el cual el denominativo del Tribunal Supremo de Justicia era el de Suprema Corte de Justicia.

Desde 1826 el más alto tribunal o corte del Poder u Órgano Judicial tiene la atribución de conocer las causas civiles y penales (también denominadas criminales) en revisión, ya sea de tercera instancia, ya sea vía recurso de casación o nulidad. Asimismo tiene la facultad de conocer delitos y causas civiles de altos dignatarios, ministros, diplomáticos, entre otros, así como posteriormente también se hizo cargo de la jurisdicción contenciosa y contenciosa administrativa.

Desde 1861 la denominada entonces Corte de Casación, tenía la atribución de conocer los negocios de puro derecho de cuya decisión dependa la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, inaugurando por primera vez un control de constitucionalidad concentrado. Esta atribución se mantiene en los textos posteriores, tanto del siglo XIX como la mayoría de los textos del siglo XX, con la aclaración de que los textos constitucionales de 1843, 1851 y 1967, reservan a una ley el desarrollo de estas atribuciones, es decir no explicitaban en el texto constitucional ninguna lista de atribuciones, y con la aclaración, también, que el texto constitucional de 1994 introduce la institución del Tribunal Constitucional que se encargará de estos negocios de puro derecho y lógicamente del control de constitucionalidad.

Desde el texto constitucional de 1938 se establece una atribución muy importante, y se refiere a la representación y dirección del Poder Judicial, esta atribución se reitera en todos los textos constitucionales del siglo XX y hasta el texto constitucional de 2004. Esta atribución es la que permitía comprender que la Corte Suprema era la cabeza del Poder Judicial, y en consecuencia el Presidente de la Corte Suprema era una autoridad que gozaba de un estatus de igualdad política que el Presidente de la República y que los presidentes de las cámaras que componen el Poder Legislativo. Incluso el Presidente de la Corte Suprema de Justicia ingresaba en la sucesión presidencial, es decir podía llegar a ser Presidente de la República. La Constitución vigente ha eliminado esta atribución y también ha eliminado la posibilidad de sucesión presidencial del Presidente del Tribunal Supremo de Justicia.

Asimismo a partir del texto constitucional de 1938 la Corte Suprema de Justicia tiene como atribución conocer conflictos de competencias y conflictos entre jurisdicciones y tribunales.

8. Asamblea Constituyente y jurisdicción contenciosa administrativa

El Informe por Unanimidad, Consenso o en disenso de la Comisión de la Asamblea Constituyente: Comisión 6 (Judicial) recomienda que dentro las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia se encuentre desempeñar las funciones de Tribunal Supremo, contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale una ley.

Asimismo, la propuesta de Texto Constitucional de las Organizaciones que conforman el Pacto de Unidad en mayo de 2007 tiene en su artículo 108 que son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, “3. Resolver los recursos de nulidad y casación en la jurisdicción ordinaria y administrativa. 5. Resolver las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Órgano Ejecutivo y las demandas contencioso-administrativas a las que dieran lugar las resoluciones”.

Se encuentran antecedentes del debate sobre las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia en el Informe por Unanimidad, Consenso o en Disenso de la Comisión 6 (Judicial) de la Asamblea Constituyente. En este informe se presentan los antecedentes de cada uno de los numerales del Artículo 184 de la Constitución vigente, sin embargo cabe destacar una atribución que luego fue retirada en los Proyectos de Texto Constitucional, esta atribución se refiere a que el Tribunal Supremo de Justicia es competente para el conocimiento y resolución de causas de la jurisdicción contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale una ley.

La Propuesta de Texto Constitucional del Pacto de Unidad presenta cinco atribuciones entre las que destacan la atribución de representar al Órgano Judicial y

la atribución de resolver las causas contenciosas y las demandas contencioso-administrativas.

Lamentablemente, no se ha evidenciado en la documentación de la Asamblea Constituyente las razones para haber incluido estas atribuciones que sí fueron recomendadas por los informes de la Comisión Judicial.

9. Jurisdicción contencioso administrativa agroambiental

El único lugar en la Constitución en el que se recordó al contencioso administrativo es cuando el artículo 189 habla de las atribuciones del Tribunal Agroambiental, otorgándole, entre otras la facultad de conocer y resolver en única instancia los procesos contencioso administrativos que resulten de los contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y de los demás actos y resoluciones administrativas. Lo cual no constituye una limitación para el desarrollo de la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo, sino una especialidad en el ámbito de los actos administrativos cuando se trate de que resulten de los contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y de los demás actos y resoluciones administrativas.

Para el presente estudio, cabe hacer notar que se encuentra fuera del objeto de la investigación por su especialidad, sin embargo es ilustrativo conocer algunos elementos diferenciadores del contencioso administrativo general.

El Tribunal Agroambiental también tiene la atribución de conocer y resolver procesos contenciosos administrativos que resulten de una serie de actos que se explicarán a continuación. Empero, en primera instancia, cabe aclarar qué se entiende por procesos contencioso administrativos. En la redacción, la ausencia del plural conlleva a leer contencioso administrativos como una unidad.

Los procesos contencioso administrativos que el Tribunal Agroambiental está facultado de conocer, son los resultantes de contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables. En todos estos casos, la labor del Tribunal Agroambiental es velar porque el accionar de la administración pública haya respetado el régimen constitucional de los recursos naturales, en este caso renovables: agua, bosques, especies de la biodiversidad, suelo (tierra), y demás elementos renovables de la naturaleza susceptibles de aprovechamiento²⁷³.

Acá volvemos a la discusión del alcance del control que efectúa a través del proceso contencioso administrativo, ya que el mencionado comentario señala que la labor del Tribunal Agroambiental es velar porque el accionar de la administración pública haya respetado el régimen constitucional de los recursos naturales, cuando el control fundamental del contencioso administrativo y no de constitucionalidad que primordialmente es una tarea del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Así, el Tribunal Agroambiental está facultado para conocer todos aquellos procesos contenciosos administrativos que resulten de contratos firmados por el Estado con particulares (locales o extranjeros) sobre uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables, que presenten vicios, o favorezcan a intereses privados, en detrimento del interés de la colectividad.

Este Tribunal también conoce procesos resultantes de negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento, en las que la administración pública haya favorecido a particulares, haya atentado contra la propiedad del pueblo boliviano sobre los recursos naturales y contra la conservación y protección de éstos.

De la misma manera, el Tribunal Agroambiental tiene la atribución de conocer y resolver procesos sobre los demás actos y resoluciones administrativas que tengan que ver con el tema agrario o medio ambiental y de recursos naturales renovables. Al tratarse de una máxima instancia, el Tribunal Agroambiental tiene la

²⁷³ Descargado de la página web: www.econstitucional.com el 15 de abril de 2014.

última voz en estos procesos y sus resoluciones sólo podrían ser revisadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Las resoluciones, en estos casos, del Tribunal Agroambiental podrían contemplar desde la declaración de nulidad o anulabilidad de los actos y resoluciones de la administración pública, hasta la determinación de responsabilidades que remitan los casos a la jurisdicción ordinaria, indígena originario campesina, o a la jurisdicción constitucional.

10. Jurisdicción indígena originaria campesina y jurisdicción contencioso administrativa

Resulta necesario estudiar la protección de derechos frente al gobierno municipal que se ha convertido en una autonomía indígena originaria, respecto a la regulación que podría aplicarse y sus contenidos.

Sin embargo, los municipios que así lo consideran necesario están en trámite de su conversión en municipio con autonomía indígena originario campesino y la aprobación de sus Carta Orgánicas; todavía este es un camino por andar en Bolivia, pero seguramente algún momento surgirá primero un conflicto entre un particular, indígena o no, con un acto administrativo de un municipio constituido en jurisdicción indígena originaria campesina y luego se presentará un conflicto de jurisdicciones, que deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Es importante notar que la aspiración en la Asamblea Constituyente de autonomía de la jurisdicción indígena originaria campesina era mucho más amplia. Así, el proyecto de Texto Constitucional Aprobado en Grande en Chuquisaca, noviembre de 2007 sostenía en su artículo 200 que, “La jurisdicción indígena originario campesina conocerá todo tipo de relaciones jurídicas, así como actos y hechos que vulneren bienes jurídicos realizados por cualquier persona dentro del ámbito territorial indígena originario campesino. La jurisdicción indígena originario

campesina decidirá en forma definitiva, sus decisiones no podrán ser revisadas por la jurisdicción ordinaria, y ejecutará sus resoluciones en forma directa”.

Asimismo, la propuesta de Texto Constitucional de las Organizaciones que conforman el Pacto de Unidad, mayo de 2007 señalaba en el artículo 102 que en cuanto a la materia la jurisdicción indígena originaria campesina tiene competencias: Para administrar justicia en sus comunidades, pueblos y gobiernos indígenas autónomos en cualquier asunto o materia.

Conforme a lo establecido en el párrafo I del Artículo 179 la Constitución Política del Estado reconoce la existencia de la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental, la jurisdicción indígena originario campesina y otras jurisdicciones creadas por ley. Conforme a lo dispuesto por el párrafo II del Artículo 179 la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozan de igual jerarquía, y conforme a lo dispuesto en el Artículo 186 la jurisdicción agroambiental se rige por los principios de interculturalidad, función social e integralidad, entre otros principios. Finalmente conforme a lo señalado en el párrafo I del Artículo 178 los principios que sustentan la potestad de impartir justicia son pluralismo jurídico, interculturalidad, servicio a la sociedad, armonía social y respeto a los derechos, entre otros.

Por lo señalado, los conflictos de competencia entre jurisdicciones deben ser solucionados haciendo uso de estos principios y tratando de generar una armonía entre jurisdicciones, sin invasiones ni subsunciones.

Según Rivera, ex magistrado del Tribunal Constitucional “el conflicto de competencias se trata del conflicto que se genera porque una de las jurisdicciones involucradas toma conocimiento de una causa que, conforme a las competencias y atribuciones asignadas por la Constitución y las leyes, corresponde ser conocida y resuelta por otra jurisdicción”.

Conforme a la redacción del numeral 11 del Artículo 202, se presenta una oposición de jurisdicciones entre la indígena originario campesina y las jurisdicciones ordinaria y agroambiental, en consecuencia en esta atribución la

Constitución remite al Tribunal Constitucional Plurinacional la concreción del pluralismo jurídico de tipo igualitario, es decir la manera en la que las jurisdicciones solucionan sus espacios de potestad de impartir justicia, las colaboraciones y préstamos entre ellas.

No se evidencia entre la legislación de desarrollo contenida en la ley de deslinde jurisdiccional, la ley 620, el único estatuto indígena originario campesino aprobado en referéndum popular a la fecha, de Charagua, la coordinación entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria contenciosa y contenciosa administrativa.

11. Contencioso administrativo y el Órgano Electoral

Habría que especificar las diferencias del contencioso administrativo con la atribución 5 del Tribunal Constitucional Plurinacional de conocer y resolver, “Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas. Ya que una resolución del Órgano Legislativo podría ser emitida dentro el ámbito de regulación del Derecho Administrativo”.

Respecto a los actos del Órgano Electoral en Bolivia se ha establecido que no existe control de los actos electorales por parte de la función judicial, ya que las resoluciones solo se impugnan dentro el órgano electoral, y salvo que existan vulneraciones constitucionales esta escapa de todo tipo de control interorgánico de legalidad debiendo evaluarse si esto corresponde a un Estado Constitucional de Derecho. La única forma de impugnación es el amparo constitucional u otra acción extraordinaria establecida en la CPE.

12. Principios rectores de la Administración Pública. Legalidad

Por legalidad debe comprenderse la cualidad de aquello que está conforme a la ley, o bien que está contenido o prescrito por ella. Schwegmann señala que la condición de legalidad supone una concordancia externa, meramente formal de las acciones de una persona o del Estado, con un ordenamiento jurídico en concreto, “sin tomar en cuenta los motivos y la actitud interna del actuante”²⁷⁴.

Siguiendo esta idea, la totalidad de actos que supone la Administración Pública deben ser llevados a cabo en observancia al ordenamiento legal boliviano — factor que también supone un deber de todas las bolivianas y todos los bolivianos (Artículo 108, numeral 1), establecido en el párrafo II del Artículo 410. Igualmente, de acuerdo a lo señalado por Schwegmann, la legalidad de un acto hace referencia a su exterioridad, no así de las intenciones o motivos por los que fue llevada a cabo, esto supone que si una persona, en el ejercicio de una función pública, comete un acto que no se enmarca en el ordenamiento legal, no puede acusar como atenuante, el motivo que motivó tal acto.

Así, y como ya lo hemos señalado el contencioso administrativo es un mecanismo de control del respeto de este principio de legalidad, distinto del control de constitucionalidad..

13. La Reparación integral en la Constitución y en el ordenamiento internacional

La reparación integral puede ser concebida como un mandato de optimización para las garantías constitucionales, en razón de que profundiza su alcance y maximiza la protección de derechos que poseen trascendencia tanto en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos como en el del derecho constitucional. La relevancia que adquiere en el campo de las garantías, eleva a este acto jurídico al

²⁷⁴ Descargado de la página web: www.econstitucional.com el 15 de abril de 2014.

rango de principio²⁷⁵, y por consiguiente adquiere la función orientadora para el deber ser de la justicia restaurativa.

La reparación, aunque no calificada como integral es introducida en el ordenamiento constitucional boliviano por el artículo 113²⁷⁶, conforme al modelo garantista de la Constitución de 2009 y bajo las luces de la doctrina y jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A diferencia de otros países en los que la reparación integral figura únicamente como sugerencia de órganos internacionales o *softlaw* y es implícitamente asumida por el ordenamiento en el que no se garantiza la efectividad de su realización material en la Constitución boliviana esta figura jurídica ha sido incorporada expresamente y se configura como uno de los aspectos más innovadores.

La Constitución de 2009 la establece taxativamente en el artículo 113, en el capítulo de garantías jurisdiccionales, y por tanto adquiere directa aplicabilidad dentro del ordenamiento boliviano al convertirse en un mandato constitucional que expresa el deber de las autoridades judiciales de establecer las medidas de reparación.

En este sentido la reparación es el fin último del proceso constitucional que implica la perfección de la garantía de derechos.

Sin duda alguna la previsión de dicha reparación ha significado una evolución jurídica ante la vulneración de los derechos, en razón de que con ella no sólo se contempla enmendar a la víctima afectada en su derecho, a través de la proporción de un monto económico; pues ésta implica un alcance más profundo, al referirse a la

²⁷⁵ Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 223. Posición explicada magistralmente por el Juez Eduardo Vio Grossi, “El impacto de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los estados”, XL Curso de Derecho Internacional, Rio de Janeiro Brasil, 2013

²⁷⁶ Artículo 113 de la CPE. I. La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna. II. En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño.

integralidad, que de manera global concierne al estado psicológico de la víctima, el daño moral y social ocasionado, y pretende reconstruir además el proyecto de vida. Incluso, a pesar de que la reparación integral es un derecho del cual son titulares las víctimas de violaciones, no puede descartarse su dimensión social en cuanto esta tiene como finalidad general promover la justicia²⁷⁷.

Es por estas razones que la reparación integral se configura como algo más que una institución del ordenamiento jurídico convirtiéndose en un principio del derecho, que debe estar presente en toda resolución judicial referente a la vulneración de derechos. Este principio de la reparación integral, respalda y brinda materialidad a las garantías jurisdiccionales. Y, ello en tanto que a la declaración y reconocimiento de que el derecho ha sido quebrantado, añade el desagravio y el resarcimiento del derecho transgredido, situación que refleja la responsabilidad asumida por el agresor sobre el acto antijurídico y revela la intención por parte del aparato estatal de satisfacer completamente a la víctima²⁷⁸.

El establecimiento de medidas de reparación integral, constituye por tanto una actuación judicial fundamental que ofrece un sentido más amplio a la protección de derechos fundamentales. Por esta razón, esta debe ser expresada con singular énfasis en las resoluciones del proceso contencioso y contencioso administrativo acciones de protección que tienen por objeto garantizar el goce de los derechos.

Al constituirse en principio constitucional de garantías jurisdiccionales, su respeto conforma un parámetro de análisis obligatorio en las resoluciones judiciales por lo que es importante aclarar las bases conceptuales que orientan éste estudio.

El artículo constitucional 113, en su numeral I establece que:

²⁷⁷ Véase, Tatiana Rincón, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, pp. 75 – 87; y sobre todo, la referencia que hace la autora al No. 15 de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* que trata específicamente sobre la vinculación entre la justicia y la reparación. Véase este documento aprobado en 2005 por la Asamblea General de la ONU en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/45/PDF/N0549645.pdf?OpenElement>.

²⁷⁸ Storini, Claudia, *La Acción de protección en el Ecuador: realidad jurídica y social*. 1.ª ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013, pág. 130.

“La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna”.

Así, es posible afirmar que el constituyente boliviano, en materia de reparación integral se alinea con la mayoría de los conceptos y categorías elaborados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Pretendiendo con esto alcanzar la más cercana equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de modo que éste pueda conseguir con la reparación, una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar. En consecuencia, toda violación a un derecho constitucional o derecho humano reconocido en un tratado o instrumento internacional, genera en el ordenamiento boliviano la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento²⁷⁹.

El análisis de las disposiciones constitucionales invocadas no deja dudas acerca de que en la configuración de las garantías constitucionales en general de las garantías concretas y en especial del proceso contencioso administrativo, la reparación integral constituye *conditio sine qua non* para lograr una efectiva protección de los derechos. Sin embargo, no es regulada por el contencioso administrativo en Bolivia, fundamentalmente sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, existiendo muy escasa jurisprudencia al respecto, conformándose los tribunales a anular o revocar las decisiones de la Administración; sin brindar asimismo efectiva protección de los derechos del ciudadano.

²⁷⁹ Siguiendo esta lógica, el Estado Boliviano tendría entonces en materia de derechos las siguientes obligaciones:

1. La obligación de investigar las violaciones de derechos en forma seria y responsable para establecer fehacientemente la verdad.
2. La obligación de procesar y de sancionar a los responsables.
3. Obligación de reparar integralmente los daños ocasionados con la violación al derecho o los derechos.
4. Obligación de depurar el servicio público, separando a aquellos servidores públicos a quienes hayan cometido, ordenado, encubierto, o tolerado estos abusos en contra de las personas en general.
5. Obligación de garantizar que tales violaciones no se vuelvan a repetir.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

Dada la creciente capacidad de intervención en la vida privada que ha adquirido el Estado existe una imperiosa necesidad de controlar más y mejor al Estado, con la finalidad de proteger y respetar los derechos de las personas.

El auto-control que ejerce la Administración pública sobre sus propios actos, mediante su capacidad espontánea o a reclamación de parte interesada, y aun la propia justicia administrativa interna, materializada en los recursos administrativos no constituyen una garantía integral y suficiente respecto a los derechos subjetivos y a los intereses legítimos de los particulares. Siempre será difícil que la parte interesada –en este caso la Administración- sea un juez ecuánime de sus propios actos, respetuoso del ordenamiento jurídico y libre de parcialidades.

En un Estado que pretenda llamarse de Derecho el poder judicial es independiente, y esto es así cuando está habilitado para hacer inexecutable los actos del poder público, lo cual significa que participa del sistema de frenos y contrapesos y está posicionado a la par de los poderes ejecutivo y legislativo. Asimismo, la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder.

Es imposible garantizar los derechos de los ciudadanos, a través de la organización de un gobierno de poderes ilimitados, si al Estado le es permitido todo lo que no está prohibido. Que los poderes públicos estén sometidos a la constitución significa que actúan sólo en virtud de habilitaciones normativas previas, que tienen la forma de competencias expresas o de poderes implícitos.

Si el Estado de Derecho es prohibición de la arbitrariedad, entonces los instrumentos de defensa juegan un papel principal en su definición. Así, la independencia judicial y al control jurisdiccional de la actividad pública constituyen los aspectos básicos del Estado de Derecho.

Si bien este control jurisdiccional se efectúa a través de la justicia constitucional, este control es extraordinario, y el control ordinario con el proceso contencioso administrativo está encargado a la jurisdicción ordinaria, apareciendo como la más elevada de las funciones jurisdiccionales estatales.

El proceso contencioso administrativo se constituye así en el instrumento jurisdiccional ordinario que permite el control interorgánico que ejerce el Poder Judicial sobre la Administración, a fin de garantizar el respeto del principio de constitucionalidad como base del respeto de los derechos fundamentales.

Se evidencia que el progreso del Derecho Administrativo, aparece doblemente vinculado a la existencia de lo contencioso administrativo. Por una parte, porque esta institución asegura mayor paz y justicia; por otra, porque favorece el desarrollo del Derecho, propiamente dicho, ya por las garantías que crea, ya por la importancia que da a la personalidad moral de las administraciones.

Si bien el proceso contencioso administrativo surgió a partir de una lógica liberal, en defensa de los derechos del individuo, en el marco de la reserva de ley, resulta también necesaria su puesta en marcha en un Estado Social en virtud del mayor número de atribuciones o intervenciones del Estado en la vida de los particulares, y que además este control de la Administración constituye la base del Estado de Derecho moderno independiente al régimen político al que responda la Administración.

Bolivia, a través de su historia no ha tenido la capacidad de desarrollar la jurisdicción contenciosa administrativa que permita garantizar los derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública, experimentado ineficazmente para tal fin el sistema administrativo y el jurisdiccional.

El sistema judicial boliviano se encuentra experimentando la más profunda crisis en su historia republicana por diversos motivos. En materia administrativa se suma que la vigente regulación del proceso contencioso administrativo en Bolivia mediante el Código de Procedimiento Civil y actualmente por la Ley transitoria para tramitación de este tipo de procesos vulneraría el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y los mandatos constitucionales señalados en la investigación. Por lo cual se requiere urgentemente su regulación como jurisdicción especializada y su adecuación a la CPE, conforme se viene reclamando desde hace décadas en el país.

Además de esta trascendental falencia se evidenció que el sistema contencioso administrativo en Bolivia, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, sufre de limitaciones al alcance del quehacer administrativo, reconociéndose únicamente y a regañadientes el control “al acto”, quedando al margen del control judicial los hechos y omisiones que afectan derechos o intereses de particulares.

Asimismo, la diferenciación entre el proceso contencioso y contencioso administrativo se ha vuelto contraproducente en la práctica y de aplicación confusa para los administrados y los operadores de justicia. Esta confusión proviene además de la incorrecta regulación por el legislativo, incluso en la Ley 620 de 29 de diciembre de 2014. Dicha Ley que estaba destinada a adecuar los mandatos de la Constitución Política del Estado del 2009 señaladas en esta investigación, sin embargo se proyectó y sancionó esta norma con el único mezquino fin de reducir la carga procesal de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

Al respecto se ha evidenciado la enorme diferencia de criterios de los máximos tribunales bolivianos, esto es el Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Constitucional Plurinacional, antes y después del cambio de denominación, respecto a algo tan trascendental como la existencia del proceso contencioso administrativo en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Además, pudimos advertir el desconocimiento, entendimiento o reconocimiento de la protección (limitada) que brinda el proceso contencioso administrativo, no solo por parte de servidores públicos, administrados, sino además

por parte de abogados y operadores de justicia. Esto refleja el escaso valor asignado a este proceso a lo largo de la historia republicana y más aún en los tiempos actuales y que se haya dejado sin efecto su regulación por más de un año y no se haya reflejado de forma crítica ni en la literatura ni la jurisprudencia.

Por la misma línea podemos advertir que se encuentra el correlato de este control, es decir la responsabilidad patrimonial del Estado, prácticamente inexistente en Bolivia, al menos vía proceso contencioso administrativo.

No figuran en actas o informes de la Asamblea Constituyente las razones por las cuales, a pesar que las comisiones, en los informes de mayoría y minoría, recomendaron el reconocimiento expreso del proceso contencioso administrativo, este haya desaparecido del texto final de la Constitución aprobada por referéndum el 7 de febrero de 2009, dando cuenta así de que no se respetó la voluntad de los representantes electos del pueblo boliviano.

En virtud a la amplitud del quehacer administrativo se identificaron algunas peculiaridades en el actual régimen contencioso administrativo, especialmente en el ámbito minero y tributario. Además es importante recordar que no ha existido preocupación o pronunciamiento sobre el control de actos de la administración a partir de la existencia efectiva de autonomías indígena originarias campesinas, tal el caso de Charagua, resultando que correspondería conforme la ley 620 a la jurisdicción ordinaria su resolución, vulnerando así, presuntamente, la autonomía judicial de tales entidades territoriales autónomas y más aún el pluralismo jurídico e interculturalidad establecido en la Constitución.

En el ámbito internacional se ha visto el rol de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuya jurisprudencia se encuentran lineamientos para el procedimiento y el proceso administrativo, sobre todo en materia de tutela judicial efectiva, lo cual en Bolivia se constituye parte del bloque de constitucionalidad y resulta de cumplimiento obligatorio y preferente por autoridades jurisdiccional y administrativas.

El dogma más evidente que se esconde en la legislación y jurisprudencia boliviana es aquel que cree, de modo incontestable y sin excepciones, que el “interés general” debe prevalecer sobre el “interés individual”. La misma dirección se encuentra en Bolivia, reflejada en el Dictamen 06/2014 de la Procuraduría General del Estado Boliviano.

Si bien con la Constitución Política del Estado vigente en Bolivia se han ampliado el catálogo de derechos, los mecanismos jurisdiccionales de protección de los mismos han mantenido un *status quo* e incluso habrían perdido eficacia. Por lo que todavía se espera que se consiga llevar a la práctica todo lo diseñado en esos textos constitucionales con respecto a su efectividad y normatividad.

El derecho fundamental a la tutela judicial reconocido constitucionalmente e internacionalmente, domina el ordenamiento jurídico de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que por sí solo basta para eliminar, sin más, todas las viejas restricciones, cautelas, salvaguardas con las que históricamente hubo de montarse la experiencia nueva de un control judicial o parajudicial de la Administración. Así, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comporta la inexistencia de sectores inmunes al control judicial.

El Artículo 115 de la Constitución Boliviana es el primero en la historia constitucional boliviana en introducir esta garantía, que conjuntamente con la aplicación directa de los derechos (Artículo 109) se configura en una de las características propias del Estado constitucional de Derecho.

Lo dispuesto en el artículo 180 de la Constitución Política es de trascendental importancia para la administración de justicia, ya que sostiene en el primer párrafo que la jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez. El párrafo II garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales. Y finalmente el párrafo III menciona que la jurisdicción ordinaria no reconocerá fueros, privilegios ni tribunales de excepción. La jurisdicción militar juzgará los delitos de naturaleza militar regulados por la ley.

Asimismo, el parágrafo I del artículo 178 manifiesta que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos. In embargo se evidencia en el desarrollo de la tesis que varios principios constitucionales se incumplen en la protección judicial de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública.

No existe conciencia social de la importancia de la protección de los derechos del particular por la jurisdicción ordinaria a través del proceso contencioso y contencioso administrativo.

Con base a estas directrices y el limitado régimen de control judicial de la administración resulta necesario que en Bolivia se manifieste la importancia de esta institución en la sociedad moderna y en consecuencia se construya la jurisdicción contenciosa administrativa que debe corresponder a un Estado de Derecho, es decir que proteja efectivamente al ciudadano frente a la Administración Pública, en base a los principios y reglas constitucionales.

BIBLIOGRAFIA

Andaluz, Horacio, Aplicación judicial de la Constitución, Editorial El País, Santa Cruz – Bolivia 2009.

Andaluz, Horacio, Consecuencias formales de la regulación constitucional de los derechos, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX, Valparaíso – Chile, 2012.

Baldivieso Guzmán, René, Derecho Procesal Constitucional, Industrias Gráficas Sirena, Santa Cruz- Bolivia, 2006

Bastons Jorge Luis (Director), Derecho público para administrativistas, Librería Editora Platense, La Plata – Argentina, 2008.

Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Fundación Andrade Asociados Fondo Editorial, Quito Ecuador, 2007.

Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, La ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo, Editorial Novum, Quito Ecuador, 2011.

Bielsa, Rafael, El orden político y las garantías jurisdiccionales, Buenos Aires – Argentina, 1943.

Carbonell, Miguel, Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Trotta-UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2007.

Cardozo Daza, Richard Eddy, jurisdicción ordinaria y aplicación constitucional de las normas constitucionales y legales, en Revista Boliviana de Derecho Iuris Tantum No. 10, Editorial El País, Santa Cruz-Bolivia, julio 2010,

Carrasco, José, Estudios Constitucionales, Tomo I Garantías y derechos, Poder Legislativo (Primera parte) , Gonzales y Medina Editores, La Paz – Bolivia, 1920.

Carrasco, José, Estudios Constitucionales, Tomo IV Poder Judicial, Apéndice, Constitución Política, Gonzales y Medina Editores, La Paz – Bolivia, 1920

Carrasco, José, Estudios Constitucionales, Tomo IV Poder Judicial, Apéndice, Constitución Política, Gonzales y Medina Editores, La Paz – Bolivia, 1920

Carré de Malberg, R, Teoría general del Estado (reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000

Carrillo, Marc, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995.

Cassagne, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires – Argentina, 2009.

Chamorro Bernal, Francisco, La tutela judicial efectiva, Barcelona, Bosch, 1994.

Cerda Guzmán, Carolina Andrea. El control de legalidad de los actos administrativos en Chile. Documento de trabajo N° 27. Ministerio del Interior - Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo. 2003.

D`avis, Julio Alberto, Curso de derecho administrativo en Bolivia, Doctrina General y Legislación Boliviana, Editorial Letras, La Paz, Bolivia, 1960.

De la Cuétara Martínez Juan Miguel, Martínez López-Muñiz José Luis, Villar Rojas Francisco (Coordinadores), Derecho Administrativo y Regulación Económica, Editorial La Ley, 2011.

Dermizaky Peredo, Pablo, La protección jurídica del ciudadano. La defensa del administrado en el derecho constitucional y administrativo, Editorial J.V., Cochabamba, Bolivia, 2001.

Dermizaky Peredo, Pedro, La protección jurídica del ciudadano. La defensa del administrado en el derecho constitucional y administrativo.

De Vega García, Pedro, Estudios político-constitucionales. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987.

Derpic Salazar, Carlos, Garantías jurisdiccionales, en Miradas Nuevo Texto Constitucional, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La paz –Bolivia, enero 2010.

Durán Elena, Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador, Ediciones Abya Yala, Quito – Ecuador, 2010.

Espinosa, Manuel Lucero. Teoría y práctica del contencioso administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación. 3ª. ed. Editorial Porrúa S.A., México. 1995.

Espinosa Saldaña Barrera, Eloy , Reflexiones sobre los actuales alcances de los procesos contencioso administrativos en Iberoamérica, o los efectos de la constitucionalización del derecho (Con especial referencia al debido proceso y la tutela judicial efectiva), la constitucionalización de la política y el redimensionamiento del Estado en nuestros países; en Realidad y perspectivas del Constitucionalismo boliviano, Memorias del Segundo Congreso Boliviano de derecho Constitucional, Editorial Kipus, Cochabamba Bolivia, 2014.

Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

Ferrajoli, Luigi, “Prólogo”, en Víctor Abramovich y Cristian Courtis. Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta, 2004, 2ª. Ed.

Fernández, Tomás Ramón, El control jurisdiccional de la acción de la Administración en Administraciones Públicas y Constitución, Instituta Nacional de Administración Pública, Madrid España, 1998.

Fernández, Tomas Ramón, en La responsabilidad patrimonial de la Administración: fundamento y tendencias actuales, en La jurisdicción contencioso administrativa (extensión y límites), Abeledo Perrot, Buenos Aires 1988.

Ferrer Mac-Gregor y Zaldívar Lelo de Larrea Arturo, (Coordinadores), La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo XI Justicia, Federalismo y Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

Ferrer Mac Gregor, Eduardo, y Pelayo Moller, Carlos María, comentario al Preámbulo en Convención Americana sobre Derechos Humanos, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Plural, Bolivia 2014.

Ferrer Mac Gregor, Eduardo (Coordinador) Interpretación Constitucional, Tomo II, Editorial Porrúa, México 2005.

Ferrer Mac-Gregor y Zaldívar Lelo de Larrea Arturo, (Coordinadores), La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo XII Ministerio Público, Contencioso Administrativo y Actualidad Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

Fix Zamudio, Héctor, “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos”. Veinte años de evolución de los derechos humanos. México: UNAM, 1974.

Fix-Zamudio, Héctor, La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1981

Fix-Zamudio, Héctor, Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en Boletín Mexicano de Derecho Comparado., México, 1968.

Gallego Anabitarte, Alfredo, Administración y jueces: gubernativo y contencioso, Cuadernos de historia de la Administración, Instituto de Estudios Administrativos.

García de Enterría, Eduardo, La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso – administrativo español, Editorial Aranzadi, Navarra – España, 2006.

García de Enterría, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Ed. Civitas, 2006, 4ta edición.

García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, t. I, Bogotá, Temis S.A., 2008.

García Morillo, Joaquín, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia España, 1994.

Gaviria Díaz, Carlos, Los derechos económicos y sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en el nuevo constitucionalismo en América Latina , Corte Constitucional, Quito, 2010

Gonzales Pérez, Jesús, Derecho procesal administrativo hispanoamericano. Temis. Bogotá. 1985

Guimarães Ribeiro, Darci, La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho, Barcelona, J. M. Bosch, 2004.

Gutiérrez, José M., Derecho Administrativo, Editorial Arno Hermanos, La paz Bolivia, 1920

Hamdan Amad, Fauzi y González Salas, José Fernando Franco, Derecho Administrativo, (Coordinadores del volumen), Editorial Porrúa, México, 2012.

Hinostroza Minguéz Alberto, *Proceso Contencioso Administrativo*, Editorial y Librería Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2010.

Huapaya Tapia, Ramón, *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*, Jurista Editores, Lima – Perú, 2006.

Hutchinson, Tomás (Director), *Revista de Derecho Público*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires – Argentina, 2003.

Hutchinson, Tomás, (Director), *Revista de Derecho Público*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires – Argentina, 2006.

Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*. Ed. Nacional, México, 1980.

Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio, *De la prueba en el contencioso administrativo*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá DC – Colombia, 2010.

Lares, Teodosio, *Lecciones de Derecho Administrativo*, dadas en el Ateneo Mejicano, Imprenta De López, Sucre, 1857

Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, Ed Siglo Veinte, 1964

Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1970.

Mansilla, H.C.F, *Una comparación entre los dos textos constitucionales*, en *Miradas Nuevo Texto Constitucional*, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La Paz –Bolivia, enero 2010.

Marzal, Antonio *El liberalismo y el ocaso del fundamento religioso del poder*. Paper No. 17. Universidad Ramón Llull. España. 1999.

Mestre de Tobon, Olga. *La filosofía de los derechos humanos*. Revista Universidad de Medellín, N 62, abril. Bogotá. 1996.

Morales Guillen Carlos. *Código de Procedimiento Civil*. Concordado y Anotado. 2 ed. Gisbert & Cía. La Paz, 1982.

Patiño Manffer, Ruperto y Armida Reyes José (Coordinadores), *Temas selectos de derecho administrativo*. Editorial Porrúa, México, 2011.

Pérez Tremps, Pablo, Protección específica y protección general de los derechos fundamentales en Introducción a los derechos fundamentales, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988.

Pérez Conejo Lorenzo, La defensa judicial de los intereses ambientales, Editorial Lex Nova, 2002.

Piñar Mañas José Luis, (Director), La terminación anormal del proceso contencioso – administrativo, Editorial Reus S.A., Madrid – España, 2013.

Priori Posada, Giovanni, Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo, Ara Editores, Lima – Perú, 2009.

Priori Posada, Giovanni (Editor), Proceso y Constitución, Actas del II Seminario Internacional de Derecho Procesal *Proceso y Constitución*, Ara Editores, Lima – Perú, 2011.

Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio, Teoría general del proceso. Tercera edición. Temis, Bogotá, 2000.

Quinteros, José S., Derecho Administrativo, 2ª. Edición, Imprenta Velarde, La Paz – Bolivia, 1920.

Revilla Quezada, Alfredo, Curso de Derecho Administrativo Boliviano, Escuela de Administración Pública, La Paz Bolivia, 1958.

Rincón, Tatiana, Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional. Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.

Rivera, José Antonio, Temas de Derecho Constitucional, Editorial Olimpo, Cochabamba Bolivia.

Rivera Morales Rodrigo (Compilador), Constitucionalismo y proceso hoy, Librería Jurídica Rincón, Barquisimeto – República Bolivariana de Venezuela, 2008.

Rodríguez, Libardo; Santos, Jorge Enrique, Un siglo de jurisdicción administrativa y de derecho administrativo en Colombia, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2013.

Rubio Llorente, Francisco, La Constitución como fuente del Derecho en la Constitución española y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

San Miguel Rodríguez, Walker, El contencioso administrativo en la legislación boliviana y comparada, Weinberg S.R.L., La Paz – Bolivia, 2013.

Stefan José y otros, La Constitución Política del Estado, Comentario Crítico, ED. Fundación Honrad Adenauer, La Paz –Bolivia, 1998.

Storini, Claudia, La Acción de protección en el Ecuador: realidad jurídica y social. 1.^a ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

Storini, Claudia “Las garantías de los derechos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” publicado en la Revista de Derecho FORO No. 14, Quito Ecuador 2010.

Vargas Lima, Alan, Desarrollo jurisprudencial de la Ley de Procedimiento Administrativo en Bolivia y su relevancia en el ámbito municipal, en el suplemento la Gaceta Jurídica del periódico La Razón.

Velásquez Castellanos, Iván, Derechos y garantías constitucionales. ¿Puede un Estado débil garantizar los derechos constitucionales? en el libro Reflexión Crítica a la nueva Constitución Política del Estado, Honrad Adenauer Stiftung, 2009

Vega de Herrera, Mariela, Manual de Procedimiento Contencioso Administrativo, Grupo Editorial Leyer, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 2000.

Viciano Roberto y Martínez, Rubén, Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Corte Constitucional Ecuador.

Vidal Perdomo, Jaime; Diaz Perilla, Viviana; Rodríguez Gloria Amparo (Editores), Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Bogotá – Colombia, 2005.

Bolivia y The Estándar Oil Company, El juicio contencioso y contencioso administrativo seguido contra el Estado, Editorial Charcas, Sucre-Bolivia, 1938.

EL ESTADO Y EL MONOPOLIO DE FOSFOROS. Un juicio contencioso administrativo. La Paz. 1924. Talleres Gráficos La Prensa.

Exposición de los magistrados que fallaron la causa contencioso – administrativa de J.M. Gainsborg, con la administración nacional, presentada a la H.. Cámara de Diputados en la denuncia de José Pastor Sainz, Imprenta Bolívar, Sucre-Bolivia. 1934.

PÁGINAS WEB

www.tcp.gob.pe
www.tcpbolivia.bo
www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo
<http://bibliotecadigital.umsa.bo>
<http://bc.biblio.umsa.bo>
<http://books.google.com.bo>
www.econstitucional.com
<http://miguelcarbonell.com>
<http://biblio.juridicas.unam.mx>

NORMAS JURÍDICAS

Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz-Bolivia.

Ley No. 025 de 24 de junio de 2010, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Ley No. 027 de 6 de julio de 2010, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Ley No. 254 de 5 de julio de 2012, Código Procesal Constitucional, Gaceta Oficial de Bolivia.

Ley No. 620 de 29 de diciembre de 2014, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz-Bolivia.